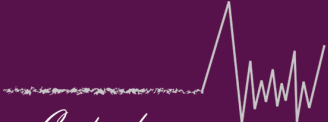


# Cancro e Direito

Cadernos da Lex Medicinæ  
Lex Medicinæ Supplements

  
*Centro de*  
Direito **Biomédico**

2



Cadernos da Lex Medicinæ

# Cancro e Direito



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013)

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA



## Ficha Técnica

*Coordenação Editorial da Coleção*

**João Carlos Loureiro**

**André Dias Pereira**

**Carla Barbosa**

*Caderno coordenado por:*

**André Dias Pereira**

**Carla Barbosa**

**Ana Elisabete Ferreira**

*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](mailto:cdb@fd.uc.pt)

[www.centrodedireitobiomedico.org](http://www.centrodedireitobiomedico.org)

*Editor*

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cadernos da Lex Medicinæ n.º 2 · 2018

*Execução gráfica*

Ana Paula Silva

ISBN 978-989-8891-18-1

*O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.*

## Sumário

André Dias Pereira <i>Apresentação da Obra</i> .....	5	Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira Tema 1 — <i>Cancro e Trabalho</i> .....	73
Carlos Freire de Oliveira “ <i>Cancer Patient Advocacy</i> ” e a <i>Liga Portuguesa Contra o Cancro</i> .	7	Tema 2 — <i>Cancro e Seguros com Cobertura de Invalidez</i> .....	83
André Dias Pereira <i>Direito, Saúde e Cidadania</i> .....	13	Tema 3 — <i>Cancro e Acesso ao Crédito à Habitação Bonificado</i> ....	89
Maria Inês Oliveira Martins <i>Seguros e Doença Oncológica</i> .....	21	Tema 4 — <i>Cancro e Acesso às Prestações do Serviço Nacional de Saúde</i> .....	93
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa <i>Empoderar para Humanizar</i> .....	39	Tema 5 — <i>Cancro e Benefícios Fiscais</i> .....	99
Pedro Chaparro Matamoros <i>Algunas Reflexiones Acerca de la Existencia Misma, del Contenido y de los Límites (Con Especial Referencia al Cáncer que Afecta a Funciones Reproductivas) del Derecho a la Procreación en España</i> .....	51	Ana Elisabete Ferreira <i>Doentes Oncológicos — Que direitos e que deveres</i> .....	103



## APRESENTAÇÃO DA OBRA CANCRO E DIREITO

*André Gonçalo Dias Pereira*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico

O Centro de Direito Biomédico (CDB), criado em maio de 1988, é um dos centros de estudos mais antigos da Europa nesta área científica. A Liga Portuguesa Contra o Cancro tem um trabalho ímpar na promoção dos direitos dos doentes e sobreviventes de cancro e suas famílias, desde 1941!

Neste volume apresentamos estudos teóricos e práticos que resultam do saber do Senhor Prof. Doutor Carlos Freire de Oliveira, que introduziu em Portugal a temática da *Patient Advocacy*, da prática das investigadoras do Centro de Direito Biomédico e das Advogadas que vêm prestando apoio jurídico aos doentes oncológicos, associados e utentes da Liga, no âmbito da doença oncológica.

O direito à proteção da saúde está consagrado na Constituição da República Portuguesa e assenta num conjunto de valores fundamentais como a dignidade humana, a equidade, a ética e a solidariedade. O conhecimento dos direitos dos doentes potencia a sua capacidade de intervenção ativa na melhoria progressiva dos cuidados e serviços de saúde. Assu-

me-se, neste âmbito, um papel mais global a nível do empoderamento do doente e das suas famílias e numa perspetiva de desenvolvimento da sua consciência crítica, participação efetiva e controlo no que diz respeito à sua experiência de saúde e de doença e aos cuidados de saúde que recebe. Desta forma promove-se a chamada “*patient advocacy*”.

Além dos direitos gerais que visam todos os doentes, a lei prevê determinados benefícios para os doentes oncológicos, nomeadamente, ao nível do Serviço Nacional de Saúde, das Finanças e da Segurança Social, além de uma especial proteção ao nível do emprego e das condições de trabalho, do apoio à habitação e à mobilidade (transporte), entre outros.

É desta intrincada malha legislativa e jurisprudencial que esta obra trata, com estudos altamente especializados e aplicados à prática.

Boa leitura!





# “CANCER PATIENT ADVOCACY” E A LIGA PORTUGUESA CONTRA O CANCRO

*Carlos Freire de Oliveira*

Professor catedrático aposentado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra  
Presidente da Direção do Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro

O Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro organizou nos dias 12 e 13 de novembro de 2015 a “I Conferência Internacional em Cancer Patient Advocacy”, com intervenientes diversificados, quer profissionalmente, quer em representação de instituições. Mais tarde foi editado um livro com o resumo alargado das intervenções<sup>(1)</sup>, em cujo prefácio escrevemos:

“Nos últimos anos o novo paradigma dos cuidados de saúde no âmbito do cancro conferindo empoderamento aos doentes resulta de várias circunstâncias, designadamente:

- (1) O aumento crescente da incidência do cancro. A nível mundial previram-se, para ambos os sexos, em 2012, cerca de 14 milhões de novos casos de cancro por ano, estimando-se que em 2035 esta cifra atinja cerca de 24 milhões, isto é aproximadamente mais 70%. Em Portugal, em 2012, foram previstos cerca de 49.500 novos casos e estima-se para 2035 cerca de 64.000, isto é um aumento aproximado de 29%.
- (2) A melhoria no diagnóstico precoce do cancro e nos tratamentos, associada ao aumento da incidência, determinou que, por exemplo, nos E.U.A., em 1970, se tenham registado cerca de 3 milhões de sobreviventes de cancro e que, em 2002, se ultrapassem os 10 milhões.
- (3) O desenvolvimento de novas abordagens terapêuticas, no âmbito de uma medicina personalizada e adaptada

a cada tipo de cancro, em função dos respetivos comportamentos biológicos.

(4) A necessidade imperiosa de maior envolvimento do doente nas decisões de opções diversificadas, com resultados e toxicidades diferentes.

(5) O aumento significativo do custo dos cuidados médicos, incompatível com o PIB de muitas nações.”.

## Definição e objetivos

Internacionalmente tem-se assistido a vários esforços para que os doentes com cancro possam receber informação de qualidade, apoio emocional e social, e para que vejam a sua autonomia e direitos assegurados. Neste contexto, um novo movimento de atuação tem emergido no domínio da saúde, especificamente na área da oncologia, preocupado com o empoderamento dos doentes e procurando agir sobre estes, as organizações e os profissionais de saúde, com o objetivo de os cuidados serem centrados no doente e não na doença, na possibilidade de participação do doente na decisão das condutas de diagnóstico, tratamento e seguimento e na proteção contra o erro em cuidados de saúde<sup>(2)</sup>.

7

<sup>1</sup> Liga Portuguesa Contra o Cancro (2016). *Cancer Patient Advocacy*. Eds. Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro, Coimbra.

<sup>2</sup> <http://www.sor.org/learning/document-library/patient-advocacy>

## Intervenientes

As partes interessadas no movimento de “patient advocacy” são os políticos e as organizações, são o apoio interpessoal e o próprio doente, que é o primeiro “patient advocate” de si mesmo.

Na política devem considerar-se os ativistas na área da saúde, os políticos, as entidades reguladoras, grupos de consumidores de cuidados de saúde e os legisladores em saúde.

No âmbito das organizações consideram-se os centros de saúde, os hospitais, as escolas na área da saúde (faculdades de medicina, escolas de enfermagem e institutos superiores). Além destas entidades, incluem-se ainda as organizações sem fins lucrativos, como a Liga Portuguesa Contra o Cancro, as redes comunitárias e as organizações profissionais (as ordens dos médicos e dos enfermeiros).

O apoio interpessoal está relacionado com os próprios prestadores de cuidados (médicos, enfermeiros e outros profissionais), amigos, familiares do doente e voluntários sobreviventes de cancro.

Apesar do movimento do patient advocacy se encontrar em expansão e ser reconhecido como essencial na defesa dos interesses e direitos dos doentes no seu contacto com os sistemas de saúde, acompanhando igualmente a emergência do movimento para a segurança do doente e qualidade dos cuidados de saúde, ainda se encontra em evolução a compreensão de muitos dos seus conceitos e aspetos envolvidos<sup>(3)</sup>.

## Cuidados centrados no doente e participação do doente na decisão

Data já de algumas dezenas de anos a discussão acerca dos cuidados centrados no doente e a definição deste conceito. No fundo, a abordagem do tema passa por se aceitar ou um modelo biomédico, de base fisiológica e bioquímica, que identificando sintomas e sinais define um diagnóstico e propõe uma terapêutica baseada na evidência científica ou, em alternativa, um modelo centrado no doente numa perspetiva biopsicossocial, em que se deve considerar que, para além de um problema biológico, há aspetos psicológicos e sociais que devem ser tidos em conta, contribuindo para uma decisão partilhada.

A aplicação na prática diária, quer em ambulatório, quer em ambiente hospitalar, obrigará no futuro a uma alteração profunda no modo como os cuidados médicos de saúde são prestados. Nem todos os profissionais envolvidos foram treinados em comunicação médica. A relação médico-doente resulta de múltiplos fatores salientando-se apenas a disponibilidade de tempo para o diálogo, a empatia de parte a parte, o nível cultural e de literacia do doente, etc.. A própria estrutura arquitetónica do local onde decorre o diálogo pode condicioná-lo, tal como o prognóstico da situação clínica em concreto. O relatório produzido pela Fundação Calouste Gulbenkian, intitulado “The Future for Health – everyone has a role to play”<sup>(4)</sup>, propõe uma nova visão dos cuidados de saúde em que os cidadãos devem ser capacitados para um maior envolvimento naquilo que é a sua própria saúde, da saúde da família ou dos amigos e da sociedade em geral. Na nossa opinião e de outros é que este

<sup>3</sup> Earp, J. A., French, E. A., & Gilkey, M. B. (2008). *Patient Advocacy for Health Care Quality: Strategies for Achieving Patient-Centered Care*. Eds. Jones and Bartlett Publishers International, London.

<sup>4</sup> Calouste Gulbenkian Foundation (2014). *The Future for Health – everyone has a role to play*. Eds. Calouste Gulbenkian Foundation, Lisbon.

novo paradigma dos cuidados de saúde levará ainda alguns anos a ser implementado em Portugal mas, o movimento “patient advocacy” não tem retorno.

A decisão partilhada ou a participação do doente na decisão deve partir do próprio doente, que tem o direito de não querer assumir essa responsabilidade, quer por poder afetar negativamente a sua qualidade de vida, quer pela complexidade da informação clínica que lhe foi transmitida, quer ainda por eventualmente poder sentir-se culpado se o tratamento não tiver o êxito desejado.

A participação do doente com cancro na decisão da modalidade terapêutica mais adequada à sua situação está dependente de fatores emocionais, logísticos e até financeiros. Além disso, as opções terapêuticas são com frequência complexas, a comunicação doente / equipa de saúde nem sempre é a mais adequada e é influenciada pela falta de formação dos médicos em comunicação, pela literacia em saúde limitada do doente e eventualmente até pelo analfabetismo, sobretudo em doentes idosos. O doente pode ainda apresentar dificuldades emocionais face ao diagnóstico ou mesmo não se sentir disponível para participar na decisão<sup>(5)</sup>.

No âmbito deste movimento de “patient advocacy” a participação do doente na decisão é em nosso entender o tema mais complexo. Para permitir e incentivar esta atitude é preciso informar e educar os cidadãos (particularmente os doentes), recorrer a diversificado material educativo e atribuir ao médico o tempo suficiente para que, criada a empatia verbal e não verbal, explicado o plano dos cuidados a prestar e conhecidas as preferências do doente, este esteja capacitado para receber a mensagem e emitir uma opinião.

<sup>5</sup> Casado A (2016) in *Cancer Patient Advocacy*. Eds, Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro, Coimbra.

## Envolvimento do doente na investigação clínica

Na situação dos doentes com cancro os objetivos que se pretendem atingir com o seu envolvimento nos ensaios clínicos de novos medicamentos são: o controlo do cancro; o desenvolvimento da investigação para tornar possível a “cura”; a melhoria da qualidade de vida e da sobrevivência; a garantia que os ensaios clínicos são bem concebidos e cumprem todos os princípios éticos.

Desde o final da primeira década do século XXI que a EMA (Agência Europeia de Medicamentos) procura inserir o doente na conceção do ensaio clínico, sobretudo em doenças consideradas crónicas como é o cancro, em que a qualidade de vida é um dos aspetos mais importantes. A Indústria Farmacêutica também está consciente da necessidade do envolvimento dos doentes e/ou das organizações de apoio e defesa dos doentes no desenvolvimento dos ensaios clínicos e na sua implementação nas instituições de saúde.

Existem alguns instrumentos de medida dos efeitos dos novos tratamentos. Citam-se os “Patient Report Outcomes” (PRO) que implicam a participação direta do doente, e não do familiar ou do médico/enfermeiro, no relato dos resultados obtidos com o medicamento em ensaio. Utilizam-se habitualmente questionários genéricos ou condicionados. Os questionários PRO mais comumente usados avaliam sintomas, incapacidades, estado de saúde, qualidade de vida e classificação dos cuidados de saúde prestados<sup>(6)</sup>.

Nos ensaios clínicos na área do cancro observa-se uma fraca participação de adolescentes e de adultos jovens, o que pode justificar os baixos ganhos na sobrevivência que se encontram nestes

<sup>6</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Patient-reported\\_outcome](https://en.wikipedia.org/wiki/Patient-reported_outcome)

grupos etários. Para tentar colmatar esta situação foi proposta uma abordagem diferente denominada “5 A’s”, do inglês “available”, “accessible”, “aware”, “appropriate”, e “acceptable” (em português: disponível, acessível, consciente, apropriado e aceitável), com o objetivo de aumentar a participação de jovens com cancro. Os autores<sup>(7)</sup> propõem que esta metodologia seja aplicada, nos ensaios clínicos de adolescentes e adultos jovens com cancro, pelos investigadores, autoridades reguladoras, indústria, decisores políticos e profissionais de saúde.

Os “ensaios clínicos adaptados”, são uma ideia mais alargada dos “5 A’s”, que está a dar os primeiros passos no âmbito da EMA e nos quais se pretende abrir a porta às formas adaptativas dos ensaios clínicos. Nestas modalidades o ensaio vai sendo alterado em função dos resultados das análises intermédias e dos resultados obtidos no estudo<sup>(8)</sup>.

O envolvimento dos doentes em todas as fases do desenvolvimento de um ensaio clínico é fundamental. Adquirem a noção da dificuldade da investigação clínica de novos medicamentos, participam na definição dos critérios de seleção dos doentes, contribuem ativamente para o texto (por vezes complexo e longo) do consentimento informado e ainda para a divulgação mais relevante, que deve ser partilhada com os doentes incluídos no ensaio, bem como na publicação dos resultados obtidos.

A participação dos doentes bem como das suas organizações, bem como daquelas que os apoiam (ex. Liga Portuguesa Contra o Cancro) é muito importante no estímulo à introdução de novos medicamentos e ao acesso fácil a estes, sobretudo numa

doença como o cancro em que se usa pouco a palavra “cura” mas, “sobrevivência a longo prazo”, com qualidade de vida.

Verifica-se nos últimos anos, no âmbito de “patient advocacy” uma tendência para mudança no paradigma da investigação clínica, em que esta é centrada no doente e não na doença.

A intervenção dos doentes no desenvolvimento dos ensaios clínicos levanta uma questão ética e de eventual conflito de interesses entre as organizações de doentes, a indústria farmacêutica e as entidades reguladoras. Recentemente numa carta ao editor dos “Mayo Clinic Proceedings”<sup>(9)</sup> os subscritores concluem que a maior parte (75%) das organizações de doentes com cancro, nos Estados Unidos da América, recebem fundos da indústria farmacêutica. Também na Europa essa situação é prática corrente e deve ser aceite, na medida em que as organizações de doentes e/ou aquelas que apoiam os doentes são não governamentais, que normalmente não recebem subsídios estatais e para funcionarem necessitam de diversificar os apoios, as angariações de fundos e as parcerias. A Liga Portuguesa Contra o Cancro, à imagem de outras organizações similares europeias, desde há alguns anos, que aprovou as normas éticas para o estabelecimento de parcerias, nomeadamente com a indústria farmacêutica, que permitem dar transparência a estas situações.

### Intervenção da Liga Portuguesa Contra o Cancro (LPCC)

A LPCC é uma Associação Cultural e de Serviço Social, declarada de utilidade pública, criada a

<sup>7</sup> Fern LA, Lewandowski JA, Coxon KM, Whelan J (2014). Available, accessible, aware, appropriate, and acceptable: a strategy to improve participation of teenagers and young adults in cancer trials. *The Lancet Oncology*: 15 (8): 341-350.

<sup>8</sup> Sepulveda BM (2016) in *Cancer Patient Advocacy*. Eds, Núcleo Regional do Centro da Liga Portuguesa Contra o Cancro, Coimbra.

<sup>9</sup> Abola MV, Prasad V. Industry Funding of Cancer Patient Advocacy Organizations. *Mayo Clinic Proc.* 2016; 91 (11): 1968-1970.

4 de abril de 1941. A LPCC assume-se como uma entidade de referência nacional no apoio ao doente oncológico e família, na promoção da saúde, na prevenção do cancro e no estímulo à formação e investigação em oncologia.

A LPCC prossegue os seguintes objetivos: (1) Divulgar informação sobre o cancro e promover educação para a saúde com destaque para a prevenção; (2) Contribuir para o apoio social e a humanização da assistência ao doente; (3) Cooperar com as instituições envolvidas na área da oncologia; (4) Estimular e apoiar a formação e a investigação em oncologia; (5) Estabelecer relações com instituições congêneres nacionais e estrangeiras; (6) Desenvolver estruturas para as prevenções primária e secundária, tratamento e reabilitação, isoladamente ou em colaboração; (7) Defender os direitos dos doentes e dos sobreviventes de cancro.

Os voluntários e os profissionais que desenvolvem a sua atividade na LPCC regem-se pelos princípios da Humanização e Solidariedade e pelos seguintes valores: sensibilidade, equidade, ética, respeito, compromisso, responsabilidade e transparência.

No âmbito do movimento de “cancer patient advocacy” a LPCC, cujas atividades estão distribuídas pela sede (em Lisboa) e pelos Núcleos Regionais do Norte (Porto), Centro (Coimbra), Sul (Lisboa), Açores (Angra do Heroísmo) e Madeira (Funchal) desde há mais de 75 anos que têm desenvolvida múltiplas atividades, embora só nos últimos anos as procure enquadrar no âmbito do novo paradigma dos cuidados em saúde, mas muito há para fazer.

No âmbito da literacia em saúde, no que se refere à divulgação da informação sobre o cancro, é eventualmente a área em que há mais anos se investe, quer através de sessões públicas junto da população, quer de publicações mais ou menos extensas

e detalhadas. Também no “site” da LPCC pode ser consultada informação credível sobre várias localizações tumorais, prevenção e estilos de vida saudável. Neste âmbito na nossa opinião os núcleos da LPCC devem criar grupos de trabalho com doentes que estejam disponíveis para concretizar áreas novas no âmbito de “patient advocacy”. No seio da LPCC existem movimentos de entreajuda que abarcam sobreviventes de cancro da mama, da próstata, laringectomizados e ostomizados. Devem ser criados outros movimentos e todos eles envolvidos no movimento de “cancer patient advocacy”.

Considerando a formação, a LPCC tem várias ações de formação sobre o cancro, não só no âmbito de profissionais de saúde, mas também de farmacêuticos, assistentes sociais, psicólogos e professores. Há necessidade de desenvolver ações específicas sobre “cancer patient advocacy”.

No que diz respeito ao apoio aos doentes, para além do apoio social, os voluntários hospitalares procuram humanizar os cuidados de saúde prestados e transmitir as informações julgadas adequadas. Contudo, a abordagem, aos doentes, familiares ou cuidadores, sobre os cuidados de saúde e da investigação clínica centrada no doente, bem como da participação deste na decisão, são temas que normalmente não são tratados e exigem uma formação específica dos voluntários hospitalares.

O apoio jurídico é disponibilizado pela sede e pelos núcleos regionais, quer através de serviços prestados com o apoio científico do Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, quer por advogados e juristas que participam nesse apoio.

Também o apoio psicológico no âmbito das consultas de psico-oncologia é disponibilizado a todos os doentes e familiares que necessitem, através de 16 psicólogos colaboradores da LPCC e 32 voluntários que, em 2016, atenderam cerca de 1150 utentes em mais de 5000 consultas.

Quanto ao apoio social aos doentes é uma das grandes prioridades da LPCC e em 2016 cifrou-se em cerca de 800.000 €, distribuídos por doentes e para destinos diversificados: medicamentos não oncológicos, deslocações, próteses, etc.

Para além das considerações explanadas, “cancer patient advocacy” exige da LPCC um esforço e investimentos programados nos próximos anos para a abordagem de temas como: ensaios clínicos; cuidados assistenciais centrados no doente no âmbito dos cuidados primários, cuidados hospitalares, cuidados paliativos; formação de profissionais de saúde; colaboração com as ordens profissionais médica e de enfermagem; divulgação junto dos doentes do mo-

vimento “patient advocacy; formação de voluntários com o perfil adequado de “patient advocate”.

Na sobrevivência do doente com cancro a “advocacy” é um processo contínuo. Pode iniciar-se a nível pessoal, mas à medida que a trajetória da sobrevivência muda, o contexto de autodefesa pode alargar-se, passando a abranger grupos organizados de “advocacy” e, mais tarde, iniciativas públicas.

Como se referiu “cancer patient advocacy” é um novo paradigma da abordagem dos cuidados médicos, que exige o envolvimento de diversas partes interessadas neste movimento e a LPCC é obrigatoriamente uma dessas partes.

# DIREITO, SAÚDE E CIDADANIA

André Gonçalo Dias Pereira (\*)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Diretor do Centro de Direito Biomédico

Conselheiro do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

**Sumário:** 1. *Direito da saúde: normatividade complexa.* 2. *Princípios do direito da saúde.* 3. *Permanente mutação e dinâmica: alguns exemplos.* 4. *A “Patient advocacy”.* 5. *O papel dos centros de investigação e a sociedade.* 6. *Conclusão.*

## 1. Direito da saúde: normatividade complexa<sup>(1)</sup>

O Direito da Medicina apresenta especificidades de não pequena monta que levam alguns autores a afirmar a “emergência de um ramo autónomo do saber jurídico: o Direito da Medicina”<sup>(2)</sup>. Autonomia essa que se evidencia quer face às ciências extrajurídicas, quer no domínio intrajurídico, em que se faz sentir a necessidade de libertação das amarras tradicionais de compartimentação entre o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Público.

Acresce que, na fundamentação dessa autonomia, o Direito da Medicina seria composto por um corpo e por um espírito. O corpo traduzir-se-ia assim num conjunto de normas diretamente atinentes à prática médica, à relação médico-paciente e

à justa composição dos conflitos de interesses juridicamente relevantes. Por seu turno, o espírito seria um “conjunto de princípios jurídicos, *rectius*, de princípios normativos específicos que irradiam soluções de normatividade justa na relação entre a pessoa humana e a atividade da medicina”.

João Loureiro, considerando o plano das fontes do Direito da Medicina, refere-se ao “tempo das redes ou o manto normativo do mundo”<sup>(3)</sup>, dado que aquele ramo atende, além das normas internacionais e europeias — *v.g.*, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH/Bio) —, às diferentes deontologias médicas, aos pareceres das Comissões de Ética e à prática jurídica, a par das tradicionais fontes legislativas nacionais.

## 2. Princípios do direito da saúde

### 2.1. O princípio da não lesão de direitos fundamentais do doente

Referimo-nos, ao princípio da não lesão de direitos fundamentais do doente, ao princípio da validade e eficácia das normas profissionais e das regras deontológicas, ao princípio da precaução nos avanços terapêuticos e ao princípio do controlo

(\*) O Autor agradece a colaboração do Dr. Mickael Martins, mestrando em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e investigador do Centro de Direito Biomédico.

<sup>1</sup> Sobre os conceitos de Direito Médico, Direito da Medicina, Direito Biomédico e Direito da Saúde, vide PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “Direitos dos pacientes e responsabilidade médica”, Coimbra Editora, 2015, pp. 36 e ss., que seguimos de perto neste tópico.

<sup>2</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes...*, cit., p. 35.

<sup>3</sup> LOUREIRO, JOÃO CARLOS, “Saúde no fim da vida, entre o amor, o saber e o direito II — Cuidado(s)”, II, *Revista Portuguesa de Bioética* / (n.º 4) / Abril-Maio 2008.

procedimental na decisão bioética.

No que concerne ao princípio da não lesão de direitos fundamentais do doente, diremos que, em virtude da mudança de paradigma operada no seio do Direito da Medicina, com a clara superação da conceção hipocrática e paternalística da atividade médica e a sua evolução no sentido da afirmação da autonomia do paciente, este se torna “senhor do seu próprio corpo”, competindo-lhe a tomada de decisão sobre a realização de uma determinada intervenção, em cumprimento da ideia de autodeterminação nos cuidados de saúde. Daí que a integridade física e psíquica, a par da liberdade pessoal do paciente, só surja integralmente respeitada caso tenha sido fornecida a necessária informação e, após a ponderação dos prós e contras da intervenção, tenha sido obtido o consentimento do paciente. Com efeito, reconhece-se hoje um direito à recusa de tratamento, ainda que medicamente irrazoável na perspectiva do médico.

Além deste direito à recusa de tratamento, aquele princípio da não lesão de direitos fundamentais do doente terá ainda refrações, v.g., na área da saúde mental, em que se consagra o caráter de *ultima ratio* do internamento compulsivo do doente mental e, ainda neste domínio, a *ultima ratio* — ou até total impossibilidade — de esterilização de doentes mentais profundos.

## 2.2. O princípio da validade e eficácia das normas profissionais e das regras deontológicas

Nos termos do artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina: “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

As *leges artis*, entendidas como o “conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”<sup>(4)</sup>, devem ser respeitadas pelos médicos na sua atuação, tanto mais que a não observância das mesmas poderá conduzir à sua eventual responsabilização.

Entre nós, e contrariamente ao sistema francês da *faute*, a ilicitude distingue-se da culpa, pelo que o não cumprimento ou o cumprimento defeituoso das *leges artis* servirá de critério da ilicitude, competindo ao paciente, enquanto autor de uma ação de responsabilidade civil médica, a prova da desconformidade entre a atuação do médico e aquelas regras.

Além deste conjunto de regras, tem-se tornado frequente a elaboração de protocolos e de normas de orientação clínica, documentos esses criados pelos médicos e que contribuem decisivamente para a definição de regras de conduta, o que “significa uma aplicação jurídica indireta, mais forte, das normas internas dos próprios profissionais”<sup>(5)</sup> — e tem-se entendido que a violação destas normas faz presumir a violação das *leges artis*. Não obstante, importa salientar que não basta o cumprimento destas *guidelines*, impõe-se, ainda assim, a verificação de todas as regras que se imponham num determinado caso concreto — aquelas, enquanto critérios abstratos, permitem a presunção da licitude da ação médica, mas não são condição suficiente da atuação do profissional de saúde.

*Last but not least*, devemos ter em consideração as regras de deontologia médica. Socorrendo-nos do artigo 1.º do Regulamento de Deontologia Mé-

<sup>4</sup> GALHARDAS, Maria de Fátima, “Negligência médica no código penal revisito”, *Sub Judice*, n.º 11, janeiro-junho, 1996.

<sup>5</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. cit., pp. 663 e 664.



dica<sup>6</sup>), “a deontologia médica é o conjunto de regras de natureza ética que, com caráter de permanência e a necessária adequação histórica, o médico deve observar no exercício da sua atividade profissional”. A deontologia médica consiste em uma ordem normativa complementar, onde se forma e desenvolve um *ethos* profissional, e que assume extrema relevância em sede de integração de lacunas.

### 2.3. O princípio da precaução nos avanços terapêuticos

Devendo pautar-se a atuação do médico pelo respeito das *leges artis*, a par da evolução verificada no seio da medicina, com a construção da doutrina do consentimento informado, em que se exige, *v.g.*, a comunicação ao paciente dos riscos concretos de uma determinada intervenção, compreende-se que, naqueles domínios em que essa mesma intervenção se desvie dos *standards*, as cautelas sejam acrescidas e se constate a exigência de verificação de requisitos mais apertados. Pensemos, por exemplo, na utilização *off-label* de medicamentos<sup>7</sup>, em que, para além de um dever de obtenção de um consentimento informado reforçado, deve ser levada a cabo uma justificada análise risco-benefício da sua utilização no paciente concreto, que nos permi-

ta *a posteriori* atestar da cabal fundamentação jurídica. Temos defendido que o médico deve registar, ainda que de forma sumária, a fundamentação dessa utilização no processo clínico do doente, tanto mais que esta atuação será fator de ponderação na averiguação da sua diligência numa (eventual) ação de responsabilização.

O princípio da precaução nos avanços terapêuticos é também evidente no domínio das inovações terapêuticas. Com efeito, dispõe o artigo 10.º do Regulamento de Deontologia Médica que o médico se deve abster de praticar atos que não estejam de acordo com as *leges artis*, excetuando, logo de seguida as situações em que se disponha de dados promissores e não haja alternativa, e ainda os atos que se integrem em protocolos de investigação, “cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas”. Neste domínio, exige-se, assim, além de um acentuado dever de informação, o respeito pelo princípio da beneficência, na exata medida em que o médico só deve propor uma inovação terapêutica se não dispuser de um método seguro e eficaz e após a devida ponderação risco-benefício.<sup>8</sup>

Em suma, em determinados domínios da atuação médica exige-se uma fundamentação acrescida — que contribuirá igualmente para acautelar a posição do médico que atue naquelas circunstâncias —, e também um controlo procedimental justo, onde podemos afirmar e constatar a construção de um paradigma procedimentalista, que se relaciona diretamente com o princípio a que aludiremos já de seguida.

<sup>6</sup> Deve notar-se que era alvo de discussão na doutrina o valor jurídico do Código Deontológico. Com o novo Código, esta discussão deixa de fazer sentido, atendendo a que o mesmo foi publicado em Diário da República (Diário da República, 2.ª Série — n.º 139 — 21 de Julho de 2016), sob a forma de regulamento administrativo — Regulamento 707/2016, de 21 de Julho. Em bom rigor, esta discussão cessou em 2009, dado que já tinha sido publicado em Diário da República (2.ª Série — N.º 8 — 13 de Janeiro de 2009) o Regulamento de Deontologia Médica.

<sup>7</sup> Em termos sucintos, diremos apenas o seguinte: via de regra, para a entrada de um medicamento no mercado, impõe-se a sua autorização por parte da agência do medicamento competente. Ora, a prescrição *off-label* envolve precisamente a utilização de um medicamento que não foi objeto de avaliação e/ou não foi objeto de validação por parte da referida agência. Compreende-se, portanto, que, acarretando a utilização destes medicamentos um risco acrescido para a segurança dos pacientes, a opção pelos mesmos seja cercada de maiores cautelas e apertados requisitos.

<sup>8</sup> Deve notar-se que a prova da necessidade da inovação terapêutica impende sobre o médico.

### 2.4 O princípio do controlo procedimental na decisão bioética

Constata-se de forma mais premente no seio do direito da medicina a tendência para se remeter cada vez menos para os tribunais a resolução de casos concretos. Esta situação parte do reconhecimento por parte do legislador da inabilidade para decidir questões controversas, sobretudo neste domínio em que a linha que separa o jurídico do ético é extremamente ténue, e em que o controlo da atuação médica em determinadas áreas passa efetivamente pelo crivo das instituições com competências multidisciplinares — e independentes face ao poder político —, dotadas de conhecimentos técnicos que só assim legitimam aquele controlo.

A tendência vai, assim, no sentido da criação de instituições de controlo e regulação administrativa, quais sejam, a título meramente exemplificativo, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)<sup>9</sup>, o Conselho Nacional de Saúde Mental, que controla a realização de intervenções de psicocirurgia, as Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção da Gravidez — às quais compete, entre outras competências, definir as *guidelines* sobre quais as doenças graves ou malformações que podem justificar a interrupção da gravidez em caso de fetopatia —, a

Comissão de Ética para a Investigação Clínica, que tem por principal função emitir parecer — vinculativo — sobre a aceitabilidade ética de um ensaio clínico de medicamento para uso humano, a Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante, organismo a quem compete a emissão de parecer vinculativo em caso de dádiva e colheita em vida de órgãos, tecidos ou células para fins terapêuticos ou de transplante, etc.<sup>10</sup>

### 3. Permanente mutação e dinâmica: alguns exemplos legislativos

O Direito da Medicina encontra-se em constante mutação. Evidência dessa permanente dinâmica que entretece esta área dogmática, numa tentativa de acompanhar os avanços tecnológicos e científicos da Medicina que ocorrem cada vez mais amiúde, é precisamente a intensa atividade legislativa que se desencadeou nos inícios da década de 80 e que se densifica cada vez mais. Embora não pretendendo ser exaustivos, pensemos nas alterações que se têm vindo a operar ao nível dos Direitos e Deveres dos Pacientes<sup>11</sup>, da Saúde Pública, da exclusão da ilicitude nos casos de Interrupção Voluntária da Gravidez, no âmbito da Procriação Medicamente Assistida, no que concerne às Declarações Antecipadas de Vontade e à nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde e, mais recente-

<sup>9</sup> A quem compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA. De entre as prerrogativas atribuídas ao CNPMA, cumpre destacar, entre outras, a de atualizar a informação científica sobre a PMA e as respetivas técnicas e estabelecer as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões. O CNPMA apresenta um relatório anual à Assembleia da República e ministérios responsáveis pelas áreas da saúde e da ciência e tecnologia sobre as suas atividades e sobre as atividades dos serviços públicos e privados, descrevendo o estado de utilização das técnicas de PMA, formulando as recomendações que entender pertinentes, nomeadamente sobre as alterações legislativas necessárias para adequar a prática da PMA à evolução científica, tecnológica, cultural e social.

<sup>10</sup> A ser aprovada uma Lei que despenaliza a morte medicamente assistida, nos projetos-lei apresentados à Assembleia da República pelo PAN, pelo BE, pelo Partido “Os Verdes” e pelo PS sobre a matéria prevê-se a criação de uma Comissão de Revisão dos Procedimentos de Antecipação da Morte, competindo-lhe, nomeadamente, emitir pareceres, por iniciativa própria ou quando tal lhe for solicitado, sobre o modo como a lei está a ser aplicada, bem como sobre os problemas que poderão surgir em torno desta temática.

<sup>11</sup> Veja-se, a este propósito, a Carta dos Direitos e Deveres do Doente: que, não obstante não ter força vinculativa, elenca de forma clara e expressiva os traços fundamentais constitutivos da relação médico-paciente. E acrescente-se que, atualmente, deve atender-se à Lei n.º 15/2014, de 21 de Março, que reproduz em parte o conteúdo daquela carta e cria um texto único sobre a matéria, num esforço de consolidação legislativa.

mente, os projetos-lei que foram apreciados relativamente à morte medicamente assistida e à sua despenalização.

Nas últimas décadas, muita é a legislação que versa sobre este ramo do Direito.

Na década de 80, cumpre-nos destacar a Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar (Lei n.º 03/84, de 24 de Março) e a Lei que regulava o acompanhamento da mulher grávida durante o trabalho de parto — Lei n.º 14/85, de 06 de julho, entretanto revogada pela Lei n.º 15/2014, de 21 de Março, que consolidou a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde.

Na década de 90, assumem especial relevância a Lei dos Transplantes de Órgãos e Tecidos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, alterada mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 168/2015, de 21 de Agosto), a Lei dos Ensaios Clínicos (Decreto-Lei n.º 97/94, entretanto revogado pela Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto, que por sua vez, foi revogada pela Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril), a Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, alterada mais recentemente pela Lei n.º 103/2015, de 24/08 e pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Reg. (UE) 106/679) e a Lei da Saúde Mental — Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, alterada pela Lei n.º 101/99, de 26/07.

Como frisámos no início deste ponto, a atividade legislativa no âmbito do Direito da Medicina tem sido cada vez mais intensa, visível mais uma vez nas alterações legislativas que ocorreram entre 2000 e 2010, a que se seguiu um esforço de consolidação legislativa a partir de 2011. Pensemos desde logo na Lei dos Ensaios Clínicos de Medicamentos de Uso Humano (Lei 46/2004, de 19 de Agosto, entretanto revogada pela Lei n.º 21/2014, de 16

de Abril<sup>(12)</sup>), na Lei da Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, alterada mais recentemente pela Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto), na Lei das Associações de Defesa dos Utentes de Saúde (Decreto-Lei n.º 44/2005, de 29 de Agosto), na criação da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (DL n.º 101/2006, de 06 de Junho, alterado mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 136/2015, de 28 de Julho), na Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 06 de Julho que, como veremos *infra*, tem sofrido diversas alterações desde 2015, sendo a mais recente a alteração introduzida pela Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho), na Lei da Exclusão da ilicitude nos casos de Interrupção Voluntária da Gravidez (Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, alterada pela Lei n.º 136/2015, de 07 de Setembro), no Regime do acompanhamento familiar de crianças, pessoas com deficiência, pessoas em situação de dependência, e pessoas com doença incurável em estado avançado e em estado final de vida em hospital ou unidade de saúde (Lei n.º 106/2009, de 14 de Setembro, entretanto revogada pela Lei 15/2014, de 21 de Março) e, por último, no Regulamento da Assistência Espiritual e Religiosa no SNS (DL n.º 253/2009, de 23 de Setembro).

