

O conflito de deveres no exercício da medicina

Arguição da Dissertação de Mestrado

“O Conflito de Deveres em Direito Penal Médico” do Licenciado Duarte Alberto Rodrigues Nunes *

1 Apreciação Global

1.1. Apreciação Formal

1.1.1. O *tema* é de interesse teórico e prático; o *desenvolvimento* pode considerar-se não excessivo para uma dissertação de mestrado.

1.1.2. O *discurso literário* parece-me correcto.

1.1.3. Já a *sistematização* parece-me defeituosa. Com efeito, os vários capítulos – que nem sequer são designados como tal –, apesar de extensos, não estão divididos em secções, o que, em minha opinião, se justificaria.

Assim, passa-se, por exemplo, da análise do conflito de deveres no direito português para a análise do mesmo tema nos direitos estrangeiros, sem qualquer separação sistemática.

Em consequência desta ausência de uma adequada sistematização, o texto torna-se pesado e a sua leitura é cansativa.

1.1.4. No geral, a *ortografia* é correcta. Todavia, talvez por mero lapso, há um ou outro erro ortográfico. É o caso de: “poderão haver também situações de conflitos...” (p.e., págs. 16 e 20), em vez de

* Arguição feita na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 29 de Julho de 2003.

poderá haver...; outrém (p.e., pág. 61), em vez de outrem; “se o agente intervir...” (pág. 73), em vez de intervier.

1.2. Apreciação Global Material:

1.2.1. A dissertação é, no geral, meritória.

Mérito em ter procurado ser original e em ter-se esforçado por marcar claramente a autonomia do conflito de deveres frente ao direito de necessidade.

1.2.2. Porém, esta aposta – que chega a parecer configurar uma quase obsessão – levou o Autor a fazer afirmações e a tirar conclusões que, apesar de as rotular de evidentes, indiscutíveis, etc., são muito duvidosas e, muitas delas, são, em minha opinião, autênticas heterodoxias ético-jurídicas.

O Lic. Duarte Nunes parece ter ficado encadeado pela figura do conflito de deveres. E, assim, como que passa do oito para o oitenta. Ou seja: de uma figura do conflito de deveres, qual causa de justificação “menor” como que diluída no estado de necessidade, passa para a afirmação do conflito de deveres como a causa de justificação por excelência, cuja abrangência é tal que como que relativiza e reduz ao mínimo o consentimento e o estado de necessidade.

Acresce que, em minha opinião, o mestrando Duarte Nunes utiliza e molda, conforme as suas conveniências e objectivos de quase absolutização e monopólio do conflito de deveres, princípios fundamentais da Ética e do Direito: como o “princípio da dignidade da pessoa humana”, o “princípio dos interesses da Ordem Jurídica” (por vezes, tomados numa perspectiva de utilitarismo social) e o “princípio das garantias individuais”. Ora, penso que não é desta forma que se conseguirá dar alguma consistência ético-jurídica à argumentação.

Mas passemos à

2. Apreciação na Especialidade:

2.1. Logo na Justificação do título da dissertação – “O conflito de deveres em direito penal médico” –, surge uma certa contradição. Com efeito, depois de observar a evolução operada, nas últimas décadas, de um direito da medicina paternalista (em que se acentuava a figura do médico e que, coerentemente, era designado por “*direito médico*”) para

um direito da medicina centrado na pessoa do paciente, e cujo exercício tem de respeitar a vontade do doente, e, por isto, mais correctamente designado por “*direito da medicina*”, acaba o Lic. Duarte Nunes por utilizar a designação (segundo ele, ultrapassada) “direito penal médico”. E a razão que apresenta para a utilização desta designação “ultrapassada”, que correspondia a uma concepção paternalista do direito da medicina, é a de que a concepção actual do direito da medicina (que salienta a posição e a vontade do paciente) «parece não ter em consideração as circunstâncias próprias das situações de conflito» (pág. 4).

– Que dizer? – Na primeira leitura, fiquei um pouco perplexo; mas, depois, à medida que fui analisando o curso da dissertação, verifiquei que o candidato a mestre tinha os seus motivos para utilizar a designação tradicional “direito médico”, pois que também ele secundariza, como se verá, a vontade do paciente em favor da vontade terapêuticamente esclarecida do médico...

2.2. Na pág. 26 ss., depois de ter sido obrigado a reconhecer que o C. Penal, art. 36º, nº 1, permite a possibilidade de um **conflito entre um dever jurídico-penal e um dever jurídico não penal** (p. ex., civil, administrativo), nega, peremptoriamente, tal possibilidade. E o argumento, que invoca, é o seguinte: «uma vez que no conflito de deveres em Direito Penal trata-se de excluir a ilicitude de um facto típico ou a culpa de um agente que praticou um facto típico e ilícito [...], não faz qualquer sentido estarmos a analisar a exclusão da ilicitude ou da culpa quando o incumprimento de um dos deveres não constitui, sequer, um facto típico.»

– **Refutação** desta argumentação e, portanto, afirmação de que o conflito de deveres jurídicos, referido na 1ª parte do nº 1 do art. 36º do Código Penal, não exige e não pressupõe que os dois deveres tenham, necessariamente, de ser deveres jurídico-penais, sendo apenas necessário e suficiente que um dos deveres jurídicos seja um dever jurídico-penal.

Em primeiro lugar, há que não esquecer que a qualificação legal de um dever jurídico como dever jurídico-penal pressupõe que o respectivo bem jurídico (que o dever visa proteger) seja um bem jurídico-penal. E que, por sua vez, a qualificação de um bem jurídico como bem jurídico-penal pressupõe, por exigência jurídico-constitucional (CRP, art. 18, nº 2), que o bem, valor ou interesse em causa possua, não ape-

nas “dignidade penal” (dimensão axiológica), mas também “**necessidade penal**” (a dimensão pragmática da indispensabilidade do recurso às penas para a sua adequada protecção – **princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima do direito penal**). Donde que tem de aceitar-se, em teoria, isto é, no plano dos princípios, que pode haver um conflito entre um dever jurídico não penalmente tutelado (p. ex., administrativo, contraordenacional) e um dever jurídico-penal, em que aquele seja considerado de valor igual ou superior ao dever jurídico-penal.

Donde a conclusão de que pode o cumprimento de um dever jurídico não penal levar à exclusão da ilicitude do não cumprimento do dever jurídico-penal e, conseqüentemente, à exclusão da ilicitude da conduta tipificada criminalmente. Logo, contra o que afirma o mesitrando, entendo que a expressão “conflito de deveres jurídicos” do nº I do art. 36º não pressupõe, necessariamente, que os deveres em conflito tenham todos de ser deveres jurídicos-penais.

A argumentação pressupõe que, no conflito entre um dever jurídico tutelado penalmente e um dever jurídico não tutelado penalmente, sempre aquele é superior e, portanto, à partida e necessariamente, não havia um verdadeiro conflito de deveres. Só se impunha o dever jurídico-penal e, se este não fosse cumprido em favor do cumprimento do dever jurídico não penal, o agente nunca veria excluída a ilicitude penal da sua conduta, nem sequer a exclusão da culpa, com base no conflito de deveres desculpante.

Pelo que disse, discordo desta posição.

Assim, à partida, não pode, sem mais, negar-se a existência de um verdadeiro conflito de deveres, e a eventual exclusão da ilicitude penal, na hipótese em que o patrão, na impossibilidade de pagar os salários e os impostos, cumpre o dever jurídico-laboral em detrimento do dever jurídico-penal fiscal; e, *a posteriori*, a exclusão da culpa, na hipótese de não se excluir a ilicitude.