Em 2012, com a Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade (Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho), resulta hoje claro o respeito pela vontade do paciente e pelas decisões que sejam por ele tomadas em conformidade, ainda que medicamente irrazoáveis. Neste sentido, a obrigatoriedade de fornecer a necessária informação e o próprio interesse das pessoas em estar cientes dos prognósticos que lhes podem estar reservados, leva a que muitas delas

<sup>12</sup> Cfr. o Regulamento (UE) n.º 536/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano.

procurem autodeterminar-se antecipadamente, *recaindo* a “*escolha efetiva*”<sup>(13)</sup> sobre o paciente e acautelando (eventuais) situações de incapacidade para consentir — referimo-nos obviamente às Declarações Antecipadas de Vontade e/ou à nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde.<sup>(14)</sup>

Continuando a perscrutar as alterações levadas a cabo, refiram-se igualmente a Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de Setembro) e a Lei da Investigação Clínica (Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, alterada mais recentemente pela Lei n.º 73/2015, de 27/07).

No âmbito da Procriação Medicamente Assistida (PMA), devemos considerar a Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho (que alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)<sup>(15)</sup>, a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto (que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), o Decreto Regulamentar n.º 06/2017, de 31 de Julho (regulamenta a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que regula o acesso à gestação de substituição) e a Lei n.º 58/2017, de 25 de Julho (procede à quarta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho — destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico). Em 2108, sede de “fim de vida”, destaca-se a Lei n.º 31/2018, de 18 de Julho — Direito das pessoas em contexto de doença

avanzada e em fim de vida, sendo o aspeto mais relevante desta Lei a aprovação da sedação paliativa no art.8.º.

### 3.2. Direitos dos Pacientes na Europa

Se até este ponto nos focámos ao nível nacional, cumpre agora, ainda que de forma meramente tónica, percorrer alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Com efeito, a partir da década de 90, proliferaram nos diversos países leis de direitos dos doentes — pensemos, *v.g.*, na Finlândia (1992), nos Países Baixos (1994), na Lituânia (1996), na Islândia (1997), na Letónia (1997), na Hungria (1997), na Grécia (1997), na Dinamarca (1998), na Noruega (1999), na Geórgia (2000), na França (2002), na Bélgica (2002), na Espanha (2002), na Suíça (2003), na Rússia (2003) e na Alemanha (2013).

Percorrendo as leis destes países, é possível identificar alguns direitos individuais, transversais às mesmas, expressão da evolução do Direito da Medicina e da sua internacionalização, quais sejam o direito à informação — reconhecendo-se, simultaneamente, um direito a não saber, devendo o paciente, no entanto, estar ciente de que, a qualquer momento, pode requerer a prestação dessa mesma informação — o direito a consentir — ou, no outro pólo, o direito à recusa de tratamento, superada que está a conceção paternalística do Direito da Medicina, admitindo-se inclusive nas situações em que parece medicamente irrazoável a recusa —, a representação dos menores e das pessoas com capacidade diminuída, o dever de documentação clínica, o direito de acesso ao processo clínico — embora o meio como este é acessível possa variar de país para país —, o direito ao sigilo médico e a possibilidade de elaboração de uma declaração antecipada de vontade e/ou o direito à nomeação de um procurador de cuidados de saúde.

<sup>13</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes ...*, cit., p. 570. Estes ‘instrumentos’ revestem-se de particular importância para aquelas situações em que, por motivos religiosos ou de consciência — *v.g.*, o caso típico das testemunhas de Jeová —, os pacientes rejeitam determinado tipo de intervenção médica.

<sup>14</sup> Existe um modelo previamente elaborado e facilmente acessível via Internet, aprovado pela Portaria 104/2014, de 15 de Maio, à qual se encontra anexo o referido modelo.

<sup>15</sup> Entretanto, o Acórdão do Tribunal Constitucional 225/2018 (publicado no DR de 2018-05-07) colocou em crise a prática de gestação de substituição, por considerar algumas das normas fundamentais do referido diploma inconstitucionais.

Por seu turno, já no que concerne aos direitos coletivos, em ordem à proteção dos direitos dos pacientes e ao reforço dessa tutela jurídica, verifica-se o recurso a variados mecanismos, nomeadamente, a figura do provedor do paciente (Finlândia), o direito à mediação (Bélgica), o direito à informação epidemiológica (Espanha) ou o reconhecimento de um direito à indemnização, independentemente de culpa em alguns casos e qualidade do sistema de saúde (França).

#### 4. A “Patient advocacy”

No que concerne a este tópico, podemos destrinçar do conceito uma dimensão individual, traduzível no apoio à decisão e no empoderamento do doente — dado que, hodiernamente, este deve ser visto e compreendido como senhor do seu próprio corpo, como um centro autónomo de decisão — e, simultaneamente e em relação àquela, uma dimensão coletiva, no sentido da efetivação dos direitos dos doentes, no fomento da sua autonomia e, sobretudo, na representação dos mesmos, através da criação e legitimação — *v.g.*, ao nível processual — das associações de doentes, das Ligas, das ONG’s, conduzindo consequentemente a um reforço da sociedade civil.

Este fenómeno conduz-nos à ideia de Democracia Sanitária, pautando-se hoje o Direito da Medicina — *rectius*, o Direito da Saúde em geral — pela promoção da participação ativa dos doentes nos sistemas de saúde, pela consciencialização e responsabilização cívica de todos os atores de saúde — nomeadamente, e em particular, dos doentes — e pela criação de direitos e consequente alargamento aos mais variados domínios da saúde — toda esta dinâmica em ordem à transparência na relação de cuidados de saúde, visível no reforço da obrigação de informação do fornecedor de cuidados de saúde e

na possibilidade de aceder diretamente ao processo clínico. Além disso, torna-se cada vez mais evidente a admissibilidade da mediação de terceiros, no reforço da confiança e solidariedade existencial na relação de cuidados clínicos, assim se compreendo o papel do procurador de cuidados de saúde e das Comissões de Ética assistenciais. Concomitantemente, são também cada vez em maior número as entidades que intervêm na prestação de cuidados de saúde, através da emissão de pareceres ou do cumprimento de um procedimento autorização, como o CNPMA, o Conselho Nacional de Saúde Mental, sendo que também estas podem contribuir para o exame e defesa dos direitos dos pacientes.

A democracia sanitária, em ordem à igualdade e não discriminação na relação de cuidados de saúde, acarreta o reforço da dimensão coletiva nessa mesma relação: (1) com a participação do cidadão nas políticas de saúde, *v.g.*, no debate democrático em torno da racionalidade da gestão de saúde; (2) com o reforço do papel das associações de doentes; e (3) pela criação de fundos coletivos de compensação de danos médicos, em que se vê ultrapassada a simples relação médico-paciente e se compreende o problema indemnizatório do dano causado pelas atividades de saúde como um problema coletivo a que urge dar resposta humanista.

#### 5. O papel dos centros de investigação e a sociedade

O incremento de uma participação ativa dos cidadãos, da tutela dos seus direitos e de uma atividade legislativa cada vez mais pormenorizada neste âmbito tem sido, por um lado, o resultado de uma cada vez maior influência dos centros de investigação e de variadas entidades às quais é solicitada a sua colaboração — nomeadamente, ao Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, a

Liga Portuguesa contra o Cancro —, e, por outro, a munição dessas mesmas entidades com unidades de apoio jurídico que possibilitam uma mais rápida e eficaz intervenção na efetivação dos direitos dos pacientes.

Pensemos, a este propósito, na Unidade de Apoio Jurídico da Liga Portuguesa contra o Cancro, a funcionar no Núcleo Regional do Centro (Coimbra). Esta mesma unidade de apoio dispõe de um serviço de consulta e aconselhamento jurídico aos doentes oncológicos e às suas famílias, com o intuito de *auxiliar aqueles* no exercício e consequente efetivação dos seus próprios direitos — *v.g.*, a lei prevê determinados benefícios para os doentes oncológicos, quer seja ao nível do Sistema Nacional de Saúde (SNS), das Finanças e da Segurança Social, *além* de lhes conferir uma especial proteção ao nível do emprego e das condições de trabalho, do apoio à habitação e à mobilidade, entre outras. A intervenção dessa mesma Unidade de Apoio Jurídico resulta da verificação de que muitos doentes desconhecem os seus direitos e/ou se deparam com bastantes dificuldades para os fazer valer, especialmente por força de exigências burocráticas. Assim, numa tentativa de ultrapassar essas mesmas dificuldades, a Unidade de Apoio Jurídico dispõe de advogados com experiência, que garantem a consulta jurídica, o aconselhamento e a orientação dos doentes e das suas famílias, no sentido de garantir a defesa e a promoção dos seus direitos.

### 6. Conclusão

O Direito da Medicina não deve ser um espaço de afrontamento e de crispação entre os diversos atores da saúde. Os profissionais devem hoje estar

ao serviço da pessoa doente, encarada como centro autónomo de decisão, deixando de valer aquela velha ideia de mistificação da profissão médica, de relação não paritária entre médico e paciente.

É evidente e, simultaneamente, notável a evolução das últimas décadas no sentido da tutela dos direitos dos pacientes. Tanto mais que, segundo alguns autores, pelo menos de *jure condendo*, este subsistema do Direito da Medicina poderia merecer inclusive uma reforma da Organização Judiciária, no sentido da especialização dos tribunais nestes domínios tão vastos da saúde, a fim de possibilitar uma resposta cabal aos problemas derivados das relações de cuidados de saúde.

Abstraindo-nos agora dessas considerações, cumpre salientar, *v.g.*, que a Lei n.º 44/2005, de 29 de Agosto (Lei das Associações de Defesa dos Utentes de Saúde) conferiu legitimidade processual às associações de utentes para representar interesses coletivos na área do Direito da Saúde, enfatizando a dimensão coletiva da *Patient Advocacy* a que nos referimos *supra*.

Podemos ainda destacar a criação e o funcionamento dos Gabinetes do Utente, os quais permitem que o doente confronte o médico com o seu desagrado em que o processo é conhecido pelo Diretor de Serviço e por vezes pelo próprio Conselho de Administração do Hospital.

O Direito da Medicina sempre se deverá guiar pelos referentes fundamentais de criar confiança ou, dito de outro modo, reforçar a hospitalidade da medicina e promover a solidariedade existencial na relação de cuidado-perigo a que os profissionais de saúde estão vinculados face às pessoas doentes.

# SEGUROS E DOENÇA ONCOLÓGICA

*Maria Inês Oliveira Martins*

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**Resumo:** *O texto trata os aspectos da regulação do contrato de seguro que podem ser especialmente relevantes quando está em causa a cobertura de riscos colocados pela doença oncológica. Em particular, dá-se conta dos vários tipos de seguro potencialmente úteis para cobertura desses riscos e do alcance que as coberturas devem ter; das normas que tutelam contra a discriminação, quando esta tenha por fundamento o risco agravado de saúde; das normas que regulam a prestação de informações aquando da celebração do contrato, e das normas que regulam as obrigações principais das partes — o dever de pagar o prémio e o de efectuar a prestação seguradora.*

**Palavras chave:** *contrato de seguro, doença oncológica, discriminação.*

**Abstract:** *The text considers some aspects of insurance contract law that may be especially relevant for the coverage of risks posed by oncological diseases. It specifically handles the different insurance lines that intervene in the coverage of those risks, debating the adequate extent of the coverages; it further deals with the norms against discrimination, and with the norms concerning pre-contract information duties and main contract duties of both parties.*

**Keywords:** *insurance contract, oncological diseases, discrimination*

## I. Contrato de seguro e cobertura dos riscos colocados pela doença oncológica<sup>(1)</sup>

### §1. Introdução

O contrato de seguro é aquele pelo qual um sujeito, o segurador, se obriga a efectuar uma prestação caso um outro sujeito, o segurado, seja atingido por um evento incerto que lhe possa causar consequências desfavoráveis. Para referir esse evento incerto que pode atingir a esfera do segurado, usa-se o termo “risco”; a possibilidade de tal evento causar consequências desfavoráveis na esfera do segurado refere-se ao facto de ele ameaçar um “interesse seguro”. Também se usa o termo “risco” num sentido mais alargado ou “material”, para designar a situação de exposição a estas consequências, podendo então o risco ser *agravado pelo aumento da probabilidade de ocorrência do evento, ou da gravidade das suas consequências potenciais*. Por sua vez, a concretização do risco segurado designa-se sinistro.

Por isso se diz que, através do contrato de seguro, o segurador cobre um risco que ameaça o se-

<sup>1</sup> Principais abreviaturas utilizadas: RJCCG: Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro; RJCS: Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril. Salvo quando se indique fonte diversa, as normas citadas pertencem ao RJCS,

gurado, ou que o segurado transfere este risco para o segurador: porque, ao assumir o dever de prestar caso o evento incerto ocorra, o segurador remove total ou parcialmente as consequências desfavoráveis que este produziria na esfera do segurado.

O contrato de seguro delimita os termos em que o segurador efectuará a sua prestação, tanto de modo qualitativo, como quantitativo.

De modo qualitativo, o contrato descreve, pela positiva, as situações em que o segurador prestará (por exemplo, prevendo que o segurador efectuará certa prestação em caso de incapacidade permanente superior a 70%). E, pela negativa, o contrato determina que o segurador não deverá qualquer prestação quando o sinistro seja causado por certas causas (por exemplo, o segurador não cobrirá despesas de saúde provocadas por doenças infectocontagiosas, quando em situação de epidemia declarada), ou tenha lugar fora de certo espaço territorial (por exemplo, o seguro não cobre despesas com cuidados médicos recebidos no estrangeiro) — são as designadas “exclusões do risco”.

De modo quantitativo, o contrato prevê que a prestação do segurador, ou o somatório das prestações efectuadas durante a vigência do contrato, não excederá certo montante máximo, que se designa por “capital seguro”. O contrato pode ainda prever que o segurador apenas prestará caso e na medida em que os danos causados pelo sinistro superem um certo montante, cabendo ao segurado sempre suportar essa parte dos danos — trata-se da “franquia”.

A doença oncológica corresponde na verdade a uma multiplicidade de doenças, que agregamos commumente sob a referência a “cancro”. Esta traz *riscos agravados* para a vida e a saúde dos pacientes, uma vez que faz aumentar a probabilidade de certos eventos adversos, ou a gravidade das suas consequências potenciais:

- aumento da probabilidade de morte precoce;
- necessidades acrescidas de cuidados de saúde;
- incapacidade temporária ou definitiva para o trabalho;
- necessidade de assistência nas tarefas do quotidiano.

Vejam os tipos de contrato de seguro que se destinam a cobrir esses mesmos riscos, bem como duas hipóteses de particular relevo na sua estruturação.

## §2. Tipos e estruturas de contrato de seguro relevantes: os seguros de vida, os seguros de saúde e a cobertura do risco de invalidez; os seguros individuais e os seguros de grupo.

### 2.1. Tipos de contrato de seguro relevantes

#### a) Seguro de vida com cobertura do risco de morte.

Relevam em primeiro lugar os seguros de vida com cobertura do risco de morte da pessoa segura. Através deste seguro, serve-se o interesse de dotar de meios económicos um determinado sujeito, beneficiário do seguro, no caso de ocorrer a morte da pessoa segura. Esta atribuição pode ter o sentido de efectuar uma liberalidade a favor do beneficiário — por exemplo, o seguro prevê que, no caso da morte de A, pessoa segura, será prestado um certo montante aos seus filhos —, ou de garantir uma dívida existente para com este — por exemplo, o seguro prevê que, no caso da morte de A, pessoa segura, será prestado ao Banco X, seu credor, o montante que estiver em dívida relativamente a um contrato de mútuo celebrado —, ou mesmo de o re-



munerar por um serviço prestado — por exemplo, a sociedade X contrata com um segurador, que, no caso da morte de qualquer dos seus trabalhadores, os herdeiros destes terão direito a uma prestação monetária.

Os seguros de vida encontram-se regulados nos arts. 183 e ss. do RJCS. Na prática, podem ter muitas variadas configurações. Nas mais relevantes, o segurador compromete-se a efectuar uma prestação ao beneficiário no momento da morte da pessoa segura, o que implica que os contratos de seguro de vida sejam geralmente contratos com certa duração. Tal traz consigo um afastamento à regra geral que vale no ordenamento português, nos termos da qual, *salvo quando do contrato conste algo diverso*, os contratos de seguro são celebrados pelo período de um ano, renovando-se automaticamente por um período de igual duração a não ser que sejam expressamente feitos cessar por qualquer das partes (arts. 40.º e 41.º do RJCS).

Há claro afastamento desta regra nos chamados *seguros de vida inteira*, em que o segurador se obriga a prestar quando a morte ocorrer, *independentemente do momento em que ela ocorra* (a sua prestação é certa quanto ao “se”, sendo apenas incerta quanto ao “quando”). Trata-se de um contrato sem duração determinada, que o segurador não pode fazer cessar antes da ocorrência do evento morte, já que tal frustraria o sentido e a finalidade deste contrato (art. 114. n.ºs 1 a 3, do RJCS).

Diferentes destes são os seguros temporários, em que o segurador apenas prestará caso a *morte ocorra dentro de um certo lapso temporal* — por exemplo, enquanto o segurado exerce certa profissão de risco elevado, ou é devedor de certo montante mutuado. Lembre-se que, em geral, se o contrato nada dispuser em sentido diverso, a sua duração será apenas de um ano (renovável). Este prazo será,

porém, potencialmente desadequado para abarcar todo o período temporal em que o risco de morte do segurado é especialmente agravado, impedindo o contrato de seguro de cumprir a função que justifica o pagamento dos prémios (art. 16.º, b), RJCCG — vd. *infra*). A este propósito, o legislador nacional interveio na área especialmente sensível dos seguros de vida contratados por um consumidor a favor da instituição de crédito que lhe tenha concedido crédito para aquisição de habitação, criando um regime especial de protecção do consumidor<sup>(2)</sup>. Este regime prevê um conteúdo mínimo para o contrato de seguro de vida, impondo que este tenha pelo menos a duração correspondente à duração do contrato de mútuo, acompanhando o capital seguro o valor em dívida (cfr. o art. 5.º, n.º 2, do diploma).

#### b) Seguro de saúde

Pelo seguro de saúde, o segurador obriga-se a efectuar prestações “relacionadas com a prestação de cuidados de saúde”. Esta expressão entre aspas acompanha na verdade as palavras do art. 213.º do RJCS, que são amplas o bastante para acompanhar os vários tipos de cobertura que podem estar aqui em causa. Nas hipóteses mais comuns, o segurador obriga-se a reembolsar o segurado pelos gastos com cuidados de saúde que este tenha efectuado, ou mesmo a prestar esses cuidados directamente, através da sua rede de prestadores. No caso dos seguros de reembolso de despesas, o segurador também pode limitar o seu dever de prestar aos casos em que a despesa tenha sido efectuada com um prestador da sua rede.

<sup>2</sup> Trata-se do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de Setembro. Note-se, de resto, que falamos em texto dos seguros nas suas formas mais puras — na prática, na verdade, os seguros de vida celebrados para garantia do credor combinam esta função com elementos de poupança, mantendo-se em relação a outros beneficiários designados no contrato mesmo depois de extinta a dívida para com o mutuante.

Nada sendo estipulado em sentido diverso, o contrato vale pelo prazo de um ano, renovando-se automaticamente a não ser que qualquer das partes declare a sua vontade de o fazer cessar, por declaração escrita enviada à contraparte *pelo menos 30 dias antes da data em que o contrato se renovaria* (art. 115.º, n.º 1, do RJCS)<sup>3</sup>.

Tal implica que, se o segurador se aperceber que os riscos para a saúde do segurado se agravaram — por exemplo, porque lhe foi apresentado um pedido de reembolso de despesas de tratamento de uma patologia grave, que poderá implicar custos relevantes —, tratará de comunicar que não pretende renovar o contrato<sup>4</sup>. Nestas hipóteses, bem como noutras que trataremos já de seguida, tem relevo o art. 217.º do RJCS; porém, como diremos também, o alcance de tais regras é mais modesto do que pareceria.

O referido artigo vale para os casos em que (1) *o contrato não seja renovado no seu todo*, ou então deixe de incluir a cobertura do risco de certas doenças, e (2) *o risco não esteja coberto por um contrato de seguro posterior*. Nesse caso, o segurador permanece obrigado a cobrir certos riscos, mesmo depois de o contrato cessar. Para que tal se verifique, além dos dois requisitos já referidos, são necessários mais

Assim, é necessário que (3) o contrato cobrisse o risco em causa — se a doença que afecta agora o segurado se encontrava prevista numa exclusão do risco, o segurador não será obrigado a prestar. Depois, é necessário que (4) a doença ou o outro facto (por exemplo, uma gravidez) que dá lugar à

cobertura *se verifique durante o tempo de vigência do contrato ou daquela cobertura*. Assim, nos termos do art. 217.º, n.º 2, requer-se que (5) *o segurador seja informado da doença ou circunstância nos trinta dias subsequentes ao termo do contrato*.

Acresce um limite temporal: o segurador só fica obrigado a efectuar prestações (6) *durante os dois anos subsequentes ao termo do contrato ou da cobertura*. E, por último, um limite quantitativo: (6) o segurador só prestará *até* que se mostre esgotado o capital seguro no último período de vigência do contrato. Ou seja, caso as prestações efectuadas pelo segurador no último ano de duração do contrato *não tenham atingido o montante total do capital seguro*, o segurador *continuará obrigado a efectuar prestações até que se esgote esse remanescente*.

Trata-se, como dissemos, de uma protecção modesta. Além de pressupor a verificação de vários requisitos, só garante que o segurador preste até ao montante do capital seguro ainda não consumido pelas prestações efectuadas no último ano de vigência do contrato — e, caso se detecte uma patologia grave, esse remanescente tenderá a ser consumido com rapidez.

### c) Cobertura do risco de incapacidade

A cobertura do risco de incapacidade da pessoa segura surge geralmente ligada a um dever do segurador de prestar um montante pré-estabelecido no contrato, havendo muitas vezes a previsão de montantes diferentes em função da gravidade do estado de incapacidade.

A cobertura surge frequentemente associada à cobertura de outro risco, como o de doença ou de morte — por exemplo, é muito frequente a cobertura do risco de incapacidade permanente surgir como cobertura complementar da do risco de morte num seguro de vida contratado a favor de uma instituição de crédito que tenha financiado

<sup>3</sup> Esta data da prorrogação do contrato é a que corresponde ao final do prazo de um ano pelo qual o contrato foi celebrado, ou ao aniversário dessa data (art. 41.º).

<sup>4</sup> Ao contrário do que acontece noutros seguros, o segurado não tem qualquer dever de comunicar o agravamento do risco seguro quando este agravamento se deva a alterações no estado de saúde da pessoa segura (art. 215.º, a); porém, o segurador tem a opção de não renovar o contrato.

uma aquisição da pessoa segura.

Mas esta cobertura também pode estar associada aos riscos colocados por uma incapacidade de tal modo grave que coloca o segurado numa situação de dependência de terceiros, de modo transitório ou permanente: trata-se aqui dos chamados seguros de dependência. Nestes, o segurador pode obrigar-se a efectuar uma prestação pré-determinada em caso de incapacitação grave; mas o mais comum é que se obrigue a suportar as despesas implicadas pela assistência quotidiana ao segurado gravemente incapacitado. A cobertura do risco de dependência é, porém, ainda rara no nosso mercado, surgindo apenas como cobertura acessória nos seguros de saúde.

A incapacidade que dá lugar ao dever de prestar do segurador é definida pelo contrato de seguro, sendo necessário atentar nas cláusulas implicadas para perceber o alcance da cobertura. Tal não implica, como diremos daqui a pouco, que o segurador possa limitar como quiser os termos em que efectua a cobertura: certas limitações esvaziam o contrato do seu sentido útil, sendo então inválidas as cláusulas que as alberguem.

Geralmente, a incapacidade é definida por dois modos, que podem surgir isoladamente ou em associação: através de uma definição genérica dada pelo contrato, e/ou pela remissão para as tabelas de mensuração das incapacidades.

No que toca à definição de incapacidade, era frequente esta surgir como impossibilidade de subsistência funcional sem o apoio de terceira pessoa, ou, de um modo sinónimo, impossibilidade de levar a cabo as tarefas do quotidiano. Este recorte não seria problemático num seguro de dependência; mas surgiu em seguros contratados para garantia de créditos, determinando que só perante estas formas particularmente graves de incapacidade

é que haveria lugar ao pagamento da prestação à entidade bancária. A jurisprudência superior portuguesa vem recorrentemente considerando nulas estas cláusulas, já que esvaziam o contrato do seu sentido útil: não é necessário que o segurado se encontre numa situação de tão grave incapacidade para que lhe falem os recursos financeiros necessários a pagar ao seu credor<sup>(5)</sup>. Similarmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a cláusula de um seguro para garantia do mutuante que definia a situação de incapacidade como aquela em que o sujeito se encontrasse “impossibilitado de retomar qualquer atividade remunerada ou não na sequência de um acidente ou de doença” violava o requisito de transparência na redacção das cláusulas, já que permitia também interpretações que não se compaginam com o escopo contratual, que é o de proteger o consumidor das consequências que resultariam da sua impossibilidade de fazer face às mensalidades dos seus empréstimos<sup>(6)</sup>.

Também foi considerada nula uma cláusula que fazia depender o reconhecimento da situação de invalidez total e permanente da sua confirmação por um médico da seguradora, para além da sua certificação perante junta médica, já que tal punha afinal a decisão sobre efectuar ou não a prestação nas mãos do segurador, que seria “juiz em causa própria”<sup>(7)</sup>.

Por outro lado, na interpretação da cláusula que defina a situação de incapacidade, os tribunais têm dado grande relevância à protecção das expectativas do concreto segurado. Assim, face a uma cláusula que definia a situação de incapacidade como aquela em que a pessoa segura ficasse total

<sup>5</sup> Veja-se, por exemplo, o ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010, Processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1; o ac. do STJ de 27 de Maio de 2010, Processo n.º 976/06.4TBOAZ.P1.S1 (sumário); ou o ac. do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7.

<sup>6</sup> Ac. *Jean-Claude Van Hove v. CNP Assurances SA*, de 23 de Abril de 2015.

<sup>7</sup> Ac. do STJ de 24 de Abril de 2014, Processo n.º 6659/09.6TVLSB.L1.S1.

e permanentemente impossibilitada de exercer a profissão indicada na proposta de seguro, tratando-se da profissão de gerente de sociedade comercial, o STJ considerou que havia que determinar quais as funções que a pessoa segura desempenhava face à empresa em concreto<sup>(8)</sup>.

Como se disse, a definição pode também ser feita por referência ou em articulação com a aplicação das tabelas nacionais de mensuração das necessidades. Estas são, actualmente, a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, que serve a avaliação das *incapacidades decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional*; e a Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, que avalia a generalidade dos *danos associados a lesões da integridade físico-psíquica*<sup>(9)</sup>.

A este respeito, há que notar apenas a primeira destas tabelas, relativa aos acidentes e doenças profissionais, quantifica especificamente o dano resultante de uma doença oncológica; a segunda tabela apenas avalia o dano por referência às sequelas corporais de uma lesão. Por outro lado, a primeira tabela apenas quantifica *danos patrimoniais associados à perda de capacidade para o exercício de uma profissão* — ficam de fora danos não patrimoniais (por exemplo, o prejuízo estético causado por uma intervenção cirúrgica), bem como outros danos patrimoniais provocados pela doença (por exemplo, decorrentes de despesas com serviços de saúde ou de apoio).

O contrato pode ainda limitar a definição de incapacidade através de outras notas caracterizadoras; por exemplo, através da referência à sua causa, como acontece quando a apólice determina que cobre riscos de invalidez causada por um aciden-

te, e não por doença. Note-se que também estas cláusulas limitadoras podem vir a ser consideradas inválidas, se se considerar que esvaziam o contrato do seu sentido útil.

## 2.2. Estruturas relevantes

### a) Seguros individuais

Podemos definir o seguro individual pela negativa: será seguro individual o que não é seguro de grupo. Mesmo os seguros individuais podem, porém, ter diferentes estruturas.

Numa estrutura mais simples de contrato de seguro, teremos um contrato entre um segurador e outro sujeito, o tomador, que ao mesmo tempo será o sujeito afectado pelo risco, ou seja, o titular do interesse seguro ou segurado. Pense-se na cobertura do risco de que ocorra um incêndio na própria casa. Estaremos aí perante um seguro por conta própria, em que o tomador é simultaneamente segurado.

Diferente é o caso do seguro por conta de outrem: aqui, o tomador contrata para a cobertura de um risco que afecta outro sujeito, separando-se a qualidade de tomador e a qualidade de segurado. Pense-se no caso em que A, pai de B, contrata um seguro para cobertura do risco de incêndio na casa de sua filha, adquirindo esta o direito de exigir do segurador uma prestação na medida dos danos que venha a sofrer.

No caso dos seguros de pessoas, de que trataremos aqui, relevam ainda duas outras qualidades. A primeira é a de *pessoa segura*, que é a pessoa que pode ver a sua vida ou integridade física afectada pelo risco. Esta pode não coincidir com o tomador ou com o segurado — pense-se no caso em que um empresário que gere uma carteira de jogadores de futebol profissional celebra um seguro pelo qual, no caso de lesão da vida ou integridade física des-

<sup>8</sup> Ac. STJ 1237/14.0TBSTR.E1.S1, de 24 de janeiro de 2017.

<sup>9</sup> Ambas foram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de Outubro.

tes jogadores, terá direito a uma prestação seguradora. Aqui, é o empresário o tomador e segurado (o interesse segurado é seu), mas são os jogadores as pessoas seguras. A segunda é a qualidade de beneficiário, que surge quando o titular do interesse seguro não é o sujeito que pode exigir para si a prestação seguradora.

#### b) Seguros de grupo

A estrutura é diferente no seguro de grupo, que assenta num contrato celebrado entre o segurador e um tomador, enquanto sujeito ao qual os vários segurados estão ligados por um vínculo diferente do de segurar (art. 76.º).

Esta estrutura pode ser configurada de diversos modos, ao abrigo da liberdade negocial. Tipicamente, esta exprime-se na conjugação de um contrato-quadro entre o segurador e o tomador, que enquadra a celebração de contratos de seguro individuais entre cada segurado e o segurador; ou exprime-se através de um contrato de seguro a favor dos terceiros segurados, celebrado entre segurador e tomador.

. O seguro de grupo pode ser contributivo ou não contributivo, em função de os segurados suportarem ou não, no todo ou em parte, o pagamento do prémio que lhes corresponde; em qualquer caso, porém, o dever de o pagar ao segurador pertence em princípio ao tomador (art. 80.º, n.º 1).

### III. Em especial, a proibição de práticas discriminatórias em razão de risco agravado de saúde

#### §1. Introdução

No ordenamento português, a proibição da discriminação em razão de risco agravado de saúde decorre desde logo das normas que proíbem a dis-

criminação em termos gerais — no plano interno, de modo cimeiro, o art. 13.º da CRP<sup>(10)</sup>. Tem ainda assento específico em diplomas legais — para o que aqui releva, a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, e o RJCS. O regime aplicável decorre, pois, da articulação entre estes vários diplomas.

Em geral, são proibidas pela Lei n.º 46/2006 as práticas que discriminem uma pessoa portadora de um risco agravado de saúde no fornecimento ou fruição de bens ou de serviços, entre quais se conta o contrato de seguro<sup>(11)</sup>. O RJCS concretiza esta proibição genérica vedando as práticas discriminatórias em razão de risco agravado de saúde, *na celebração, na execução, ou na cessação do contrato de seguro*. Em concreto, proíbe-se que sejam adoptadas acções ou omissões *dolosas ou negligentes* que violem o princípio da igualdade, implicando para aquelas pessoas um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável (art. 15.º, n.ºs 1 e 2).

Para os efeitos legais, pessoas com risco agravado de saúde são as que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma *alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante, sem perspectiva de remissão completa e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa*

<sup>10</sup> Quanto ao Direito internacional, (MARIA INÉS DE OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida”, *BFDUC*, 2, 2013, pp. 749-800, pp. 759 e ss. Pode ainda considerar-se que são aqui aplicáveis as normas que proíbem a discriminação em razão da deficiência, já que esta configura actualmente um conceito relacional, resultante da interacção entre uma incapacidade duradoura e barreiras comportamentais e ambientais que impedem uma participação igualitária na sociedade por parte do sujeito afectado pela deficiência. Quando os estados patológicos em causa levem ao preenchimento destes pressupostos, tal equiparação parece-nos, pois, acertada (ob. cit., pp. 763 e ss.).

<sup>11</sup> Cfr. os arts. 1.º, n.º 2, e 4.º, especialmente als. a) e c).

*redução de esperança de vida* (art. 3.º, c), da Lei n.º 46/2006). Na medida em que a concreta forma de doença oncológica em causa exprima estes caracteres, deverá então considerar-se que se está perante um risco agravado de saúde<sup>(12)</sup>.

## §2. Aferição da existência de discriminação ilícita

O tratamento menos favorável pode assentar em discriminação directa, quando o tratamento dado à pessoa com risco agravado de saúde for diferente do dado a pessoa saudável em situação no demais equiparável — é o que acontece quando o segurador recusar liminarmente a contratação de um seguro, por exemplo, de vida, quando o candidato seja doente oncológico. E pode também constituir discriminação indirecta, quando seja um tratamento aparentemente neutro, mas susceptível de colocar um doente ou deficiente em posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas — vg., não se cobre custos relacionados com certos tratamentos ou medicamentos a que apenas os portadores de doença oncológica recorram.

Para que se estabeleça a existência de uma discriminação, deve, pois, ficar provado que o segurador, com negligência ou dolosamente, tratou os portadores de doença oncológica que configure um risco agravado de saúde de modo menos favorável do que aquele que confere a sujeitos não portadores dessa doença e colocados em situação no restante comparável. Para que tal fique estabelecido, não

é necessário que o segurado apresente elementos que directamente sustentem que assim foi; basta que *apresente elementos dos quais se possa razoavelmente presumir que a discriminação aconteceu naqueles termos* (prova indiciária)<sup>(13)</sup>.

O RJCS especifica que a discriminação existe independentemente do momento em que a conduta diferenciadora tenha lugar. Esta pode ter lugar logo aquando da *celebração do contrato*, se o segurador se recusa a contratar com um doente oncológico, ou lhe oferece um contrato mais desvantajoso — vg., com prémios mais elevados ou mais exclusões de risco — do que o oferecido aos sujeitos em situação comparável. Pode ainda ter lugar aquando da *execução do contrato* — por exemplo se, num seguro de saúde em que o segurado tenha que obter autorização prévia do segurador para que possa efectuar certos tratamentos a coberto do seguro, o doente oncológico é sistematicamente tratado de modo mais desfavorável. E pode, por último, ter lugar na *cessação do contrato de seguro* — por exemplo, se o segurador denuncia um contrato de seguro celebrado por período determinado e automaticamente renovável quando se inteira de que a pessoa segura é doente oncológico, mantendo contratos celebrados com pessoas não portadoras dessa doença em situação comparável; ou se o segurador considera que tal doença é fundamento para a resolução do contrato por justa causa e o faz cessar<sup>(14)</sup>. Antecipamos que a questão central é geralmente a de saber se essa discriminação foi justificada.

Cabe, por sua vez, ao segurador provar que *não se verificou qualquer tratamento diferenciado, ou que o tratamento diferenciado perfeitamente compatível com o princípio da igualdade, já que se tratou de uma diferen-*

<sup>12</sup> Embora a lei exija, aparentemente, que estes pressupostos se verifiquem todos cumulativamente, vem-se reconhecendo que, não tem que haver uma alteração da qualidade de vida do portador simultaneamente a nível “físico, mental, emocional, social e económico”. Basta que a alteração da qualidade de vida ocorra qualquer um destes níveis — em alternativa, portanto (FRANCISCO LUIS ALVES, “A discriminação e a avaliação do risco nos seguros”, *RDES*, 3-4, 2011, pp. 213-315, p. 220; e MARIA INÉS DE OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação...”, cit., pp. 770-771).

<sup>13</sup> Art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006.

<sup>14</sup> Cfr. os arts. 112.º a 116.º do RJCS.

*ciação justificada.* A justificação do tratamento diferenciado exige uma atenção especial em matéria de seguros.

Com efeito, *a prática seguradora assenta tradicionalmente na diferenciação entre segurados, por parte do segurador.* Para que constitua uma carteira de segurados cujo risco consiga cobrir de modo sustentável, o segurador é à partida livre de excluir a cobertura de certos riscos. E, para efeitos de cálculo do prémio, é também à partida livre de proceder ao cálculo em relação a grupos mais ou menos alargados de segurados, podendo optar entre distinguir segurados portadores de riscos mais graves, a que cobrará um prémio mais elevado, e segurados portadores de riscos menos graves, a que cobrará um prémio menos elevado<sup>15</sup>.

Porém, quando tal tratamento diferenciado *tenha por base um risco agravado de saúde, torna-se à partida ilícito*, apenas se podendo considerar lícito quando o segurador provar que cumpriu os requisitos legais estipulados no art. 15.º, n.º 3, do RJCS. Nos seus termos, para que as condutas diferenciadoras se consideram justificadas, deverão corresponder a *práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.*

Daqui resulta que o segurador é livre de usar as suas próprias práticas de avaliação e escolha dos

riscos, mesmo que elas conduzam a tratar de modo diferenciado sujeitos portadores de doença, desde que tal assente no uso de dados rigorosos e relevantes e que os cálculos do segurador sejam objectivamente fundamentados. Note-se que, uma vez que o segurador não usa estes dados em estado puro, mas os cruza entre si e os adapta de acordo com considerações prudenciais e de política comercial, não há um único modo legítimo, mas sim, vários, de avaliar ou seleccionar os riscos. Não se trata, pois, aqui de um teste estrito, mas sim de um teste pelo qual se controla a falta de racionalidade das práticas.

O RJCS prevê um mecanismo de controlo da actuação do segurador, articulando deveres de informação e direitos de reclamação. Para que o segurado possa controlar a legitimidade do tratamento diferenciado, o segurador deve informá-lo, *independente de qualquer pedido do proponente* nesse sentido, com base nos dados obtidos nas práticas de avaliação e selecção dos riscos, *sobre a rácio entre os factores de risco específicos deste e os factores de risco de pessoa em situação comparável mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde.* Note-se que a ASF entende a este respeito que, no caso de o segurador “não dispor de elementos estatísticos e actuariais suficientes, por razões de dimensão, fiabilidade e/ou consistência, para a determinação do rácio entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, não pode a empresa de seguros deixar de aceitar o risco proposto, à tarifa e nas condições que seriam aplicadas à pessoa em situação comparável”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> É o que resulta em geral dos dados do nosso ordenamento jurídico, que reconhecem ao segurador a faculdade de adoptar práticas de recusa sistemática da cobertura de certos riscos (art. 26.º, n.º 1, b) e n.º 4, b); arts. 93.º, n.º 2, b) e 94.º, n.º 2, do RJCS, bem como o art. 18.º do Regime do sistema obrigatório de contrato de seguro automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, onde a recusa de riscos é vista como facto lícito). Dá-se aqui prevalência ao entendimento de que o segurador deve suportar apenas os riscos para os quais entenda que está em condições de calcular um prémio adequado, e que deve poder segmentar a sua carteira para tornar os prémios competitivos (cfr. MARIA INÉS DE OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação...”, cit., pp. 750-754 e 778-779).

<sup>16</sup> INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Relatório de regulação e supervisão da consulta de mercado 2010, 2011*, disponível em <http://www.isp.pt/NR/rdonlyres/A6C32BE2-3E00-4075-ADE4-7B794B410E3C/0/RRS-CM2010.pdf> (consultado pela última vez a 29.04.2013), p. 58.

O cumprimento desta obrigação deve obedecer, com as devidas adaptações, ao regime da comunicação sobre exames médicos, o que implica que tal rácio deve ser comunicada à pessoa segura ou a quem esta expressamente indique, devendo tal comunicação ser feita por um médico, salvo se as circunstâncias forem já do conhecimento da pessoa segura ou se puder supor, à luz da experiência comum, que as conhecia (art. 178.º, n.ºs 3 a 6, do RJCS).

Em caso de incumprimento de tal dever de informação, ou de discordância ou insatisfação em relação a decisão de recusa ou de agravamento, pode o proponente apresentar uma reclamação junto da ASF, que afere da observância do regime aplicável por parte do segurador. Para esses efeitos quando comunica a decisão de recusa ou de agravamento e através do mesmo meio e suporte, deve o segurador informar o proponente da possibilidade de reclamar junto da ASF nos termos descritos<sup>(17)</sup>.

Note-se que a apresentação de reclamação junto da ASF pode ter considerável eficácia dissuasora de práticas discriminatórias, já que, como veremos abaixo, é a ASF a autoridade competente para a aplicação de sanções contra-ordenacionais nesta matéria.

Por último, saliente-se que o princípio da igualdade tem um alcance potencial mais alargado do que o que acabamos de ver, podendo ser mobilizado pelo Supervisor ou pelos Tribunais de modo a sujeitar as práticas dos seguradores a um controlo mais estrito.

Em primeiro lugar, isto pode acontecer quando se densifique o critério das “pessoas em situação comparável” por referência às práticas verificadas em relação a outros grupos de risco. De acordo com a concretização do critério pelo RJCS, que acabamos de ver, parece que tudo está em compa-

rar o tratamento dado ao portador de risco agravado de saúde com o tratamento dado a uma pessoa saudável e em saber se a diferença de tratamento aplicada ao primeiro se justifica à luz de técnicas seguradoras aceitáveis. Porém, a jurisprudência tem ido mais longe e comparado o tratamento dos sujeitos pertencentes a certo grupo de risco — num caso julgado pelo STJ, portadores de VIH — com o tratamento dado a sujeitos integrantes de outros grupos de risco agravado — vg., os portadores de outra doença crónica igualmente grave<sup>(18)</sup>. Ora, quando um grupo de risco obtenha um tratamento mais desfavorável que os grupos portadores de risco comparável, considera-se que o tratamento em causa é discriminatório.

Em segundo lugar, tal controlo mais estrito pode provir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Na verdade, o princípio da não discriminação é concretizado em geral pela articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes, apenas sendo legítimo um tratamento diferenciado que se mostre adequado, necessário e proporcional em sentido estrito<sup>(19)</sup>.

<sup>18</sup> Ac. do TRL de 16 de Junho de 2012, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, e ao ac. do STJ de 11 de Abril de 2013, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1, que o confirmou em sede de revista.

<sup>19</sup> Aplicando o princípio da proporcionalidade ao controlo das discriminações interprivados, Acórdão *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*, do TJUE, de 13 de Maio de 1986, proc. 170/84; ac. n.º 23/2006 do Tribunal Constitucional, de 10 de Janeiro de 200; Ac. do TRL de 16 de Junho de 2012, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, e ao ac. do STJ de 11 de Abril de 2013, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1, que o confirmou em sede de revista. Também assim o anterior ISP, actual ASF, no ofício n.º 301/CDI/2007, de 4 de Abril, reproduzido na Recomendação 3/B/2008, de 10 de Março de 2008, do Provedor de Justiça, p. 4. Na doutrina seguradora em particular, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Apólice “Vida Risco — Crédito Habitação”: as pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006”, *RLJ*, 2007, pp. 158-170, pp. 161 e ss., BERNARD DUBUISSON, “Solidarité, segmentation et discrimination en assurances, Nouveau débat, nouvelles questions”, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Bigot*, JÉRÔME KULLMANN (coord.), L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2010, pp. 105-123, pp. 116 e ss., e MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação...”, cit., pp. 786 e ss., que retomamos em texto.

<sup>17</sup> Art. 15.º, n.ºs 5 e 6, do RJCS.



A adequação existe quando haja conexão entre a doença em causa e o tratamento diferenciado conferido pelo segurador.

A necessidade postula que não exista medida alternativa menos gravosa e igualmente eficaz no controlo dos custos esperados, face a determinado risco, para a carteira do segurador. Assim, a adopção de medidas diferenciadoras mais gravosas — recusa da contratação ou exclusão do risco — impõe o ónus de fundamentação de que não haveria medida alternativa compatível com a prática do segurador igualmente eficaz e menos lesiva — *vg.*, a previsão de uma franquia ou período de carência ou a determinação de um capital seguro mais baixo.

Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito implica que as vantagens alcançadas com a medida — a sustentabilidade financeira do segurador e a rentabilidade da sua actividade — sejam superiores às desvantagens que esta imponha ao segurado. Uma vez que o ordenamento português respeita nesta matéria, por via de princípio, as opções de política comercial do segurador, só poderemos falar de uma violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito em situações de desproporção grave, quando a conduta do segurador constitua um verdadeiro abuso do direito.

Por maioria de razão, às situações de discriminação com fundamento em doença grave que sejam ilícitas, porquanto desprovidas de fundamentação, devem ser equiparadas às situações de discriminação com fundamento em risco agravado de saúde não real, mas percebido erroneamente assim pelo segurador. De outro modo, permitir-se-ia aqui ao segurador, invocando um fundamento que a lei censura, tratar de modo diferenciado um sujeito que nem sequer potencialmente poderia a esse respeito ter efectivas circunstâncias de risco agravadas.

### §3. Consequências jurídicas da discriminação ilícita

A discriminação ilícita produz várias consequências jurídicas.

Em primeiro lugar, produzem-se consequências destinadas a reparar o dano causado na esfera da vítima, atribuindo-se-lhe o direito a uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que a discriminação lhe tenha causado (art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006). Tal implica que a pessoa discriminada seja colocada na situação em que estaria se não tivesse havido discriminação.

Nos termos da lei, quando atribua uma indemnização em dinheiro, o tribunal deve fixar o seu valor atendendo ao grau de violação dos interesses em causa, ao poder económico do autor das infracções e às condições da pessoa alvo da prática discriminatória (art. 7.º, n.º 2). Porém, no que toca aos danos patrimoniais, parece-os que, quando se mostre adequado à reparação do dano causado, tal reposição deve ser feita *in natura*, e não através de equivalente monetário, correspondendo então à prática do acto negocial devido ou eliminação do acto indevido: à celebração com efeitos retroactivos do contrato que tenha sido negado, à eliminação retroactiva da cláusula de exclusão ou do excesso de prémio exigido, ou à destruição dos efeitos da declaração de cessação contratual<sup>(20)</sup>.

Em segundo lugar, produzem-se consequências destinadas a punir o responsável pela prática discriminatória, dissuadindo-o de reincidir em comportamentos semelhantes. Em primeiro lugar, há lugar à publicação da sentença condenatória no processo de responsabilidade civil, a expensas do segurador, numa das publicações periódicas diárias de maior circulação do país, por extracto, do qual

<sup>20</sup> Art. 566.º, n.º 1, do CC.

devem constar apenas os factos comprovativos da prática discriminatória, a identidade dos ofendidos — mediante consentimento expresso destes — e dos condenados e as indemnizações fixadas (art 7.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006).

Por outro lado, há lugar à aplicação de coimas e outras sanções acessórias de carácter contra-ordenacional aos infractores, sendo competente para a sua aplicação a ASF, na qualidade de autoridade reguladora do mercado dos seguros (arts. 9.º, e ss. da Lei n.º 46/2006)<sup>(21)</sup>.

#### IV. A celebração do contrato de seguro. Em especial, os deveres de informação.

Na celebração do contrato de seguro, devem ser cumpridos deveres de informação, tanto por parte do segurador, como por parte do tomador e do segurado.

##### §1. Deveres de informação a cargo do segurador

No período que antecede a conclusão do contrato, o segurador enfrenta deveres de informação e esclarecimento, que lhe advêm de diversas fontes — apenas a título de exemplo, do RJCS, do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovado pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro; adiante, RGCCG) do Regime dos contratos à distância relativos a serviços financeiros (aprova-

do pelo DL n.º 95/2006, de 29 de Maio). Estas normas aplicam-se cumulativamente, podendo o segurado invocar as que lhe forem mais favoráveis<sup>(22)</sup>. O alcance dos deveres preceituados é, de todo o modo, tendencialmente sobreponível, manifestando-se as diferenças no tocante à consequência jurídica. Referir-nos-emos, de seguida, por razões de simplicidade, apenas à articulação entre o RJCS e o RJCCG, que são os diplomas mais frequentemente invocados nesta sede.

O segurador tem o dever de informar o aderente do conteúdo do clausulado (arts. 5.º do RJCCG, que designa este dever como de comunicação, e 18.º a 21.º do RJCS, designando este dever como de informação), levando-o ao seu conhecimento por escrito (art. 21.º, n.º 1) e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência (art. 5.º, n.º 2, RJCCG). Tal implica a comunicação individualizada e integral do clausulado e a sua redacção com clareza e lisura. Assim, não são permitidos modelos de contratação que impliquem que o segurado apenas tome conhecimento de parte do conteúdo da apólice depois de se vincular (cfr. ainda art. 21.º, n.º 5, do RJCS).

Este dever é complementado por um outro dever que o RJCS designa como de esclarecimento (art. 18.º e 22.º) e o RJCCG designa como de informação (art. 6.º), vinculando o predisponente a promover a compreensão efectiva do alcance do clausulado, de modo a conferir ao aderente as condições para ponderar sobre os termos da oferta que lhe é dirigida. Tal implica que o segurador deva fazer as esclarecimentos que se mostrarem necessárias

<sup>21</sup> Nos termos dos arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de Fevereiro, que regulamenta a Lei n.º 46/2006, é competente para a instrução dos processos contra-ordenacionais, bem como para a graduação e aplicação das coimas nela previstas, a entidade reguladora cujas competências incidam sobre a matéria objecto da infracção. Neste âmbito, das condutas de mercado das empresas de seguros, trata-se da ASF (arts. 20.º e ss. e 153.º e ss. do Regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora; FRANCISCO LUÍS ALVES, “A discriminação e a avaliação do risco nos seguros”, cit., p. 40).

<sup>22</sup> Cfr. os arts. 3.º e 21.º do RJCS.

para impedir que, por inexperiência ou desconhecimento, o segurado celebre um contrato que não se adequa aos seus interesses. O RJCS impõe ainda um dever especial de esclarecimento acerca de que modalidades de seguro, entre as que o segurador ofereça, são convenientes para a concreta cobertura pretendida — dever que vale contudo apenas na medida em que a complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem e o meio de contratação o permita (art. 22.º). Por último, positiva-se expressamente o dever de prestar todos os esclarecimentos razoavelmente solicitados pelo segurado (art. 22.º, n.º 2, do RJCS e 6.º, n.º 2, do RJCCG).

Quando a cláusula não tiver sido correctamente comunicada, em violação dos deveres de informação “lato sensu” previstos no RJCCG, deverá então ser expurgada do contrato (art. 8.o), vigorando, na parte afectada, as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (art. 9.º, n.º 1). Todo o contrato é, contudo, havido como nulo se tal expurgação conduzir a uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais do mesmo ou a um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (art. 9.º, n.º 2). Já a consequência prevista para a violação dos deveres acolhidos no RJCS é a da responsabilidade civil (art. 23.º, n.º 1 e n.º 4)<sup>(23)</sup> ou, no caso da violação dos deveres de

informação previstos no RJCS, a da resolução do contrato no prazo de 30 dias contados da recepção da apólice<sup>(24)</sup>.

Quando esteja em causa um seguro de grupo, os deveres de informação devem à partida ser cumpridos por parte do tomador. Assim — embora haja flutuações jurisprudenciais a este respeito —, entende-se que, em caso de incumprimento de deveres de informação, é o tomador do seguro de grupo quem deve ser accionado<sup>(25)</sup>. Em caso de incumprimento deste dever, tratando-se de seguro de grupo contributivo, o tomador incumpridor deverá então, até à data da renovação do contrato ou data aniversária, suportar a parte do prémio que corresponde ao segurado e responder perante este em caso de ocorrência do sinistro (art. 87.º, n.º 3). Quando se trate de seguro de grupo não-contributivo, o tomador deve reparar o dano que tenha causado na esfera do segurado (art. 79.º). Por sua vez, o segurador responde, com base no RJCS ou no RJCCG, pelas insuficiências do modelo escrito com base no qual são cumpridos os deveres.

Note-se que, sendo o seguro contratado com intervenção de mediador, é sobre este, e não sobre o segurador, que impendem os deveres de esclarecimento previstos no RJCS (cfr. o art. 22.º, n.º 4), entendendo a doutrina que tal vale também para os deveres paralelos previstos no art. 6.º RJCCG, e aí designados por deveres de informação. Já os deveres de informação permanecem na esfera do segurador — este poderá servir-se do mediador para

<sup>23</sup> Esta poderá ter especial interesse, como salienta MARGARIDA LIMA REGO, “O contrato e a apólice de seguro”, in *Temas de Direito dos seguros. A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15-37, pp. 30-31, quando o segurado tenha sido informado de que lhe seriam atribuídos mais direitos do que aqueles que a apólice efectivamente lhe vem a atribuir, podendo vir então requerer a reparação do interesse contratual positivo, tudo se passando como se essas cláusulas ampliativas efectivamente constassem do contrato. Poderá ainda ter especial interesse quando o próprio regime supletivo aplicável na sequência de expurgação da cláusula (9.º RJCCG) for de difícil compreensão para o segurado, permitindo então obviar à sua aplicação (assim, em relação à regra proporcional aplicável no subseguro, FRANCISCO BARROS FERREIRA RODRIGUES

ROCHA, *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 142-143).

<sup>24</sup> Esta faculdade encontra-se, todavia, excluída quando a violação do dever não tenha razoavelmente afectado a decisão de contratar do tomador ou quando tenha já entretanto ocorrido accionamento da cobertura por terceiro (art. 23.º, n.ºs 2, 3 e 4) Recorde-se que se trata de deveres de conteúdo paralelo aos que o RJCCG designa por deveres de comunicação.

<sup>25</sup> Cfr., com citação de muita jurisprudência anterior, o ac. do STJ de 20 de Maio de 2015, processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1.

cumprimento de tais deveres, mas não se exige à responsabilidade pela actuação dos sujeitos de que se sirva para o cumprimento das suas obrigações<sup>(26)</sup>.

## §2. Obtenção de informação sobre o estado de saúde do segurado. A declaração inicial do risco e o regime dos exames médicos

Para que o segurador consiga calcular um prémio adequado ao risco que suportará, necessita de obter informação sobre ele. No que toca às condições de saúde do segurado, a informação é obtida sobretudo através das declarações prestadas pelo próprio segurado e através dos exames médicos que o segurador lhe proponha.

A prestação de informações sobre o segurado, previamente à celebração do contrato, é enquadrada pelo regime da declaração inicial do risco.

De acordo com a letra da lei, o segurado encontra-se obrigado a declarar todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, ainda que não especificamente perguntadas por este (art. 24.º, n.ºs 1 e 2). Ou seja, o segurado deve informar sobre os factos que efectivamente conheça e deva, com o cuidado normal, ter por relevantes para a apreciação do risco, devendo responder com verdade às questões que o segurador lhe coloque através de questionário e fornecer ainda todas as informações relevantes, ainda que o segurador não tenha perguntado por elas.

Por sua vez, as consequências da declaração insuficiente ou incorrecta são, como veremos abaixo, graves, pondo em causa a manutenção do contrato e a cobertura de sinistros que venham a ocorrer.

<sup>26</sup> Vale então o art. 800.º do Código civil, enquadrado no regime da responsabilidade contratual, mas aplicável à responsabilidade pré-contratual que aqui estará em causa.

Assim, este tipo de modelos de regulação, que colocam sobre o segurado o encargo de identificar aquilo que o segurador quer saber e prestar-lhe informação em conformidade, têm vindo a ser considerados demasiado onerosos para o segurado e demasiado favoráveis ao segurador, tendo sido substituídos, nas legislações mais recentes, por regimes que apenas impõe ao segurado o dever de responder correctamente às questões que o segurador lhe tenha colocado. Por isso, a doutrina tem considerado que, apesar da letra da lei, este dever deve ser limitado por aplicação do princípio da boa fé e das normas sobre protecção de dados pessoais sensíveis. Note-se que os tribunais podem ou não aceitar estas interpretações, embora haja argumentos sólidos a seu favor.

Com apoio no princípio da boa fé, parte-se de que o critério da relevância se refere àquele segurador em concreto<sup>(27)</sup>, considerando-se nessa base que a redacção do questionário fornece pelo menos orientação ao segurado quanto às matérias que são relevadas para o segurador<sup>(28)</sup>; ou que apenas podem ser relevadas as circunstâncias em cujo conteúdo, ao menos de um modo implícito, o segurador tenha mostrado interesse durante o processo

<sup>27</sup> LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 350-351.

<sup>28</sup> JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, II*, RUI PINTO DUARTE/JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ASSUNÇÃO CRISTAS/MARTA TAVARES DE ALMEIDA/VÍTOR PEREIRA DAS NEVES (coord.), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 387-445, pp. 410-411. Por maioria de razão, a ausência de apresentação de um questionário, com a mera apresentação de uma declaração, para assinatura pelo candidato a pessoa segura, pela qual ele afirma estar de boa saúde, leva a uma avaliação mais leniente ainda do que aquele deverá valorar como estado de doença relevante, exigindo-se, já que se trata de uma declaração em termos de tudo ou nada e em geral nenhum sujeito apresenta uma saúde perfeita, uma gravidade significativa dos sintomas de doença (ac. do TRL de 3 de Maio de 2016, Processo n.º 2644/12.9TJLSB. L1-7, acompanhando no raciocínio Luís Poças; similarmente, ac. do TRP de 3 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 7075/11.5TBVNG.P1).

de formação do contrato<sup>(29)</sup>.

Por outro lado, por aplicação das normas sobre protecção de dados pessoais, deve afirmar-se que a recolha de dados pessoais pelo segurador se encontra sujeita a um princípio da necessidade: o segurador apenas pode ter acesso à informação necessária à finalidade do seu processamento, que é a do cálculo do risco<sup>(30)</sup>. Cabe-lhe, pois, a ele identificar a informação de que necessita, sob pena de a obter em excesso. Pelo que o segurador não pode sequer ter a pretensão a mais informação do que aquela pela qual pergunta.

Vejamus agora em concreto quais as consequências do incumprimento deste dever.

No caso de incumprimento com negligência (art. 26.º), o segurador pode, dentro do prazo de três meses a contar do conhecimento da inexactidão, propor uma alteração ao contrato, apenas podendo optar directamente pela cessação quando demonstre que em caso algum celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto inexactamente declarado. Caso haja rejeição da proposta apresentada, o contrato cessará os seus efeitos, devendo o segurador devolver o prémio na proporção do risco não coberto.

Caso ocorra entretanto um sinistro que, na sua verificação ou circunstâncias, tenha sido influenciado por circunstância incorrectamente declarada, o segurador deverá efectuar a sua prestação, reduzida na proporção da diferença entre o prémio pago e o que seria devido caso o risco tivesse sido correctamente declarado. Quando o segurador demonstre

que em caso algum teria celebrado o contrato se tivesse conhecido a circunstância incorrectamente declarada<sup>(31)</sup>, fica exonerado do dever de prestar, devendo apenas devolver o prémio pago.

No caso de incumprimento doloso (art. 25.º), o segurador pode, dentro do prazo de três meses a contar do conhecimento da inexactidão, exercer o seu direito a anular o contrato. Neste caso, o segurador fica retroactivamente liberado da cobertura do risco, mantendo, porém, direito a receber o prémio devido até ao final desse prazo de três meses (n.ºs 3 e 4)<sup>(32)</sup>; caso o segurado tenha actuado com dolo agravado — dolo com o propósito de obter uma vantagem —, o segurador manterá o direito a receber o prémio até ao termo do contrato (n.º 5). O direito a reter ou exigir o prémio tem uma feição punitiva, uma vez que não é contrabalançado pela cobertura de qualquer risco. Note-se que o segurador deve, antes da celebração do contrato, esclarecer o eventual segurado sobre o dever em causa, bem como sobre o regime do seu incumprimento, sob pena de responder pelos danos causados (art. 24.º, n.º 4).

No âmbito do seguro de vida e apenas no tocante à cobertura de riscos ligados à duração da vida humana, uma vez decorridos dois anos a contar da celebração do contrato (art. 188.º), o segurador deixa de poder retirar consequências de quaisquer incorrecções meramente negligentes na prestação inicial de informação.

<sup>29</sup> FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, “Uma outra abordagem em torno das declarações inexactas e reticentes no âmbito do contrato de seguro, Os arts. 24.º a 26.º do Dec.-Lei. n.º 72/2008, de 16 de Abril”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, MANUEL DA COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES DE SOUSA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 615-638, pp. 619-620.

<sup>30</sup> Art. 5.º, c), da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, de Protecção de dados pessoais.

<sup>31</sup> JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador...”, cit., p. 436.

<sup>32</sup> O segurador só perde tal direito se na declaração inexacta tiver corrido dolo ou negligência grosseira do seu representante. Esta limitação deixa de se aplicar porém quando o segurado tiver actuado com dolo com o propósito de obter uma vantagem — o que é muito criticado, pois implica a aplicação da consequência fortemente punitiva do n.º 5 mesmo quando os representantes do segurador tenham também actuado com dolo agravado (JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador...”, cit., pp. 430-431).

O regime da declaração inicial do risco releva na interpretação do art. 216.º do RJCS, que disciplina a cobertura de doenças preexistentes quando esteja em causa um seguro de saúde. Nos termos do n.º 1 do art., as doenças preexistentes, conhecidas da pessoa segura à data da realização do contrato, consideram-se abrangidas na cobertura convencional, salvo se o contrato dispuser o contrário, de um modo especificado ou genérico. Ora, tal só é assim desde que não tenha havido incumprimento do dever de declaração inicial do risco no tocante a tais doenças.

O segurador pode ainda obter informação sobre o estado de saúde do segurado propondo-lhe a realização de exames médicos (arts. 177.º e 178.º). É-lhe terminantemente vedado pedir ao candidato a realização de testes genéticos, sendo-lhe vedado também utilizar informação obtida através de testes genéticos anteriormente realizados, ou pedir ou utilizar informação genética resultante da colheita e registo de antecedentes familiares<sup>(33)</sup>.

O segurador deve entregar ao candidato, antes da realização dos referidos exames, discriminação exaustiva dos exames, testes e análises a realizar; informação sobre entidades junto das quais os referidos actos podem ser realizados; informação sobre o regime de custeamento das despesas com a realização dos exames e, se for o caso, sobre a forma como o respectivo custo vai ser reembolsado a quem o financie; e identificação da pessoa, ou entidade, à qual devam ser enviados os resultados dos exames ou relatórios dos actos realizados<sup>(34)</sup>. Cabe ao segurador provar que cumpriu este dever de informação.

<sup>33</sup> Art. 12.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde. Note-se que, tratando-se de seguro de vida é proibido utilizar qualquer tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prémios mais elevados (art. 12.º, n.º 1).

<sup>34</sup> Art. 178.º, n.ºs 1 e 2, do RJCS

Apenas a pessoa segura ou quem esta indique tem direito a aceder ao resultado dos exames médicos — o que não podia deixar de ser, sendo esta titular da informação relativa à sua saúde<sup>(35)</sup>. Por outro lado, o segurador não pode recusar-se a fornecer à pessoa segura todas as informações de que disponha sobre a sua saúde, devendo, quando instado, disponibilizar tal informação por meios adequados do ponto de vista ético e humano. A comunicação de tal informação deve ser feita por intermédio de médico, salvo se as circunstâncias forem já do conhecimento da pessoa segura ou se puder supor, à luz da experiência comum, que já as conhecia<sup>(36)</sup>. Em todo o caso, a comunicação apenas pode ter lugar caso a pessoa segura a solicite, em nome do direito a não conhecer o próprio estado de saúde.

Todo este regime vale também para a comunicação ao tomador do seguro ou segurado quanto ao efeito do resultado dos exames médicos na decisão do segurador, designadamente no que respeite à não aceitação do seguro ou à sua aceitação em condições especiais (art. 178.º, n.º 5).

Note-se que o médico que realize os exames em causa não pode comunicar livremente o seu resultado ao segurador. Este permanece “vinculado, como qualquer outro médico, à deontologia profissional e ao segredo médico na sua abrangência total”<sup>(37)</sup>; mas, mediante consentimento do doente, poderá levantar este segredo e comunicar tais resultados ao segurador. Este consentimento deverá, porém, ser específico, informado, livremente revogável e consentâneo com a cláusula da ordem

<sup>35</sup> Art. 178.º, n.º 3, do RJCS, e art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 12/2005.

<sup>36</sup> Art. 178.º, n.º 4, do RJCS.

<sup>37</sup> MARIA DO CÉU RUEFF, “Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora (A propósito do Novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril)”, *Lex Medicinæ*, 13, 2010, pp. 43-56, p. 54.

pública. Claro está que, no caso da sua recusa ou revogação, o segurador poderá daí livremente retirar consequências para efeitos de recusa de celebração do contrato ou alteração dos termos “propostos”.

## V. Execução do contrato

### §1. Prémio

Geralmente, os contratos de seguro prevêm que o segurado proceda periodicamente ao pagamento de prémios de seguro, para contrabalançar a cobertura do risco por parte do segurador, embora também sejam na prática frequentes os seguros em que o segurado paga um prémio único, aquando da celebração do contrato.

As consequências do não pagamento do prémio são, para a generalidade dos seguros, definidas por normas legais obrigatórias.

O regime em apreciação rege-se pela máxima “no premium, no risk”, determinando que a cobertura dependa sempre de ter sido pago o prémio relativo a esse período (art. 59.º). Uma vez chegada a data de vencimento do prémio, não se concede ao segurado qualquer período suplementar para proceder ao respectivo pagamento, cessando imediatamente a cobertura (art. 61.º). Se o não pagamento respeitar ao prémio inicial ou a sua primeira fracção, o contrato resolve-se automaticamente, sendo destruídos retroactivamente os seus efeitos.

Se tal não pagamento respeitar a um prémio subsequente, determina a cessação do contrato com efeitos para o futuro: tratando-se de uma anuidade subsequente, ou da primeira fracção de uma anuidade, impede a prorrogação do contrato. Tratando-se de uma fracção de prémio no decurso de uma anuidade, de um prémio de acerto ou parte de prémio variável, ou de prémio adicional resultante de modificação do contrato fundada em

agravamento do risco, o não pagamento determina a resolução automática do contrato na data do vencimento.

A tutela do segurado face a este regime que o deixa imediata e automaticamente sem cobertura em caso de não pagamento é feita apenas por via informativa, nos termos do art. 60.º. Nos seus termos (n.ºs 1 e 2), o segurador deve dirigir ao segurado um aviso de pagamento com uma antecedência de pelo menos trinta dias em relação à data em que se vence o prémio, informando sobre as consequências da falta de pagamento. No entanto, em contratos em que a periodicidade de pagamento dos prémios seja de três meses ou menos, o segurador está dispensado de fazer tal aviso antes do vencimento de cada prestação, desde que preste toda a informação relativa aos prémios em sede de formação do contrato.

Face aos tipos de seguros que aqui analisamos, este regime imperativo não vale quando esteja em causa um seguro de vida, valendo aí o que dispuser o contrato a este respeito, podendo o contrato prever um regime idêntico ao que acabámos de ver (art. 57.º, n.º 2, b), e 58.º do RJCS).

### §2. Pagamento da prestação seguradora

Para que o segurador fique em condições de proceder à prestação convencionada, é necessário que seja levada ao seu conhecimento a ocorrência de um sinistro. Em princípio, é o segurado quem está em melhor posição de tomar conhecimento de tal ocorrência, dada a sua proximidade existencial face ao risco.

Assim, o RJCS determina que o segurado e o tomador devem notificar o segurador da ocorrência do sinistro, explicitando em tal notificação as circunstâncias da verificação do sinistro, as eventuais causas da sua ocorrência e respectivas conse-

quências. O prazo para o fazerem é de oito dias contados da tomada de conhecimento efectiva do sinistro (art. 100.º, n.ºs 1 e 2). Deverão ainda prestar ao segurador todas as informações relevantes, relativas ao sinistro e às suas consequências, que por ele sejam solicitadas (n.º 3).

O contrato pode prever a aplicação de consequências jurídicas para o caso de não cumprimento, mas estas não podem ser<sup>(38)</sup>.

Nos termos do art. 101.º, o contrato apenas pode prever, em regra, como consequência do incumprimento, a redução da prestação do segurador atendendo ao dano que o incumprimento dos deveres lhe cause. Esta consequência apenas se pode produzir quando o segurado ou tomador tenham agido com negligência; porém, tal negligência presume-se, cabendo aos obrigados provar que agiram sem culpa. O contrato pode ainda prever a exoneração total do segurador, mas apenas quando a violação dos deveres seja dolosa e lhe cause dano significativo.

A ocorrência do sinistro determina a constituição do dever de prestar do segurador. No entanto, para que o segurador deva efectuar a prestação, é ainda necessário que confirme a ocorrência do sinistro e as suas causas, circunstâncias e consequências, e pode ser ainda necessária a prévia quantificação das consequências do sinistro (art. 102.º). Porém, a lei não considera que o segurador deva

prestar logo que termine este processo, dando-lhe ainda trinta dias para o fazer (art. 104.º). No entanto, se o segurador protelar desrazoavelmente este processo, deve considerar-se, à luz do art. 805.º, n.º 3, do CC, e do princípio da boa fé, que está em demora na sua prestação, devendo pagar juros indemnizatórios.

Note-se ainda que, quando o segurado seja um consumidor, vale o Decreto-lei sobre práticas comerciais desleais<sup>(39)</sup>, que considera uma prática comercial agressiva em qualquer circunstância a que obrigue o segurado que pretenda solicitar indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro, a apresentar documentos que, de acordo com os critérios de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais (art. 12.º). Esta prática constitui o segurador no dever de reparar os danos causados (art. 15.º), constituindo ainda uma contra-ordenação (art. 21.º).

Por último, quando se trate de um seguro de vida de poupança, é aplicável a Circular n.º 10/2009 da ASF, que regula as condições de pagamento do valor de resgate e do valor de reembolso no vencimento do contrato.

<sup>38</sup> Tal vale para os seguros que cubram riscos de massa, onde se inserem os contratos que aqui temos em conta.

<sup>39</sup> Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.



# EMPODERAR PARA HUMANIZAR

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa <sup>(1)</sup>

**RESUMO:** Entende-se por empoderamento o processo de capacitação, aquisição de poder e controle sobre si, sobre a própria vida, agindo de forma autônoma na realização dos próprios interesses; empoderamento do paciente, a seu turno, é a capacitação do enfermo para agir com autonomia e decidir sobre o tratamento a partir do consentimento livre e esclarecido, é um conceito relativamente recente e tem-se demonstrado eficaz e compatível com valores éticos e humanitários. Este artigo se propõe a analisar a transição do modelo de beneficência para o modelo de aderência na relação médico-paciente na perspectiva da humanização.

**Palavras-chave:** Empoderamento do Paciente; Humanização da Saúde; Autodeterminação.

**ABSTRACT:** We understand empowerment as the process in which a person acquires power and control over himself, over his own life, acting autonomously in the realization of his own interests; patient empowerment is training for the sick person to act with autonomy and decide about treatment from the free and informed consent, is a relatively new concept and has been shown to be effective and consistent with ethical and humanitarian values. This article sets out to analyze the transition from benefit model for model of adherence in the doctor-patient relationship in terms of humanization.

**Key words:** Patient Empowerment; Health Humanization; Self-determination.

---

<sup>1</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba; Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB); Mestra em Ciências Jurídicas (UFPB); Presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC). Membro Fundador da Associação Lusófona de Direito da Saúde. E-mail: [ap\\_albuquerque@yahoo.com.br](mailto:ap_albuquerque@yahoo.com.br).

## Introdução

Pode-se conceituar o empoderamento como o processo através do qual a pessoa adquire domínio sobre si, controle sobre a própria vida, e passa a agir de maneira consciente e autônoma na tomada de decisões. Fala-se em empoderar não no sentido de tomada ou transferência de poder, mas de tomada de consciência, compreensão de si mesmo, do meio em que está inserido, do papel que ocupa na sociedade e de como se relaciona com os demais atores sociais.

Aplicando-se o conceito de empoderamento às relações de saúde, tem-se o fenômeno através do qual o paciente é capacitado a participar do processo de tomada de decisão a partir do consentimento livre e esclarecido, em regime de igualdade e responsabilidade com médicos e demais profissionais da saúde. Todavia, há de se reconhecer as dificuldades existentes na transição do modelo de beneficência, baseado em relações verticais e superioridade científica do médico, para o modelo da aderência, pautado na horizontalidade do vínculo, condutas humanizadas e autodeterminação do paciente.

Este artigo tem, pois, o objetivo de analisar o empoderamento do paciente no Brasil na perspectiva da humanização da saúde, apresentando os argumentos na seguinte ordem de con-

teúdo: inicialmente, apreciação da evolução da relação médico-paciente da conduta paternalista à postura de aderência a ser adotada pelo cliente; em seguida, tem-se o estudo dos conceitos de beneficência e autonomia à luz dos princípios da bioética; na sequência, analisar-se-á o fenômeno do empoderamento do paciente na perspectiva de humanização da saúde, chegando-se à conclusão de que é preciso empoderar para humanizar.

### 2. Do Paternalismo à Aderência

O exercício da medicina, tradicionalmente, percebia a relação médico-paciente a partir de uma postura paternalista, onde aquele, detentor do conhecimento que poderia levar à cura, tinha poder para submeter este último ao tratamento com utilização de técnicas e drogas eleitas unilateralmente. A pessoa doente, nesta perspectiva, não tinha direito de escolha de protocolos ou mesmo de saber detalhes da patologia e métodos e medicamentos ministrados.

Em tempos remotos, o dom da cura era dado aos sacerdotes, revelando a relação existente entre medicina e religião. Com efeito, os líderes religiosos conheciam as propriedades de ervas utilizadas em banhos, infusões e rituais, conhecimento que era transmitido de geração em geração, notadamente pelo antecessor ao sucessor. Sabe-se hoje que as plantas possuem princípios ativos medicinais, sendo utilizadas largamente em várias regiões do Brasil, seja pelo conhecimento popular, em centros religiosos ou a partir de farmácias fitoterápicas, todavia, no passado a cura pela natureza era compreendida como graça ou intervenção divina. Como intervenção divina, não havia espaço para o curandeiro conversar com o paciente sobre métodos e técnicas utilizadas, só cabia a este ter fé e fazer o que lhe fosse ordenado.

O exercício de atividades relacionadas tratar e curar doenças era, pois, mais ligado à magia do que à biologia. Este cenário passa sensível alteração após o Código de Hipócrates, médico e filósofo grego que viveu no período de V a IV a.C. Conhecido como o “pai da medicina”, Hipócrates foi reconhecidamente o primeiro a estabelecer método científico para o tratamento, baseado no conhecimento do corpo humano e na observação clínica.

O código de conduta hipocrático continha princípios deontológicos e normativos que serviram de base para a medicina tradicional. Ao mesmo tempo, seu juramento ainda é base para o comportamento médico hodiernamente.

#### JURAMENTO DE HIPÓCRATES

Juro por Apolo Médico, por Esculápio, por Higeia, por Panacea e por todos os deuses e deusas, tomando-os como testemunhas, obedecer, de acordo com meus conhecimentos e meu critério, este juramento: Considerar meu mestre nesta arte igual aos meus pais, fazê-lo participar dos meios de subsistência que dispuser, e, quando necessitado com ele dividir os meus recursos; considerar seus descendentes iguais aos meus irmãos; ensinar-lhes esta arte se desejarem aprender, sem honorários nem contratos; transmitir preceitos, instruções orais e todos outros ensinamentos aos meus filhos, aos filhos do meu mestre e aos discípulos que se comprometerem e jurarem obedecer a Lei dos Médicos, porém, a mais ninguém. Aplicar os tratamentos para ajudar os doentes conforme minha habilidade e minha capacidade, e jamais usá-los para causar dano ou malefício. Não dar veneno a ninguém, embora solicitado a assim fazer, nem aconselhar tal procedimento. Da mesma maneira não aplicar pessário em mulher para provocar aborto. Em pureza e santidade guardar minha vida e minha arte. Não usar da faca nos doentes com cálculos, mas ceder o lugar aos nisso habilitados. nas casas em que ingressar apenas socorrer o doente, resguardando-me de fazer qualquer mal intencional, especialmente ato sexual com mulher ou homem, escravo ou livre. não relatar o que no exercício do meu mister ou fora dele no convívio social eu veja ou ouça e que não deva ser divulgado, mas

considerar tais coisas como segredos sagrados. Então, se eu mantiver este juramento e não o quebrar, possa desfrutar honrarias na minha vida e na minha arte, entre todos os homens e por todo o tempo; porém, se transigir e cair em perjúrio, aconteça-me o contrário.<sup>(2)</sup>

Concorda-se com Wanssa<sup>(3)</sup> quando ela afirma que o caráter sacerdotal do médico foi mantido, o que se perpetuou pelos séculos seguintes. O juramento de Hipócrates torna explícito que o profissional da saúde deve agir em conformidade com os princípios de beneficência e não maleficência, segundo os quais deve-se procurar o bem maior ao enfermo e evitar provocar danos. Em que pese a importância destes princípios, é mister ressaltar que não havia espaço para autonomia individual do paciente, o médico, cujo poder não mais se fundamentava na religião, mas no conhecimento, era o único capaz de compreender o processo de adoecimento, eleger e prescrever o tratamento que julgasse mais adequado. O bom paciente deveria manter postura submissa e obediente, da obediência resultaria o sucesso do tratamento, não havia espaço para autonomia.