– Porventura, nem sequer no **conflito entre deveres morais e deveres jurídico-penais**, se deverá, à partida e de forma absoluta, negar a possibilidade da existência de um verdadeiro conflito, com a eventual prevalência do dever moral sobre o dever jurídico-penal. Assim, se, por exemplo, um estado (racista ou xenófobo) aprovar uma lei penal que proíba os serviços hospitalares públicos de prestar assistência médica aos estrangeiros “ilegais”, o conflito entre esta norma jurídica, que se traduz num dever jurídico-penal de omissão (dos cuidados médicos), e

o dever ético de prestar assistência médica, deverá ser resolvido a favor do dever moral, excluindo-se a ilicitude penal da acção médica em favor do paciente estrangeiro que se encontra ilegalmente no referido Estado.

2.3. Nas págs. 30-1 – a propósito de um exemplo em que um médico realiza uma **transusão de sangue** num doente, que corre perigo de vida e que consente nessa transfusão – diz que «Nesta situação colidem o dever de salvar a vida do doente e o dever de não causar ofensas à integridade física deste. No entanto – prossegue –, de acordo com o art. 150º, nº 1, do Código Penal, as *ofensas corporais*, que respeitem os requisitos exigidos por este preceito [isto é, quando o doente consinta] são atípicas». Logo não há conflito de deveres.

– Quanto a não haver um conflito de deveres, parece evidente.

Já é de discordar que o Lic. Duarte Nunes fale – a propósito de uma transfusão de sangue medicamente necessária e a propósito do art. 150º, nº 1, do Código Penal – em ofensas corporais, como se este artigo tivesse por bem jurídico tutelado a integridade corporal, quando, como o próprio artigo o diz expressamente, tais intervenções médicas «não se consideram ofensa à integridade física», e, por isto, não havendo consentimento, configuram o crime de intervenções médicas arbitrárias, previsto no art. 156º, nº 1, que é um crime contra a *autodeterminação do paciente* e, assim, está incluído no capítulo dos “crimes contra a liberdade pessoal”.

2.4. O autor, entre os seus argumentos em favor da existência de uma situação de **conflito de deveres, quando colidem um dever de acção e um dever (especial) de omissão**, diz que, numa tal situação (em que não seja possível cumprir os dois deveres), sempre o agente cometerá um facto típico. E *dá como exemplo* o caso de um médico, em serviço de urgência hospitalar, a quem se depara a seguinte alternativa: ou desliga a máquina cárdio-pulmonar do doente *B* (o que terá como consequência a provável morte deste) para a ligar ao doente *C*, que acaba de chegar ao hospital em consequência de um acidente de viação, e que, se não for ligado à referida e única máquina cárdio-pulmonar, tem todas as probabilidades de morrer, ou não desliga, o que significa não ligar o doente *C*, o que implicará a provável morte deste.

Segundo o mestrando, seja qual for a opção do médico, este «*comete sempre um facto típico* (homicídio)», isto é, ou comete o facto

típico de homicídio por acção (relativamente ao doente *B*, ao não cumprir o dever jurídico-penal de omissão) ou comete o facto típico de homicídio por omissão (relativamente ao doente *C*, ao não cumprir o dever jurídico-penal de acção).

– Sendo certo que, mais à frente, o Lic. Duarte Nunes vai considerar que a conduta do médico só estará justificada, se ele não desligar a máquina do doente *B*, uma vez que, sendo os bens jurídicos iguais (vida/vida), deve prevalecer o dever de omissão (não desligar a máquina do *B*), *penso que a omissão da acção de ligação do doente C à máquina não configura uma omissão típica*, tal como não constituía uma omissão típica o facto de um médico não ligar um doente, que corre risco sério de morte, a uma máquina cárdio-pulmonar, pela simples razão de que não existe uma única máquina cárdio-pulmonar no hospital. É que a tipificação legal de uma conduta (no caso, de uma omissão) e o correspondente juízo sobre a tipicidade, ou não, da conduta omissiva, pressupõe a possibilidade objectiva de praticar a acção. Isto é, **a impossibilidade objectiva absoluta de praticar a acção exclui a própria tipicidade da omissão**. Assim, tanto no exemplo do mestrandu como no meu, não tem sido dizer-se que o médico não cumpriu o dever jurídico de acção.

Donde ser minha opinião que não há um conflito de deveres jurídicos, no exemplo apresentado.

Se um pai, que não sabe nadar, vê o filho a afogar-se no mar, num rio ou numa piscina profunda, não tem sentido dizer-se que a sua omissão é típica e que ele cometeu o tipo de homicídio por omissão; apenas que não será punido porque há, em seu favor, uma causa de justificação que é o não saber nadar.

Neste sentido, o *nº 3 do art. 200º* (tipo de crime de omissão de auxílio), ao dizer que «A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente», quer dizer que a omissão não é típica, e não que é típica mas não ilícita, em virtude de a acção de auxílio pôr em risco a sua vida ou integridade física. Não tem sentido dizer-se que a omissão de auxílio é típica, só que a sua ilicitude é excluída com base, por hipótese, no direito de necessidade ou no conflito de deveres (se existisse um dever do pai em relação à sua própria vida).

Mesmo que se trocasse, no exemplo apresentado pelo Lic. Duarte Nunes, a quase certeza da morte do doente *B* pela quase certeza médica de **grave lesão da saúde** (p. ex., mental), nem, em tal hipótese, havia

um conflito de deveres jurídicos. Pois que uma coisa é chegarem dois doentes, carecidos urgentemente da ligação à única máquina cárdio-pulmonar; caso em que o médico deve ligá-la àquele que dela carece para viver (ou a qualquer um deles, no caso de ambos correrem igual risco de morte). Outra situação muito diferente é um doente precisar de continuar ligado à máquina, sob pena de grave e duradoura lesão da saúde, e o outro chegar ao hospital e também precisar dessa máquina, mesmo que, não sendo ligado, corra sério risco de morte.

Em minha opinião, o médico só poderá desligar, justificadamente, a máquina de um doente para a ligar a outro, quando se verificar o pressuposto da al. c) do art. 34º, que trata do direito de necessidade: isto é, quando for razoável impor ao doente, ao qual a máquina já estava ligada, o sacrifício do seu interesse em favor da salvaguarda do interesse do doente que acaba de chegar ao hospital. Por outras palavras: só há justificação, quando a acção de desligar a máquina, para ligar ao doente que dela carece para sobreviver (ou para não sofrer grave e duradoura lesão da sua saúde), não implicar uma grave e duradoura lesão da saúde do doente ao qual a única máquina cárdio-pulmonar estava ligada.

Verificada esta hipótese, a justificação da acção de desligar a máquina não se fundamenta num puro e simples direito de necessidade (na medida em que este confere um direito, mas não impõe um dever), mas num *direito-dever (dever funcional ou especial) de praticar a acção salvadora de C, que passa por desligar a máquina de B.*

Conclusão: só pode falar-se num conflito de deveres especial (entre dever de acção e dever de omissão), em que prevalece o dever de acção sobre o dever de omissão, desde que se verifiquem os pressupostos do direito de necessidade.