O fortalecimento do princípio da autonomia vem se contrapor ao paternalismo exacerbado de outrora, cujo único objetivo era a busca da cura tendo como norte os princípios da beneficência e da não maleficência. Segundo o *ethos* anterior, quem sabia mais podia mais, sendo esta lógica aplicada ao relacionamento entre médicos e pacientes.

O Juramento de Hipócrates não menciona a vontade do paciente, considerado incapaz para decidir sobre si, o médico sabia o que era melhor e,

diante da inaptidão atribuída àquele para expressar sua vontade, sentia-se obrigado a deliberar pelo cliente. Seguindo esta mesma linha, o primeiro Código de Ética Médica, elaborado por Thomas Percival, em 1803, não atribui importância ao direito de liberdade de escolha; a mesma tendência se observou na elaboração de estatuto deontológico pela *American Medical Association* (AMA), em 1847, acentuando o caráter paternalista e autoritário ao dispor que “não há outro tribunal senão a própria consciência do médico”.<sup>(4)</sup>

O questionamento ao modelo paternalista de relacionamento entre médico e paciente e a demanda pelo respeito à autonomia é recente. Wanssa afirma que a primeira ação judicializada por ofensa ao princípio da autonomia data de 1914, nos Estados Unidos, época em que os Tribunais passaram a reconhecer que intervenções realizadas sem consentimento violavam o princípio da autodeterminação<sup>(5)</sup>.

No pós II Guerra, notadamente em resposta às atrocidades cometidas contra judeus nos campos de concentração, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), além de documentos posteriores voltados à promoção do direito da saúde, a autonomia do paciente, instrumentalizada através do consentimento informado, assume importante papel entre os princípios da bioética e do biodireito.

A expressão “consentimento informado” apenas ganha significado em 1957, em sentença proferida em Corte de Apelação da Califórnia, quando o magistrado decidiu pelo direito de paciente que ficara paraplégico após procedimento médico. O teor da decisão alertou para a necessidade de se

<sup>2</sup> REZENDE, JM. À sombra do plátano: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. O juramento de Hipócrates. pp. 31-48. ISBN 978-85-61673-63-5.

<sup>3</sup> WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia *versus* Beneficência. In: *Rev. bioét* (Impr.) 2011; 19(1): 105 — 17.

<sup>4</sup> COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. Direitos dos Pacientes na Tomada de Decisão. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética*: ensaios. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 35 -39.

<sup>5</sup> WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia *versus* Beneficência. In: *Rev. bioét* (Impr.) 2011; 19(1): 105 — 17.

estabelecer diálogo e decisão compartilhada entre o profissional da saúde e respectivos clientes.<sup>(6)</sup> Até então, os pequenos avanços em direção à expressão da autonomia da vontade restringia-se à autorização/recusa de tratamento, não tendo o paciente direito de decidir após receber os esclarecimentos devidos.

O surgimento e fortalecimento do princípio da autonomia aplicado às ações de saúde foi extremamente importante para o fenômeno, relativamente recente, do empoderamento do paciente. Este conceito começou a ser construído na década de 70 e ganhou contornos individuais na Conferência de Ottawa (1986)<sup>(7)</sup>. Com efeito, o termo *empowerment* na Carta de Ottawa está relacionado ao reforço de poder, pelo acesso à informação, como agente promotor da autodeterminação:

Reforçar a Ação Comunitária

A promoção da saúde desenvolve-se através da intervenção concreta e efectiva na comunidade, estabelecendo prioridades, tomando decisões, planejando estratégias e implementando-as com vista a atingir melhor saúde.

**No centro deste processo encontra-se o reforço do poder (empowerment) das comunidades, para que assumam o controlo dos seus próprios esforços e destinos.**

O desenvolvimento das comunidades cria-se a partir dos seus recursos materiais e humanos, com base na auto-ajuda e no suporte social, no desenvolvimento de sistemas flexíveis que reforcem a participação pública e orientem para a resolução dos problemas de saúde. **Tudo isto exige um acesso pleno e contínuo à informação, oportunidades de aprendizagem sobre saúde, para além de suporte financeiro.**

(Grifos nossos)

<sup>6</sup> COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. Direitos dos Pacientes na Tomada de Decisão. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética*: ensaios. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 35 -39.

<sup>7</sup> LOPES, Andréia Aparecida Ferreira. Cuidado e Empoderamento: a construção do sujeito responsável por sua saúde na experiência com Diabetes. In: *Saúde Soc.* São Paulo, v.24, n.2, p.486-500, 2015.

Na Europa, o Fórum Europeu de Pacientes (EPF) tem fomentado o fortalecimento de organizações da sociedade civil que lidam com direito da saúde e auxílio a pessoas doentes através de ações políticas e educacionais desde o início dos anos 2000. Visando fortalecer os pacientes, em respeito à condição de cidadãos, o EPF estabeleceu metas para o período de 2014 à 2020, dentre as quais é importante destacar: (a) educação em saúde, para capacitar as pessoas a realizar escolhas livres e esclarecidas, diante da suficiência das informações recebidas para formar o convencimento; (b) facilidade de acesso a cuidados de saúde de qualidade; (c) empoderamento do paciente, através de serviços e estratégias que capacitem o indivíduo a participar das escolhas sobre as terapias mais adequadas conforme suas preferências, consciente de seus direitos e responsabilidades<sup>(8)</sup>.

A busca pelo reforço de poder do usuário de serviços de saúde surge como expressão do princípio da autonomia, de modo que o paciente sai de uma postura de obediência para uma conduta de aderência, na qual ele é agente ativo do tratamento, compreendendo o processo, participando da eleição de métodos e técnicas a serem utilizados. Concorda-se com Lopes quando ela diz que o empoderamento envolve “cognitivos, afetivos e de conduta”<sup>(9)</sup>, implica em informação e educação, para compreensão da doença, alternativas de tratamento e respectivas consequências, identificação e motivação para cumprir todos os protocolos receitados ao cuidado pessoal.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.eu-patient.eu/About-EPF/whowecare/>>. Último acesso em 15 de julho de 2017.

<sup>9</sup> LOPES, Andréia Aparecida Ferreira. Cuidado e Empoderamento: a construção do sujeito responsável por sua saúde na experiência com Diabetes. In: *Saúde Soc.* São Paulo, v.24, n.2, p.486-500, 2015.

No Brasil, as resoluções do Conselho Federal de Medicina demonstram bem a passagem do modelo da beneficência para o modelo da aderência. O Código de Moral Médica de 1929 e o Código de Deontologia Médica de 1931 não dispõem sobre autonomia, apenas demandam autorização para realização de certos procedimentos. Do mesmo modo, as normas de ética médica dos anos de 1945, 1953, 1965 e 1984. Só há referência explícita à autonomia na Resolução CFM 131/2009, que, ao aprovar novo Código de Ética Médica, consagra a busca de melhor relacionamento entre médico e paciente e garantia de maior autonomia à vontade deste.

Observa-se que longo foi o percurso percorrido em direção ao empoderamento do paciente, para que este saia da postura de inércia, paciência, resignação, para o exercício de conduta mais ativa, como sujeito partícipe e corresponsável pelo tratamento, capacitado a expressar a vontade a partir das informações recebidas. Ao enfermo não mais cabe apenas a autorização ou recusa a tratamento, assiste-lhe direito a conhecer todos os aspectos pertinentes à doença que lhe acomete, possíveis tratamentos e respectivas consequências, estando apto ao exercício do consentimento livre e esclarecido para escolha do tratamento que julgar mais adequado.

Ao contrário do que se pode imaginar, o fortalecimento do princípio da autonomia não afasta a incidência do princípio da beneficência. Conforme se demonstrará a seguir, eles coexistem de forma harmônica, devendo ambos incidir na atuação do profissional da saúde.

### 3. Princípios da Bioética e Empoderamento — Da Beneficência à Autonomia

A bioética, bios (vida) + ethos (ética), pode ser definida como “estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito que investi-

ga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental”<sup>(10)</sup>. Estuda a moralidade humana nos campos das ciências da vida.

Outro conceito que dever ser considerado na presente crítica é o de biotecnologia, Bios (vida) + tecno (uso prático da ciência) + logia (conhecimento). Corresponde à aplicação de processos biológicos na produção de matérias e substâncias para o uso industrial, medicinal e farmacológico, podendo ser mais precisamente definida como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica no processo de produção industrial” (art. 2º da Convenção da Diversidade Biológica).

Sgreccia<sup>(11)</sup> traz abordagem muito interessante acerca dos fundamentos da bioética e princípios relacionados. Define ética normativa como “valores, princípios e normas com relação ao que é lícito ou não lícito”<sup>(12)</sup> e coloca o ethos da sociologia como a variação de tais valores conforme povos e culturas. Neste sentido, o que vai importar primariamente ao estudo da bioética é a ética normativa, porém o ethos da sociologia poderá ser analisado conforme as particularidades do caso. Um exemplo clássico da aplicação destes parâmetros é a ponderação da destinação de certos tratamentos conforme a religião do paciente.<sup>(13)</sup>

<sup>10</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 07.

<sup>11</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Príncipia Editora, 2009, p. 190 e ss.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Nesta seara, pode-se citar a ponderação que se faz entre a preservação da vida e a liberdade de crença e religião que envolve a polêmica decisão de administrar ou transfusão de fluidos corporais a pessoas que professam o credo das testemunhas de Jeová.

No mesmo norte, Dantas e Araújo<sup>(14)</sup> trazem um conceito de bioética que remete a um sistema normativo:

Em nosso entender, ao nos referirmos à Bioética, temos de destacar o seguinte: a Biologia (bius = vida; logos = estudo), enquanto estudo da Vida, pode ser encarada no sentido de ciência, ou seja, de estudo científico; contudo, quando se parte deste conhecimento para uma aplicação eticamente correta, portanto, valorativa, não se há de falar em ciência, mas, sim, de um **conjunto de normas ou técnicas que devem ser respeitadas, especialmente, levando-se em conta o Valor (ou princípio) Dignidade da Pessoa Humana o que, no caso brasileiro é, inclusive, imperativo constitucional** (CF 88, art. 1º, III).

(Grifos nossos)

A bioética se revela como uma vontade consciente, o agir ético, tomando como valor maior o respeito à vida. Diniz<sup>(15)</sup> relata a história do médico anestesista Henry Beecher<sup>(16)</sup> que publicou,

em 1966, uma série de relatos de pesquisas desenvolvidas com pessoas tradicionalmente tidas como abaixo da humanidade, quais sejam, presidiários, pacientes em manicômios, recém-nascidos, entre outros, mas todas teoricamente incapazes de “assumir uma postura moralmente ativa diante do pesquisador e do experimento”<sup>(17)</sup>. Os experimentos foram conduzidos sem o consentimento dos pacientes, posto que o pesquisador os considerava inaptos a compreender o que se passava, e a forma como a investigação foi conduzida levou a autora a uma conclusão que deve ser compartilhada, a de que imoralidade e falta de ética não era exclusiva dos médicos nazistas, mas também presente nos médicos do pós II Guerra e, com pesar, há de se reconhecer que é existente também na atualidade. Percebeu-se então que apenas as declarações de direitos não seriam suficientes, sendo necessário passar a tratar do assunto nos assentos da academia, originando-se a disciplina bioética.

Sgreccia<sup>(18)</sup>, ao elencar os princípios da bioética, relaciona como princípios gerais a defesa da vida, vida digna, o que importa garantia de direito à saúde e assistência; liberdade e responsabilidade, colocados em conjunto, como se a responsabilidade fosse um parâmetro para a liberdade, o que de fato deve acontecer; princípio da totalidade ou princípio terapêutico, considerando o ser humano em sua completude; princípio da solidariedade e subsidiariedade, o que seria a socialização da medicina, o ideal de alcance universal.

Os princípios da beneficência, respeito e justiça na repartição de ônus e riscos da experimentação são elencados como princípios da bioética nor-

<sup>14</sup> DANTAS, Ivo; ARAÚJO, Ionnara Vieira de. Dignidade da Pessoa Humana e Bioética. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 32, n. 2, p. 85-97, jul./dez. 2008, p. 94.

<sup>15</sup> DINIZ, Débora. Henry Beecher e a História da Bioética. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 21-26.

<sup>16</sup> Logo no início, o autor esclarece que o artigo se trata de relatos de experimentação em pacientes não em benefício destes, mas de terceiros. Afirma, inicialmente, que todos concordam que violações éticas devem ocorrer, a questão prática é com que frequência, ele realmente demonstra com dados empíricos que comportamentos eticamente questionáveis não são incomuns, relatando conhecimento de pelo menos 500 artigos nesta situação. Sobre o consentimento esclarecido, Beecher (1966, p. 368 e ss.) reconhece sua importância, porém afirma o fato de que em um estudo realizado com número elevado de pessoas, provavelmente boa parte delas desconhece os riscos que que insurgem contra a vida ou a saúde delas, e poderiam escolher não passar por eles caso lhes fossem informados, e boa parte dos pesquisadores sabem disso, motivo pelo qual o médico diz que nem sempre os perigos são revelados aos sujeitos. O artigo publicado traz uma última crítica extremamente relevante, afirma-se que os ganhos esperados devem ser ponderados com os riscos envolvidos, ao mesmo tempo, os fins previstos não justificam os meios questionáveis. Em outras palavras, a investigação não se torna ética ao final, a mácula inicial contamina todo o procedimento. O fato é que Beecher (1966, p. 372) reconhece a fragilidade bioética das ações realizadas nos 22 (vinte e dois) estudos publicados, não propõe que tenham o status moral validado ao final, mas friamente demonstra que esta pode ser uma prática recorrente entre os médicos.

<sup>17</sup> DINIZ, Débora. Henry Beecher e a História da Bioética. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética: ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 21-26.

<sup>18</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípa Editora, 2009, p. 18.

te americana, mas crê-se que podem ser definidos também como princípios universais. Cumpre ressaltar que em outubro de 2005, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura — UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que acrescentou os seguintes princípios — naturalismo (vida, religiosidade, racionalidade); contratualismo; personalismo (princípio da dignidade).

O princípio da beneficência e o princípio da não maleficência caminham juntos nas atividades clínicas e de pesquisa. O primeiro, segundo Koerich, Machado e Costa<sup>(19)</sup>, está relacionado com o dever de fazer bem ao outro e de promover o que for melhor para seus interesses, potencializar o bem e reduzir o mal, de modo que o pesquisador se comprometa a avaliar os riscos e benefícios e buscar ao máximo estes últimos, minorando aqueles fatores.

Segundo Sgreccia<sup>(20)</sup> o princípio da beneficência corresponde ao fim primário da medicina, promover o bem do paciente e evitar o mal. Aduz o autor que não significa apenas o dever de se abster e evitar o dano, mas se investe em um comportamento positivo de praticar o bem e, inclusive, prevenir o mal. Koerich, Machado e Costa<sup>(21)</sup> observam que o profissional da saúde, no trato com o paciente, tem o vício de entender que sabem o que é melhor para este último, todavia, deve-se considerar que o paciente sabe o que é apropriado para si, de modo que deve fazer suas próprias escolhas, guiados pelo princípio da autonomia e expressando o consen-

timento livre e devidamente esclarecido para as intervenções que lhes são destinadas.

Não maleficência significa que o pesquisador deve se abster de fazer o mal, avaliar os riscos e evitar os danos previsíveis. Para cumprir este princípio, é preciso evitar situações de perigo para os sujeitos da pesquisa, avaliar se os procedimentos adotados são realmente aqueles capazes de evitar ou minimizar ao máximo os danos individuais ou coletivos e sempre avaliar se não existiria um protocolo de pesquisa mais seguro<sup>(22)</sup>.

O princípio da autonomia, segundo Sgreccia<sup>(23)</sup>, traduz o respeito aos direitos fundamentais do ser humano, no qual se insere a autodeterminação, aduz o autor que o mandamento se situa na máxima de não se fazer a outrem aquilo que não se deseja para si, revelando um sentido intrínseco de respeito mútuo. Fala ainda que se funda na existência tácita de uma aliança terapêutica entre o profissional e o doente ou sujeito da pesquisa, e no consentimento para os protocolos a serem seguidos no tratamento ou na pesquisa. Para aqueles que não podem expressar a vontade, Sgreccia<sup>(24)</sup> sabiamente responde que esta será suprida com o recurso aos princípios da beneficência e da justiça.

Koerich, Machado e Costa<sup>(25)</sup> dizem que autonomia diz respeito ao autogoverno ou o poder de decidir sobre si mesmo, expressa liberdade de agir e de pensar, cujos únicos limites deveriam ser imperativos legais e o dever de não causar danos a

<sup>19</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

<sup>20</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípa Editora, 2009, p. 231.

<sup>21</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

<sup>22</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

<sup>23</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípa Editora, 2009, p. 231.

<sup>24</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípa Editora, 2009, p. 231.

<sup>25</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

terceiros. O direito moral do ser humano à autonomia, implica aos demais o dever de respeito, motivo pelo qual as ações de investigação e tratamento devem ser desenvolvidas mediante consentimento esclarecido e, em se tratando de sujeitos com discernimento reduzido, como crianças e deficientes mentais, Koerich, Machado e Costa<sup>(26)</sup> afirma que se deve agir pautando-se na responsabilidade.

Neste sentido, a ausência de capacidade para expressar a própria vontade não pode ser encarada como um cheque em branco para o médico ou pesquisador, conferindo a estes direitos irrestritos ou ilimitados na condução das ações de investigação ou terapêuticas. A história já demonstrou quão perigoso isto seria, servem de exemplo os horrores praticados pelos cientistas alemães no holocausto judeu e os casos de Beecher e da pesquisa sobre a evolução da sífilis quando já existia protocolo de tratamento, em Tuskegee, no Alabama. Mais do que relações interindividuais, está em jogo um comportamento digno de respeito à toda humanidade<sup>(27)</sup>.

Godinho<sup>(28)</sup> proclama a autonomia da vontade como “um dos mais importantes alicerces do fenômeno jurídico”, segundo o autor, a expressão da vontade se revela como fonte de libertação do indivíduo, sendo a autonomia a faculdade de ditar as próprias regras. Sustenta ainda que o alcance da autonomia nem sempre se revelou homogêneo, fazendo alusão ao período anterior às revoluções burguesas e aos movimentos que eclodiram nos séculos XVIII e XIX, em que se primava pelo valor da liberdade consagra-se o princípio da autonomia da

vontade em sua máxima potência: a vontade livre e declarada tem força de lei entre as partes<sup>(29)</sup>.

De fato, grande foi a evolução em termos de autonomia e liberdade alcançada à luz do liberalismo, todos são livres e iguais perante a lei, e, salvo mandamento jurídico-normativo, ninguém pode ser coagido a fazer algo contra a vontade. Koerich, Machado e Costa<sup>(30)</sup> declaram que a autonomia não nega a existência de influências externas à formação da vontade, mas confere ao indivíduo a possibilidade de refletir sobre elas e decidir conforme sua conveniência.

Todavia, o que se pretende aqui é defender que não basta reconhecer o direito à autonomia no plano formal, é preciso capacitar ou empoderar o enfermo a exercê-la de forma plena. É necessário que a satisfação das necessidades existenciais humanas seja definida como prioridade na atenção à saúde, o foco não deve ser a doença, mas o homem ou a mulher, o ser humano na sua concretude. Sob este enfoque, vê-se que empoderar o indivíduo a aderir ao tratamento e participar ativamente do processo de tomada de decisão, fazendo valer sua vontade, expressa a partir do consentimento livre e esclarecido, é condição necessária à humanização da saúde.

#### 4. Empoderamento do Paciente na Perspectiva da Humanização

Em linhas gerais, pode-se conceituar humanizar como o ato de tornar mais humano, benévolo, acolhedor. Ao mesmo tempo, ao se falar em humanização de áreas do saber científico ou atividades profissionais, atribui-se ao termo humanizar o

<sup>26</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.

<sup>27</sup> DINIZ, Debora. Henry Beecher e a História da Bioética. COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. *Bioética*: ensaios. Brasília: Letras Livres, 2001, p. 21-26.

<sup>28</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao Próprio Corpo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 92.

<sup>29</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao Próprio Corpo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 92.

<sup>30</sup> Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: *Revista Texto Contexto Enfermagem*, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110.



significado de inserir o ser humano como o centro em torno do qual e para o qual devem convergir todos os interesses. Humanização da saúde é, pois, o resgate de valores humanos e éticos e humanitários — de respeito, solidariedade e compaixão — nas práticas de gestão, atendimento, cuidados e intervenções em saúde.

Concorda-se com Rios quando ela afirma que a humanização tem fundamento no “respeito e valorização da pessoa humana, e constitui um processo que visa à transformação da cultura institucional por meio da construção coletiva de compromissos éticos e de métodos para as ações de atenção à saúde e de gestão dos serviços”<sup>(31)</sup>. Ainda nas palavras de Rios, “A humanização reconhece o campo das subjetividades como instância fundamental para a melhor compreensão dos problemas e para a busca de soluções compartilhadas”<sup>(32)</sup>. Compreende autonomia, participação e corresponsabilidade de todos os atores envolvidos, profissionais, gestores e usuários.

Por que humanizar? Pode parecer banal falar em humanização em relações humanas, todavia, diante de frequentes relatos de violência institucional, maus tratos violações a direitos pessoais e desrespeito a autonomia e liberdade de pacientes e familiares, vê-se claramente quão urgente é preciso resgatar valores humanitários nas relações de saúde.

Nesta seara, o Ministério da Saúde lançou, em 2003, a Política Nacional de Humanização (PNH), também conhecida como HumanizaSUS, pautando-se nos princípios da transversalidade; indissociabilidade entre atenção e gestão; e, mais intimamente

ligado ao tema objeto deste artigo, protagonismo, corresponsabilidade e autonomia dos sujeitos e coletivos, descritos nos seguintes termos:

**PROTAGONISMO, CORRESPONSABILIDADE E AUTONOMIA DOS SUJEITOS E COLETIVOS**

Qualquer mudança na gestão e atenção é mais concreta se construída com a **ampliação da autonomia e vontade das pessoas envolvidas, que compartilham responsabilidades. Os usuários não são só pacientes, os trabalhadores não só cumprem ordens: as mudanças acontecem com o reconhecimento do papel de cada um.** Um SUS humanizado reconhece cada pessoa como legítima cidadã de direitos e valoriza e incentiva sua atuação na produção de saúde.<sup>(33)</sup>

(Grifos nossos)

A partir dos princípios propostos pelo HumanizaSUS, portanto, a humanização da saúde passa pela ampliação da autonomia da vontade de pessoas que compartilham responsabilidades, usuários, funcionários e gestores devem exercer seus respectivos papéis sob a luz dos valores de igualdade e autodeterminação. Fala-se em igualdade, porém mediante respeito às diferenças, que devem ser percebidas, declaradas e, caso necessário, estabelecer estratégias de superação.

No mesmo norte, a Lei nº 13.146/2015, que cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contém regra sobre o exercício da autonomia na atenção à saúde nos seguintes termos:

Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.

§ 1º É assegurada a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas.

§ 2º É assegurado atendimento segundo normas éticas e

<sup>31</sup> RIOS, Izabel Cristina. Humanização: a essência da ação técnica e ética nas práticas de saúde. *In*: Revista Brasileira de Educação Médica, 33(2): 253-261; 2009.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Brasil. Ministério da Saúde (MS). Secretaria de atenção à saúde. Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Humanização. Brasília: MS; 2004.

técnicas, que regulamentarão a atuação dos profissionais de saúde e **contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como sua dignidade e autonomia.**

[...]

(Grifos nossos)

Autonomia é, nesta perspectiva, entendida como direito humano à autodeterminação, decidir o que quer para si. Eventuais diferenças devem ser superadas por políticas que garantam acessibilidade e disponibilização de informação suficiente para que o indivíduo se sinta capacitado ou empoderado, apto a exercer papel ativo e dividir com os demais agentes as escolhas e responsabilidades pelo tratamento.

A literatura relata dificuldades e benefícios ligados ao empoderamento do paciente. Estre as primeiras, percebe-se que o ensino tradicional ainda não superou a tradição de beneficência e sacerdócio da medicina, cuja prática era incontestável até meados do século passado, culturalmente, grande parte dos profissionais e gestores da saúde, ainda veem o enfermo como incapaz, de modo que seria dispensável prestar informações e esclarecimentos que o capacitem a participar, em regime de corresponsabilidade, da eleição e administração de métodos e técnicas a que será submetido.

Em que pese parecer notório que as relações humanas devam humanizadas, diante das restrições a direitos de que se tem notícia, a consciência de que todos são iguais em dignidade e merecedores de consideração e respeito, não é suficiente para evitar violações ao princípio da autodeterminação e maus tratos ao usuário de serviços de saúde. Nestes casos, algumas obviedades devem ser formalmente declaradas para serem observadas.

A política de humanização da saúde, que tem como um dos princípios a garantia de autonomia e

corresponsabilidade, reforçou a inserção de valores humanitários, dentre os quais se destaca a autodeterminação. Ao mesmo tempo, a proposta de empoderamento do paciente, ainda que relativamente recente, é contemporânea à proposta de humanização, e compreende o processo de capacitar o indivíduo a ter postura de aderência, dividindo responsabilidades e participando das tomadas de decisão a partir do consentimento livre e esclarecido.

Todavia, embora seja um movimento recente, há registros de experiências exitosas de empoderamento de pacientes que potencializaram a eficácia do tratamento. Segundo Taddeo *et.al.*:

A importância da relação clínica explica porque a adesão terapêutica depende mais do profissional de saúde do que das características pessoais do paciente. Em particular, o paciente é mais inclinado a corresponder à prescrição se pensa que conhece bem o profissional que o atende. Assim, percebemos que a aderência ao autocuidado está intimamente ligada a essa relação, que deve ser baseada na confiança, no respeito aos anseios dos usuários, na escuta às suas necessidades, no estabelecimento de vínculo e autonomia, o que possibilita a responsabilização (empoderamento), construção de propostas terapêuticas promotoras de saúde e, conseqüentemente, melhores resultados de saúde. <sup>(34)</sup>

É preciso chamar atenção para a necessidade de se estabelecer diálogo e sensibilidade para percepção de eventuais obstáculos à continuidade dos cuidados e sucesso dos procedimentos, deve-se agir com alteridade, pôr-se no lugar do outro e estabelecer estratégias de superação. Igual importância tem a educação e escuta ativa, de modo a perceber as reais dificuldades e prestar esclarecimentos suficientes para que o enfermo tenha consciência de sua condição e possa agir com autonomia. Sem as condutas educativas, tratamentos

<sup>34</sup> TADDEO, Patrícia da Silva et. al. Acesso, prática educativa e empoderamento de pacientes com doenças crônicas. In: *Ciência & Saúde Coletiva*. 17 (11): 2923-2930, 2012.

clínicos e políticas assistenciais podem não ser plenamente eficazes.

Corroborando com este entendimento, tem-se o seguinte depoimento de usuária de serviço público de saúde:

Quando a gente vai *pra* consulta *os doutor* não tem tempo de olhar nem pra gente, quem dirá de escutar nossos medos, nossas dúvidas, mas aqui no grupo não, a gente fala o que pensa, o que vive e entende melhor das coisas, aí a gente se sente importante, passa a querer ensinar os outros, a cuidar da gente, a viver melhor.<sup>(35)</sup>

Médicos e demais profissionais da saúde precisam compreender que o enfermo não é incapaz, ele não precisa de tutela, é sujeito autônomo e esta autonomia pode se revelar em autodeterminação também nos cuidados com a saúde. A ausência de conhecimento específico não incapacita, deve ser superada com práticas educativas e diálogo aberto e horizontal, recebendo os esclarecimentos necessários, sendo respeitado em sua autonomia, compreendendo os procedimentos e participando das decisões, o paciente perceberá sua importância e se sentirá corresponsável pelo êxito do tratamento, como resultado, cumprirá mais facilmente as prescrições e aumentará as chances de cura.

## 5. Considerações Finais

Diante dos fatos analisados, pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. Empoderamento do paciente é o processo de conscientização e informação através do qual o paciente sai do estado de aceitação e obediência, no qual apenas segue as condutas prescritas sem questionar ou mesmo compreender os motivos que condiciona-

ram determinado protocolo de tratamento, para a condição de participante do processo de tomada de decisão e escolha da metodologia mais adequada para si.

2. As práticas educativas aparecem como instrumento eficaz para trazer o paciente para a posição de agente ativo, de modo a compreender melhor a doença que lhe acomete, escolher, conforme orientações do profissional da saúde, a técnica médica mais adequada a ser seguida. A perspectiva é que, compreendendo o protocolo adotado para controlar sintomas e curar a doença e, principalmente, participando da escolha do tratamento mais adequado para si, o paciente colabore mais facilmente e tenha como resultado a eficácia do tratamento.
3. O entendimento de empoderamento do paciente com intenção de conduzi-lo a postura de aderência é recente e ainda sofre resistência de grande parte dos médicos, de conduta tradicionalmente paternalista e cuja formação ainda não foi capaz de superar a cultura beneficente proposta na ética hipocrática.
4. Os princípios da beneficência e autonomia são coexistentes e harmônicos, devendo ambos serem observados nos respectivos âmbitos de competência, aquele como dever de o médico buscar o bem maior para o seu cliente, este como atribuição de poder ao paciente para decidir o que é melhor para si.
5. É preciso empoderar para humanizar. O empoderamento do paciente pode ser entendido como princípio e como instrumento de humanização da saúde, uma vez que conduz ao exercício do direito humano de autodeterminação nas relações de saúde.

<sup>35</sup>TADDEO, Patrícia da Silva et. al. Acesso, prática educativa e empoderamento de pacientes com doenças crônicas. In: *Ciência & Saúde Coletiva*. 17 (11): 2923-2930, 2012.



# ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA EXISTENCIA MISMA, DEL CONTENIDO Y DE LOS LÍMITES (CON ESPECIAL REFERENCIA AL CÁNCER QUE AFECTA A FUNCIONES REPRODUCTIVAS) DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN EN ESPAÑA

Pedro Chaparro Matamoros

Professor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO AUTÓNOMO A LA PROCREACIÓN.- 1. El derecho a procrear implícito en la expresión “derecho a fundar una familia”.- 2. El derecho a procrear como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.- 3. El derecho a procrear vinculado al más amplio concepto de “salud sexual y reproductiva”.- 4. El derecho a procrear como presupuesto básico de la posibilidad de acudir a técnicas de reproducción humana asistida.- II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN.- 1. Sujeto titular del derecho a la procreación.- 2. Caracteres: la inalienabilidad del derecho a la procreación. Especial referencia al contrato de gestación subrogada.- 2.1. Cáncer de útero y gestación subrogada.- 2.2. Cáncer de mama y gestación subrogada.- III. LA PRETENDIDA EXIGIBILIDAD FRENTE AL ESTADO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN: CONTENIDO Y LÍMITES DEL MISMO.- 1. Notas acerca del derecho a la procreación en general.- 2. El derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.- 2.1. Caso Evans vs Reino Unido.- 2.2. Caso Dickson vs Reino Unido.- 2.3. La universalidad del derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida: ¿puede el Estado garantizar el cumplimiento efectivo de tal derecho para todos sus ciudadanos?

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza el derecho a la procreación, un derecho cuya existencia como derecho humano ha sido discutida en la doctrina a raíz de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, las cuales no pueden ser utilizadas por todos los individuos en las mismas condiciones. A nuestro juicio, resulta más interesante establecer una distinción entre el derecho a la procreación en general, derecho humano predicable de todo individuo, y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, el cual se encuentra limitado a lo que la ley disponga y con el alcance que ésta establezca. Por otro lado, no es infrecuente que las mujeres con problemas para la fertilidad

natural recurran al contrato de gestación subrogada, especialmente cuando padezcan algún cáncer que afecte a las funciones reproductivas, limitando o impidiendo la gestación natural.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la procreación; libre desarrollo de la personalidad; cáncer; técnicas de reproducción humana asistida; gestación subrogada.

**ABSTRACT:** The present work analyzes the right to procreation, a right whose existence as a human right has been discussed in the doctrine as a result of the appearance of techniques of assisted reproduction, which can not be used by all individuals under the same conditions. In our view, it is more interesting to draw a distinction between the right to procreation in general (which is a human right of every person), and the access to assisted reproduction techniques, which is limited to what the law provides and with the scope established by it. On the other hand, it is not uncommon for women with problems of natural fertility to resort to the contract of surrogacy, especially when they suffer from cancer that affects reproductive functions, limiting or preventing natural gestation.

**KEY WORDS:** right to procreation; free development of personality; cancer; assisted reproduction techniques; surrogacy.

## I. Consideraciones preliminares: argumentos a favor de la existencia de un derecho autónomo a la procreación.

Dentro del ámbito de los derechos humanos, ha adquirido una importancia notoria en nuestros días el derecho a la procreación o a la reproduc-

ción<sup>(1)</sup>, especialmente debido a la existencia de nuevos fenómenos familiares (o, si se prefiere, nuevas formas de “familia” en sentido amplio), como, por ejemplo, las parejas de individuos del mismo sexo, las cuales, ante la imposibilidad de una reproducción sexual natural, se ven obligadas a recurrir a técnicas de reproducción asistida para poder fundar una familia.

En línea de principio, el derecho a procrear constituye un derecho cuyo reconocimiento en los diferentes textos y declaraciones programáticas de derechos humanos (tanto nacionales como internacionales), se ha realizado, las más de las veces, con carácter indirecto (y no, así, explícito), lo que ha contribuido a aumentar las dudas sobre la posibilidad de protección de dicho derecho e, incluso, sobre la existencia misma del referido derecho como un derecho autónomo.

A continuación, y antes de entrar de lleno en el meollo de la cuestión, referiremos brevemente los principales argumentos que permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, el cual, como hemos señalado, no se encuentra expresamente mencionado en los distintos textos que versan sobre la materia. Sin embargo, como desarrollaremos a lo largo del estudio, su existencia es, a nuestro juicio, indubitada.

## 1. El derecho a procrear implícito en la expresión “derecho a fundar una familia”.

El primer (y más recurrente) argumento para apoyar la existencia del derecho a la procreación consiste en la referencia a la expresión “derecho a fundar una familia”, usada por distintos textos, tan-

to nacionales<sup>(2)</sup> como internacionales<sup>(3)</sup>.

Desde luego, de la expresión derecho “a fundar una familia” se deriva necesariamente la existencia de un derecho a la procreación, pues, al margen de la posibilidad legal de otras vías de fundar una familia (por ejemplo, mediante la adopción<sup>(4)</sup>), la reproducción es el cauce más habitual para llevar a cabo tal cometido. Sin la existencia de un hipotético derecho a la procreación, no sería posible ejercitar el “derecho a fundar una familia”.

Con todo, hay que advertir que la expresión “derecho a fundar una familia” viene asociada en la mayoría de los textos en los que a ella se hace referencia a la celebración del matrimonio. Sin embargo, hoy en día, la propia experiencia social, y con ella el aumento de “familias” en sentido amplio (no derivadas del matrimonio), pone de relieve la necesidad de desligar ambos conceptos (“matrimonio” y “derecho a fundar una familia”), puesto que una interpretación estricta conduciría a afirmar

<sup>2</sup> Éste es el caso de la Constitución Portuguesa de 1976, cuyo art. 36.1, relativo a la familia, al matrimonio y a la filiación, señala que “Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena”.

<sup>3</sup> Así, en el plano internacional, es de destacar en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948. En este sentido, el art. 16.1 DUDH afirma que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

De la misma manera, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante) de 1950 dispone en su art. 12 que “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Igualmente, el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

<sup>4</sup> Como bien advierte IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “El hipotético derecho a la reproducción”, *CEFD: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, p. 260, no hay que caer en el error de asociar el hecho de reproducirse de forma natural al concepto de “fundar una familia”, pues ello “reduciría el concepto de familia a un núcleo de convivencia de personas unidas por lazos biológicos, y en nuestro ordenamiento jurídico pueden admitirse familias sin nexo genético entre ellas”, como ocurre en el caso de la adopción.

<sup>1</sup> Adviértase al lector que a lo largo del presente estudio se usarán ambas expresiones de forma indistinta.

que únicamente tienen derecho a la procreación aquéllos que hubiesen contraído matrimonio, y no, en cambio, quienes no lo hubiesen hecho.

Por último, aunque la Constitución Española (CE, en adelante) no recoja dicha expresión<sup>(5)</sup>, se puede entender que el derecho a la procreación, desde este prisma, sí que se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento, en la medida en que nuestro art. 10.2 CE dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

## 2. El derecho a procrear como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Junto al argumento anterior, es también posible considerar el derecho a procrear como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>(6)</sup>, derecho este último consagrado en el art. 10.1 CE, y que, necesariamente, debe

ponerse en conexión también con el art. 17.1 CE, que recoge la libertad personal general de actuar<sup>(7)</sup>.