2.5. Na pág. 51 ss., defende o Lic. Duarte Nunes que o **aborto terapêutico** (o que é praticado para evitar perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde da mãe) constitui, mesmo que a mãe se oponha à interrupção da gravidez, uma situação de **conflito de deveres** (jurídico-penais especiais) e não um caso de direito de necessidade. Assim, sobre o médico recaíam dois deveres: o dever de acção de salvamento da mulher grávida e o dever de omissão da acção de destruição da vida intra-uterina do feto.

O mestrandu apresenta, em resumo, os seguintes **argumentos**:

1º – *Mesmo contra a vontade expressa da mãe grávida, «o médico vê-se sempre obrigado a fazer algo: ou salvar a vida da mãe*

[praticando o aborto] ou salvar o feto, omitindo a prática do aborto». Portanto, o médico via-se sempre numa situação de conflito de deveres jurídico-penais, pelo que, *qualquer que fosse a sua (do médico) decisão, sempre, inevitavelmente, praticaria uma conduta típica*: ou o tipo de homicídio (da mãe) por omissão!, ou o tipo de aborto, por acção.

- 2º – Esta situação de uma gravidez, com risco de morte ou de lesão grave e irreversível da saúde da mãe, não pode qualificar-se como uma situação de direito de necessidade, porque, se o fosse, então ter-se-ia de excluir a justificação do aborto, uma vez que não se poderia considerar razoável impor ao feto o sacrifício do seu interesse (pressuposto afirmado na al. c) do art. 34º). *Mas já poderá haver justificação com base no conflito de deveres, pois que, nesta causa de justificação, este problema, isto é, este pressuposto da razoabilidade ético-jurídica da lesão do bem jurídico (no caso, a vida intra-uterina do feto) não é pressuposto da justificação com base no conflito de deveres!*

– **Comentário:**

- 1º – é espantosa esta construção, por tão inadmissível, ética e juridicamente, esta – perdoe-se-me a expressão – manipulação da figura do conflito de deveres.

Com efeito, *como é que se pode dizer que o médico tem o dever jurídico de praticar o aborto mesmo que a mãe grávida a tal expressamente se oponha?!...* Como se pode afirmar que o médico tem o dever jurídico de praticar uma acção que o CP, art. 140, nº 1, pune com prisão de 2 a 8 anos?! Não reparou o Lic. Duarte Nunes que, mesmo na hipótese de, além do perigo para a mãe, o feto apresentar malformações graves, o aborto contra a vontade da mãe continua a ser crime punível com a mesma pena de 2 a 8 anos de prisão?! Que absurdo seria se a decisão sobre abortar ou não abortar coubesse ao médico, e não à mãe? – Se assim fosse, então não estaríamos apenas diante de um direito médico paternalista, mas diante de um direito médico totalitário...

- 2º – *Relativamente ao argumento de que a situação do aborto terapêutico não pode ser tratada como direito de necessidade mas sim como conflito de deveres que recaem sobre o médico, porque, no direito de necessidade, ao contrário do conflito de deveres, se coloca como pressuposto da justificação a exigência de que seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu inte-*

resse (isto é, que o titular do bem jurídico a lesar tenha o dever de tolerância), há que dizer que estamos diante de uma manipulação arbitrária e inaceitável das figuras do direito de necessidade e do conflito de deveres.

Em primeiro lugar, não é juridicamente legítimo manipular-se uma situação jurídica, transferindo-a do âmbito da sua adequada causa de justificação para o âmbito de outra causa de justificação, só com o objectivo de o intérprete obter uma determinada e pré-concebida decisão. E, ainda por cima, para “fabricar” uma resolução inadmissível, a todos os títulos, como já o dissemos.

Em segundo lugar, não é juridicamente aceitável dizer-se que, havendo uma situação de conflito de deveres jurídicos, o titular do bem jurídico, a lesar pelo cumprimento do dever de acção, nada tem que ver com o facto de ser, ético-juridicamente, razoável ou irrazoável impor-lhe essa lesão, esse sacrifício.

É que esta argumentação está viciada. Com efeito, só tem sentido afirmar-se um dever jurídico de praticar uma acção, quando, e desde que seja razoável, ético-juridicamente, exigir do lesado, por essa acção, o sacrifício do respectivo bem jurídico. Ou seja: é também pressuposto do dever jurídico de acção que seja razoável exigir do lesado o sacrifício do respectivo bem jurídico. Não sendo razoável, então também não há dever jurídico de praticar acção. Esta insólita tese levaria a que uma situação, em que o doente *A* carecesse da implantação de um rim, sob risco de morte, e o cidadão *B* (que se encontra internado por ter fracturado uma perna) possuísse dois bons rins e compatíveis com *A*, fosse ou constituísse para o médico uma situação de conflito de deveres: dever da acção de salvamento da vida de *A* (tirando um rim ao *B*) e dever de omissão da acção lesiva da integridade física do *B*...

Conclusão: o mestrand, em ordem à obtenção de decisões, que não sei como é que lhe parecem minimamente justas e razoáveis, pois que violam manifestamente o princípio da dignidade humana da pessoa do lesado pela acção praticada pelo agente (no caso, médico) – princípio que constitui, justamente, um limite ao exercício do direito de necessidade e, como tal, está consagrado na al. c) do art. 34º do Código Penal –, decidiu, arbitrariamente, converter situações, que só no âmbito do estado de necessidade é que têm cabimento, em situações de conflito de deveres jurídicos, para fugir aos razoáveis pressupostos-limite da justificação com base no direito de necessidade.

– Mas há mais: é que, nas págs. 180-1, o autor da dissertação prossegue com afirmações ético-juridicamente incorrectas, para além de entrar em contradição com a afirmação que fez, na pág. 55, afirmação que acabámos de rejeitar e que se traduzia no facto de, segundo o autor, no conflito de deveres, ao contrário do estado de necessidade, não se colocar a questão da razoabilidade, ou não, de impor ao lesado o sacrifício do seu interesse.

Vejamos, em primeiro lugar, a *contradição*.

Acabámos de ver que o mestrando diz que, no conflito de deveres, o pressuposto da razoabilidade ético-jurídica de o lesado, pelo cumprimento do respectivo dever jurídico de acção, suportar a lesão do seu interesse (razoabilidade que se fundamenta no princípio da não violação da dignidade da pessoa humana) não tem lugar. Ora, é precisamente com base no facto de a acção de aborto violar este princípio da dignidade da pessoa humana que o mestrando vem, agora, negar a exclusão da ilicitude do aborto (de um feto perfeitamente viável), com base no conflito de deveres!

Mas, muito mais grave do que esta contradição, é o discurso argumentativo que utiliza para defender a desculpação do médico com base numa causa de exclusão da culpa supra-legal, criada pelo autor da dissertação.

Analisemos, pois, as suas afirmações e argumentos para desculpar o médico que, contra a vontade expressa da mãe, realiza o aborto, embora com o objectivo de salvar a mãe.

Começa por reconhecer que não se pode considerar justificado o aborto com base no art. 142º, nº 1, al. a), do Código Penal, «uma vez que falta o consentimento da mãe».

Mas, não satisfeito com a não exclusão da ilicitude do aborto praticado pelo médico – exclusão que é recusada precisamente pela disposição legal especialmente criada para a resolução destas situações de conflito entre os bens jurídicos vida, ou saúde, da mãe e vida do feto (logo, um “direito de necessidade especial”) – vai ver se, com base na causa de justificação geral, o conflito de deveres, não se poderá encontrar um fundamento jurídico para a justificação do médico.

Nesta linha, *considera que, segundo o critério dos bens jurídicos, haveria exclusão da ilicitude, pois o bem jurídico vida (autónoma) da mãe é mais valioso que o conjunto dos bens jurídicos vida (em formação) do feto e liberdade da mãe.*

Donde, retirar a conclusão de que o médico, ao realizar o aborto (contra a vontade da mãe), cumpre o dever jurídico [!] de valor superior!

Só que, segundo o mestrando, há um obstáculo à plena afirmação da justificação, com fundamento no conflito de deveres, que é «a violação inadmissível do princípio da dignidade da pessoa humana». Mas *reparemos na distinção que o autor faz: relativamente à violação da liberdade e da vontade da mãe, escreve que «parece-nos que não haverá aqui qualquer violação inadmissível do princípio [da dignidade da pessoa humana], dado que A [o médico] actua no interesse (para o bem) de B»!*

– Mas como é?: em qualquer situação, mas especialmente nesta situação ético-existencial, em que se trata de decidir sobre a morte ou a vida de um filho (ainda que em formação na “barriga” da mãe), *vai prevalecer a vontade do médico sobre a da mãe?!; e não é a liberdade consciente da mãe uma manifestação essencial da sua dignidade humana?!; mais: vai ser o médico o juiz dos interesses (que não são económicos!...) da mãe?!*

Mas este raciocínio do mestrando – que tem tanto de terrível, no plano ético, como de reprovável, no plano jurídico – *prossegue com mais a seguinte achega: como o médico actua no interesse da mãe, «parece-nos óbvio que o interesse da Ordem Jurídica no sentido da tutela das garantias individuais aponta para a admissibilidade do comportamento de A [o médico], isto é, considera lícito que, nestas situações, mediante um comportamento activo do agente, a liberdade recue em favor da vida dessa mesma pessoa.».*

– Sobre esta consideração, não posso, com todo o respeito que o Senhor Candidato me merece, deixar de dizer apenas isto: pobres “garantias individuais”; só se fosse uma ordem jurídica nazi; ai de nós se prevalecesse esta orwelliana república dos médicos!

O Lic. Duarte Nunes conclui que, embora a oposição da mãe não impeça a justificação do aborto, todavia, no caso em análise, afinal não pode haver justificação do aborto realizado pelo médico, com fundamento no conflito de deveres. Mas as considerações que faz, em ordem a tal conclusão, não deixam de ter tanto de curioso como de perplexidade.

Vejam os que escreve: «Já quanto à violação da vida intra-uterina, não nos parece que a violação do princípio [da dignidade da pessoa humana] seja admissível, mesmo em situações de conflito. Com efeito, desde logo verificamos que A [o médico] não actua em benefício do feto e, para além disso, sendo o feto perfeitamente viável, uma vez nascido, terá todas as possibilidades de sobrevivência, os interesses da

*Ordem Jurídica não poderão ser no sentido da instrumentalização da vida (intra-uterina) do feto em favor da vida da mãe». E remata, dizendo: «Consequentemente, apesar de [o médico] salvaguardar o bem jurídico mais valioso, A [o médico] cumpriu o dever menos valioso, uma vez que sendo um *dever de acção deverá ceder perante o dever de omissão*, razão pela qual nunca poderá haver justificação da conduta do médico». (itálicos do arguente).*

– Também estas afirmações merecem uma **apreciação crítica**.

Primeiro: mais uma vez a contradição entre a anterior afirmação (que já comentei e critiquei) de que o pressuposto da não violação da dignidade da pessoa humana não se aplica ao conflito de deveres, mas apenas ao estado de necessidade, e, agora, a afirmação de que este pressuposto (que está vertido na al. c) do art. 34º do CP, sob a expressão: razoabilidade ético-jurídica de suportar a lesão do seu bem jurídico), afinal, é também um pressuposto da justificação com base no conflito de deveres.

Segundo: ao referir-se à perfeita viabilidade do feto, parece sugerir que, se o feto tivesse uma deformação mais ou menos grave, já o aborto (contra a vontade da mãe) estaria justificado, o que é de recusar inteiramente.

Terceiro: ao escrever que «os interesses da Ordem Jurídica não poderão ser no sentido da instrumentalização da vida (intra-uterina) do feto em favor da vida da mãe», está a esquecer-se de que, contraditoriamente com todo o seu esforço em procurar um qualquer fundamento para a justificação do médico, está a dizer que nunca poderá haver justificação (seja com base no “seu” conflito de deveres, seja com base no estado de necessidade legal, CP, art. 142º, nº 1, al. a)), mesmo que a mãe consinta. Pois não é pelo facto de a mãe consentir no aborto (consentimento que, para o autor da dissertação, parece ter pouca relevância) que este deixa de ser um meio para salvar a mãe; logo, mesmo quando permitido, com base na referida disposição do Código Penal, há sempre uma instrumentalização da vida do feto em favor da vida da mãe.

Portanto, a conclusão é a de que o autor disse mais do que queria dizer...

Quarto: ao concluir, neste caso, pela negação de um conflito de deveres justificante, com o argumento de que o dever de omissão prevalece sempre sobre o dever de acção, mesmo que o bem jurídico protegido pelo dever de acção seja mais valioso, está a demonstrar o insucesso da sua tentativa de reconduzir, a uma situa-

ção de conflito de deveres jurídicos, uma situação em que o cumprimento de um dever jurídico de acção só seja possível à custa da lesão de um outro bem jurídico tutelado penalmente. Isto é, está a negar a existência de conflitos de deveres jurídicos, quando colidam deveres jurídicos de acção com deveres jurídicos de omissão.

Isto não significa que ou há uma situação de conflito de deveres jurídicos ou há uma situação de direito de necessidade. Há que não esquecer a existência de uma *situação que podemos designar por intermédia*. Refiro-me à situação em que sobre determinada pessoa (seja ela médico, pai ou cidadão anónimo) recai o dever jurídico de praticar uma acção, para salvar um bem jurídico em perigo, mas a prática desta acção salvadora implica a violação do dever de não lesar bens jurídicos de terceiros. Numa tal situação, temos um **direito-dever de necessidade**, e não um conflito de deveres jurídicos. *Dever jurídico*, na medida em que, e desde que sobre a pessoa em causa recaia o dever de praticar a acção salvadora do bem em perigo (seja esse dever um dever de garante, funcional ou relacional, seja um dever de acção médica, ou um dever geral de auxílio); *direito de necessidade*, na medida em que os pressupostos da justificação da acção lesiva dos bens jurídicos de terceiros, e necessária à salvaguarda do bem em perigo e em relação ao qual existe o dever jurídico de acção, são os pressupostos do direito de necessidade, estabelecidos no CP, art. 34º. Pois que, o facto de sobre determinada pessoa recair um dever jurídico de salvar determinado bem em perigo não pode obrigar o terceiro a ter de suportar lesões dos seus bens jurídicos, para além do que lhe é exigível em nome do princípio da solidariedade humana, em que se fundamenta o direito de necessidade.

2.6. Ainda uma palavra mais sobre o tratamento deste caso do aborto terapêutico contra a vontade da mãe.

O candidato Duarte Nunes, embora com base em argumentos sinuosos, ética e juridicamente, conclui que não havia exclusão da ilicitude no aborto realizado pelo médico. E, então, passou a analisar se não haveria **exclusão da culpa**, com base num conflito de deveres desculpante supra-legal.

Deixemos, por agora, a sua reacção contra uma eventual aplicação analógica do estado de necessidade desculpante (CP, art. 35º), e façamos apenas uma breve apreciação crítica do argumento em que fundamenta a desculpação do médico.