Desde este prisma, el derecho a la procreación emerge como un derecho intrínseco a la propia condición o naturaleza humana, siendo una decisión personal del sujeto ejercitarlo, o no<sup>(8)</sup>. La doctrina ha puesto de manifiesto la validez de esta concepción para justificar la existencia del derecho a la procreación como un derecho autónomo, pues es perfectamente predicable respecto de ambos sexos (hombres y mujeres), superando la posible confusión de atribuirlo exclusivamente a las mujeres<sup>(9)</sup>.

<sup>5</sup> Para GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, el reconocimiento expreso del derecho a tener hijos en la CE habría sido “conveniente”, basando dicha opinión en el hecho de que, al tiempo de promulgarse aquélla, “los problemas sobre la reproducción humana asistida eran ya muy evidentes”. En esta línea, para la autora, la configuración constitucional de un derecho a la reproducción humana habría resultado muy eficaz para resolver los distintos problemas de interpretación que pueden surgir en materias como la maternidad de la mujer sola o la fecundación *post mortem*.

<sup>6</sup> Para VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, *Revista General de Derecho*, núm. 631, 1997, p. 3522, el reconocimiento del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español debe hacerse por la vía del art. 10.1 CE, “por cuanto, entre los derechos inherentes a la persona se encuentra el de fundar una familia que incluye implícitamente la libertad de procrear, esencial para la perpetuación de la especie humana y que participa [...] de la dignidad de la persona, debiendo ser calificada como libertad o derecho de la personalidad”.

<sup>7</sup> Entiende GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 48, que la libertad personal del art. 17.1 CE trasciende de la mera prohibición de detención arbitraria. Así, para la autora, el derecho a la reproducción puede tener cabida también de este precepto, entendido como un acto de autodeterminación física del sujeto.

En esta línea se pronuncia también la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, al afirmar que “La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual”.

Por su parte, VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Colección de Derecho español contemporáneo, Madrid, 2015, pp. 211-212, gran defensor de la necesidad de regular la gestación subrogada, considera que “la libertad del art. 17.1 CE es aquí la condición del desenvolvimiento de la vida personal, que supone asegurar la autonomía de la persona, desenvolver la plenitud de su capacidad y ofrecer oportunidades a su libertad de elección, como ejercicio de su responsabilidad para escoger los medios con que realizar sus fines”.

<sup>8</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016, p. 353, afirma que “En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano”.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, señala IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “El hipotético derecho a la reproducción”, cit., p. 259, que “Esta consideración de la reproducción como uno de los elementos inherentes de la libertad personal, otorga entonces a la reproducción el mismo valor en el caso de hombres y mujeres”.

### 3. El derecho a procrear vinculado al más amplio concepto de “salud sexual y reproductiva”.

Es posible, igualmente, admitir la existencia autónoma del derecho a la procreación, como uno de los derechos que forman el entramado de la denominada “salud sexual y reproductiva”<sup>(10)</sup>, término que nació en la IV Conferencia Mundial de la O.N.U. sobre Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994.

Así, en el documento de El Cairo se plasmó la siguiente definición: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias<sup>(11)</sup>, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”<sup>(12)</sup>.

En España, la cuestión fue abordada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La ley vincula la decisión de procrear a los “derechos de libertad, intimidad y autonomía personal” (art. 3.1.).

<sup>10</sup> Así lo considera ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006, p. 13, para quien ésta es una de las vías de emergencia del derecho a procrear, con especial impacto en el ordenamiento jurídico internacional.

<sup>11</sup> Sobre la evolución del concepto de “salud”, entendido inicialmente como la mera ausencia de enfermedad, puede verse particularmente VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Acercar del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en Biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 5-11.

<sup>12</sup> El concepto se consolidó en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer y su plataforma de Acción, celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

### 4. El derecho a procrear como presupuesto básico de la posibilidad de acudir a técnicas de reproducción humana asistida.

La existencia propia y los límites del derecho a procrear o a reproducirse se pusieron en primer plano cuando los nuevos avances científicos trajeron consigo la posibilidad de acudir a técnicas de reproducción humana asistida.

Es evidente que, si la ley permite la posibilidad de ser padres a quienes biológicamente no pueden, es porque previamente existe un derecho general a la procreación, que, en este caso concreto, se ejerce mediante el recurso a la ciencia y a la medicina. Sin embargo, y como ya advirtió la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley núm. 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, otra cosa es que ese derecho a la procreación sea absoluto y deba satisfacerse “por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables”, algo que veremos más adelante.

## II. Concepto y caracteres del derecho a la procreación.

Una vez asumida la existencia de un derecho autónomo a la procreación, el siguiente paso consiste en definirlo y establecer sus caracteres esenciales.

Así las cosas, el derecho a la procreación se puede definir como la posibilidad que todo ser humano tiene de poder tener hijos, decidiendo libremente cuándo y cuántos tener<sup>(13)</sup>.

<sup>13</sup> De forma más extensa, FARNÓS AMORÓS, E.: “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (COORDS.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 182-183, afirma que “El concepto comprende la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y, si es el caso, consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y los medios adecuados para su realización. Se trata, por tanto, de un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una



## 1. Sujeto titular del derecho a la procreación.

Se trata de un derecho que puede ser ejercitado única y exclusivamente por las personas físicas. Ello es así en la medida en que hemos deducido el derecho de categorías intrínsecas al ser humano, tales como su libertad personal o su intimidad<sup>(14)</sup>.

Ahora bien, lo anterior debe entenderse considerando el derecho a la procreación desde un punto de vista abstracto y teórico. Sin embargo, en la práctica, como bien es sabido, la propia naturaleza humana impide a una única persona (sin mediar técnicas de reproducción humana asistida) tener descendencia. Ello no es óbice, no obstante, para afirmar que tal derecho corresponde a toda persona individualmente considerada, pues la propia CE nos ofrece ejemplos de distintos derechos de titularidad individual cuyo ejercicio precisa de la concurrencia de, al menos, otra parte. En esta sede, resulta muy ilustrativo el derecho al matrimonio consagrado en el art. 32 CE: todas las personas tienen derecho al matrimonio, pero sin la concurrencia de otra persona no puede adquirirse el estado civil de casado.

Desde este prisma, desde luego, la posición del hombre para ejercitar el derecho a la procreación él solo es más complicada, pues debe recurrir al alquiler de úteros, técnica que en no pocos países actualmente se encuentra prohibida, entre

---

familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico, y resulta protegible a través de estos derechos<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Ello excluye, como pone de manifiesto, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 61, que puedan ser sujetos titulares de tal derecho la entidades públicas o privadas. Admitir lo contrario sería tanto como permitir a aquéllas la posibilidad de generar seres humanos para cualquier fin, lo que, advierte la citada autora, podría conllevar “un riesgo muy severo de cosificación del ser humano y de su posible comercialización”.

ellos España<sup>(15)</sup>. Una cosa es que la igualdad entre sexos (art. 14 CE) determine que de las técnicas de reproducción asistida puedan beneficiarse tanto hombres como mujeres, y otra es que, en la práctica, y habida cuenta la naturaleza de la propia condición de hombre y de mujer, puedan hacerlo cuando cada uno de ellos actúa individualmente<sup>(16)</sup>.

Ciertamente, considerando esta perspectiva, la de la igualdad de sexos, emerge una cuestión que podría dar lugar al debate: ¿debería admitirse el alquiler de úteros para dar efectividad a la igualdad del art. 14 CE y, en consecuencia, satisfacer así las demandas de los hombres solteros o de las parejas homosexuales? La cuestión, desde luego, no es baladí, y para adoptar una postura en torno a la misma debe analizarse si los motivos que justifican la prohibición de los úteros de alquiler son suficientemente razonables y proporcionados para, en este punto concreto, admitir un tratamiento

---

<sup>15</sup> Así, el art. 10.1 de la Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA, en adelante), afirma que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

La posición del ordenamiento jurídico español contrasta con la de algunos estados de EE.UU. (California, por ejemplo), India, Rusia, Ucrania o México, donde la práctica está legalizada; y también con la de aquellos países cuyos ordenamientos permiten la práctica de modo “altruista” (más adelante matizaremos este concepto), esto es, siempre y cuando no haya precio de por medio (Reino Unido, Brasil, Canadá, Grecia o Portugal). Un reciente análisis del estado de la cuestión en el Derecho comparado puede verse en ALBERT MÁRQUEZ, M.: “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista; una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 186-194.

Obsérvese, en cualquier caso, y como pone de manifiesto GONZÁLEZ CARRASCO, M. del C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 121-122, que la ausencia de precio no garantiza que la gestación por sustitución no se acabe convirtiendo en un negocio de mercantilización de mujeres, ni que no existan otro tipo de intereses económicos en el proceso.

<sup>16</sup> Así, como explica GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 69, en este caso, es decir, cuando actúan individualmente, “la ciencia permite cumplir las demandas de las mujeres y no las de los hombres”. Ello determina que, toda vez corresponder el derecho a la reproducción por igual a ambos sexos, los hombres “pueden tener más dificultades para realizarlo por la necesidad de contar con un útero gestador”.

diferenciado<sup>(17)</sup>.

A nuestro juicio, los riesgos<sup>(18)</sup> que entraña el

<sup>17</sup> En cualquier caso, vaya por delante que la igualdad permite un tratamiento distinto cuando las situaciones en liza son diferenciadas, como es aquí el caso, en el que la naturaleza de la propia condición de hombre y de mujer no es la misma.

Sobre esta cuestión, ha llamado particularmente la atención REDONDO SACEDA, L.: “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 9, 2016, pp. 49-68. La autora se plantea en su estudio, como hipótesis de partida, si la desigual posición de hombres y mujeres (e, incluso, aquí cabría diferenciar entre mujeres fértiles y mujeres estériles) de cara a la reproducción natural puede dar lugar a una suerte de “asimetría reproductiva”, que quiebre el principio de igualdad y no discriminación y pueda, en consecuencia, legitimar la práctica de la gestación subrogada a efectos de paliar esa hipotética desigualdad. Tras analizar la diferente capacidad de gestación entre hombres y mujeres (y entre mujeres fértiles y estériles), la autora concluye que las asimetrías observadas en relación con la reproducción se caracterizan por “tener un fundamento biológico que no permite un análisis en los términos comparativos que requiere la aplicación del principio de igualdad”. Abunda la autora en que “las diferencias biológicas entre los cuerpos de los hombres y las mujeres no permiten tratar su diferente acceso a la reproducción en términos comparativos: la mujer tiene una capacidad natural de gestar de la que el hombre carece”.

Por su parte, FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret*, núm. 1/2010, enero 2010, p. 15, abunda en esta idea de las diferencias biológicas para justificar que el art. 10.1 LTRHA no es discriminatorio. Afirma a este respecto la autora que “por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Al tener la diferencia una base biológica, en principio estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres”.

Incluso, prosigue la autora, de admitir que el art. 10.1 LTRHA pudiera ser discriminatorio, habría que entrar en un embrollo mayor, cual es el de la posible inconstitucionalidad de un precepto que, toda vez haber dado pie desde la promulgación de la LTRHA a posturas opuestas (las cuales, las más de las veces, responden a ideologías y creencias éticas y morales diversas, y, en concreto, a la concepción que se tenga del ser humano y del Derecho, como ha afirmado el profesor VIDAL MARTÍNEZ, J.: “La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida”, *Revista General de Derecho*, núm. 600, 1994, p. 9523), no ha visto peligrar, hasta el momento, su adecuación a la CE, más allá, como bien precisa LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, Año XXXIII, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, p. 2, de las tachas de inconstitucionalidad hechas en su momento a la LTRHA '88 (pero totalmente extrapolables a la actual LTRHA), basadas en la falta de adecuación de una ley ordinaria para regular una materia que afecta a derechos fundamentales y que, en consecuencia, debiera haber sido objeto de Ley Orgánica.

<sup>18</sup> Un estudio muy completo sobre los riesgos a que da lugar la gestación subrogada nos lo proporciona LÓPEZ GUZMÁN, J.: “Dimensión económica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 199-216. El autor, en su estudio, analiza (confrontando las distintas posturas existentes), en primer lugar, las posibles motivaciones

denominado “alquiler de úteros” (el propio nombre ya indica la comercialización de una parte de la mujer), sintetizados en la cosificación o comercialización del cuerpo humano de la mujer<sup>(19)</sup> y en el

de las “madres de alquiler” (“altruismo”, interés económico, etc.), para después entrar de lleno en el propio negocio de la gestación subrogada como práctica generadora de intereses y beneficios económicos, los cuales muchas veces no son compatibles con la dignidad humana y la concepción tradicional de la “familia”.

<sup>19</sup> Para DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, cit., p. 351, el contrato de gestación por sustitución “se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo”. V. misma opinión del autor en ÍD.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Año XXXI, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 14-15; e ÍD.: “L’impatto dei principi costituzionali e del diritto convenzionale europeo sullo status dell’embrione e della filiazione nel diritto spagnolo”, en CHIAPPELTA, G. y PERLINGIERI, P. (a cura di): *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 281-282.

En el mismo sentido se pronuncian otros autores como APARISI MIRALLES, Á.: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 168-172; LEMA AÑÓN, C.: “Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 182-183, pp. 223-232 (aunque con matices); MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEJUI, J. M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 76; MERCADER UGUINA, J. R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017, pp. 455-456; NUÑO GÓMEZ, L.: “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”, *Isogoria: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, julio-diciembre 2016, p. 693; QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, núm. 3/2009, julio 2009, pp. 17-18; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M.: “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8293, Año XXXV, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, p. 17; o VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 191 y ss.

En la jurisprudencia española, la importante STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, explicó que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras (quienes podrían verse abocadas a asumir la gestación para combatir su situación de extrema pobreza o marginación), son superiores al beneficio que se podría obtener<sup>(20)</sup>, en este caso la igualdad de ambos sexos.

Descendiendo un poco más en la cuestión, hay quien se plantea si ese derecho a la procreación debe diferenciarse según se trate de hombres o mujeres, para hablar, en el primer caso, de derecho a la paternidad, y, en el segundo, de derecho a la maternidad. La distinción, a nuestro juicio, no parece acertada, máxime en un tiempo en el que, precisamente, se tiende a la igualdad de derechos prescindiendo del género<sup>(21)</sup>.

<sup>20</sup> Algún autor, abordando la cuestión desde un análisis económico del Derecho, ha enumerado también los beneficios económicos que podrían derivarse de la legalización de esta práctica en España. Así, VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 8055, Año XXXIV, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, p. 2, sostiene que la legalidad del convenio de gestación por encargo “supondría, de un lado, no sólo la eliminación de costes para los ciudadanos españoles que actualmente tienen que desplazarse a países lejanos para llevarlo a cabo, sino también que la importante actividad económica que genera dicho convenio gestacional se produciría completamente en España; y, de otro lado, dicha legalización tendría un previsible, significativo y favorable efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros Estados de nuestro entorno, lo que supondría una trascendente inyección económica”.

Sin embargo, esta postura no nos convence, pues, en línea con lo expuesto por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, cit., p. 353, la solución al dilema ha de estar basada en razonamientos de carácter moral (o juicio de valores, parafraseando al autor). Además, si se adoptan este tipo de posturas, que priman lo económico sobre lo ético o lo moral, se podría acabar justificando cualquier tipo de comercio con partes indisponibles del cuerpo humano (por ejemplo, desde ese prisma podría justificarse la compraventa de órganos).

<sup>21</sup> Al hilo de esto, señala IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “El hipotético derecho a la reproducción”, cit., p. 254, que la construcción de cualquier derecho jurídicamente protegido cuya titularidad pudiera llegar a ser atribuida exclusivamente a un sexo “atentaría al principio de igualdad y al concepto de ciudadanía presuntamente neutral de nuestro Estado de Derecho”.

## 2. Caracteres: la inalienabilidad del derecho a la procreación. Especial referencia al contrato de gestación subrogada.

En la medida en que se trata de un derecho personalísimo, vinculado a la naturaleza más íntima de la condición humana, el derecho a la procreación es irrenunciable e inalienable. Así, el contrato por el que una persona renuncie a su potencial reproducción, o la enajene, sería nulo por ilicitud del objeto<sup>(22)</sup> y carecería de efectos, además de carecer, en la mayoría de los supuestos, de sentido.

Más frecuente es en la práctica el contrato por el que alguien se compromete, a cambio de precio, a asumir el proceso de gestación. Los motivos pueden ser variados, haciendo referencia tanto a la incapacidad misma de la mujer (esterilidad), como a la imposibilidad natural para poder llevar a cabo el proceso de gestación (parejas homosexuales), o, incluso, simplemente a no querer llevar a cabo el proceso de gestación (miedo a perder el trabajo o a sufrir un menoscabo en los ingresos si la mujer vive de su figura, deseo de no asumir los cambios hormonales y corporales, deseo de no asumir los riesgos derivados del embarazo, etc.).

En este caso, también hay que hablar de nulidad del contrato. Entre quienes niegan la validez del contrato de gestación subrogada, se discute si en este caso la nulidad deriva de la ilicitud de la causa, o de la ilicitud del objeto. Para el prof. DE VERDA, estaríamos ante un supuesto de ilicitud de la causa, que conllevaría la restitución de las prestaciones ejecutadas, no pudiendo los comitentes pedir la devolución de las cantidades que hubieran

<sup>22</sup> En Derecho español, la licitud del objeto se contempla en el art. 1271.I CC, al afirmar éste que “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”.

pagado a la que se había comprometido a ser madre gestante<sup>(23)</sup>. En contra se posiciona PANTALEÓN PRIETO, para quien la nulidad procede, en este caso, de la ilicitud del objeto<sup>(24)</sup>. En fin, hay también quien entiende que el contrato es nulo, tanto por ilicitud de la causa, como por ilicitud del objeto<sup>(25)</sup>.

Con independencia de adherirse a una postura o a otra, lo que parece claro es que, además, este tipo de contratos debe ser nulo por oponerse a las normas imperativas, a la moral y al orden público<sup>(26)</sup> (arts. 6.3 y 1255 *in fine* CC).

Desde luego, no sólo existen razonamientos de tipo jurídico que desaconsejen la validez del contrato de gestación por sustitución. También los hay de tipo psíquico y emocional de la mujer gestante. Entre ellos, destaca la creación de un vínculo de apego entre la madre y el hijo durante la gestación. O, incluso, existen poderosas razones de tipo físico que desaconsejan la admisión de la citada práctica, como los eventuales riesgos para la salud de la gestante que conlleva el proceso (con evidente posibilidad de embarazos múltiples) y el propio parto<sup>(27)</sup>, así como la huella que deja el bebé en la madre

gestante de por vida<sup>(28)</sup>.

No obstante lo anterior, la cuestión de la admisión del contrato de gestación subrogada se encuentra muy discutida en la doctrina española, existiendo autores que se muestran favorables a la validez del contrato, aduciendo distintos argumentos en orden a su admisión, lo que, desde nuestro punto de vista, no fortalece, sino debilita la solidez de esta postura, al no existir un consenso entre sus partidarios sobre los motivos que deben justificarla.

Así, hay autores que defiende la validez del contrato<sup>(29)</sup>, siempre que no exista la posibilidad natural de la reproducción, y siempre que se preserve la libertad del consentimiento de las madres gestantes<sup>(30)</sup> y se evite el previsible tráfico interna-

conflicto entre deseos y derechos”, *UNED: Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, p. 116.

<sup>28</sup> A este respecto, es muy ilustrativo el Informe del Comité de Bioética de España (un órgano colegiado independiente de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud), publicado el 19 de mayo de 2017. En el mismo, se afirma (p. 13) que “La mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado. Se almacenan en nichos, especialmente en la médula ósea, y se dispersan en los órganos de la madre”.

<sup>29</sup> V. a este respecto ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, pp. 38-39; IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio mater semper certa est y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 6-7; NAVARRO MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. DEL M.; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. D.; PINILLOS CAPEL, M<sup>a</sup>. DEL D.: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *Bioderecho.es: Revista Internacional de Investigación en Bioderecho*, núm. 1, 2014, pp. 7-9; PÉREZ FUENTES, G. M<sup>a</sup>. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 249-250; VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 7621, Año XXXII, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2011, pp. 2-3; e ÍD.: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Año XXXVI, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, pp. 9-14.

<sup>30</sup> Este concepto de “libertad del consentimiento” de las madres gestantes hay que entenderlo en un sentido amplio. Así, SALAZAR BÉNITEZ, Ó.: “La

<sup>23</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, cit., p. 351.

<sup>24</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 27 y 28. También lo entiende así VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana*, cit., pp. 86-87, quien afirma que “las personas, presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato”.

<sup>25</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus. Colección Jurídica General, Madrid, 2012, pp. 110-111; y VERDERA IZQUIERDO, B.: “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2007, p. 1117.

<sup>26</sup> Sobre las razones de orden público constitucional con las que choca la gestación subrogada, puede verse GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. DEL C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, cit., pp. 122-125.

<sup>27</sup> V. a este respecto ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, Año XXXIII, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, p. 13; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. DEL C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, cit., pp. 122-125; y SALAZAR BÉNITEZ, Ó.: “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el

cional de niños.

Además, también hay quien aduce el posible riesgo que se podría causar al interés superior del menor<sup>(31)</sup>, en caso de la no admisión de la validez de este contrato<sup>(32)</sup>: así, por un lado, la posible desprotección del menor en el caso de que se prohíba la inscripción de la filiación en favor de los padres comitentes<sup>(33)</sup>; y, por otro, la posible negación de

gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, cit., p. 114, advierte que en este caso “parece más que evidente que muchas mujeres están sujetas a todo tipo de violencias -estructurales, económicas, sexuales, simbólicas- que les impiden actuar de manera autónoma”. Desde luego, cuando hay necesidad no puede haber libertad, por lo que, por mucho que la mujer haya sido suficientemente informada y sea plenamente consciente del proceso y de sus riesgos, si hay una causa que le impulsa a asumir la gestación la libertad del consentimiento desaparece. En un sentido similar se pronuncia NUÑO GÓMEZ, L.: “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientes de alquiler”, cit., p. 690, al aseverar que “El consentimiento requiere de un yo autónomo no mediado por la supervivencia o la subordinación”.

Además, por otra parte, hay que tener en cuenta que es muy posible que la mujer no alcance a comprender *ex ante* las implicaciones emocionales derivadas de la maternidad y del parto (máxime en el caso de estar ante el primer embarazo), lo cual no permitiría hablar de un consentimiento libre, voluntario e informado. Sobre esta cuestión, son muy interesantes los argumentos esgrimidos por la doctrina extranjera, de los que da buena cuenta en su estudio FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, cit., p. 6.

<sup>31</sup> GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 245-258, analiza las diferentes formas de afectación que puede padecer el interés superior del menor en este caso.

<sup>32</sup> BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, Año XXXIV, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013, p. 15; LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, *InDret*, núm. 3/2012, julio 2012, p. 32; o NAVARRO MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. DEL M.; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. D.; PINILLOS CAPEL, M<sup>a</sup>. DEL D.: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, cit., p. 2.

<sup>33</sup> A este respecto, se ha tratado de eludir la aplicación del art. 10.1 LTRHA mediante el recurso al denominado “turismo reproductivo”, consistente en desplazarse desde el país de origen (en este caso, España), a países en los cuales la gestación subrogada está admitida (o, al menos, no prohibida), para posteriormente tratar de solicitar en España la inscripción del nacimiento en el extranjero conforme a dicha técnica, dando lugar a una situación que, para quienes defienden la gestación subrogada, podría perjudicar el interés superior del menor, en caso de no serle reconocida la filiación y el *status* jurídico que ésta conlleva. A nuestro juicio, la postura de los encargados del Registro Civil y la de los tribunales a este respecto debe ser tajante y contundente, no permitiendo inscripciones que puedan incentivar el turismo reproductivo, pues, lo contrario, sería tanto como legalizar *de facto*

las prestaciones de maternidad y paternidad con-

la gestación subrogada [sobre esta cuestión, v. DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en CONTE, G. y LANDINI, S. (a cura di): *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni di Furguiele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 620-621; BERTI DE MARINIS, G.: “Maternità surrogata e tutela dell’interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU”, *Attualità Giuridica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 308-312].

En cualquier caso, obsérvese que esta noción del interés superior del menor es un tanto sesgada, poniendo el acento únicamente en la potencial desprotección que podría suponer para el niño la no inscripción de su filiación. Muy ilustrativo es el Tribunal Supremo español cuando afirma, en su trascendental STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que “La invocación indiscriminada del ‘interés del menor’ serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”.

En la doctrina española, ROCA TRÍAS, E.: “*Dura Lex Sed Lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 331-332, entiende que el interés del menor se refiere a la dignidad humana, dentro de la cual debe incluirse “el reconocimiento legal de una relación de filiación no necesariamente biológica”.

Por su parte, BATALLER I RUIZ, E.: “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Attualità Giuridica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, p. 780, propone deslindar el juicio ético que nos pueda merecer la gestación subrogada del tratamiento en materia de filiación que quepa dispensar a los niños nacidos mediante el recurso a tal técnica, mostrándose favorable a la admisión de la inscripción en España de los niños nacidos en el extranjero. En similar sentido, se manifiestan NÚÑEZ BOLAÑOS, M<sup>a</sup>.; NICASIO JARAMILLO, I. M<sup>a</sup>. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, p. 259, al aseverar que “la prohibición de la maternidad por subrogación que se contiene en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida [...] no puede conllevar la ausencia del reconocimiento de la filiación y de los efectos derivados de la misma respecto del menor nacido por esta técnica [...] por constituir lo contrario, una vulneración del contenido del artículo 8 del CEDH”.

En la jurisprudencia española, destaca a este respecto la citada STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, pionera en esta sede, que resolvió un supuesto en el que dos hombres españoles casados entre sí en 2005 contrataron una gestación de sustitución en California, que tuvo como resultado el nacimiento de dos niños. A continuación, los recurrentes solicitaron la inscripción del nacimiento de aquéllos en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, EE.UU.), siéndoles denegada por el encargado de dicho Registro invocando el art. 10 LTRHA. Posteriormente, presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, en ade-

templadas en la legislación laboral<sup>(34)</sup>. Sin embargo, este argumento se puede volver contraproducente

lante), admitiendo ésta, mediante resolución de 18 de febrero de 2009, la inscripción del nacimiento de los menores.

Sin embargo, para desesperación de los padres comitentes, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución de la DGRN por considerarla contraria al orden público español, comenzando así una vía judicial que, tanto en primera como segunda instancia, consideró improcedente la inscripción.

En fin, la cuestión llegó al Tribunal Supremo, quien rechazó igualmente la inscripción, basándose para ello, principalmente, en dos argumentos. El primero de ellos es la ineficacia en España de la decisión de la autoridad californiana de atribuir la condición de padres a quienes contrataron la gestación, por entender que tal decisión es contraria al orden público español, y ello “por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”.

Junto al argumento anterior, el Tribunal Supremo se refiere también a la pretendida conculcación del interés superior del menor, entendiendo que éste tiene valor interpretativo del ordenamiento jurídico, de las reglas y valores establecidos, sin que pueda invocarse para “contrariar lo expresamente previsto” en las normas. Afirma el Tribunal Supremo en este sentido que la aplicación del interés superior del menor de otro modo al señalado podría suponer “la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución”.

Concluye el alto tribunal refiriéndose a la eventual desprotección en que quedarían los menores, aportando soluciones en tal sentido. Dice, así, que “El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar”.

<sup>34</sup> Relativa al interés superior del menor como elemento que debiera justificar la legalización de la gestación subrogada, existe una cuestión sobre la cual la doctrina no ha llamado aún la atención. Y es el hecho de que este argumento no justifica la necesidad de legalizar la gestación subrogada en abstracto, sino que trata de dar cobertura a un hipotético daño que se puede causar en caso de no admitir la práctica, pero una vez ésta ya ha sido realizada.

El problema, a este respecto, es que, como ha señalado la doctrina, el art. 10.1 LTRHA únicamente advierte de la nulidad del contrato de gestación subrogada, pero no contiene ningún reproche jurídico para quienes lo llevan lo cabo, lo que, desde luego, no contribuye a desincentivar o a disuadir de su práctica (sobre esta cuestión, v. CALVO CÁRAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre 2015, p. 58; DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>. DEL R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Año XXXI, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, p. 2); y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, cit., pp. 109-110. Es, precisamente, la habitualidad de la celebración de este contrato, la que da pie a que se busquen nuevos argu-

mentos que legitimen la práctica *a posteriori*, pensando en las posibles consecuencias que se puedan generar tras el parto.

Una de estas consecuencias, las eventuales prestaciones de maternidad y paternidad que proceden para los padres comitentes, es analizada, entre otros, por ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización *de facto* de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017, pp. 23-55; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pp. 75-96; CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017, pp. 131-138; HIERRO HIERRO, F. J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de la Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pp. 179-222; MERCADER UGUINA, J. R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, cit., pp. 454-467; MORENO PUEYO, M. J.: “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, pp. 287-294; ÍD.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Economía y Sociología*, núm. 116, 2015, pp. 21-56; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “¿Tienen derecho las madres ‘subrogantes’ al permiso y a la prestación por maternidad?”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. extraordinario 9-10, diciembre 2014, pp. 141-156.

mentos que legitimen la práctica *a posteriori*, pensando en las posibles consecuencias que se puedan generar tras el parto.

Una de estas consecuencias, las eventuales prestaciones de maternidad y paternidad que proceden para los padres comitentes, es analizada, entre otros, por ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización *de facto* de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017, pp. 23-55; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pp. 75-96; CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017, pp. 131-138; HIERRO HIERRO, F. J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de la Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pp. 179-222; MERCADER UGUINA, J. R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, cit., pp. 454-467; MORENO PUEYO, M. J.: “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, pp. 287-294; ÍD.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Economía y Sociología*, núm. 116, 2015, pp. 21-56; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “¿Tienen derecho las madres ‘subrogantes’ al permiso y a la prestación por maternidad?”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. extraordinario 9-10, diciembre 2014, pp. 141-156.

<sup>35</sup> Así, BELLVER CAPELLA, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO: Revista de filosofía*, núm. 11, noviembre 2015, p. 44. Señala el autor a este respecto que “Si ya resulta difícil asimilar una adopción, es previsible que los hijos de una subrogación internacional padezcan dificultades análogas o incluso superiores para asimilar sus orígenes”. Además, añade el autor que “el bebé sufre la separación de su madre gestante, lo que impide que sea alimentado con la leche materna y que disfrute del contacto ‘piel con piel’, medidas promovidas en la actualidad en todo el mundo por pediatría y enfermería por las evidencias de sus magníficos resultados para el buen desarrollo del bebé” (p. 43).

En el mismo sentido se pronuncia JOUVE DE LA BARREDA, N.: “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 158, quien sostiene que, “No es descabellado asumir que, tras un embarazo, rota la relación con un hijo tras el nacimiento, pueda quedar afectado el desarrollo psicológico normal del niño o la niña, particularmente cuando él o ella se enteran de su origen por subrogación, si llegan a enterarse, y también de la madre gestante”.

siderado como una realidad social, y, como tal, el Derecho debe proceder a regularla y a darle una respuesta<sup>(36)</sup>.

Junto a los anteriores argumentos, también se esgrime uno de carácter demográfico: España tiene una de las tasas de natalidad más bajas del mundo, por lo que hay que facilitar a los españoles la posibilidad de ser padres (y madres) biológicos mediante la ciencia y la medicina<sup>(37)</sup>.

Las proclamas anteriores no pueden, sin embargo, legitimar la legalización del contrato de gestación subrogada. A nuestro juicio, los riesgos que entraña la legalización de dicha práctica, especialmente, para las mujeres en situación de especial vulnerabilidad, suponen un argumento suficiente como para mantener la prohibición en España. Prohibición que debe seguir comprendiendo, no sólo los casos en que la gestación se asume a cambio de precio, sino también aquellos otros en que ésta es, como se ha venido en denominar, “altruista”<sup>(38)</sup>, práctica cuya legitimación se ha intentado

<sup>36</sup> NAVARRO MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. DEL M.; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. D.; PINILLOS CAPEL, M<sup>a</sup>. DEL D.: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, cit., p. 3; y VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, Año XXXII, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, p. 2; ÍD.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, cit., p. 2.

<sup>37</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, cit., p. 3.

<sup>38</sup> Sobre los argumentos que se ofrecen para regular la gestación subrogada altruista, puede v., por todos, el estudio del Presidente de la asociación “Son nuestros hijos”, VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: “Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida”, en BENAVENTA MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015, pp. 283-300.

A nuestro juicio, la utilización del término “altruista” no procede en este caso. Según la Real Academia Española, el “altruismo” se define como “Diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”. Ahora bien, esa diligencia o tendencia en procurar el bien ajeno es espontánea, no inducida. Aquí, sin embargo, ocurre, como acertadamente explica ALBERT MÁRQUEZ, M.: “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación al-

truísta; una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, cit., p. 195, que existe una respuesta a “las exigencias de una demanda de padres intencionales”, no “una altruista oferta de las madres portadoras”.

Así lo ha entendido también recientemente el Informe del Comité de Bioética de España, publicado el 19 de mayo de 2017, el cual detalla los riesgos que la denominada “gestación altruista” conlleva. Para el Comité, y partiendo de la base de que la gestación altruista se desarrollará en entornos familiares, el conocimiento en el futuro por parte del menor de una posible duplicación de roles (por ejemplo, quien pensaba que era su abuela resulta que también fue madre gestante) puede repercutir negativamente en su interés superior<sup>(40)</sup>.

truísta; una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, cit., p. 195, que existe una respuesta a “las exigencias de una demanda de padres intencionales”, no “una altruista oferta de las madres portadoras”.

Mucho más crítico con el término se muestra SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, p. 225. Para el autor, hablar de altruismo es “hipócrita”. Para explicarse, afirma ilustrativamente que “Tenemos un problema internacional de explotación de mujeres, con una tendencia creciente, y vamos a legalizarlo altruistamente en los países de recepción, donde precisamente la mayoría de los deseos reproductores no encuentran ninguna respuesta altruista. No hay tantos sujetos kumbayá ni tantos parientes para ello”.

<sup>39</sup> Esta analogía trata de explicarse acudiendo a una hipotética semejanza entre la donación de un órgano y la “donación de la capacidad de gestar”, para hacer posible que quien carezca de ella pueda ser padre o madre. Para BELLVER CAPELLA, V.: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017, pp. 234-236, no existe la pretendida analogía, ya que, si bien ambas situaciones son expresiones de solidaridad, en las que una “persona dona algo de extraordinario valor (un órgano, su capacidad de gestar) asumiendo importantes riesgos por ello, para ayudar a otra persona que padece una grave carencia”, en el caso de la gestación subrogada existen importantes implicaciones para un tercero (el hijo), cuyo interés superior debe preservarse. A este respecto, el autor pone de manifiesto las diferencias que observa entre ambos casos: a) la donación de un órgano no puede equipararse a la gestación, pues, con independencia del mayor impacto negativo para la salud que pudiera tener la donación de un órgano vital, la huella emocional que deja el bebé en su madre puede tener una trascendencia vital superior; y b) la donación de un órgano no genera dependencia alguna respecto del receptor, en cambio, la gestación subrogada genera una serie de dependencias e intereses entre los comitentes y la gestante, y, a su vez, entre la gestante y el bebé.

<sup>40</sup> Así, afirma el Comité, “De este modo, la gestación subrogada altruista, en el caso de incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, va a desarrollarse con casi exclusividad en el marco de las relaciones biológicas familiares, como de hecho ocurre en otros ámbitos como es el de la donación de órganos entre vivos, lo que, necesariamente supondrá una alteración sus-

### 2.1. Cáncer de útero y gestación subrogada.

Generalmente, la esterilidad de la mujer que produce su ausencia de capacidad biológica para ser madre viene asociada a algún tipo de disfunción en el útero, órgano reproductor femenino en el que tiene lugar la gestación del feto<sup>(41)</sup>. La extirpación, parcial o total, del útero, se produce mediante una cirugía que recibe el nombre de histerectomía<sup>(42)</sup>. Como consecuencia de ésta, la mujer deja de tener capacidad biológica para ser madre pues la gestación y el parto no pueden llevarse a cabo.

Sin embargo, a pesar de no poder realizar la gestación, si se practica una histerectomía que no sea especialmente invasiva, la mujer puede mantener los ovarios, con lo cual puede seguir ovulando. En la práctica, es frecuente recurrir a una fecundación *in vitro* para fecundar el óvulo y posteriormente transferirlo al útero de otra mujer, que será quien asuma la gestación.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que recientemente se están produciendo avances en el trasplante de úteros, cuyas perspectivas de desarrollo con éxito son muy halagüeñas y podrían

suponer, en el futuro, la reducción de la gestación subrogada derivada de la incapacidad natural para ser madre por deformaciones en el útero. En cualquier caso, a día de hoy, la operación supone una intervención muy compleja (con riesgos para la vida de la paciente), siendo, igualmente, el embarazo posterior considerado de alto riesgo (naciendo los bebés por cesárea), cuestiones éstas a las que la medicina deberá dar solución en los próximos años para que el trasplante de útero sea una alternativa atractiva y eficaz a la gestación subrogada para aquellas mujeres que quieran ser madres de forma biológica<sup>(43)</sup>.

### 2.2. Cáncer de mama y gestación subrogada.

De entre los supuestos en los que no es infrecuente recurrir a la gestación subrogada para colmar la incapacidad natural de la mujer de ser madre, ocupa cada vez más un lugar destacado el hecho de padecer ésta cáncer de mama, considerado el tumor más frecuente en las mujeres occidentales, existiendo una probabilidad de desarrollarlo, en los países de la Unión Europea, de un 8% antes de los 75 años. Existirían, desde un punto de vista médico, al menos dos razones que explicarían la relación entre el cáncer de la mama y la ausencia de la capacidad para ser madre biológica.

La primera de ellas tiene que ver con el propio tratamiento pautado para la superación del cáncer

tancial, si no de la familia, de los roles biológicos que coexisten en la misma, produciéndose una duplicación de tales roles que puede considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés superior del menor". Añade el Comité que "no parece fácil para un menor identificar qué tipo de relación emocional debe establecer con quien es, por ejemplo, su abuela, pero también es su madre. Y a la inversa. Tampoco parece fácil determinar cómo la madre gestante, después de la intensa vivencia que conlleva la gestación y de su probable implicación en los primeros meses de vida del niño, pueda reajustarse emocionalmente y adoptar un rol familiar completamente distinto del que le dicta su maternidad biológica, cuando existe una relación tan directa y constante con el menor".