E o argumento é apenas a invocação do «*terrível conflito de consciência*», «*o dilema*», em que se encontrava o médico, de ou salvar a vida da mãe, sacrificando o feto e contrariando a vontade daquela, ou «*respeitar a decisão da mãe e sacrificar a vida desta em benefício do feto*». Este «terrível conflito de consciência» faz com que, segundo o mestrando, o médico não possa ser censurado, com que não lhe pudesse ser exigível outro comportamento!

A crítica desta posição, que é inteiramente de recusar, pode fazer-se através de duas perguntas: não é evidente que, mesmo que não esteja em causa uma vida intra-uterina, não há qualquer desculpa para o médico (cujo código deontológico conhece) que realiza uma intervenção cirúrgica contra a oposição consciente e livre do paciente?!; se esse hipotético «terrível conflito de consciência» fosse causa de desculpação do médico, então para que servia o tipo de crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (CP, art. 156º)?!; cujo sentido é o de que, por maiores que sejam os riscos de morte ou de lesão da saúde para o paciente, e por mais eficaz que seja o tratamento médico, este nunca será admissível, se o doente esclarecido a tal se opuser.

Em verdade, e para concluir, há que dizer que **dramático conflito de consciência tê-lo-á, sim, a mulher grávida**, cuja continuação da gravidez ponha em perigo a sua vida. Pois que se vê no dilema de ou pôr em perigo a sua vida (não aceitando o aborto), ou destruir uma vida, da qual ela é mãe, e que está em formação. – Mas, sendo seu o conflito de consciência, só nas “mãos” dela está a decisão.

2.7. Diante desta argumentação do mestrando, a propósito do aborto terapêutico contra a vontade da mãe – argumentação manifestamente inconsistente, tanto sob o ponto de vista ético como no plano jurídico-constitucional e jurídico-penal –, não admira que o candidato defenda uma solução abertamente repudiável, a propósito do **caso em que um paciente recusa uma transfusão de sangue, considerada necessária para a sua sobrevivência, com fundamento nas suas convicções religiosas** de Testemunha de Jeová, recusa que o médico não respeita.

Sinceramente, não posso deixar de dizer que os contornos do caso são tão lineares que a argumentação do Lic. Duarte Nunes a favor da justificação da transfusão de sangue à força quase não mereciam qualquer consideração.

Mas, dito isto, vejamos, sumariamente, as considerações feitas em abono de tão recusável opinião.

O candidato começa (pág. 115 e 150 ss.) por dizer que deve ser explicitado o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, em situações de conflito. E logo acrescenta que, em situações de conflito, nem todas as violações deste princípio são inadmissíveis.

E passa a indicar as razões que, em seu entender, levam a que não haja violação inadmissível da dignidade da pessoa humana do paciente, quando o médico, que considera um determinado tratamento necessário para evitar a morte ou uma lesão grave da saúde de um doente, realiza este tratamento, mesmo que contra a vontade consciente e expressa do paciente.

É evidente que o candidato reconhece que o médico pratica o facto típico previsto no art. 156º do Código Penal – “intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”.

Todavia, esquecendo-se de que o legislador, no próprio tipo legal do referido art. 156º, já ponderou o conflito entre os tratamentos médicos necessários e a livre autodeterminação do doente no sentido de uma eventual recusa deste, e resolveu-o, como não podia deixar de ser, a favor da liberdade do paciente, vai o Lic. Duarte Nunes tentar excluir a ilicitude penal do tratamento médico coactivo com apelo à figura geral do conflito de deveres, prevista no art. 36º, nº 1, do Código Penal.

Segundo o autor da dissertação, o tratamento médico coactivo, quando necessário para evitar a morte ou grave lesão, está justificado com fundamento no conflito de deveres.

Vejamos, agora, como aplica este seu princípio geral ao caso da transfusão de sangue, numa testemunha de Jeová, que, embora dela carecesse para evitar riscos sérios de morte, todavia a recusou, por força das suas convicções religiosas.

Eis os **argumentos invocados**:

«**em primeiro lugar**, o médico actua no interesse do paciente; parece-nos, salvo o devido respeito, *irracional* que se deixe morrer alguém *apenas* porque essa pessoa por razões religiosas se recusa a receber o tratamento necessário para salvar a vida sendo que, para mais, se fosse um qualquer outro método de tratamento, já essa recusa se não verificaria» [itálicos meus];

«**em segundo lugar**, temos grandes dificuldades em conceber que a Ordem Jurídica tenha interesse em que se sacrifique uma vida humana quando isso se deve, *apenas e só*, a motivos de natureza religiosa [...]. Assim, verificando-se estes dois requisitos, o princípio da dignidade da

pessoa humana não deverá impedir que se hierarquizem e ponderem os deveres com base no valor dos bens jurídicos por eles tutelados, acabando por se concluir pela superioridade do dever de salvar a vida do paciente à custa do sacrifício das suas convicções religiosas».

E, na pág. 150 s., repete o que acabei de transcrever, salientando os méritos que esta sua “tese” contém. Vejamos o que diz:

– Numa situação destas nunca poderia haver justificação com base no direito de necessidade, pois que «jamais seria razoável impor ao paciente que suportasse a transfusão de sangue contra a sua vontade» – com o que, diga-se, todos concordaremos.

– Mas, prossegue, não considerar justificada a transfusão forçada de sangue seria extremamente injusto para o médico, «dado que seria possível agir sobre ele em legítima defesa» – diga-se, já, que não há nenhuma injustiça em considerar ilícita uma transfusão de sangue ou um outro qualquer acto ou intervenção médica arbitrária, como, aliás o impõe o art. 156º, nº 1, do Código Penal. Injusto seria considerar não ilícito um acto médico contra a vontade do paciente.

– **E termina, concluindo que a justificação da transfusão coactiva de sangue que, segundo o mestrando, não pode deixar de se afirmar – seja no plano jurídico, deontológico ou da bioética –, é a “prova dos nove” da validade da sua teoria de que o conflito entre deveres de acção e deveres de omissão constitui um verdadeiro conflito de deveres, cujo regime e pressupostos são os estabelecidos pelo art. 36º, nº 1, e não uma situação de estado de necessidade.** Assim, escreve: «Eis o que sucederia [a ilicitude da transfusão coactiva de sangue] se aderíssemos à opinião de quem defende que, quando colidam deveres de acção com deveres de omissão, não estamos perante uma situação de conflito de deveres, mas sim de estado de necessidade. Mas, se, pelo contrário, aderirmos à opinião de quem vê aí uma situação de conflito de deveres, como, de resto, fazemos, teremos, como vimos, uma solução completamente diferente e, sobretudo, mais justa para o agente.».

Além das críticas que já fiz à posição do Lic. Duarte Nunes, a propósito do aborto terapêutico, bastam, aqui, **duas breves considerações:**

A **primeira** para dizer que a solução, que apresenta, é, efectivamente, completamente diferente, pois afirma a justificação, onde não pode deixar de se ver a ilicitude da transfusão forçada de sangue; recorre a uma causa de justificação geral para resolver um pretenso con-

flito de deveres, quando **o conflito já está expressamente resolvido pelo específico art. 156º, nº 1, do Código Penal**, e, por isto, já não se coloca ao médico, nem ao intérprete-julgador uma situação de verdadeiro conflito de deveres jurídicos: o médico não tem o dever jurídico (ou deontológico) de salvar a vida do doente, contra a vontade deste. O médico só tem o dever de prestar a assistência médica necessária à vida ou saúde do doente, desde que este consinta no acto médico; se, pelo contrário, **o doente recusa o tratamento médico, mesmo que com risco de morte, o único dever do médico é respeitar a recusa do doente**, recusa que é um direito do doente. Assim, se o doente recusa o acto médico, está a exercer um seu direito; e o médico que, por causa desta recusa, não realiza a transfusão de sangue (ou outro qualquer acto médico) salvadora não pratica qualquer omissão típica.