<sup>41</sup> Existen supuestos, incluso, de mujeres que nacen sin útero, malformación que recibe el nombre de agenesia vaginal (o síndrome de Rokitansky).

<sup>42</sup> La histerectomía puede ser parcial (se extirpa la parte superior del útero, manteniendo intactos la base del útero y el cuello uterino), total (consiste en la extirpación del útero y de todo el cuello uterino) y radical (se extirpa no sólo el útero de la mujer, sino también el cuello uterino, los ovarios, las trompas de Falopio, los ganglios linfáticos y la parte superior de la vagina). En este último supuesto, el cuerpo de la mujer deja de producir estrógenos y aparece la menopausia.

<sup>43</sup> Uno de los especialistas pioneros en este campo es el Dr. César Díaz García, ginecólogo del Hospital Universitario La Fe de Valencia, quien participa desde el año 2009 en un proyecto liderado por la Universidad de Sahlgrenska, en Gotemburgo (Suecia), siendo miembro del equipo que posibilitó la llegada al mundo del primer bebé nacido tras un trasplante de útero, en septiembre del año 2014 en Suecia. Se puede ver la noticia en: [https://elpais.com/elpais/2014/10/04/ciencia/1412406310\\_537420.html](https://elpais.com/elpais/2014/10/04/ciencia/1412406310_537420.html).

Recientemente, la cuestión ha vuelto a recibir cobertura mediática internacional, tras el nacimiento del primer bebé de EE.UU. de un útero trasplantado, en noviembre de 2017, gracias a la actuación del equipo médico de la Baylor University, en Dallas (Texas). La noticia se puede consultar en el siguiente enlace: [http://www.abc.es/sociedad/abci-nace-primer-bebe-eeuu-utero-trasplantado-201712051139\\_noticia.html](http://www.abc.es/sociedad/abci-nace-primer-bebe-eeuu-utero-trasplantado-201712051139_noticia.html).



de mama. Así, existen evidencias y supuestos en los cuales la quimioterapia ha generado en algunas pacientes la aparición de síntomas de menopausia precoz<sup>(44)</sup>.

La segunda de las razones apuntadas hace referencia, no a una imposibilidad física para la gestación, sino a una imposibilidad derivada de la gestión de los tiempos y de las emociones. En efecto, desde el punto de vista temporal, la incorporación de la mujer al mercado laboral ha conducido a un retraso en la edad para tener hijos. En este contexto, la aparición de un cáncer de mama a determinadas edades (por ejemplo, entre los 35 y los 40 años) puede implicar que, teniendo en cuenta el periodo de tiempo necesario para la curación del mismo, así como el periodo de tiempo recomendado para que el cuerpo se recupere del tratamiento, la mujer alcance una edad en la que pueda considerarse el embarazo como “de riesgo”, o, directamente, le sobrevenga la menopausia.

Asimismo, junto a ello, hay que tener en cuenta la importancia del factor emocional. En este sentido, la práctica ha puesto de manifiesto la inseguridad y la falta de autoestima por parte de algunas mujeres en relación con su capacidad para ser madres una vez producida la mastectomía<sup>(45)</sup>.

### III. La pretendida exigibilidad frente al Estado del derecho a la procreación: contenido y límites del mismo.

La prohibición contenida en el art. 10.1 LTRHA ha dado lugar a un intenso debate en España en torno a la existencia misma y al eventual

alcance y límites del derecho a la procreación.

#### 1. Notas acerca del derecho a la procreación en general.

Así, y teniendo en cuenta que la cuestión de la existencia de un derecho a la procreación se ha planteado especialmente a raíz del avance de las técnicas de reproducción asistida, hay quien afirma que la imposibilidad de llevar a cabo el ejercicio de tal derecho por parte de algunas parejas (parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero por causas congénitas o como consecuencia de haber sido extirpado por algún cáncer; parejas heterosexuales en las cuales la mujer es estéril; parejas heterosexuales en las cuales el embarazo puede conllevar elevados riesgos para la salud de la madre y/o del feto y está contraindicado; parejas homosexuales; e, incluso, hombres solos), sustrae la nota de “universalidad” que caracteriza a los derechos humanos y, en consecuencia, priva de la categoría de “derecho” a la procreación, siendo ésta entendida como una mera “función reproductiva”.

Ahora bien, a nuestro juicio, la existencia misma del derecho a la procreación es anterior a los avances científicos que han culminado en las técnicas de reproducción asistida. En efecto, el derecho a la procreación está reconocido de modo implícito en la mayoría de los textos internacionales sobre Derechos Humanos del s. XX, y, como hemos señalado a lo largo del presente trabajo, se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la vía del art. 10.2 CE.

Partiendo de la premisa de su existencia, ¿sería suficiente argumento para desmentirla el hecho de que no todas las personas puedan ejercitar el derecho a la procreación? Es decir, para que se pueda hablar de un derecho a la procreación, ¿es necesario que todos los individuos, con independencia de su

<sup>44</sup> BLANCO SÁNCHEZ, R.: “Cáncer de mama y maternidad”, *Revista electrónica trimestral de enfermería*, núm. 22, abril 2011, p. 6.

<sup>45</sup> BLANCO SÁNCHEZ, R.: “Cáncer de mama y maternidad”, cit., pp. 6-7.

sexo y de su condición sexual, puedan ejercitarlo?

A nuestro juicio, los interrogantes anteriores merecen una respuesta negativa. El derecho a la procreación, como todo derecho, tiene sus límites, y no puede ejercitarse en determinadas condiciones<sup>(46)</sup>. En este caso, tiene unos límites que son evidentes, y que podríamos calificar de “naturales”. Límites que no son exclusivos, desde luego, del derecho a la procreación. Desde luego, nadie pone en duda que el derecho de sufragio (activo y pasivo), reconocido en el art. 23.1 CE como un derecho fundamental, es un derecho humano universal. Pero, ¿podría exigir ejercitarlo un menor de edad<sup>(47)</sup>, o una persona incapacitada por sentencia judicial firme que expresamente contemple la imposibilidad de su ejercicio<sup>(48)</sup>? Se trata de supuestos en que la propia naturaleza del ser humano (en un caso, por no haber alcanzado la madurez suficiente, en el otro, por estar privado de la capacidad de entender y querer) impide en supuestos concretos el ejercicio del derecho de sufragio, pero no por ello se puede negar o poner en duda su existencia.

Por otra parte, en la propia CE, encontramos derechos cuya propia idiosincrasia, como el derecho a la procreación, hace que se requiera de otro u otros individuos para su ejercicio. Así, entre otros, podemos citar el derecho al matrimonio (art. 32 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE) o el derecho de asociación (art. 22 CE). ¿Alguien ponía en entredicho en España la existencia del derecho al matrimonio porque antes del año 2005<sup>(49)</sup> no pudieran celebrarlo las parejas homosexuales? ¿Podría un individuo solo exigir al Estado que le otorgue el estado civil de casado y, de no acceder éste, entender vulnerado su derecho al matrimonio?

Como conclusión de todo lo anterior, hay que afirmar que existe un derecho a la procreación, al igual que existe un derecho de sufragio o un derecho al matrimonio. Lo que no es posible es afirmar que ese derecho a la procreación es absoluto e ilimitado.

## 2. El derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

Asentada la existencia del derecho a la procreación, cosa distinta es que exista un derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida<sup>(50)</sup>. Aquí está el *quid* de la cuestión. La cons-

<sup>46</sup> Así, como explica RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática constitucional derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”, *UNED: Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, p. 55; “los posibles derechos reproductivos no pueden tener —como cualquier otro derecho fundamental— un carácter absoluto, desde el momento en que, además, se concretan y configuran a la postre como derechos de configuración legal”.

También expone los límites del derecho a la procreación VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXXI, 2014, p. 467, para quien el límite esencial del derecho a la reproducción “está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear”.

<sup>47</sup> El art. 2.1. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), dispone que “El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente”, por lo que, *a sensu contrario*, no pueden ejercitar el derecho de sufragio los menores de edad.

<sup>48</sup> El art. 3.1.b) LOREG dispone que “Carecen de derecho de sufragio... Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”.

<sup>49</sup> La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, suprimió el requisito de la heterosexualidad de los contrayentes, permitiendo a individuos del mismo sexo poder celebrar matrimonio. La CE, sin embargo, no tuvo que ser reformada, pues el Tribunal Constitucional entendió que el art. 32.1 CE (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”), enfocado en afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, no excluía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, efectuando una interpretación de la CE como “un árbol vivo”, que evoluciona y se acomoda a la realidad social imperante, el Tribunal Constitucional sostuvo que dicho precepto es suficientemente amplio como para ser inclusivo de las distintas opciones vitales (matrimonio hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer).

<sup>50</sup> Esta diferenciación se aprecia en FARNÓS AMORÓS, E.: “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, cit., p. 184, para quien “La configuración del

trucción del derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se ha realizado, sobre todo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), que, en síntesis, ha venido a conectar dicho derecho con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH<sup>(51)</sup>.

### 2.1. Caso *Evans vs Reino Unido*.

En lo que aquí interesa, esto es, la existencia de un derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida, las resoluciones claves son las SS-TEDH de 7 de marzo de 2006 (Sección 4ª) y de 10 de abril de 2007 (Gran Sala, que viene a confirmar la anterior), que abordan el caso *Evans* contra Reino Unido. En la base del litigio, una mujer y su compañero sentimental iniciaron el 12 de julio de 2000 un tratamiento en una clínica de reproducción asistida. El 10 de octubre de ese mismo año, la mujer es informada de que padecía graves tumores precancerosos en los ovarios y que debía someterse a un procedimiento conducente a la extirpación de ambos ovarios. Sin embargo, antes de iniciarse este procedimiento, era posible la extracción de algunos óvulos, al objeto de ser fecundados y posteriormente implantados en su útero, algo para lo que la mujer y su compañero, según la normativa

británica vigente en la época, debían prestar el consentimiento, consentimiento que, no obstante, podía ser revocado en tanto en cuanto los embriones no hubiesen sido implantados en el útero.

Habiendo prestado ambos el consentimiento para el inicio del procedimiento de fecundación *in vitro*, días antes de la ablación de los ovarios (en noviembre de 2001) fueron fecundados once óvulos, de resultas de los cuales se crearon y conservaron seis embriones, cuya implantación en el útero debía demorarse por un periodo de dos años. Empero, en mayo de 2002, la relación sentimental finaliza, notificando el varón por escrito a la clínica la separación y solicitando la destrucción de los embriones<sup>(52)</sup>. La clínica comunicó a la mujer que su ex compañero había retirado su consentimiento, por lo que debía destruirlos. A partir de dicho momento la mujer inició un periplo judicial por diversas instancias nacionales tratando de lograr la restauración del consentimiento inicial de su ex compañero, alegando, principalmente, que había prescrito la facultad de éste de revocar el consentimiento, y que los embriones tenían derecho a la protección prevista en los arts. 2 y 8 CEDH. Los jueces británicos no acogieron sus argumentos, ante lo cual decide recurrir al TEDH para defender sus derechos.

En la demanda interpuesta ante el TEDH, la mujer reitera los argumentos utilizados, incidiendo en el derecho de los embriones a la vida, con base en el art. 2 CEDH, y en el derecho a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Por su parte, el TEDH, considera en su argumentación que el derecho a la reproducción tiene cabida en el art. 8

---

derecho a acceder a las TRA como una obligación negativa por parte de los estados constituye una de las grandes diferencias entre este derecho y la libertad de procrear inherente a la persona humana, que resulta del artículo 12 CEDH cuando reconoce el derecho del hombre y de la mujer a formar una familia”.

<sup>51</sup> El cual dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

---

<sup>52</sup> En relación con el destino de los embriones una vez se produce la ruptura de una pareja, resulta muy interesante la monografía de FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

CEDH, habida cuenta que “la ‘vida privada’ es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo” (STEDH de 7 de marzo de 2006).

Partiendo de ello, el TEDH distingue entre las obligaciones negativas y las obligaciones positivas del Estado en relación con el derecho a la vida privada. Desde esta perspectiva, las obligaciones negativas del Estado se refieren a la no injerencia de los poderes públicos en la decisión personal de cada individuo de tener o no tener hijos, mientras que las obligaciones positivas aluden a la posibilidad de reclamar del Estado actuaciones tendentes a garantizar la efectividad del derecho a la vida privada y familiar (§75 STEDH de 10 de abril de 2007), una de cuyas manifestaciones, como hemos señalado ya, es la decisión de tener, o no tener, hijos.

Así las cosas, el TEDH pasa a analizar el alcance de las obligaciones positivas que competen al Estado, determinando que éstas no pueden establecerse con carácter general, sino que dependerá de cuál haya sido la postura concreta del Estado frente a las técnicas de reproducción asistida. Es decir, cada Estado tiene un amplio margen de apreciación respecto de esta materia<sup>(53)</sup> (lo que se traduce, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en una cierta discrecionalidad de los Estados<sup>(54)</sup>), de modo que

<sup>53</sup> Este amplio margen de apreciación concedido por el TEDH tiene su base en el hecho de que la fecundación *in vitro* plantea “cuestiones morales y éticas sensibles en un contexto de rápida evolución en la ciencia y la medicina”, lo que impide que exista una homogeneidad de posturas de todos los Estados frente al fenómeno de la reproducción asistida (v. §81).

<sup>54</sup> GARCÍA ROCA, J.: “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, UNED: *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, p. 124,

las eventuales actuaciones positivas exigibles a cada Estado por parte de sus ciudadanos vendrán determinadas en función de su propia normativa interna de técnicas de reproducción asistida. Este margen de apreciación, como precisa el TEDH (§82), debe predicarse tanto de la decisión del Estado de adoptar, o no, una ley que regule el uso del tratamiento de la fecundación *in vitro*, como del eventual alcance de la misma.

Por tanto, de la decisión del TEDH se obtiene una consecuencia muy clara: el acceso a las técnicas de reproducción asistida no es un derecho absoluto, sino que depende de la posición que haya adoptado el Estado frente a la misma. Así, si no la ha regulado, no existe la posibilidad de reclamar tales técnicas; si, en cambio, la ha regulado, los ciudadanos podrán exigir actuaciones positivas del Estado dentro del ámbito de lo permitido y previsto por la ley<sup>(55)</sup>.

Junto a la conclusión anterior, de la sentencia se sigue también otra enseñanza relevante. Y es que el caso no sólo aborda la perspectiva del derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de la señora Evans, sino que también evoca el derecho a la reproducción en sentido negativo (derecho a no procrear) del que era su compañe-

---

considera a este respecto que la discrecionalidad del Estado en la toma de decisiones tiene como contraparte la escasa capacidad del TEDH para controlarlas. Dice, así, que “el margen de apreciación nacional entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de decisión o, mejor aún, de no decisión que no es sino la otra cara de la misma moneda: el Tribunal Europeo puede no enjuiciar el asunto y ratificar la decisión nacional. Según tal doctrina, la Corte debe autolimitarse si la solución adoptada tiene la razonable apariencia de buen Derecho en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista”.

V. en el mismo sentido REDONDO SACEDA, L: “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, cit., p. 57.

<sup>55</sup> En este mismo sentido, REDONDO SACEDA, L: “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, cit., p. 58, afirma que “Por tanto, la exigibilidad de un derecho a tener hijos sirviéndose de las técnicas de reproducción asistida queda supeditada a la existencia de una legislación en la materia, no tratándose de un derecho directamente exigible únicamente a partir del artículo 8 CEDH”.

ro sentimental, considerándose, en la ponderación de derechos, que este último debía primar<sup>(56)</sup>. Evidentemente, igual que no se puede obligar a una ex pareja a mantener relaciones sexuales después de una ruptura al objeto de lograr una maternidad o paternidad, tampoco parece razonable tratar de buscar un consentimiento a toda costa del ex compañero, por mucho que fuera esa su única vía para poder tener hijos.

En cualquier caso, y habida cuenta las particularidades del caso, no parece que esta conclusión pueda generalizarse a todos los supuestos, pues aquí lo incipiente del proceso embrionario permitiría una negativa sin mayores consecuencias que la de no implantar los embriones en el útero. Además, la legislación británica permitía expresamente la revocación del consentimiento después de la fecundación de los óvulos, algo que, sin embargo, no ocurre en todos los países<sup>(57)</sup>.

<sup>56</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites del derecho a procrear”, cit., pp. 52-55, se muestra crítica con la primacía que se atribuye a la vertiente negativa del derecho a la autodeterminación procreativa del hombre en el conflicto frente al derecho a reproducirse de las mujeres. La autora, siguiendo a la doctrina británica, critica la exigencia de consentimiento constante del varón, “por ser poco plausible que la pareja en proceso de divorcio se ponga de acuerdo para conceder a la mujer la oportunidad de gestar los embriones congelados”, lo que, en la práctica, imposibilita “que la mujer divorciada llegue a gestar los embriones, a pesar de que fueron originariamente creados para dicho fin”.

<sup>57</sup> Por ejemplo, en Italia, el art. 6.3 de la Ley núm. 40/2004, de 19 de febrero, de reglas en materia de procreación médicamente asistida, dispone que “La voluntad de ambos sujetos de acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida se expresa por escrito conjuntamente con el médico responsable de la estructura [...] Debe haber un período de no menos de siete días entre la demostración de la voluntad y la aplicación de la técnica. La voluntad podrá ser revocada por cada uno de los sujetos indicados en este subpárrafo hasta la fecundación del óvulo”.

Sobre esta cuestión, v. BERTI DE MARINIS, G.: “La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 763-775; y LAMM, E.: “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 36, 2008, pp. 202-204.

## 2.2. Caso Dickson vs Reino Unido.

Tuvo también el TEDH ocasión de perfilar el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida en las SSTEDH de 18 de abril de 2006 (Sección 4ª) y de 4 de diciembre de 2007 (Gran Sala), que resuelven el caso Dickson contra Reino Unido. El matrimonio Dickson quería tener un hijo, con la peculiaridad de que la pareja se había conocido cumpliendo condena en la prisión, restando al marido, todavía, varios años de reclusión penitenciaria. El problema residía en que la edad de la mujer, al salir el marido de la prisión, sería de aproximadamente 51 años, lo que impedía, cuando no desaconsejaba, la concepción natural. Así las cosas, solicitaron al Secretario de Estado el inicio de un procedimiento de inseminación artificial, a lo que éste se negó, aduciendo variadas razones: a) la relación se inició en prisión y no ha tenido lugar en un entorno normal de vida cotidiana; b) no se podría garantizar el bienestar material del niño que pudiera ser concebido; c) el niño estaría sin su padre durante buena parte de su infancia; y d) de admitirse esta posibilidad, la prisión podría perder su carácter disuasorio de conductas reprobables. Tras la reiterada negativa posterior al procedimiento de inseminación artificial por parte de las autoridades judiciales británicas, la pareja decide interponer un recurso frente al TEDH, alegando violación de los arts. 8 y 12 CEDH.

La postura de la STEDH de 18 de abril de 2006 (Sección 4ª) es la de ratificar las decisiones de los órganos judiciales británicos, entendiendo que “la restricción impugnada no limita un derecho general ya establecido en un ambiente de prisión (por ejemplo, control de la mecánica del contacto con la familia y visitas), sino más bien se refiere a la negativa por parte del Estado a tomar medidas ex-

cepcionales para permitir algo (la posibilidad de concebir un hijo estando preso) que no existe ya como un derecho general” (§30). Es decir, en la medida en que el acceso a las técnicas de reproducción asistida no existe como un derecho general, no se puede obligar al Estado a que adopte medidas que permitan o faciliten su ejercicio.

Sin embargo, posteriormente, la STEDH de 4 de diciembre de 2007 (Gran Sala), modificó el parecer de la STEDH de 18 de abril de 2006 (Sección 4<sup>a</sup>). El TEDH sitúa ahora la cuestión en el conflicto entre los intereses individuales (deseo de tener un hijo natural) y los intereses públicos concurrentes (mantenimiento de la confianza de la opinión pública en el sistema penitenciario), el cual resuelve mediante el recurso al margen de apreciación de los Estados, que, considera, debe ser restringido en aquellos casos en que se dirime un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de una persona (como la elección de ser padre genético). Ciertamente, la legislación interna nada prevé acerca de la posibilidad de inseminación artificial en este supuesto tan peculiar (solicitada por un recluso), si bien, para el TEDH, el hecho de que la mayoría de los Estados Contratantes prevean en sus legislaciones visitas conyugales a los presos, “podría considerarse un medio de ahorrar a las autoridades la necesidad de prever la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial”. Así las cosas, el TEDH concluye que la desestimación por parte del Gobierno del procedimiento de inseminación artificial solicitado, constituye una violación del art. 8 CEDH, por no suponer una correcta ponderación de los intereses individuales y colectivos en juego.

### 2.3. *La universalidad del derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida: ¿puede el Estado garantizar el*

### *cumplimiento efectivo de tal derecho para todos sus ciudadanos?*

Como hemos tenido ocasión de dejar constancia a lo largo de este escrito, las técnicas de reproducción asistida, en general, suelen plantear problemas de dimensión ética y moral que nos generan rechazo a las mismas, siendo la consecuencia de este rechazo, la negación de un pretendido derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida que pueda ser ejercitado por todos (hombres y mujeres) y en todo caso (con independencia de su situación reproductiva particular).

Profundizando un poco más, cabe señalar que, cuando se entra en el debate acerca de la existencia, o no, de un derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida, suele haber una cuestión que se deja al margen de los términos en que aquél se desarrolla: el coste económico del proceso. En efecto, las técnicas de reproducción humana asistida llevan aparejadas un coste económico, generalmente elevado, que en principio sufraga quien recurre a ellas.

Esto hace que el acceso a la reproducción asistida cobre una dimensión económica que suele ir desligada de la dimensión moral del asunto. Desde el prisma económico, es evidente que no todo el mundo puede permitirse el acceso a dichas técnicas, como no todo el mundo puede permitirse tener un vehículo de gama media-alta (un BMW o un Audi, por ejemplo), ni un *smartphone* o un portátil de la marca “Apple”<sup>(58)</sup>.

<sup>58</sup> FLORES ANARTE, L.: *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 121, señala al hilo de esto que “La identificación de la maternidad con un producto más de consumo de los ofertados en el mercado no tiene nada de arbitraria si la analizamos detenidamente, pues muchas de las características del proceso de oferta-demanda que encontramos en el campo de las tecnologías reproductivas son totalmente asimilables a las presentes en la comercialización de cualquier producto de mercado en la sociedad de consumo de masas”.

Desde luego, esta perspectiva económica debe ser tenida en cuenta por los Estados a la hora de regular el acceso a las técnicas de reproducción asistida, pues, en caso de que la legislación las permita, la desigualdad económica de sus ciudadanos puede implicar la inobservancia de la nota de “universalidad” intrínseca a cualquier derecho humano, llegando a la consecuencia, pues, de que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida no puede configurarse como un derecho, no sólo por así aconsejarlo la dimensión moral de la problemática, sino por indicarlo también la vertiente económica. En este sentido, como bien asevera FLORES ANARTE, la concentración del sector reproductivo en el ámbito privado, no sólo constituye una desigualdad económica, sino que también da más facilidades a las usuarias que pueden permitirse sufragar las técnicas, entroncando así criterios mercantilistas y de maximización del beneficio en un ámbito tan delicado como el sanitario, que, como indica la autora, debería estar presidido por criterios de tutela de la salud de los pacientes<sup>59</sup>.

## Bibliografía

- ALBERT MÁRQUEZ, M.:  
 “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista; una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, Año XXXIII, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.
- ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, 2006.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014.
- APARISI MIRALLES, Á.: “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización *de facto* de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016.
- BATALLER I RUIZ, E.: “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015.
- BELLVER CAPELLA, V.:  
 “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO: Revista de filosofía*, núm. 11, noviembre 2015.
- “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- BERTI DE MARINIS, G.:  
 “La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015.

69

<sup>59</sup> FLORES ANARTE, L.: *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, cit., p. 121.

“Maternità surrogata e tutela dell’interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

BLANCO SÁNCHEZ, R.: “Cáncer de mama y maternidad”, *Revista electrónica trimestral de enfermería*, núm. 22, abril 2011.

BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, Año XXXIV, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre 2015.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

“Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Año XXXI, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010.

“La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en CONTE, G. y LANDINI, S. (a cura di): *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni di Furgiele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

“L’impatto dei principi costituzionali e del diritto convenzionale europeo sullo status dell’embrione e della filiazione nel diritto spagnolo”, en CHIAPPETTA, G. y PERLINGIERI, P. (a cura di): *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

“Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, 2016.

DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>. DEL R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Año XXXI, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010.

FARNÓS AMORÓS, E.:

*Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

“Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret*, núm. 1/2010, enero 2010.

“La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.

FLORES ANARTE, L.: *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA ROCA, J.: “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED: Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007.

GARIBO PEYRÓ, A. P.: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup>. del C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017.

HIERRO HIERRO, F. J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de la Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.:

“El hipotético derecho a la reproducción”, *CEFD: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011.

“La inmutabilidad del principio mater semper certa est y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en Universitas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Colección Jurídica General, Madrid, 2012.



- JOUVE DE LA BARREDA, N.: “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- LAMM, E.:  
 “Gestión por sustitución”, *InDret*, núm. 3/2012, julio 2012.  
 “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 36, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, Año XXXIII, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012.
- LEMA AÑÓN, C.: “Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.
- LÓPEZ GUZMÁN, J.: “Dimensión económica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGUI, J. M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017.
- MORENO PUEYO, M. J.:  
 “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE de 18/03/14”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015.  
 “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Economía y Sociología*, núm. 116, 2015.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “¿Tienen derecho las madres ‘subrogantes’ al permiso y a la prestación por maternidad?”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. extraordinario 9-10, diciembre 2014.
- NAVARRO MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. DEL M.; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. D.; PINILLOS CAPEL, M<sup>a</sup>. DEL D.: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *Bioderecho.es: Revista Internacional de Investigación en Bioderecho*, núm. 1, 2014.
- NÚÑEZ BOLAÑOS, M<sup>a</sup>.; NICASIO JARAMILLO, I. M<sup>a</sup>., y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015.
- NUÑO GÓMEZ, L.: “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, julio-diciembre 2016.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988.
- PÉREZ FUENTES, G. M<sup>a</sup>. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, núm. 3/2009, julio 2009.
- REDONDO SACEDA, L.: “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 9, 2016.
- ROCA TRÍAS, E.: “Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.
- RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática constitucional derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”, *UNED: Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M.: “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8293, Año XXXV, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014.

- SALAZAR BENÍTEZ, O.: “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED: Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M.: “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 93, 2017.
- VALDÉS DÍAZ, C. DEL C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXXI, 2014.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.:  
“Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, núm. 8457, Año XXXVI, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015.  
*Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Colección de Derecho español contemporáneo, Madrid, 2015.
- “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, núm. 8055, Año XXXIV, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013.
- “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, Año XXXII, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.
- “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 7621, Año XXXII, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2011.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2007.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.:  
“Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en Biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015.  
“Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, *Revista General de Derecho*, núm. 631, 1997.  
“La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida”, *Revista General de Derecho*, núm. 600, 1994.  
*Las nuevas formas de reproducción humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.
- VILA-CORO VÁZQUEZ, A.: “Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida”, en BENAVENTE MOREDA, P. y FARNÓS AMORÓS, E. (coords.): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, núm. 2179, junio 2015.

## Tema 1

# CANCRO E TRABALHO

*Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira*

### Introdução

O doente oncológico goza de um regime jurídico próprio ao nível laboral, quando a sua doença ou as sequelas do tratamento tenham implicação na atividade profissional.

O trabalho é uma parte essencial da vida de todas as pessoas e, felizmente, a maioria dos doentes de cancro irá voltar a trabalhar após a doença. Na generalidade dos casos, o cansaço, a incapacidade para certos esforços físicos ou a perda de memória são sequelas típicas dos tratamentos oncológicos, que podem limitar a capacidade de trabalho.

Quer o trabalhador preste a sua atividade no setor público ou numa empresa privada, o regime laboral aplicável à capacidade de trabalho diminuída é o definido pelo Código do Trabalho. Este regime prevê para o empregador um dever genérico de proporcionar ao trabalhador as condições de trabalho adequadas à sua capacidade de trabalho. O posto de trabalho poderá ser alterado, e o horário poderá ser modificado, se tal for necessário, em função da doença.

O trabalhador portador de deficiência ou doença crónica beneficia, neste âmbito, de uma proteção acrescida. Pode ser dispensado da prestação de trabalho, se esta puder prejudicar a sua saúde ou segurança, em regime de adaptabilidade, de banco

de horas ou horário concentrado. Também pode ser dispensado de trabalhar entre as 20 horas e as 7 horas do dia seguinte. Além disso não é obrigado a prestar trabalho suplementar. A violação destas normas determina que o empregador incorra em contraordenação grave.

Para tornar efetivo este regime, é necessário analisar caso a caso as funções e o horário a cumprir, bem como a dinâmica do local de trabalho. Uma mediação entre o trabalhador e o empregador é fundamental.

O limite temporal das baixas médicas, o direito a férias após baixa prolongada e a remuneração das faltas para consultas são exemplos de matérias que merecem ser repensadas. Mas sempre com o cuidado de não criar regras tão estritas que tenham o efeito perverso da não contratação de doentes oncológicos, estigmatizando-os como trabalhadores menos produtivos ou que representam maiores encargos para as empresas. Tal não pode acontecer. Nesta matéria há, por isso, três medidas essenciais e urgentes: a expansão da informação sobre os direitos, a densificação dos apoios à mediação trabalhador-empregador, e o aumento da fiscalização das condições de trabalho.

## 1. Capacidade de Trabalho Diminuída

Nos termos da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

Nos termos dos artigos 4.º e 28.º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Estado português em 2009 e, por isso, direito português vigente, o Estado compromete-se a promover os direitos das pessoas com deficiência, abster-se de qualquer prática maleficiente contra a pessoa com deficiência, e garantir um nível de vida e a proteção social adequados às pessoas nesta condição.

São onze os princípios com assento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, que informam o regime jurídico da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico português: o princípio da cidadania, o princípio da não discriminação, o princípio da autonomia, o princípio da informação, o princípio da participação, o princípio da globalidade, o princípio da qualidade, o princípio da responsabilidade pública, o princípio da transversalidade, o princípio da cooperação, e o princípio da solidariedade.

A implementação prática de medidas que garantam a efetivação dos princípios enunciados são decorrência necessária do disposto no artigo 71.º da Constituição da República Portuguesa, ao abrigo do qual as pessoas com deficiência física e/ou mental gozam plenamente dos direitos constitucionalmente consagrados, cabendo ao Estado realizar uma política nacional de prevenção e de tratamen-

to, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, e desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles, assumindo o encargo da efetiva realização dos seus direitos.

Neste sentido, o Código do Trabalho vem prever normas específicas para tutelar a posição jurídica do trabalhador com deficiência ou doença crónica, em função das suas características particulares e, em geral, de acordo com a situação de especial vulnerabilidade em que se encontra. Sucede que, muito frequentemente, a deficiência ou doença crónica do trabalhador vem determinar que a sua capacidade para o trabalho fique reduzida — é o caso paradigmático de muitos doentes oncológicos — circunstância em que é necessária uma boa articulação dos dispositivos legais concernentes a ambos os regimes.

**O regime jurídico do trabalhador com deficiência ou doença crónica é unívoco no nosso sistema jurídico, uma vez que, de acordo com o disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, as normas previstas no Código do Trabalho se aplicam aos trabalhadores em funções públicas.**

*a) O trabalhador com deficiência ou doença crónica e o trabalhador com capacidade de trabalho reduzida — regime jurídico geral*

De acordo com o disposto nos artigos 85.º e seguintes do Código do Trabalho, o trabalhador com deficiência ou doença crónica é igual em direitos e deveres aos demais trabalhadores no acesso ao emprego, à formação profissional, à evolução na carreira e nas condições de trabalho, exceto no que especificamente respeite à sua situação.

O trabalhador com deficiência ou doença crónica, nos termos do artigo 87.º do Código do Trabalho, pode ser dispensado de exercer a sua atividade profissional no regime de adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado, podendo também ser dispensado da prestação de trabalho entre as 20 horas e as 7 horas do dia seguinte, sempre que tal possa prejudicar a sua saúde e segurança. Além do mais, o trabalhador não é obrigado a prestar trabalho suplementar. Este regime será analisado adiante, com maior detalhe.

Quando se encontre formalmente atestada a capacidade de trabalho reduzida por parte de um trabalhador, devem aplicar-se os princípios preceituados no artigo 84.º do Código do Trabalho, que vão no sentido de que a entidade empregadora se encontra obrigada a proporcionar ao trabalhador as condições de trabalho adequadas à sua condição. Além disso, o trabalhador com deficiência ou doença crónica tem preferência na admissão para trabalho a tempo parcial, de acordo com o regime definido pelos artigos 152.º e seguintes do Código do Trabalho.

Embora inexista um catálogo taxativo de medidas de proteção dos trabalhadores nestas circunstâncias, alguns princípios basilares são de exarar do espírito da legislação vigente e da melhor Doutrina jurídica, e que podem compor-se, fundamentalmente, nas *guidelines* seguintes:

- a) A situação de deficiência ou doença crónica não determina, por si só, a circunstância de capacidade reduzida para o trabalho, uma vez que esta última depende de uma avaliação médica e de um procedimento formal.
- b) A regra é a de que as pessoas com e sem deficiência ou doença crónica tenham exatamente os mesmos direitos e deveres,

nomeadamente ao nível laboral, o que pretende significar que as pessoas com deficiência ou doença crónica não possam ser discriminadas nas condições de trabalho, na formação profissional e na progressão na carreira.

- c) As expressões indefinidas «proporcionar ao trabalhador as condições de trabalho adequadas» ou «adotar medidas adequadas» usadas pela lei devem interpretar-se no sentido da beneficência e no sentido da não maleficência. No sentido da beneficência, significará proporcionar ao trabalhador condições de trabalho subjetivamente melhores, nomeadamente ao nível do horário de trabalho, das atividades físicas desempenhadas e do acompanhamento de que possa necessitar. No sentido da não maleficência, significará que em caso algum deva prejudicar-se o trabalhador com deficiência ou doença crónica, face aos demais trabalhadores e face a situações laborais anteriores. Deste modo, são juridicamente censuráveis as práticas de sobrecarga horária, de atividade física ou psíquica ou de volume de trabalho de um trabalhador com capacidade de trabalho reduzida. Bem assim, serão juridicamente censuráveis os impedimentos fúteis à redução do horário de trabalho, tal como quaisquer pressões psicológicas — suscetíveis de constituir assédio moral, pelo qual o empregador incorre em contraordenação muito grave e no dever de indemnizar (cfr. arts. 28.º e 29.º do Código do Trabalho) — sobre o trabalhador relacionadas com a sua produtividade.
- d) A única forma de garantir o estrito cumprimento dos princípios versados na Lei

n.º 38/2004, dos princípios jurídico-laborais enunciados e do disposto no artigo 71.º da Constituição da República Portuguesa, é a aplicação de políticas ativas de inserção, por parte do empregador, que passam necessariamente pela adaptação do posto de trabalho às condições e à capacidade de trabalho do trabalhador.

- e) A fiscalização das condições de trabalho dos trabalhadores com deficiência ou doença crónica, bem como o estrito cumprimento do regime laboral que lhe é mais favorável é, nos termos da Portaria n.º 1294-B/2007, de 28 de Setembro, da competência da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT).
- f) A generalidade das questões complexas ao nível laboral obedece ao princípio da necessidade de acordo entre o empregador e o trabalhador. Tendo em conta a natural desigualdade de forças na relação que se estabelece entre ambos, quis o Legislador, explicitamente, impedir que as condições de trabalho de um trabalhador possam ser modificadas unilateralmente sem o acordo do mesmo, o que promoveria situações de abuso sobre a parte mais frágil da convenção.
- g) O trabalhador portador de deficiência ou doença crónica beneficia, neste âmbito, de uma proteção acrescida (cfr. arts. 87.º do Código do Trabalho): é dispensado da prestação de trabalho, se esta puder prejudicar a sua saúde ou segurança no trabalho: a) Em horário organizado de acordo com o regime de adaptabilidade, de banco de horas ou horário concentrado; b) Entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte.

A violação destas normas determina que o empregador incorra em contraordenação grave. Os doentes oncológicos portadores de um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, devidamente certificado por Atestado Multiusos de Incapacidade válido (cfr. Circular Normativa da DGS n.º 04/DSPS, de 06-03-2002), beneficiam, inequivocamente, deste regime.

h) Além disso, o trabalhador portador de deficiência ou doença crónica não é obrigado a prestar trabalho suplementar, nos termos do disposto no artigo 88.º do Código do Trabalho. Conforme estatuído pelo n.º 1 do art. 226.º do Código do Trabalho, considera-se trabalho suplementar o que é prestado fora do horário de trabalho, ou seja, todo o trabalho que exceda o horário de trabalho definido no contrato individual. Este é, inequivocamente, o regime a aplicar também aos doentes oncológicos, sempre que a sua incapacidade se encontre devidamente atestada.

## 2. Segurança e Saúde no Trabalho. Medicina do Trabalho.

De acordo com o disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, a promoção da segurança e saúde no trabalho é definida pelo Código do Trabalho e respetiva legislação complementar. Assim, é aplicável aos funcionários sob a alçada do Ministério da Educação o disposto na Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro:

- O regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho aplica-se a todos os trabalhadores por conta de outrem, em todos os ramos de atividade;
- O trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, asseguradas pelo

empregador ou pela pessoa, individual ou coletiva, que detenha a gestão das instalações em que a atividade é desenvolvida (artigo 5.º/1);

- **É ao empregador que cabe assegurar a vigilância da saúde do trabalhador** em função dos riscos a que estiver potencialmente exposto no local de trabalho (artigo 15.º/8);
- **O empregador deve consultar por escrito e, pelo menos, uma vez por ano**, previamente ou em tempo útil, os representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde ou, na sua falta, os próprios trabalhadores sobre a avaliação dos riscos para a segurança e a saúde no trabalho, nas suas várias vertentes (artigo 18.º/1);
- É obrigatória a constituição de serviços de segurança, que deve ser assegurada regularmente no próprio estabelecimento durante o tempo necessário (artigo 101.º);
- O médico do trabalho deve prestar atividade durante o número de horas necessário à realização dos atos médicos, de rotina ou de emergência e outros trabalhos que deva coordenar, e deve conhecer os componentes materiais do trabalho com influência sobre a saúde dos trabalhadores, desenvolvendo para este efeito a atividade no estabelecimento nos seguintes termos:
  - a) Em estabelecimento industrial ou estabelecimento de outra natureza com risco elevado, pelo menos uma hora por mês por cada grupo de 10 trabalhadores ou fração;
  - b) Nos restantes estabelecimentos, pelo menos uma hora por mês por cada grupo de 20 trabalhadores ou fração (artigo 105.º/1 e 2);
- - O empregador deve promover a realiza-

ção de exames de saúde adequados a comprovar e avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da atividade, bem como a repercussão desta e das condições em que é prestada na saúde do mesmo. Dos exames da medicina do trabalho são lavradas, a pedido do empregador ou do trabalhador, fichas de aptidão. (Artigos 108.º a 110.ª)

A fiscalização das condições de trabalho dos trabalhadores com deficiência ou doença crónica, bem como o estrito cumprimento do regime laboral que lhe é mais favorável é, nos termos da Portaria n.º 1294-B/2007, de 28 de Setembro, da competência da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT).

### 3. Faltas justificadas e remuneração

No que respeita ao regime jurídico das faltas por motivo de doença ou para consulta ou tratamentos, encontramos variações importantes para os trabalhadores do setor público e do setor privado:

De acordo com o disposto no artigo 249.º/2/d) do Código do Trabalho, as faltas por doença são consideradas justificadas. Nos termos do artigo 253.º, a ausência, quando previsível, é comunicada ao empregador, acompanhada da indicação do motivo justificativo, com a antecedência mínima de cinco dias.

Caso a antecedência prevista no número anterior não possa ser respeitada, nomeadamente por a ausência ser imprevisível com a antecedência de cinco dias, a comunicação ao empregador é feita logo que possível.

A prova da situação de doença do trabalhador é feita por declaração de estabelecimento hospitalar, ou centro de saúde ou ainda por atestado médico.

Nos termos do artigo 255.º/2/a) do Código do Trabalho, as faltas por doença determinam, por via de regra, a perda de remuneração. É possível converter os dias de faltas em dias de férias e, além disso, o diálogo entre o trabalhador e o empregador poderá permitir encontrar soluções alternativas à perda de remuneração.

Os trabalhadores, por conta de outrem ou independentes, que beneficiem do regime da Segurança Social terão direito a **subsídio de doença** (“baixa médica”) a partir do 4.º dia de doença. Até aos 30 dias de faltas, este subsídio corresponderá a 55% da remuneração-base; dos 31 aos 90 dias, corresponderá a 60% da remuneração-base; dos 90 aos 365 dias, corresponderá a 70% da remuneração-base; finalmente, dos 365 aos 1095 dias de baixa (limite máximo), o subsídio corresponderá a 75% da remuneração-base.

Sendo embora este o regime regra, é fundamental analisar a situação concreta do trabalhador, designadamente no que respeita à composição do agregado familiar e à tipologia da doença, que poderão alterar estas referências, de acordo com o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro.

Nas situações em que a incapacidade de trabalho vem a determinar que o trabalhador não possa continuar o exercício das suas funções laborais, haverá lugar a **reforma por invalidez**. A invalidez pode ser absoluta ou relativa; não obstante, e de acordo com a alínea c) do artigo 343.º do Código do Trabalho, a reforma por invalidez determina sempre a caducidade do contrato de trabalho. É certo que a pensão por invalidez relativa pode acumular com rendimentos do trabalho, porém, o contrato de trabalho que vinculava o trabalhador anteriormente à situação de invalidez caducará. O Tribunal da Relação de Coimbra teve oportunidade de se pronunciar detalhadamente sobre esta ques-

tão no Acórdão de 02-06-2011 (relator José Eusébio Almeida).

No que respeita ao regime de faltas por doença no **setor público**, dispõe o artigo 15.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, que a falta por motivo de doença devidamente comprovada não afeta qualquer direito do trabalhador, salvo quanto à remuneração, nestes termos: a) determina a perda da totalidade da remuneração diária no primeiro, segundo e terceiro dias de incapacidade temporária, nas situações de faltas seguidas ou interpoladas; e b) a perda de 10% da remuneração diária, a partir do quarto dia e até ao trigésimo dia de incapacidade temporária. A contagem dos períodos de três e 27 dias a que se referem, respetivamente, as alíneas a) e b) do número anterior é interrompida sempre que se verifique a retoma da prestação de trabalho.

A falta por motivo de doença não implicará a perda da remuneração base diária nos casos de **internamento hospitalar, faltas por motivo de cirurgia ambulatória, doença por tuberculose** e doença com início no decurso do período de atribuição do subsídio parental que ultrapasse o termo deste período.

A perda de remuneração também não se aplica às faltas por doença dadas por pessoas com deficiência, quando decorrentes da própria deficiência.

Além disto, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas estabelece, no artigo 134.º/4/b) que as faltas motivadas pela necessidade de tratamento ambulatório, **realização de consultas médicas e exames complementares de diagnóstico, que não possam efetuar-se fora do período normal de trabalho e só pelo tempo estritamente necessário**; bem como as faltas motivadas por isolamento profilático e as faltas dadas para doação de sangue e socorrismo **não determinam**



### a perda de remuneração.

Também aqui é possível, quando necessário, permutar as faltas por doença em faltas por conta do período de férias.

#### 4. Direito a Férias após “baixa” prolongada

Uma vez que o direito a férias se reporta, em regra, ao trabalho prestado no ano civil anterior, a ausência prolongada do trabalhador poderá ter forte impacto neste âmbito.

Com efeito, o gozo das férias não se inicia ou suspende-se quando o trabalhador esteja temporariamente impedido por doença ou outro facto que não lhe seja imputável, desde que haja comunicação do mesmo ao empregador, de acordo com o disposto no artigo 244.º/1 do Código do Trabalho.

Nesta situação, o gozo das férias tem lugar após o termo do impedimento na medida do remanescente do período marcado, devendo o período correspondente aos dias não gozados ser marcado por acordo ou, na falta deste, pelo empregador.

Em caso de impossibilidade total ou parcial do gozo de férias por motivo de impedimento do trabalhador, este tem direito à retribuição correspondente ao período de férias não gozado ou ao gozo do mesmo até 30 de Abril do ano seguinte e, em qualquer caso, ao respetivo subsídio.

Quando o impedimento prolongado se tenha iniciado no **ano anterior**, e uma vez que o contrato de trabalho se suspende, o direito a férias não se vencerá automaticamente. Neste caso, de acordo com os n.º 1, 2 e 6 do artigo 239.º do Código do Trabalho, quando o trabalhador regressar terá direito a dois dias úteis de férias por cada mês de duração do contrato, até 20 dias, cujo gozo pode ter lugar após seis meses completos de execução do contrato.

O trabalhador que, por ter estado doente e a

receber subsídio de doença, não tenha tido direito a receber nem tenha recebido os subsídios de férias, de Natal ou outros semelhantes (na totalidade ou parcialmente), poderá usufruir das **prestações compensatórias por parte da Segurança Social**, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro e na Portaria n.º 337/2004, de 31 de março, alterada pela Portaria n.º 220/2013, de 4 de julho.

No que concerne aos trabalhadores em funções públicas, o regime jurídico, definido pelos artigos 128.º e seguintes da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, é semelhante.

#### 5. Regime jurídico-laboral dos proge- nitores de menor doente oncológico

A proteção laboral na parentalidade concretiza-se em diferentes direitos, previstos não apenas para os pais, mas também para os avós, os adotantes, os tutores e as madrastas ou padrastos, desde que vivam em comunhão de mesa e habitação com o menor doente.

Embora o regime laboral seja distinto consoante se encontre ao abrigo do Código do Trabalho ou do Regime Geral do Trabalho em Funções Públicas, os direitos inerentes ao exercício da parentalidade são unívocos, de acordo com a remissão operada pela alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do RGTFP.

##### a) **Direito Geral De Falta Ao Trabalho Para Assistência A Filho** — *art. 49.º do Código do Trabalho*

O trabalhador pode faltar ao trabalho para prestar assistência inadiável e imprescindível, em caso de doença ou acidente, a filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, a filho com deficiência ou doença crónica, até 30 dias por ano ou durante todo o período de eventual hospitalização.

A possibilidade de faltar prevista nos números anteriores não pode ser exercida simultaneamente pelo pai e pela mãe.

\* Art. 255.º/3 do Código do Trabalho: estas faltas não deverão afetar a **remuneração**, considerando-se como prestação efetiva de trabalho.

O exercício deste direito não garante, por si só, o devido acompanhamento do doente oncológico durante os tratamentos e convalescença, pelo que legislador previu outros mecanismos de tutela da parentalidade:

- i) **Licença Especial Para Assistência A Filho** — art. 52.º do Código do Trabalho
- ii) **Licença Especial Para Assistência A Filho Com Deficiência Ou Doença Crónica** — art. 53.º do Código do Trabalho

Depois de esgotado o direito referido anteriormente (30 dias de faltas para assistência), os progenitores têm direito a licença para assistência a filho, de modo consecutivo ou interpolado, até ao limite de dois anos.

O trabalhador só tem direito a licença se o outro progenitor também exercer alguma atividade profissional. Sendo as responsabilidades parentais exercidas por ambos, a licença pode ser gozada por qualquer deles, ou por ambos mas em períodos sucessivos (não contemporaneamente).

Durante o período de licença para assistência a filho, o trabalhador não pode exercer outra atividade incompatível com a respetiva finalidade, nomeadamente trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual.

Para o exercício deste direito, o trabalhador informa o empregador, por escrito e com a antecedência de 30 dias:

- a) Do início e do termo do período em que pretende gozar a licença;
- b) Que o outro progenitor tem atividade pro-

fissional e não se encontra ao mesmo tempo em situação de licença, ou que está impedido ou inibido totalmente de exercer o poder paternal;

- c) Que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação.

Na falta de indicação em contrário por parte do trabalhador, a licença tem a duração de seis meses. Desejando gozar de tempo superior, deverá referir-lo expressamente na comunicação ao empregador.

À prorrogação do período de licença pelo trabalhador, dentro dos limites previstos nos n.ºs 1 e 2, é aplicável a mesma exigência de comunicação ao empregador.

\* Se a doença do menor for classificável como deficiência ou doença crónica, o período desta licença especial pode ser alargado até ao limite máximo de 4 anos.

- b) **Direito A Prestar Atividade Laboral Em Horário Flexível** — art. 56.º do Código do Trabalho

O trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos.

Entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário.

\* O horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve:

- a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal de trabalho diário;

- b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento;
- c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas.

\* O trabalhador que opte pelo trabalho em regime de horário flexível, nos termos do presente artigo, não pode ser penalizado em matéria de avaliação e de progressão na carreira.

c) **Direito A Prestar Atividade Laboral A Tempo Parcial** — *Art. 57.º do Código do Trabalho*

O trabalhador que pretenda trabalhar a tempo parcial deve solicitá-lo ao empregador, por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos:

- a) Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável;
- b) Declaração da qual conste:
  - i) que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação;
  - ii) que não está esgotado o período máximo de duração;
  - iii) que o outro progenitor tem atividade profissional e não se encontra ao mesmo tempo em situação de trabalho a tempo parcial.
- c) A modalidade pretendida de organização do trabalho a tempo parcial.

\* O empregador apenas pode recusar o pedido com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

Nota: o exercício das licenças referidas pode — consoante o número efetivo de horas que o progenitor faltar — determinar a perda de cerca de 35% da remuneração de referência.

d) **Jornada Contínua e Meia Jornada** — arts. 114.º e 114.º-A da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas:

A jornada contínua consiste na prestação ininterrupta de trabalho, salvo um período de descanso nunca superior a trinta minutos, que, para todos os efeitos, se considera tempo de trabalho.

A jornada contínua deve ocupar, predominantemente, um dos períodos do dia e determinar uma redução do período normal de trabalho diário nunca superior a uma hora.

O tempo máximo de trabalho seguido, em jornada contínua, não pode ter uma duração superior a cinco horas.

A meia jornada consiste na prestação de trabalho num período reduzido em metade do período normal de trabalho a tempo completo, sem prejuízo da contagem integral do tempo de serviço para efeito de antiguidade. Podem dela beneficiar os pais de doente oncológico, com menos de 12 anos de idade, cuja doença seja caracterizável como deficiência ou doença crónica.

\* A prestação de trabalho na modalidade de meia jornada não pode ter duração inferior a um ano, tendo a mesma de ser requerida por escrito pelo trabalhador.

\* A opção pela modalidade de meia jornada implica a fixação do pagamento de remuneração correspondente a 60 /prct. do montante total auferido em regime de prestação de trabalho em horário completo.

\* A autorização para a adoção da modalidade de horário de trabalho em regime de meia jornada cabe ao superior hierárquico do trabalhador em funções públicas.



# CANCRO E SEGUROS COM COBERTURA DE INVALIDEZ

*Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira*

## Introdução

O Decreto-lei n.º 72/2008, de 16 de abril institui o regime jurídico do contrato de seguro, ao abrigo do qual o conteúdo típico é definido do seguinte modo: o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente. De acordo com o n.º 1 do artigo 102.º, o segurador obriga-se a satisfazer a prestação contratual a quem for devida, após a confirmação da ocorrência do sinistro e das suas causas, circunstâncias e consequências.

Por força do disposto no artigo 4.º deste diploma legal, aplicam-se subsidiariamente as normas da lei comercial e civil, o que é de suma importância, especialmente no que concerne à responsabilidade civil das partes.

O Decreto-lei n.º 222/2009, de 11 de setembro estabelece as regras relativas ao regime de contratos de seguro de vida quando associados ao Crédito Habitação deixando, naturalmente, em aberto a esfera de liberdade contratual das partes, conquanto não contenda diretamente com os direitos especiais de proteção nela considerados.

## 1. Submissão ao regime das Cláusulas Contratuais Gerais

Toda a legislação vigente em matéria de seguros estabelece deveres especiais de informação e esclarecimento para a seguradora, bem como a proibição diametral de discriminação, nomeadamente em razão da deficiência ou em risco agravado de saúde, por ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que violem o princípio da igualdade, e que possam implicar para as pessoas naquela situação um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa.

A análise das condições do resgate é, necessariamente, casuística, por força do disposto no artigo 405.º do Código Civil.

Não obstante o princípio da liberdade contratual, é fundamental ter em conta que a generalidade das apólices de seguro se reconduz ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aposto pelo Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na versão que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

Deste regime jurídico advém para o presente várias noções importantes: por um lado, que **as cláusulas que possam ser consideradas ambíguas são interpretadas no sentido mais favorável ao contraente** (artigo 11.º/2); por

outro lado, que **há cláusulas que são, absoluta ou relativamente, proibidas neste tipo de contratos**, nomeadamente quando imponham unilateralmente deveres acessórios, ajustem unilateralmente o objeto do contrato, limitem a responsabilidade por obrigações assumidas, ou alterem regras relativas à distribuição do risco.

## 2. Legislação complementar: regime de reparação e regras sobre a informação de saúde

A Lei n.º 98/2009, de 04 de Setembro regula o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, estabelecendo os critérios de definição da natureza, avaliação e graduação da incapacidade, determinando, em suma, o seguinte: a incapacidade temporária pode ser parcial ou absoluta (artigo 19.º/2); a incapacidade permanente pode ser parcial, absoluta para o trabalho habitual ou absoluta para todo e qualquer trabalho (artigo 19.º/3); tem-se por definitiva a incapacidade quando seja de presumir que a doença não terá evolução favorável nos três anos subsequentes à data do seu reconhecimento (artigo 62.º).

Uma vez que este tipo de contratos de seguro versa, muitas vezes, sobre informação de saúde, há ainda que ter em linha de conta o preceituado na Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, e demais legislação conexas (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro; Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto; a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro, transpostas para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto).

Neste ponto, são de destacar as seguintes normas:

- A informação de saúde é especialmente protegida por lei, segundo princípios de sigilo e confidencialidade, e abrange todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar.
- A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa, e não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei;
- As companhias de seguros não podem pedir nem utilizar qualquer tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prémios mais elevados, não podem utilizar a informação genética obtida de testes genéticos previamente realizados nos seus clientes atuais ou potenciais para efeitos de seguros de vida e de saúde, nem podem utilizar a informação genética resultante da colheita e registo dos antecedentes familiares para recusar um seguro ou estabelecer prémios aumentados ou para outros efeitos.

## 3. Tipologia da Invalidez. Posições jurisprudenciais

Na ausência de critérios uniformes para o efeito, a Associação Portuguesa de Seguradoras, com o apoio do ISP, emitiu em 2011 um conjunto de recomendações às companhias, que propunha a adoção das seguintes definições: invalidez absoluta e definitiva, invalidez definitiva para qualquer profissão, invalidez definitiva para a profissão ou

atividade compatível e invalidez definitiva para a profissão habitual.

Esta recomendação previa igualmente a introdução dos conceitos de invalidez parcial e de invalidez temporária e recomendava a utilização da Tabela Nacional de Incapacidades como referência (Decreto-lei n.º 352/2007, de 23 de Outubro). Todavia, verificamos que as seguradoras persistem na utilização de conceitos indeterminados e na violação dos seus deveres de informação concretos, completos e específicos aos seus clientes, no que concerne à natureza da incapacidade coberta pela apólice de seguro de vida com complemento de invalidez.

Encontramos na Doutrina e na Jurisprudência concernentes à tipologia da cobertura das apólices que contemplam a invalidez relativo consenso. Existem essencialmente dois tipos de cobertura de invalidez — a que supõe a invalidez total e permanente (ITP), mais abrangente, e a que prevê a invalidez absoluta e definitiva (IAD), menos ampla.

- A primeira — a cobertura da invalidez total e permanente (ITP) — garante o pagamento do crédito caso o segurado apresente um grau de incapacidade igual ou superior a determinada percentagem convencionalmente estabelecida (por exemplo, 65% ou, mais comumente, a 66,6%). Inexiste critério, legal ou outro, que justifique esta ou outra percentagem). Muito embora sejam comuns as tentativas de subversão do princípio subjacente a este tipo de cobertura, é atualmente perfeitamente claro que a pessoa que atinja o grau de incapacidade mínimo referido na apólice (por exemplo, 65%) tem o direito ao pagamento antecipado do capital de seguro, ainda que não fique total e permanentemente incapacitado para qualquer trabalho. É neste sentido inequí-

voco o postulado pelo Supremo Tribunal de Justiça pelo Acórdão de 24-01-2017, referente ao proc. n.º 1237/14.0TBSTR. E1.S1.

- A segunda — a cobertura da invalidez absoluta e definitiva (IAD) — garante o pagamento do crédito caso o segurado fique totalmente incapacitado para o trabalho, podendo ou não figurar a necessidade do auxílio de terceira pessoa, e podendo ou não exigir-se declaração de reforma/aposentação por invalidez, sendo certo que toda e qualquer “condição extra” terá de constar especificada na apólice de seguro. Esta cobertura corresponde, habitualmente, a um grau de incapacidade permanente entre 75% e 80%.

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-06-2013 (Relator Leonel Serôdio), *uma invalidez absoluta e definitiva refere-se, segundo um declaratório normal, a um estado de incapacidade para todo e qualquer trabalho e para o resto da vida.*

Sendo certo que — importa sublinhá-lo — como fixou o Supremo Tribunal de Justiça por acórdão datado de 14-12-2016 e referente ao processo n.º 1724/11.2TVLSB.L1.S1 (realce nosso):

“Uma cláusula que prevê a exigência concomitante da impossibilidade de realização de qualquer atividade remunerada, aliada ao grau de incapacidade (inferior a 85%), à necessidade de ajuda de terceira pessoa para a realização (cumulativamente) de todos os atos elementares da vida corrente descritos na cláusula, não é justificada, sendo desproporcionada à caracterização do estado de invalidez permanente que o seguro visou prevenir.

O segmento duma cláusula que exige, para além do apoio de terceira pessoa, que se encontre

incapaz de, cumulativamente, realizar os actos elementares da vida corrente (...) para efeitos de definição de invalidez absoluta e definitiva, de modo a permitir a cobertura prevista no contrato de seguro, no caso concreto em apreciação, é contrária à boa-fé, por desproporcionalmente violadora dos interesses visados com a celebração de tal contrato, sendo, consequentemente, parcialmente nula (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25/10 e artigo 292.º do Código Civil).

Impõe-se a exclusão do referido segmento, ou seja, na parte em que estabelece, para além da necessidade do segurado carecer da assistência de terceira pessoa, que a mesma se destine assistir o segurado a realizar “cumulativamente os actos elementares da vida corrente: Lavar-se, Alimentar-se, Vestir-se e Deslocar-se no local de residência habitual.

Sendo ainda de considerar que o preenchimento de todos os requisitos cumulativos previstos na cláusula (...) é excessivamente limitativa da obrigação assumida contratualmente pela seguradora (...) em relação ao risco segurado, que retira praticamente utilidade ao contrato de seguro, razão pela qual, no segmento acima considerado, também a mesma se tem por proibida ao abrigo do artigo 21º alínea a), do regime das CCG e, por conseguinte, nula (artigo 12.º do mesmo diploma legal).”

Esta não é uma decisão jurisprudencial original, mas a consequência natural de décadas de experiência judicativa nesta matéria, que inequivocamente demonstra que, sistematicamente, muitas seguradoras elaboram cláusulas contratuais manifestamente contrárias ao princípio da boa-fé, com exigências de tal modo desproporcionadas que anulam totalmente a utilidade e a razão de ser do próprio seguro.

Aliás, em 2010, já o STJ tinha ido mais longe, estabelecendo que “É de considerar preenchido o

conceito de invalidez absoluta e definitiva de que depende o acionamento do questionado contrato de seguro, se o autor ficou a padecer de uma incapacidade permanente global de 66% de natureza motora, que o inabilita para o exercício da sua profissão e que o limita significativa nas actividades da vida diária, dependendo inclusivamente de terceiros para algumas tarefas...” (cfr. Ac. STJ de 29-04-2010).

Conforme o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-06-2013 (Relator Leonel Serôdio), *num contrato de seguro, enquanto contrato de adesão, cabe ao destinatário da cláusula que pretende afastá-la, ou a quem beneficia desse afastamento, o ónus de alegação, competindo ao predisponente, face a tal alegação, alegar e provar o efetivo cumprimento dos deveres de comunicação e informação.*

Ao mesmo passo, padece de nulidade a cláusula que estabelece que a pessoa segura só é considerada em estado de invalidez absoluta e definitiva quando necessite de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efetuar os atos normais da vida diária, porque esta cláusula limita excessivamente as obrigações assumidas na contratação pela seguradora, violando o princípio da boa-fé. *Mas já não padece daquele vício a cláusula que considera a pessoa segura em estado de invalidez absoluta e definitiva quando, em consequência de doença susceptível de constatação médica objetiva, fique total e definitivamente incapacitada de exercer qualquer profissão.*

De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02-06-2016 (Relator António Valente), *a cláusula contratual geral, inserida num contrato de seguro, que, para lá da demonstrada invalidez para o trabalho por parte do segurado, exige que a mesma atinja uma incapacidade permanente de 85% e se encontre dependente de terceira pessoa para efetuar os atos elementares da vida corrente, como vestir-se, alimentar-se*



*ou cuidar da sua higiene, é uma cláusula ferida de nulidade, já que estabelecida em proveito exclusivo da seguradora, numa flagrante violação dos princípios da boa-fé e proporcionalidade.*

Segundo o arrazoado deste Tribunal superior, a razão de ser deste tipo de seguro é proteger o particular que celebra um contrato de mútuo imobiliário com um Banco, vindo posteriormente a ser acometido de doença (ou acidente) que o torne inteiramente incapaz de efetuar trabalho remunerado, e assim, de angariar os rendimentos que lhe permitam fazer face aos pagamentos do empréstimo contraído com a instituição bancária. Visa o contrato igualmente a diminuição de riscos do Banco, em tais circunstâncias, de modo a que, verificada a incapacidade de o segurado exercer actividade remunerada e continuar a satisfazer as suas obrigações contratuais, possa o Banco receber esse montante da Seguradora.

Assim, o que está em causa é a total incapacidade para o trabalho do sinistrado; e *exigir, para lá disto, uma incapacidade permanente de 85% e dependência de terceira pessoa para os atos da vida corrente, é um modo de limitar drasticamente as situações em que o pagamento pela seguradora é desencadeado, mesmo quando a incapacidade total para o trabalho é evidente. Trata-se de uma cláusula abusiva e como tal proibida.*

#### 4. Obrigação, por parte do banco, de acionamento do seguro para pagamento do crédito

O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão datado de 24-11-2016, veio estabelecer que constitui **abuso de direito** a atuação do banco que, face à incapacidade permanente global do mutuário, em vez de acionar o seguro de vida com vista à liquidação do crédito junto da seguradora, exige dos mu-

tuários a satisfação do crédito.

A impugnação de créditos reclamados pode ter por fundamento qualquer das causas que extinguem ou modificam a obrigação ou que impedem a sua existência, podendo discutir-se nesta sede matéria relacionada com um contrato de seguro de vida, que garante um contrato de mútuo para habitação, o qual além dessa garantia tem ainda a seu favor uma hipoteca.

De acordo com o Supremo Tribunal, *existindo um «Atestado Médico de Incapacidade Multiuso» emitido pela Administração Regional de Saúde do Norte, onde se atesta que o executado apresenta deficiências que lhe conferem uma incapacidade permanente global de 64%, este documento autêntico faz prova plena dos factos que referem como praticados por aquela autoridade, pelo que o tribunal recorrido, ao não dar como provados os factos referenciados, violou de forma expressa as regras do direito probatório material.* Nestes termos, tal situação de incapacidade do executado vem definida no contrato de seguro de vida, verificando-se o sinistro coberto pelo âmbito daquele contrato e o banco, ao exigir dos executados a satisfação do crédito em vez de acionar o seguro de vida com vista à liquidação do crédito junto da seguradora, agiu em abuso de direito, não sendo de admitir o seu crédito reclamado.

O banco ao exigir dos executados/mutuários a satisfação do crédito em vez de acionar o seguro de vida com vista à liquidação do crédito junto da seguradora, age de modo muito censurável. O voto de vencido na instância recorrida considerou “chocante que se dê a alguém, colocado no lugar de um banco (por ter adquirido o respetivo crédito — banco que, para além de uma hipoteca da casa de habitação dos executados, tem o crédito garantido por uma seguradora contratada obrigatoriamente para tal pelos executados) — a possibilidade (bem contra o espírito da lei 58/2012 de 9/11) de forçar

a venda da casa de habitação dos executados, em vez de simplesmente, exigir da seguradora o pagamento do referido crédito. Isto nas circunstâncias do caso, em que a seguradora começou por invocar, sem razão, falta de verificação do risco coberto e, dois anos depois, a invalidade do contrato de seguro, por inexatidões que, a verificarem-se, poderão de algum modo ser imputáveis à esfera jurídica do banco, que poderá mesmo ser responsabilizado por elas, para além de que a possibilidade de os executados ficarem sem a casa nunca será verdadeiramente compensada com o exercício futuro do direito de regresso contra a seguradora.”.

Em caso semelhante, este entendimento vem sufragado no Acórdão deste Supremo de 26-06-2014, que concluiu “age em abuso de direito, por

violação manifestamente excessiva do princípio da boa-fé, o banco que, num mútuo para habitação, garantido com seguro de vida do mutuário a seu favor, hipoteca, fiança com a cláusula de “principais pagadores” e seguro do imóvel, sendo informado do devedor, move execução ao mesmo mutuário — com habilitação posterior dos herdeiros — e aos fiadores, invocando falta de pagamento das prestações, sem se dirigir primeiro àquela seguradora”.

Perante infração contratual da Seguradora concernente às obrigações por si assumidas, o procedimento contraordenacional compete à Autoridade para a Supervisão dos Seguros, e não prejudica a responsabilidade civil e respetiva confirmação indemnizatória, por sentença judicial, nos termos gerais do Código Civil.

## Tema 3

### CANCRO E ACESSO AO CRÉDITO À HABITAÇÃO BONIFICADO

Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira

A Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto, veio positivar o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência, tendo revogado os decretos-leis n.º 541/80, de 10 de novembro, e 98/86, de 17 de maio.

Decretou-se, então, nomeadamente, o seguinte:

**A) Que a concessão de crédito bonificado a pessoa com deficiência** tem em vista a aquisição, ampliação, construção e/ou a realização de obras de conservação ordinária, extraordinária ou de beneficiação, em habitação própria permanente, conforme o disposto no n.º 1 do artigo 2.º do referido diploma legal;

- Bem assim, o crédito pode ainda destinar-se a aquisição de terreno para habitação própria permanente ou a realização de obras de conservação ordinária, quando exigidas para o cumprimento de normas técnicas, para melhorias de acessibilidade, no mesmo âmbito de habitação própria permanente;
- Para os efeitos mencionados, o critério para definir «pessoa com deficiência» é o que consta das bases gerais do regime jurídico postulado pela Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto;
- Nos termos da Lei n.º 38/2004, de 18 de

agosto, considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

- O acesso ao crédito bonificado deve ser garantido sempre que o grau de incapacidade seja igual ou superior a 60%, comprovado por atestado médico multiuso, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 3 da Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto.
- Não pode considerar-se, em qualquer caso, que é necessário um grau de incapacidade superior a 60% para o acesso a crédito bonificado.
- A recusa de crédito bonificado a pessoa com deficiência de grau igual a 60% é manifestamente ilegal, violando o ordenamento jurídico nacional e as convenções internacionais de que Portugal é parte e que pretendem concretizar uma proteção efetiva da pessoa com deficiência.
- Inexiste qualquer relação entre os contra-

89

tos de seguro eventualmente associados ao crédito à habitação e a concessão de crédito bonificado. Ou seja, o acesso ao crédito bonificado rege-se, exclusivamente, pelo postulado nos preceitos da Lei n.º 64/2014, e por nenhuma outra disposição relativa a seguros bancários.

- O grau de incapacidade é avaliado segundo o procedimento constante no Decreto-lei n.º 202/96, de 23 de outubro.
- Nos termos dos n.º 7 e 8 do artigo 4.º do Decreto-lei n.º 291/2009, de 12 de outubro, quando haja lugar a reavaliação da incapacidade, o grau de incapacidade resultante da aplicação da Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais vigente à data da avaliação ou da última reavaliação é mantido sempre que, de acordo com declaração da junta médica, se mostre mais favorável ao avaliado.
- De acordo com o mesmo preceito legal, considera-se que o grau de incapacidade é desfavorável ao avaliado quando a alteração do grau de incapacidade resultante de revisão ou reavaliação implique a perda de direitos que o mesmo já esteja a exercer ou de benefícios que já lhe tenham sido reconhecidos.

**B)** O acesso ao crédito bonificado depende, além das premissas relativas às características de saúde do interessado, de **pressupostos relativos à conformação do próprio crédito à habitação**, resultantes do artigo 7.º da Lei n.º 64/2014, e que são os seguintes:

- i. O valor máximo do empréstimo é de € 190 000, atualizado anualmente com base

no índice de preços do consumidor, e não pode ultrapassar 90 % do valor total da habitação, ou do custo das obras de conservação ordinária e extraordinária ou de beneficiação conforme avaliação feita pela instituição de crédito mutuante;

- ii. O valor máximo do rácio financeiro de garantia é de 90 %;
- iii. O prazo máximo dos empréstimos é de 50 anos;
- iv. A periodicidade de pagamento dos juros e de reembolsos de capital é livremente acordada entre as partes;
- v. Os empréstimos beneficiam de uma bonificação que corresponde à diferença entre a taxa de referência para o cálculo de bonificações (TRCB), criada pelo Decreto-Lei n.º 359/89, de 18 de outubro, e fixada administrativamente pela Portaria n.º 502/2003, de 26 de junho, ou da taxa contratual quando esta for inferior e 65 % da taxa mínima de proposta aplicável às operações principais de refinanciamento do Banco Central Europeu;
- vi. A bonificação é calculada sobre o capital em dívida no início de cada contagem de juros;
- vii. Nos empréstimos para construção e obras, a utilização total do empréstimo deve ser feita no prazo máximo de dois anos, após a data de assinatura do respetivo contrato;
- viii. Durante a fase de utilização apenas são devidos juros, sendo estes determinados pelo método das taxas proporcionais;
- ix. O reembolso dos empréstimos é efetuado em prestações iguais e sucessivas de capital e juros, aplicando-se o método das

- taxas equivalentes;
- x. No caso de variação da taxa de juro contratual dos empréstimos, da TRCB ou em caso de reembolso antecipado parcial, o recálculo das bonificações e da prestação é efetuado a partir do período de contagem de juros subsequente ao de alteração daquelas variáveis, tendo em conta o capital em dívida àquela data;
  - xi. Os empréstimos produzem efeitos a partir da data da celebração do respetivo contrato junto da instituição de crédito, independentemente da data de início da incapacidade constante do atestado médico de incapacidade multiuso a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º.

Assim,

A pessoa que detenha um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, devidamente confirmado por Atestado de Incapacidade Multiuso vigente, e uma vez verificados os pressupostos concernentes às características do crédito, beneficia inequivocamente do acesso ao crédito bonificado.

Do mesmo modo, a pessoa que, por referência à mesma patologia ou episódio – embora lhe tenha sido recentemente atribuída incapacidade de grau inferior – tenha sido anteriormente avaliada em percentagem de incapacidade igual ou superior a 60%, continua a dever usufruir, inequivocamente, dos mesmos benefícios ao nível do crédito bonificado, aplicando-se o grau de incapacidade mais favorável à manutenção dos direitos adquiridos.

C) Resulta do preceituado no artigo 10.º da referida Lei n.º 64/2014 que o beneficiário do crédito à habitação bonificado em razão de defi-

ciência tem o ónus da inalienabilidade, isto é, os mutuários de empréstimos contraídos ao abrigo do presente regime não podem alienar o imóvel adquirido ou construído durante o prazo de cinco anos após a data de celebração do contrato de empréstimo para aquelas finalidades.

Pode, pois, com propriedade questionar-se qual o método registal a usar para este fim e sobre quem recairão os respetivos encargos. A primeira questão encontra-se cabalmente esclarecida **pelo Parecer n.º 8/CC/2016 do IRN** – Instituto dos Registos e Notariado, que de seguida passaremos a expor. Já quanto à segunda questão, ela é convencional e encontra-se na disponibilidade da liberdade contratual das partes. A experiência mostra que a generalidade das entidades bancárias suporta todos os encargos da migração do crédito para o regime bonificado, tendo naturalmente em conta a especial vulnerabilidade em que se encontra o seu cliente. Outras entidades, porém, imputam ao cliente as despesas da migração.

Relativamente ao método registal, e nos termos do Parecer n.º 8/CC/2016 do IRN – Instituto dos Registos e Notariado, que aprecia o regime da concessão de crédito bonificado, temos o seguinte:

“1.2.4. Em face do disposto nos artigos 6.º/n.ºs 2 e 11 e artigo 8.º, n.º 1, a), se a mudança ocorre com a apresentação do mutuário de requerimento à instituição de crédito mutuante acompanhado de atestado médico de incapacidade multiuso comprovativo do grau de incapacidade da pessoa com deficiência, afigura-se-nos documento bastante para o efeito declaração emitida pela instituição de crédito que certifique que a migração ocorreu nos termos legalmente previstos e a data em que a mesma se verificou.”

Nos termos do mesmo Parecer do IRN – Instituto dos Registos e Notariado, “quando se en-

tenda que o ónus da inalienabilidade é um pressuposto de permanência no regime bonificado à habitação a pessoa com deficiência, em termos de técnica registal, haverá que levar ao extrato da inscrição da hipoteca que garanta o empréstimo tal pressuposto (...) por averbamento à inscrição de hipoteca na hipótese de transferência de outro regime de crédito para o regime crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência.”

Assim, e em suma,

O ónus da inalienabilidade deverá ser levado ao extrato da inscrição da hipoteca por averbamento, pelo qual será devida a taxa emolumentar de € 100,00, (cem euros) nos termos do artigo 21.º/3.2 do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado (Decreto-lei n.º 322-A/2001, de 14 de Dezembro).

## CANCRO E ACESSO A PRESTAÇÕES DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira

### 1. Isenção de Taxas Moderadoras

Nos termos da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, considera-se pessoa com deficiência *aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.*

Nos termos dos artigos 4.º e 28.º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Estado português em 2009 e, por isso, direito português vigente, **o Estado compromete-se a promover os direitos das pessoas com deficiência**, abster-se de qualquer prática maleficiente contra a pessoa com deficiência, e garantir um nível de vida e a proteção social adequados às pessoas nesta condição.

De acordo com a alínea c) do art. 4.º do Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, republicado em 05 de agosto de 2014, **estão isentos de taxas moderadoras os utentes com grau de incapacidade igual ou superior a 60%.**

O grau de incapacidade é avaliado segundo o procedimento constante no Decreto-lei n.º 202/96, de 23 de outubro.

Nos termos dos n.º 7 e 8 do artigo 4.º do Decreto-lei n.º 291/2009, de 12 de outubro, quando haja lugar a reavaliação da incapacidade, o grau de incapacidade resultante da aplicação da Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais vigente à data da avaliação ou da última reavaliação é mantido sempre que, de acordo com declaração da junta médica, se mostre mais favorável ao avaliado.