A posição do mestrando teria, na hipótese de o médico respeitar o direito do paciente à recusa do tratamento, a absurda consequência de, no caso de morte, responsabilizar o médico por homicídio por omissão!...

Termine-se esta primeira consideração crítica, esclarecendo o candidato de que, em qualquer hospital, se encontra, em local bem visível, afixado um prospecto onde constam os **direitos dos doentes**. Entre estes direitos, vem a propósito destacar dois: «O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer acto médico ou participação em investigação ou ensino clínico»; «O doente tem direito ao respeito pelas suas convicções culturais, filosóficas e religiosas».

A **segunda consideração** é para dizer, mais uma vez, que, se os méritos da posição que defende um verdadeiro conflito de deveres, quando colidem deveres de acção com deveres de omissão, são os apreçados pelo candidato, ou outros análogos, então podem, e devem, os que negam a sua existência manter-se fiéis à sua posição.

2.8. Vejamos o caso do «médico que, contra a vontade do doente (que corre perigo de vida e não há outro meio de conjurar esse perigo), decide experimentar nele um novo medicamento com o intuito de fazer uma última tentativa de lhe salvar a vida (o doente recusa esse tratamento por se tratar de um meio experimental e ele não quer servir de cobaia), acabando o medicamento por ser eficaz, salvando-se o doente.

Segundo o **candidato** (pág. 186 s.), uma vez que o doente rejeita o tratamento, não há justificação com base no consentimento exigido pelo CP, art. 156º, nº 1.

Mas, segundo o mestrando, há que, de seguida, ver se não haverá justificação com base no **conflito de deveres**, uma vez que sobre o médico recaem dois deveres: o de salvar a vida do doente, ministrando-lhe, mesmo que à força, o novo medicamento, e o de respeitar a liberdade, a recusa do doente, não lhe ministrando o medicamento.

Chegando aqui, distingue entre tratamento médico convencional, isto é, segundo as *leges artis* ou já experimentado e consagrado, e tratamento médico em experimentação. Se fosse tratamento convencional, estar-se-ia diante de um conflito de deveres justificante, na linha da aberração já criticada de que, sendo mais valiosa a vida do doente do que a sua liberdade e, portanto, sendo mais valioso o dever de salvar a vida do doente do que o dever de respeitar a sua liberdade, a oposição do paciente ao tratamento médico seria irrelevante. Mas, uma vez que se trata de um medicamento experimental, que tanto pode salvar a vida como acelerar a morte, já é mais importante respeitar a vontade do paciente do que a tentativa de lhe salvar a vida. Logo, não há conflito de deveres justificante. Mas, questiona-se o autor da dissertação, se não haverá um conflito de deveres desculpante supra-legal?; e responde que sim, com base nestas considerações: o médico encontrava-se «num terrível conflito de consciência [eis, mais uma vez, o “conflito de consciência” invocado em vão...]: deixar o doente morrer ou, como última tentativa para o salvar (ainda que os riscos de insucesso fossem elevados, e pudesse, com isso, piorar o estado de saúde do doente), experimentar nele esse novo medicamento, como fez»; além desta razão, apresenta estoutra: «o principal dever do médico é salvar vidas humanas, daí que, também neste ponto, seja perfeitamente compreensível o comportamento do médico». Donde a conclusão: «sendo manifesta [!] a inexigibilidade de uma conduta diversa, entendemos que a solução mais justa será a exclusão da culpa por conflito de deveres»!

Apreciação crítica: depois de todas as críticas já feitas, esta posição tão, ética e juridicamente, sinuosa e inaceitável não merece mais comentários. Pois, como é que se pode falar em desculpação do médico, se, mesmo que se trate de um medicamento 100% eficaz para impedir a morte do doente, nem assim havia qualquer fundamento para excluir a culpabilidade do médico relativamente ao crime de “tratamentos médicos arbitrários”! E deve acrescentar-se que, na hipótese de o medicamento experimental, ministrado contra a vontade do doente, ter acelerado a morte, o médico responderia por dois crimes: o crime de “tratamentos arbitrários” (art. 156º, nº 1) e o crime de “tratamento

médico negligente” (art. 150, nº 2, primeira parte), no caso de o medicamento experimental não ter sido o causador da morte, pois que se o tivesse sido, o concurso seria com o crime de homicídio (segunda parte do nº 2 do art. 150º). E compreende-se que assim seja, pois que, ao fazer experimentação médica, sem consentimento do doente (deixemos de lado a eventual exigência adicional de maiores probabilidades de êxito do que de fracasso do tratamento experimental), é razoável e justo que os riscos do insucesso recaiam sobre o médico.

2.9. Relativamente ao caso do doente incurável e em estado terminal, cuja única possibilidade de lhe prolongar a vida (e o sofrimento) é a prestação de “**cuidados extraordinários**”, cuidados estes **que o médico se recusa a realizar**, limitando-se a ministrar-lhe analgésicos, **acabando** esta conduta do médico **por provocar a morte mais depressa**, embora com menos sofrimento, mais uma vez o candidato subverte todos os princípios éticos, deontológicos e jurídicos, acabando por justificar o comportamento do médico com base no inevitável conflito de deveres (pág. 160).

Como crítica, parece bastar a transcrição das afirmações feitas pelo Lic. Duarte Nunes. Ei-las:

- 1ª – No caso, «colidem o dever de salvar a vida ao doente e o dever de não realizar tratamentos arbitrários», ao que é de lembrar ao candidato que os “cuidados médicos extraordinários” não são tratamentos arbitrários, uma vez que é o doente que os solicita.
- 2ª – A partir deste erro radical, tudo o resto passa a ser confusão. Assim, logo de seguida, escreve: «os bens jurídicos tutelados por estes deveres são, por um lado, a vida e, por outro, a liberdade, daí resultando que, em princípio, o médico deverá cumprir o dever de tentar salvar a vida do doente». – Sobre isto temos que referir a evidência de que, no caso, o interesse e a decisão do doente vão no mesmo sentido de prolongar a sua vida. Portanto, não há nenhum conflito entre o bem vida e o bem liberdade, ambos do doente; o que há, pura e simplesmente, é uma recusa arbitrária de tratamento, por parte do médico, e não, de forma alguma, um tratamento arbitrário.
- 3ª – E, para culminar toda esta confusão, vejamos (pondo de lado a descabida invocação do conflito de deveres) como o mestrando chega à sua conclusão de que a recusa da prestação dos “cuida-

dos médicos extraordinários” é justificada. Espantosamente, escreve que, se o médico prestasse os “cuidados extraordinários”, pedidos pelo doente, estaria a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que «jamais se poderá considerar que o médico actuaria para o bem do doente, dado que este não retiraria daí quaisquer benefícios (bem pelo contrário)» ?!; e «também não faria sentido considerar que o interesse da Ordem Jurídica aponta no sentido de o médico ir contra a vontade do doente, quando jamais lhe poderá salvar a vida [?!] e a única consequência disso seria prolongar o sofrimento do doente »?... Depois de toda esta confusão, conclui: «Nesta conformidade, parece-nos que, apesar de tutelar um bem jurídico de valor inferior, o dever (de omissão) de não praticar tratamentos arbitrários [?!] deve prevalecer sobre o dever (de acção) de salvar a vida e, em conclusão, o médico agiu licitamente ao nada fazer, dado que cumpriu o dever que, no caso concreto, era mais valioso (art. 36º, nº 1, do Código Penal.»?!)

2.10. Relativamente ao caso do doente que precisa de um «enxerto coração-pulmões», para não morrer, mas em que o doente recusa tal operação, e, por isto, o médico não o opera, é claro que o médico actua licitamente. Só que, não com base no conflito de deveres justificante, mas sim com base no respeito pelo direito de recusa do doente. Assim, a conduta do médico em não operar contra a vontade do paciente é uma conduta atípica. É que a recusa, pelo doente, de um tratamento médico exclui a tipicidade do único facto que, aqui, está em causa que é tratar ou não tratar o doente, facto que só tem duas soluções: ou trata contra a vontade do paciente e comete o ilícito de tratamentos médicos arbitrários (CP, art. 156º, nº 1) ou não trata, por respeito da recusa do paciente, e a sua conduta omissiva é atípica.

2.11. Sobre o caso da criança de 3 anos, que corre perigo sério de vida, se não for submetida a uma intervenção cirúrgica de peito aberto, mas cujos pais, por serem testemunhas de Jeová, recusam a transfusão de sangue e, assim, impossibilitam a operação, há, mais uma vez, que dizer que a questão não tem nada que ver com o conflito de deveres, pois o médico só tem o dever de operar e, assim, salvar a vida da criança, se houver consentimento de quem tem o direito de o dar ou recusar.

Assim, enquanto não foi criada legislação específica para estes casos que envolvem crianças (e desde a entrada em vigor do Código Penal de 1982, pelo menos em relação aos menores de 14 anos – cf. art. 38, nº 3), valia a decisão do representante legal. Mas a questão continuava a ser a mesma: se o representante legal (os pais, no geral) autorizasse a transfusão de sangue, o médico actuava licitamente; se recusasse, o médico não podia fazer a transfusão (sendo a sua omissão atípica), caso contrário, cometia o crime de “intervenção médica arbitrária” (art. 156º, nº 1).

E, nesta segunda hipótese (que não era meramente teórica, pois houve casos destes em tribunal), então, sim, o médico ficava num verdadeiro conflito de consciência: ou acatava, como lhe era exigido, a recusa do representante legal, nada podendo fazer para impedir a eventual morte da criança, ou praticava a transfusão de sangue, assim evitando a morte da criança, mas cometendo o ilícito de “tratamento médico arbitrário (art. 156º, nº 1). Passado o problema para o âmbito da culpabilidade, ou não, pela prática deste tipo-de-ilícito, a solução poderia (e deveria) ser a da exclusão da culpa com fundamento no estado de necessidade desculpante (CP, art. 35º, nº 1).

Com efeito, nem se podia invocar o direito de necessidade, para justificar a transfusão, uma vez que a recusa de consentimento é que é um direito do doente ou do seu representante legal, recaindo sobre o médico, mas é, o dever de respeitar o exercício deste direito, como resulta, claramente, do art. 156º, nº 1; nem, para fundamentar a desculpção, se podia invocar o conflito de deveres desculpante supra-legal, dado que, *ab initio*, não existe, como vimos, qualquer conflito de deveres, pois o dever do médico no salvamento do doente (adulto ou criança) cessa com a recusa do consentimento para o acto médico, recusa que é um direito do doente ou do seu representante legal.

Foi para resolver estas situações de conflito entre os interesses “médicos” da criança ou de inimputáveis e a recusa dos seus representantes legais (seja motivada por convicções religiosas ou outras) que o legislador interveio, permitindo o suprimento da falta de consentimento (ou oposição) do representante legal pela autorização judicial.

2.12. Agora, passemos a uma breve referência ao caso de um doente, que corre perigo de vida, se não lhe for implantado um órgão vital (coração, pulmões, fígado, rins, etc.), órgão este que existe num sinistrado rodoviário, que acaba de chegar já morto ao hospital. Sendo

certo que há compatibilidade entre o órgão da pessoa falecida e o doente que dele carece, mas também sendo certo que **a pessoa**, agora cadáver, **manifestou, em vida** e nos termos legais (cf. Lei nº 12/93, art. 10º, nº 1), a sua «qualidade de não dador», isto é, **a sua oposição a que lhe fossem retirados órgãos depois de morta**, questiona-se que comportamento deve ter o médico?

Segundo o mestrando, mais uma vez estar-se-ia, aqui, numa situação de conflito de deveres!... E, mais uma vez, esquece ou despreza, qual coisa secundária, a solução imposta pelo legislador, o qual já teve presentes os interesses jurídicos em causa, e optou pela prevalência da vontade, manifestada em vida, da pessoa, agora cadáver.

Quero, com isto, dizer que, contra o que o candidato escreve, não se coloca ao médico qualquer conflito de deveres. O médico, pura e simplesmente, não pode extrair do cadáver qualquer órgão, para implantar no doente. Se o fizer actua ilicitamente. Quanto ao dever de salvar a vida do doente, ele só se afirma, a partir do momento em que haja possibilidade de o cumprir, isto é, quando apareça um doador vivo (respeitando os pressupostos da Lei 12/93, art. 6º, nºs 2 e 4) ou um cadáver, cujos órgãos sejam compatíveis e que respeite a pessoa que, em vida, não tenha manifestado oposição ao transplante.

Relativamente aos pretensos argumentos do candidato em favor da justificação com base no conflito de deveres, há apenas que criticar a forma confusa do discurso e o estafado e desconexo apelo aos “interesses da Ordem Jurídica”, aos “interesses da Sociedade”, ao “princípio da dignidade da pessoa humana”.

2.13. Sobre o caso do médico que, diante de um seu paciente, que tem uma **doença sexualmente transmissível** (p. ex., SIDA), decide informar o cônjuge, para que este tome as precauções adequadas, também o Lic. Duarte Nunes considera que há justificação da violação do segredo profissional médico, com base no conflito de deveres (CP, art. 36º, nº 1), uma vez que os bens jurídicos vida ou saúde, e os correspondentes deveres de os preservar, são superiores ao bem jurídico privacidade e ao correspondente dever de não violar a privacidade do seu doente.

Penso que não há, aqui, uma situação de conflito de deveres, mas sim de direito de necessidade. Para haver conflito de deveres, teria de recair sobre o médico o dever de informar o cônjuge, ou eventuais amantes do seu paciente; e, caso não o fizesse, poderia vir a ser res-

ponsabilizado, no caso, p. ex., de morte do “parceiro sexual”, por homicídio por omissão – o que não me parece defensável. Parece-me que há, aqui, uma situação de direito de necessidade em que, não havendo outro meio (que seria o próprio doente, por sua iniciativa ou a conselho do médico, a informar o(s) seu(s) “parceiro(s) sexual(ais)”), pode o médico informar, uma vez que o bem jurídico em perigo (vida ou saúde) é mais valioso que a privacidade, e é ético-juridicamente razoável impor ao lesado (ao doente) o sacrifício da sua privacidade.

2.14. Sobre o caso do **atestado médico**, solicitado para fins de obtenção ou renovação de carta de condução automóvel, parece claro que o médico não viola qualquer sigilo profissional, quando declara deficiências ou doenças que sejam incompatíveis com a condução automóvel. Se o requerente não quer que o médico declare determinada deficiência, então o médico, se estiver na qualidade privada, não tem outra alternativa que não seja a de não passar o atestado, sob pena do crime de atestado falso (CP, art. 260º). Portanto, discordo do mestrando quando fala numa situação de conflito de deveres, dizendo que prevalece o dever de não passar atestados falsos sobre o dever de não violar o segredo profissional.

Só mais uma observação: aqui, o candidato contradiz a sua negação da possibilidade de existência de um conflito entre deveres de omissão (pág. 37 s. e 95), pois diz, embora incorrectamente, que há uma situação de conflito de deveres jurídicos. Ora, se existisse, no caso apresentado, uma situação de conflito de deveres jurídicos, então teríamos um conflito entre deveres de omissão: dever de não divulgar doenças do seu cliente (dever de omissão) e o dever de não passar atestados falsos (também dever de omissão).

2.15. Entre a multiplicidade de diferenças (multiplicidade que chega a desafiar a mais exacerbada imaginação) que o autor da dissertação invoca, para afirmar a plena autonomia (que quase parece considerá-las figuras antagónicas...) do conflito de deveres face ao direito de necessidade, está a de que «a actuação em estado de necessidade justificante em Direito Penal gera a **obrigação de indemnizar** no Direito Civil (responsabilidade civil por facto lícito) nos termos do art. 339º do Código Civil, enquanto a actuação em conflito de deveres justificante, não, o que – segundo o candidato – se justifica pois não faria sentido que, nesta situação, o Direito impusesse ao agente o cumprimento do

dever (sendo que, ao cumpri-lo, o agente actua conforme ao Direito) e depois previsse a possibilidade do agente ter que indemnizar o lesado ou os seus sucessores.».

Sobre esta pretensa diferença e sobre a sua (do candidato) fundamentação, há que fazer algumas **observações**.

A primeira é sobre a fundamentação invocada. E há que lembrar que, também no direito de necessidade, o agente actua conforme o Direito; a actuação em estado de necessidade justificante não é algo que apenas seja tolerado pelo Direito, mas é, sim, algo que é *positivamente aprovado e valorado pelo Direito*, o que se compreende, pois é um comportamento baseado e emanado do princípio da solidariedade, que é um princípio fundamental do Estado de Direito Social. Portanto, o direito de necessidade é uma verdadeira causa de *justificação*, e não de mera exclusão da negatividade, que é a ilicitude. Serve isto para dizer que não pode ser esta a fundamentação da diferença que, segundo o mestrando, existe entre o conflito de deveres e o direito de necessidade.

Tanto o direito de necessidade como o verdadeiro conflito de deveres (de acção) são autênticas causas de *justificação*: no direito de necessidade, a conduta é assumida como justa (conforme com o Direito), pois que a lesão do interesse do terceiro permitirá salvaguardar um interesse claramente mais importante; no conflito de deveres (de acção), o agente, dada a impossibilidade de cumprir os dois deveres, ao cumprir o dever superior ou, sendo iguais, ao cumprir qualquer um deles, está a fazer tudo o que lhe é humanamente possível e juridicamente exigível.

A razão da existência do dever de indemnizar, no direito de necessidade – dever que recai sobre o beneficiado com a acção de salvamento –, está no facto de o terceiro, que suporta a acção lesiva do seu interesse, não ter sido o causador da situação de perigo. Logo, compreende-se e é justo que seja reparado dos prejuízos causados pela acção de salvamento.

Diferentemente se passam as coisas nas situações de conflitos de deveres (de acção). Aqui, existem dois (ou mais) deveres de acção, e o agente só pode cumprir um deles (ou, sendo mais que dois, não pode cumpri-los todos), sem que haja qualquer responsabilidade do agente na impossibilidade de cumprir os dois deveres. Portanto, o agente, diferentemente da situação de direito de necessidade, não pratica qualquer acção lesiva dos interesses de terceiro, mas apenas, por total impossibi-

lidade, não pratica a acção que salvaria o bem que, por caso fortuito ou por acção de um terceiro, se encontra em perigo. Logo, não teria qualquer sentido e seria juridicamente injusto obrigar o agente (que cumpriu o dever superior, ou igual) a reparar os eventuais prejuízos que tiver sofrido o titular do interesse menos, ou igualmente, importante.

Acrescente-se que, na hipótese de a impossibilidade de cumprir os dois deveres (de acção) ser imputável ao agente, então já os prejuízos resultantes do não cumprimento do dever inferior deverão ser indemnizados pelo omitente. É que, nesta hipótese, estar-se-ia diante de uma *omissio illicita in causa*, geradora de responsabilidade civil. Mas esta não é uma situação de verdadeiro conflito de deveres, pois que este pressupõe que a impossibilidade de cumprir os dois (ou mais) deveres de acção não seja imputável ao omitente.

Finalmente, há que referir a *hipótese intermédia* entre o direito de necessidade e o conflito de deveres (de acção), hipótese a que já nos referimos (cf. parte final do nº 2. 5) e que designámos por *direito-dever de necessidade*. Nesta situação, que o mestrando considera, juntamente com outros autores, como um verdadeiro conflito de deveres, também existe uma obrigação de indemnizar os eventuais prejuízos patrimoniais resultantes da acção violadora do dever de omissão. Pois que não é pelo facto de sobre o agente recair um dever jurídico de salvaguardar um determinado bem jurídico de uma certa pessoa que o terceiro, sobre o qual recaem os efeitos negativos dessa acção de salvamento, deixa de ter o direito de ser indemnizado. Uma coisa é a justificação da acção lesiva dos interesses do terceiro, desde que se verifiquem os pressupostos do direito de necessidade; outra coisa é o dever de indemnizar os prejuízos que o terceiro venha a suportar em consequência da acção de salvamento. O facto de esta acção corresponder, diferentemente do que acontece no puro e simples direito de necessidade, a um dever jurídico (seja ele de garante ou de auxílio, seja geral ou funcional) não retira ao terceiro o direito à indemnização pelos prejuízos sofridos.

Pode dizer-se, em conclusão, que o que distingue o direito de necessidade do conflito entre um dever (geral ou especial) de acção e um dever (geral ou especial) de omissão é apenas o facto de, nesta segunda hipótese, o agente ser juridicamente obrigado a praticar a acção salvadora, enquanto que, na hipótese do direito de necessidade, o agente é livre de agir ou não, isto é, goza de uma faculdade.

Relativamente ao terceiro que sofre a acção lesiva do seu interesse, posto que orientada para a salvaguarda de um interesse superior, é irre-

levante que o agente tenha agido no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever: quer num quer noutra caso, o que lhe é exigido, em nome do princípio da solidariedade, é que tolere a acção; já, quanto à indemnização de eventuais danos patrimoniais, é justo que tais sejam reparados por quem beneficia com a acção de salvamento.

Todas estas razões levam a que se negue uma situação de verdadeiro conflito de deveres jurídicos (prevista no CP, art. 36º), quando colidam um dever de acção e um dever de omissão. Numa tal situação, o regime jurídico aplicável, isto é, os pressupostos da justificação são os do direito de necessidade (CP, art. 34º). A única especialidade desta situação é a circunstância de o agente ser obrigado a agir. Daqui o designarmos esta situação por *direito-dever de necessidade*.