De acordo com o mesmo preceito legal, *considera-se que o grau de incapacidade é desfavorável ao avaliado quando a alteração do grau de incapacidade resultante de revisão ou reavaliação implique a perda de direitos que o mesmo já esteja a exercer ou de benefícios que já lhe tenham sido reconhecidos.*

O art. 4.º do Decreto-lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, republicado em 05 de agosto de 2014, estabelece que outras razões podem justificar a isenção de taxas moderadoras, nomeadamente, pelo critério da insuficiência económica. Contudo, os critérios não são, de modo algum, cumulativos, pelo que a verificação da incapacidade igual ou superior a 60% vale por si mesma, sendo suficiente para justificar a isenção.

Resulta claro que, a pessoa que detenha um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, devidamente confirmado por Atestado de Incapacidade Multiusos vigente, beneficia inequivocamente

de isenção de taxas moderadoras.

Do mesmo modo, a pessoa que, por referência à mesma patologia ou episódio — embora lhe tenha sido recentemente atribuída incapacidade de grau inferior — tenha sido anteriormente avaliada em percentagem de incapacidade igual ou superior a 60%, continua a dever usufruir dos mesmos benefícios ao nível da isenção de taxas moderadoras, conquanto seja portadora de Atestado Multiusos vigente.

A supracitada legislação não define limites temporais para a manutenção da isenção/benefícios. Assim sendo, vem sendo nosso entendimento que os direitos que o doente estivesse efetivamente a exercer aquando da reavaliação da incapacidade são de manter, pelo menos, durante a vigência do segundo Atestado Multiusos de Incapacidade, ainda que, como é legalmente previsto, tenha resultado da reavaliação um grau de incapacidade inferior a 60%. Tal acontece, porque, ex lege — isto é, por força da lei — o segundo Atestado reporta-se ao primeiro, e deverá fazer menção ao primeiro grau de incapacidade certificado.

Com efeito, o paciente que se submete a uma reavaliação da sua incapacidade irá necessariamente reavaliar a mesma patologia — pode esta ter-se agravado ou, pelo contrário, minorado; pode ou não juntar-se agora a outras doenças — mas a reavaliação é, por definição, a avaliação posterior da mesma patologia.

Assim, a “validade” dos benefícios não pode ser inferior à validade do próprio atestado em vigor.

De referir que, nos termos da Circular Normativa da ACSS de 12/01/2012, o utente deve apresentar Atestado Multiusos de Incapacidade para requerer a isenção de taxas moderadoras. Este preceito deve ser articulado com o disposto na Circular Normativa da ACSS de 30/01/2012, segundo a qual, no âmbito da doença oncológica, as presta-

ções de cuidados de saúde realizadas nos sessenta dias posteriores à data do diagnóstico são temporariamente dispensadas do pagamento de taxas moderadoras, mediante declaração médica e comprovativo de que foi requerido o Atestado Multiusos de Incapacidade. Caso o doente não consiga obter o referido Atestado nos sessenta dias após o diagnóstico, as taxas moderadoras que venham a ser-lhe cobradas serão reembolsadas logo que se encontre munido daquele.

### 2. Disposição de ajudas técnicas por parte Serviço Nacional de Saúde

#### a) *Sobre a participação de dispositivos para doentes ostomizados*

Uma ostomia é uma conexão entre um órgão oco e o exterior do corpo humano (através da pele), essa comunicação é instituída sempre por via da execução de uma cirurgia, da qual resulta um estoma — onde é removido, por exemplo a parte do intestino que contém o tumor. Ao orifício exterior aberto atribuímos o nome de estoma, e é através deste que advêm, neste caso, as derivações do conteúdo do intestino para um saco coletor. O estoma pode ser temporário ou definitivo.

O Despacho n.º 25/95 do Ministério da Saúde, publicado em *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 213, de 14 de setembro de 1995, determina a **comparticipação a atribuir pelo Serviço Nacional de Saúde aos utentes carenciados de sacos de ostomia** (procede a uma atualização e consequente revogação do Despacho n.º 11/90, publicado em *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 159, de 12 de julho de 1990, face à evolução dos respetivos preços de Mercado). Determina o referido dispositivo normativo que a prescrição dos sacos e acessórios é da competência do médico es-



pecialista ou do médico de família responsável pelo doente (1). Estabelecendo que os sacos de colostomia e ileostomia são comparticipados pelo Serviço Nacional de Saúde em 90% do seu custo, com o limite de 400\$ por saco (2); que os sacos de urostomia são comparticipados pelo Serviço Nacional de Saúde em 90% do seu custo, com o limite de 500\$ por cada saco (3); que os acessórios para os sacos de ostomia são comparticipados pelo Serviço Nacional de Saúde em 90% do seu custo (4); e que a comparticipação referida nos números anteriores destina-se aos utentes do Serviço Nacional de Saúde e poderá ser anualmente ajustada atendendo à evolução dos preços dos sacos de ostomia (5).

O diploma supracitado não sofre qualquer alteração há 20 anos, pelo que muitos dos dispositivos possuem, atualmente, um preço superior ao referido no despacho.

Contudo, e não obstante os diversos problemas práticos que surgem, no dia-a-dia, para estes doentes, quanto às falhas no fornecimento, em centros de saúde e outras instituições, e à impossibilidade económica de muitos destes doentes em adquirir os sacos de ostomia ou outros junto de farmácias para apenas muito posteriormente serem reembolsados, na realidade é pacífico o entendimento de que há efetiva comparticipação destes dispositivos.

Surge, no entanto, a questão quanto a outros dispositivos que também são necessários para os doentes ostomizados como, por exemplo, as cânulas para a laringe e que não estão incluídos neste despacho e cuja comparticipação é, por vezes, negada.

O Decreto-Lei n.º 93/2009, de 16 de abril, criou o **Sistema de Atribuição de Produtos de Apoio**, designado por SAPA, que pretende assegurar a atribuição de produtos de apoio às pessoas com deficiências e com incapacidades, de natureza permanente ou temporária, realizando uma

política global, integrada e transversal, de forma a compensar e a atenuar as suas limitações na atividade e restrições na participação.

Ora, considerando que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe que cabe aos Estados Partes garantir a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, com o maior nível de independência possível, facilitando o acesso a ajudas à mobilidade através de dispositivos e tecnologias de apoio; considerando que a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação das pessoas com deficiência, dispõe que compete ao Estado o fornecimento, adaptação, manutenção ou renovação dos meios de compensação que forem adequados, com vista a uma maior autonomia e adequada integração por parte daquelas pessoas; e considerando que o supracitado Decreto-Lei n.º 93/2009, de 16 de abril, criou o Sistema de Atribuição de Produtos de Apoio ao qual todas as pessoas com deficiência e pessoas com incapacidades temporárias podem recorrer, anualmente, por Despacho governamental são determinadas as verbas a alocar a estes produtos de apoio.

Posteriormente, através de despacho do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. são determinadas as normas regulamentadoras do Despacho que determina as verbas e consequente atribuição de Produtos de Apoio para Pessoas com Deficiência (concretizadas, nomeadamente, através do Despacho n.º 5212/2014, publicado em Diário da República, 2.ª série, N.º 72, de 11 de abril de 2014, e do Despacho n.º 14278/2014, publicado em Diário da República, 2.ª série — N.º 229 — 26 de novembro de 2014).

**O financiamento é de 100%** quando o Produto de Apoio (Ajuda Técnica) não consta nas

tabelas de reembolsos do subsistema de saúde de que o cidadão é beneficiário, ou quando não é participado por companhia seguradora. Através do Despacho n.º 16313/2012, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 247, de 21 de dezembro, do Instituto Nacional para a Reabilitação, I. P. é determinada/homologada a lista de produtos de apoio. Nessa lista estão incluídos diversos produtos de apoio direcionados para a ostomia mas também outros como a cânula em caso de traqueotomia. Entendemos pois que, atenta a legislação referida supra, deveremos considerar que outros produtos de apoio, para além dos sacos, devem ser participados na prestação de cuidados de saúde aos doentes ostomizados.

**b) Fornecimento de «ajudas técnicas» às doentes oncológicas mastectomizadas**, em particular no que concerne ao provimento de próteses mamárias externas e concessão dos suportes mamários concernentes

Por «prótese mamária externa» entendemos o dispositivo que se consubstancia numa mama artificial, habitualmente em material de silicone, que tem a forma de uma mama feminina ou parte dela, e que se destina a substituir a mama ou mamas naturais retiradas, no todo ou em parte.

A prótese mamária externa é suportada pelo denominado «suporte mamário», que consiste num *soutien* com características especiais, adaptado ao sustentáculo da prótese mamária.

O acesso a prestações e produtos de saúde obedece, em geral, ao disposto nos artigos 26.º e 64.º da Constituição da República Portuguesa, na Convenção de Oviedo para a Protecção dos Direitos do Homem face às Aplicações da Biologia e da Medicina, e na Lei de Bases da Saúde.

O Sistema de Atribuição de Produtos de Apoio

— SAPA — encontra-se regulado, em particular, pelo Decreto-lei n.º 93/2009, de 16 de abril, alterado pelo Decreto-lei n.º 42/2011, de 23 de março, e pelos Despachos n.º 14278/2014 e n.º 5212/2014 do Instituto Nacional de Reabilitação, publicados em Diário da República, 2.ª série, N.º 229, de 26 de novembro de 2014 e N.º 72, de 11 de abril de 2014, respetivamente.

Uma breve análise empírica deixa evidente que não existe congruência de respostas quanto ao fornecimento de «ajudas técnicas», quer ao nível do tipo/qualidade dos produtos, quer ao nível da quantidade destes, contrariamente ao que dispõe o preceituado no artigo 5.º do Decreto-lei n.º 93/2009, de 16 de abril, segundo o qual é objetivo primordial do SAPA a atribuição de forma gratuita e universal de produtos de apoio.

Importa esclarecer que a circunstância de os hospitais públicos, em razão da sua natureza e personalidade jurídicas, serem dotados de autonomia administrativa e financeira não designa nem admite a discricionariedade no fornecimento de ajudas técnicas na medida em que comprometam os princípios fundamentais, constitucionalmente consagrados, da igualdade de tratamento e da garantia do acesso à saúde.

Efetivamente, a Constituição da República Portuguesa dispõe que o **direito à proteção da saúde** supõe a garantia do acesso de todos os cidadãos aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (artigo 64.º/1 e 3/a)), princípios efetivados nas Bases XXIV e XXV da Lei de Bases da Saúde, e nos preceitos 2.º e 3.º da Convenção de Oviedo.

O Decreto-lei n.º 93/2009, de 16 de abril e o Despacho do Instituto Nacional de Reabilitação n.º 14278/2014 — publicado em Diário da República, 2.ª série — N.º 229 — em 26 de novembro de 2014 — são normas legais concretizadoras, em

razão da matéria, daqueles princípios normativos fundamentais e impõem, em nosso parecer, que o acesso a ajudas técnicas por parte das doentes oncológicas mastectomizadas seja universal, não sendo admissível que a tipologia e a quantidade de ajudas técnicas a que uma doente tem direito variem em função da unidade pública de saúde em que é tratada.

Na verdade, a referida legislação é, segundo cremos, absolutamente inequívoca quanto a esta questão, e assente nas premissas seguintes:

- O doente oncológico mastectomizado é considerado uma pessoa com deficiência, nos termos e para os efeitos do disposto na Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, e, portanto, também para o efeito de acesso às denominadas «ajudas técnicas».
- Os produtos de apoio legalmente previstos e adequadamente prescritos (de acordo com o propugnado no Despacho n.º 14278/2014 e fazendo uso de formulário próprio para o efeito) são financiados em 100%, independentemente da quantidade, exceto quando conste em tabelas de reembolso de subsistema de saúde de que o doente seja beneficiário. O que significa que, sempre que um doente não beneficie de qualquer subsistema de saúde, o financiamento dos referidos produtos é 100% abarcado pelo Serviço Nacional de Saúde, sem limite de renovações desses mesmos produtos, nos termos do disposto no artigo 12.º do Decreto-lei n.º 93/2009, de 16 de abril.
- Especificamente, as prótese mamárias – Código ISO 06 30 18 – e as cabeleiras – Código ISSO 06 30 03 – sempre que devidamente prescritas, deverão ser 100% financiadas pelo Sistema Nacional de Saú-

de, sempre que o doente não beneficie de algum subsistema de saúde. Verificando-se este último caso, o financiamento corresponde à diferença entre o custo do produto de apoio e o valor da respetiva participação.

- As substituições necessárias, medicamente atestadas, dos produtos de apoio regem-se pelos mesmos pressupostos, sendo financiadas nos mesmos termos que as primeiras ajudas técnicas fornecidas.
- Sendo o apoio mamário um dispositivo necessário à manutenção da prótese mamária externa deve entender-se, e ainda que os visados diplomas legais não o tenham expressamente previsto, que este é também fornecido pelo Sistema Nacional de Saúde.

### 3. Transporte não urgente para tratamentos

De acordo com o disposto nos artigos 3.º e 4.º da Portaria n.º 142-B/2012, de 15 de maio, são dois os critérios alternativos a ter em conta no deferimento do transporte não urgente:

Critério a) — situação de insuficiência económica, a que se junta uma situação clínica incapacitante. Ao abrigo deste critério, que se subdivide nos vários critérios enunciados pelas alíneas do artigo 3.º, são tidos em conta o grau de incapacidade do doente, que deve ser superior a 60%, nos termos gerais (n.º1/a)), a existência de condição clínica incapacitante (n.º1/b) e n.º 2) ou outra condição clínica que o justifique (n.º 3), estando aqui abrangidas diversas situações, algumas delas tipificadas. Ao abrigo deste conjunto de critérios, o SNS custeia totalmente o transporte não urgente.

Critério b) — situação clínica objetiva e independente de carência económica. Neste critério, exposto no artigo 4.º, o legislador dispensou expressamente o requisito da insuficiência económica, em favor de uma avaliação baseada na necessidade clínica do doente concreto.

Assim, ao abrigo do n.º 2 do artigo 4.º da referida Portaria n.º 142-B/2012, de 15 de maio, no caso de doenças oncológicas o SNS assegura, ainda que parcialmente, os encargos com o transporte não urgente dos doentes para realização de atos clínicos inerentes à respetiva patologia, independentemente do número de deslocações mensais, sendo que as situações de prestação de cuidados de saúde de forma prolongada e continuada nos termos referidos nos números anteriores deverá ser objeto de prescrição única (n.º 3).

Ao mesmo passo, outras situações — nomeadamente, a reabilitação, as técnicas de fisioterapia e outras situações devidamente justificadas pelo médico assistente são consideráveis (artigo 4.º, n.º 1), uma vez que o legislador, deliberadamente, não tipificou tais situações.

Quer isto dizer que, nestes casos, o SNS pode assumir parcialmente os custos do transporte não urgente prescrito aos utentes, mesmo que não exista uma situação de insuficiência económica na esfera dos mesmos — são os casos previstos no artigo 4.º da portaria 142-B/2012. Estão previstas no artigo 4.º/1 as situações em que qualquer utente,

independentemente da tipologia da doença, deva realizar pelo menos 8 deslocações num período de 30 dias. As situações clínicas não tipificadas deverão ser avaliadas e autorizadas pela entidade responsável pelo pagamento dos encargos, de acordo com a alínea c) do número 1.

Contudo, para os doentes oncológicos, o artigo 4.º/2 prevê que os encargos com o transporte não urgente para realização de atos clínicos inerentes à doença oncológica sejam parcialmente suportados pelo SNS. O médico assistente deverá, portanto, prescrever o transporte a todos os doentes que se desloquem no âmbito da doença oncológica — devendo considerar-se que aqui se abrangem quer os tratamentos principais, que se destinam a debelar a doença e/ou a pacificar os seus sintomas, quer aqueles cuja necessidade resulta da existência de sequelas dos tratamentos principais, como é o caso das técnicas de fisioterapia que se impõem a uma percentagem muito considerável dos doentes oncológicos em tratamento.

Os doentes oncológicos suportarão um valor de € 3 até 50 km acrescido de € 0,15 por cada quilómetro adicional, quando esteja em causa o transporte em ambulância, ou um valor de € 2 até 50 km acrescido de € 0,10 por cada quilómetro adicional, quando esteja em causa o transporte em VTSD. Em qualquer destes casos o utente nunca poderá pagar mais do que € 30 de transportes mensais (artigo 4.º/5 da portaria 142-B/2012).

# CANCRO E BENEFÍCIOS FISCAIS

*Ana Elisabete Ferreira, Carla Barbosa, André Dias Pereira*

O benefício fiscal caracteriza-se por traduzir um regime especial de tributação que representa uma vantagem no que concerne ao pagamento de impostos.

No nosso ordenamento jurídico estão previstos diversos benefícios fiscais para as pessoas que apresentem um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, que consubstancia a designada “deficiência fiscalmente relevante”. Deste modo, não se trata de um benefício exclusivo das pessoas que padecem de uma doença oncológica, mas antes de uma prerrogativa de todas as pessoas que, em razão de doença, apresentem uma desvalorização funcional, de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades.

O grau de incapacidade deve constar do designado Atestado Médico de Incapacidade Multitudo, de acordo com o Sistema de Verificação de Incapacidades.

Tratando-se de matéria fiscal, ela sofre, como é natural, a influência direta das alterações anuais aos orçamentos de Estado, que em cada ano definem as prioridades e as previsões de receita e despesa para a gestão pública. Por esta razão, os benefícios fiscais sofrem alterações relevantes em curtos espaços de tempo, e são matéria que exige permanente revisão jurídica.

## 1. Benefícios ao nível do IRS — Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

No que respeita ao IRS, o doente oncológico que apresente um grau de incapacidade igual ou superior a 60% pode obter benefícios por duas vias:

Por um lado, no âmbito do rendimento coletável, uma vez que se encontra prevista uma percentagem de isenção de tributação. Deste modo, o rendimento que é tido em conta para efeitos de tributação não corresponde ao rendimento real do sujeito passivo, mas apenas a uma percentagem desse rendimento. Atualmente, a isenção de tributação situa-se nos 10% e tem como limite máximo os 2500€ por cada categoria de rendimentos.

Por outro lado, o doente oncológico pode usufruir de isenções à coleta, estando previstas isenções para os próprios sujeitos passivos e também para os seus dependentes com deficiência.

Atualmente, as deduções à coleta representam:

- € 1.900, por cada sujeito passivo com deficiência.
- € 1.187, por cada dependente com deficiência, bem como por cada ascendente com deficiência que viva efetivamente em comunhão de habitação com o sujeito passivo e não aufera rendimento superior à

pensão mínima do regime geral. Nos casos em que o sujeito passivo ou o dependente tenha um grau de invalidez permanente igual ou superior a 90% é dedutível à coleta, a título de despesa para acompanhamento, uma importância de € 1.900, sendo cumulativa com as anteriores.

- 30% da totalidade das despesas efetuadas com a educação e a reabilitação do sujeito passivo ou dependentes com deficiência.
- 25% da totalidade dos prémios de seguros de vida ou contribuições pagas a associações mutualistas que garantam exclusivamente os riscos de morte, invalidez ou reforma por velhice, não podendo a dedução exceder 15% da coleta de IRS. No que respeita às contribuições pagas para reforma por velhice, a dedução depende de o benefício ser garantido após os 55 anos de idade e cinco anos de duração do contrato, ser pago por aquele ou por terceiros, e desde que tenham sido comprovadamente tributados como rendimento do sujeito passivo, com o limite de € 65, tratando-se de sujeitos passivos não casados ou separados judicialmente de pessoas e bens, ou de € 130, tratando-se de sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens.
- 25% dos encargos com lares e residências autónomas para pessoas com deficiência, seus dependentes, ascendentes e colaterais até ao 3.º grau, que não possuam rendimentos superiores à retribuição mínima mensal, e com o limite global de € 403,75 (esta dedução à coleta está sujeita aos limites constantes da tabela prevista no n.º 7 do artigo 78.º do Código do IRS).

## 2. Benefícios concernentes ao IUC — Imposto Único de Circulação

O Imposto Único de Circulação visa onerar os contribuintes na medida do custo ambiental e viário que estes provocam, em concretização de uma regra geral de igualdade tributária. O facto gerador do imposto é constituído pela propriedade do veículo, tal como atestada pela matrícula ou registo em território nacional.

As pessoas com deficiência cujo grau de incapacidade seja igual ou superior a 60%, em relação a veículos da categoria B que possuam um nível de emissão de CO (índice 2) até 180 g/km ou a veículos das categorias A e E, estão isentas do pagamento de IUC.

No entanto, esta isenção só pode ser usufruída por cada beneficiário em relação a um veículo em cada ano, e não pode ultrapassar o montante de € 240, sendo reconhecida nos seguintes termos:

- a) Em qualquer serviço de Finanças, produzindo efeitos a partir do ano do pedido, ou da data do nascimento da obrigação tributária se anterior e o pedido for efetuado até ao termo do prazo de pagamento legalmente previsto;
- b) Através da internet, se a informação relativa à incapacidade estiver confirmada no cadastro da Autoridade Tributária e Aduaneira, produzindo efeitos nos termos da alínea anterior, com as devidas adaptações.

### 3. Benefícios no âmbito do IVA — Imposto sobre o Valor Acrescentado — nas importações e transmissões de produtos de apoio

O Código do IVA determina a aplicação de uma taxa reduzida nas vendas de «utensílios e quaisquer aparelhos ou objetos especificamente concebidos para utilização por pessoas com deficiência, desde que constem de uma lista aprovada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças, da Solidariedade e Segurança Social e da Saúde». Em alguns produtos, contudo, a isenção de IVA é mesmo total.

Estão isentas do pagamento de IVA as importações e transmissões de triciclos, cadeiras de rodas, com ou sem motor, automóveis ligeiros de passageiros ou mistos para uso próprio das pessoas com deficiência, de acordo com os condicionalismos do Código do Imposto sobre os Veículos. A alienação destes bens antes de decorridos cinco anos sobre a data de aquisição ou de importação, porém, pressupõe o pagamento do imposto correspondente ao preço de venda, que não pode ser inferior ao que resulta da aplicação ao preço do veículo novo à data de venda, com exclusão do IVA, das percentagens referidas no n.º 2 do artigo 3.º-A do Decreto-Lei n.º 143/86, de 16 de junho.

São sujeitas a IVA à taxa reduzida de 6% (Continente), 5% (Região Autónoma da Madeira) e 4% (Região Autónoma dos Açores):

- As operações de transmissão (em território português) de aparelhos ortopédicos, cintas médico-cirúrgicas e meias medicinais, cadeiras de rodas e veículos semelhantes, acionados manualmente ou por motor para deficientes, aparelhos, artefactos e demais material de prótese ou compensação destinados a substituir, no todo ou em par-

te, qualquer membro ou órgão do corpo humano ou a tratamento de fraturas e as lentes para correção de vista, bem como calçado ortopédico, desde que prescrito por receita médica, nos termos legalmente regulamentados;

- Os utensílios e quaisquer aparelhos ou objetos que hajam sido especificamente concebidos para utilização por pessoas com deficiência, desde que constem da lista aprovada pelo Despacho Conjunto n.º 26026/2006, de 22 de dezembro, dos Ministros das Finanças e da Administração Pública, da Solidariedade e Segurança Social e da Saúde.

### 4. Benefícios ao nível do Imposto Sobre Veículos

O imposto sobre veículos obedece ao princípio da equivalência, procurando onerar os contribuintes na medida dos custos que estes provocam nos domínios do ambiente, infraestruturas viárias e sinistralidade rodoviária, em concretização de uma regra geral de igualdade tributária.

O facto gerador do imposto é o fabrico, a montagem, a admissão ou importação dos veículos tributáveis em território nacional, que estejam obrigados à matrícula em Portugal, pelo que o imposto se torna exigível no momento da sua introdução no consumo.

Estão isentos do pagamento deste imposto, os veículos destinados:

- Ao uso próprio de pessoas maiores de 18 anos e com deficiência motora (com limitação funcional de carácter permanente, de grau igual ou superior a 60%);
- Ao uso de pessoas, qualquer que seja a respetiva idade, com multideficiência

profunda (com um grau de incapacidade igual ou superior a 90%);

- Ao uso de pessoas com deficiência motora que se movam exclusivamente apoiadas em cadeiras de rodas, qualquer que seja a respetiva idade;
- Ao uso de pessoas com deficiência visual (alteração permanente no domínio da visão de 95%).

A isenção é válida apenas para os veículos que possuam nível de emissão de CO (índice 2) até 160 g/km. Este limite não é aplicável aos veículos especialmente adaptados ao transporte de

pessoas com deficiência que se movam apoiadas em cadeira de rodas, sendo as emissões aumentadas para 180 g/km, quando, por imposição da declaração de incapacidade, o veículo a adquirir deva possuir mudanças automáticas.

A isenção está limitada ao montante de 7.800 euros, e não é automática, ficando dependente de reconhecimento pela Autoridade Tributária e Aduaneira, à qual deve ser remetido o pedido de isenção, acompanhado da habilitação legal para a condução, quando a mesma não é dispensada e declaração de incapacidade permanente, emitida há menos de 5 anos.



## DOENTES ONCOLÓGICOS — QUE DIREITO E QUE DEVERES?

Ana Elisabete Ferreira<sup>(1)</sup>

A Saúde e o Direito têm paralelos inesperados mas evidentes. O primeiro está na intenção fundamental, que é o ato de cuidado. Um interesse genuíno pelo outro, por melhorar a sua condição, e a legítima expectativa de que as dores, tal como os problemas, possam ser aliviadas, pela ciência e pela força da proximidade existencial.

O cuidado mútuo é uma função basilar de todas as organizações que funcionam, quer das células do nosso corpo, quer de instituições, quer de sociedades complexas. A dependência do outro transporta-nos para outra semelhança entre a Saúde e o Direito: criar ferramentas para o equilíbrio possível, que permita levar uma vida completa, adulta, viva, *em que estejamos em estado de respirar em comunhão com aquilo de que gostamos*.

O estado atual do Direito da Saúde, que se ocupa, precisamente, dos direitos e dos deveres dos atores principais da saúde — os pacientes, os profissionais e as instituições — só se compreende adequadamente num horizonte histórico que associou uma ideia do doente como cidadão e uma ideia da medicina como ciência viva, dinâmica e rastreável, compreendidas, ambas, numa relação de mútua autonomia e responsabilidade, contra (ambas) o fado tradicional do “acaso”.

Não foi sempre assim: nem sempre reconhecemos liberdade e autonomia aos doentes e nem sempre reconhecemos uma autonomia técnica e científica diferenciada aos profissionais de saúde. E porque não foi sempre assim, e tudo está em constante mudança, há que ficar atento ao rumo que as coisas tomam.

Hoje, assumimos que o doente intervém, participa e decide quanto a todos os atos que recaiam sobre a sua integridade física e psíquica, e defendemos a relação profissional de saúde-doente como uma relação de respeito sobre a personalidade moral de cada um.

Assumimos que nesta relação o doente se encontra, na maior parte das vezes, numa situação de especial vulnerabilidade, e que essa vulnerabilidade é assunto de relevância não apenas ética mas especificamente jurídica, e almejamos uma autêntica democracia na saúde, onde profissionais, doentes, instituições e voluntários possam contribuir ativa e criticamente para o melhoramento efetivo das condições de vivência da saúde.

Empoderar o doente e dar-lhe voz passa, necessariamente, por informar e acompanhar o exercício de direitos e deveres, na dinâmica triangular paciente — profissionais de saúde — instituições.

Os direitos e os deveres, além de serem correlatos uns dos outros, têm em comum o facto de

<sup>(1)</sup> Mestre em Direito, Doutoranda em Bioética, Investigadora do Centro de Direito Biomédico, Advogada, [anaelisabete.me@gmail.com](mailto:anaelisabete.me@gmail.com)

não se trazerem à evidência por si mesmos. Reconhecer que alguém tem um direito ou um dever não garante, de modo nenhum, que ele possa ser exercido. É uma banalidade, é verdade, mas fala-se muito em direitos e deveres e talvez pouco na criação de condições para que esses direitos e deveres possam ser efetivos. É sim, para afirmar que alguém tem deveres também preciso dar-lhe condições para os cumprir.

O Direito da Saúde tem três preocupações: a relação entre o doente e o profissional de saúde, a relação dos profissionais de saúde entre si, e a relação dos doentes e dos profissionais com as várias instituições às quais estão vinculados. É um terreno amplo, onde a legislação prolifera mas não dá nem sequer pretende dar resposta a tudo. Porque a vida é sempre original e porque há múltiplos lugares para encontrar respostas, como as Convenções internacionais e a jurisprudência, onde os problemas são concretos e reais, e não abstratos como a lei acha que são.

Hoje falamos dos doentes. E embora todas as dimensões da pessoa nos mereçam, naturalmente, respeito e consideração, não devemos ter medo de afirmar que a situação de doença é especial. É tão especial, que mexe com todas as áreas da vida pública, com todas as prestações sociais desde a educação à cultura, passando pelo ambiente e pelo trabalho, e afeta, potencialmente, tudo o que cada um é e pode ser nos movimentos da sua vida.

A personalidade jurídica enquanto plena suscetibilidade de ser titular de direitos e deveres adquire-se no momento do nascimento completo e com vida e cessa com a morte — no intervalo, largo ou curto, entre uma coisa e outra, a pessoa só é pessoa se as condições políticas, económicas e culturais forem capazes de garantir um primeiro princípio fundamental: *o direito a ter direitos*.

E uma parte dessa garantia não é responsabilidade de outrem, é responsabilidade nossa, e passa por informar e educar pacientemente, e consistentemente, sobre os direitos.

Os direitos fundamentais são iguais e equivalentes para todos os doentes: o direito a que o profissional de saúde respeite rigorosamente as boas práticas da profissão, o direito a ser informado e a consentir em todos os atos e tratamentos médico-cirúrgicos, o direito de ter e de aceder a um processo clínico próprio, completo, individual e sigiloso, e o direito a ter respeitada a intimidade da sua vida privada. São direitos aparentemente elementares mas configuram, na verdade, os verdadeiros pilares dos mais altos princípios, que derivam da nossa cultura e estão consagrados na Constituição da República: a vida, a autonomia, a integridade física e psíquica, a proteção e a promoção da saúde, a liberdade de escolha, a informação pessoal, a intimidade.

A estes juntam-se direitos que nasceram depois, e se sedimentaram já com a Convenção de Oviedo, no século XXI: o respeito pela vontade anteriormente manifestada e um testamento vital vinculativo, o direito a uma segunda opinião médica, o livre acesso e circulação no Serviço Nacional de Saúde, a referência especializada, os tempos máximos de resposta garantidos, o acesso a cuidados de saúde transfronteiriços, a integração em cuidados continuados e paliativos.

Alguns doentes, não obstante, têm direitos mais específicos e é esse o caso das pessoas que apresentem um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, designadamente, por força da doença oncológica. A situação de incapacidade justifica, ela mesma, que se formem entre o doente e determinadas instituições um vínculo particular:

Desde logo com o Serviço Nacional de Saúde, na possibilidade de isenção de taxas moderadoras,

especial participação de determinados medicamentos e regime específico para a aquisição de próteses e outros produtos de apoio;

Depois, com a Segurança Social, onde se procuraram apoios e subsídios para fazer face à situação de doença de adultos e de crianças, às despesas acrescidas determinadas pela incapacidade, ou à situação de invalidez;

Depois ainda, relações especiais com a Autoridade Tributária, onde poderão considerar-se benefícios fiscais ao nível do IRS, do IVA, do Imposto Único de Circulação e do Imposto Sobre Veículos, em circunstâncias que a lei especifica.

Mas também um regime especial para a aquisição de serviços e produtos particulares, como o cartão de estacionamento para a incapacidade motora, como o crédito à habitação bonificado, a aquisição de seguros de saúde, o acionamento de seguros de vida com cobertura de invalidez, e um regime especial no arrendamento urbano, no que respeita a atualizações de renda e despejos.

Finalmente, e porque o trabalho ocupa uma parte substancial da vida das pessoas, e porque ele assume quase sempre, um papel fulcral naquele equilíbrio que define o nosso bem-estar, os doentes com incapacidade também têm direitos laborais específicos, condicionados pela medida em que o próprio trabalho coloque em causa a sua saúde e a sua segurança. Os princípios laborais resumem-se em 2: o direito à adequação do posto de trabalho, no que respeita às tarefas concretamente desempenhadas e ao local de as praticar, e o direito à adequação dos tempos de trabalho, desde o horário às pausas laborais. E este é, sem dúvida, o âmbito em que a mediação jurídica mais necessária é, e maior projeção tem, na qualidade de vida dos doentes.

Este é um quadro resumido dos direitos dos doentes que talvez não permita oferecer uma ideia

clara da real dimensão desta área.

Isto permite que se afirme, sem correr o risco de hiperbolizar o problema, que os direitos estão em todas as esferas, e as suas fontes são tão díspares e desencontradas, que toda a luz e amparo são necessários nesta seara. Embora haja falhas evidentes em determinada legislação — designadamente, ao nível laboral, ao nível da Segurança Social e nos procedimentos de acesso a Cuidados Continuados e Paliativos, arriscaria dizer que a falta de informação e a desinformação sobre os direitos dos doentes lhes causa, de facto, mais danos, que as lacunas na lei.

Há muito a fazer. Mas cada um de nós também pode fazer muito.

O Dr. Nuno Lobo Antunes, num livro que se chama “Sinto Muito” falava assim pelos doentes: “Doutor, é de olhares, é de olhares que eu preciso. Tudo o que alguém nos diz sem olhar é bula de medicamento: papel fininho, dividido em 8 partes, como instruções de montagem. Não. É de olhares que eu preciso. De um certo olhar. Preciso que o azul do seus olhos me faça companhia. (...) Cale-se. Não fale. Não anuncie só tempestades e furacões. Conhece o poço? Já se debruçou? Conhece o fundo negro onde o eco da minha voz se apaga? Tire-me daí!”

É isto, pelo menos, o que cada um pode fazer: garantir que a voz dos doentes se faz ouvir e permanece.

Muitas vezes me dizem: “fala-se tanto nos direitos dos doentes; mas os doentes não têm deveres?”

Se a pergunta me parece séria, comprometida, respondo que sim: que o doente enquanto tal tem deveres,

que passam por uma utilização correta e razoável dos serviços, por uma obrigação de cortesia para com os profissionais e os outros doentes;

que o doente deve falar a verdade sobre a sua história clínica,  
 zelar pela sua própria saúde,  
 cumprir a prescrição médica,  
 decidir responsabilmente sobre as alternativas que lhe são apresentadas,  
 empenhar-se ativamente na resolução dos seus problemas,  
 colaborar com as instituições e com os prestadores de cuidados.

Mas se a pergunta me parece provocatória, atentatória da condição de especial vulnerabilidade em que o doente se encontra; se é uma pergunta que ignora que a relação entre o doente e os prestadores de saúde é uma relação de eminente e inultrapassável desigualdade, de armas e de oportunidades, então respondo redondamente que não. Que o doente não tem deveres, porque nenhum deles é judicialmente exigível; porque nenhum tribunal condenará um doente a zelar pela sua saúde ou a cumprir um tratamento médico, muito menos a ser educado ou a abster-se de ser inconveniente, recalcitrante ou desagradável.

A resposta correta, como está bom de ver, fica num meio caminho. Que é certo que o doente tem responsabilidades enquanto doente, e negar isso é infantilizá-lo, diminuí-lo e torná-lo refém de um sistema que não domina.

Talvez um dos melhores conselhos que podemos dar a alguém, doente ou não, é que não deve fazer tudo o que pode. Que nem tudo o que é agradável é bom, que nem tudo o que é bom é adequado, e que nem tudo o que é lícito é correto.

É preciso não se equivocar quanto à liberdade do doente: a autonomia é, em primeiro lugar, uma forma de o responsabilizar pelos seus

atos e decisões sobre si mesmo, e que não se compadece com nenhum tipo de paternalismo, nem mesmo daquele que parece beneficente, e usa a vulnerabilidade do doente para dizer que ele sozinho não consegue.

Então, o discurso dos deveres dos doentes, que é um discurso fundamental na literacia e na prevenção, é um discurso que, no âmbito jurídico tem de ter o cuidado de, previamente, responder afirmativamente a duas questões:

1 — o doente tem condições/ferramentas para cumprir os seus deveres?

2 — os seus direitos estão a ser respeitados?

Se sim, então eu posso e devo exigir alguma coisa. Posso exigir informando, dando ferramentas para cumprir, dando voz e fazendo eco das reivindicações, ensinando e acompanhando de forma paciente e apaixonada. É nunca usando o argumento dos deveres para atropelar direitos.

Aqui como em muitas esferas da vida, é preciso assumir que nem sempre há correspondência entre o que se dá e o que recebe. E que isso é assim pela natureza das coisas, particularmente num âmbito em que as situações concretas são tão desiguais. Um sábio chamado Francisco de Assis, para alguns também santo, rezava a Deus que o fizesse *consolar mais que ser consolado, compreender mais que ser compreendido e amar, mais que ser amado*. E esta simplicidade é, de facto, o grau último da sofisticação.

À partida, nada parece mais dissemelhante do que a prática de um médico e a de um advogado: o primeiro, na interpretação dos sintomas, na palpação do corpo, na urgência galopante de dores alheias; o segundo, na azáfama das representações, na meticulosidade dos livros, na ansiedade das suas performances

intelectuais. Contudo, na sua essência, o ato do médico e o ato do advogado são uma e a mesma coisa: um ato de cuidado. E são uma e a mesma coisa também no seu objetivo último: transformar uma situação de facto, tornando-a mais equilibrada ou menos insuportável.

Quando somos muito pequenos, o mais importante das nossas vidas acontece de mãos dadas. Quando a juventude se desvanece, também aí ansiamos por outras mãos — mais fortes, mais seguras — que possam com carinho

acompanhar os gestos que exigem precisão; apoiar os passos que se empederniram; aclarar a visão que se tornou turva... Ao longo da vida, entre o nascimento e a velhice, muitas mais mãos serão necessárias, — para que a vida aconteça na sua plenitude. Nos momentos mais difíceis e de maior vulnerabilidade da idade adulta estaremos, se tivermos sorte, de mãos dadas.

E duas mãos só podem dar-se quando duas mãos se estendem.





INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISBN 978-989889118-1



9

789898

891181

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA