

# O DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO NOS CASOS DE DIAGNÓSTICO DE DOENÇA GRAVE OU INCURÁVEL OU PROGNÓSTICO DE VIDA LIMITADO E O ARTIGO 157º DO CÓDIGO PENAL <sup>(1)</sup>

Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria <sup>(2)</sup>

**Resumo:** Este artigo trata do dever jurídico-penal de esclarecimento médico que constitui condição do consentimento informado do doente e de legitimidade da intervenção médica, e dos limites a que se encontra sujeito. De acordo com o artigo 157º do Código Penal, o esclarecimento deve abranger o diagnóstico e a índole, o alcance, a envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. Este regime não permite ao médico a ponderação dos danos que a informação possa vir a causar ao doente em certos casos, o que coloca a dúvida sobre se pode deixar de informar o doente de um diagnóstico de doença grave ou incurável ou de um prognóstico de vida limitado, sempre que ele revele uma extrema vulnerabilidade e dificuldade em lidar com a morte. A resposta a esta questão obriga a definir o âmbito normativo do artigo 156º do Código Penal, e a concretizar a exigência de proporcionalidade imposta pelo legislador como limite ao dever de informar.

**Palavras chave:** dever de esclarecimento, autonomia do doente, intervenções médicas arbitrárias, privilégio terapêutico, princípio da proporcionalidade

<sup>1</sup> Este texto corresponde, com algumas alterações e desenvolvimento, à comunicação proferida no Instituto de Formação Avançada da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa (AIDFM) e integrada no I Curso Pós Graduado de Actualização em Direito da Medicina, *Leges Artis* e Prática Clínica, no dia 30 de Novembro de 2018.

<sup>2</sup> Professora Associada de Direito Penal da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Regente de Direito Médico do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora do CEID, Centro de Estudos e Investigação em Direito, Universidade Católica Portuguesa

**Abstract:** Object of this paper is the content of the medical duty of disclosure enshrined in article 157º of the Criminal Code, as a condition for informed consent and for the legitimacy of the medical intervention, and its exceptions. According to this article, the patient has the right to be informed about the diagnosis and the nature, the extent, the scale and possible consequences of the intervention or the treatment, except if this involves the communication of circumstances which, being known by the patient, would endanger his life or would be able of causing great damage to his physical or psychological health. In regard to this legal regime it is debatable the relevance of the vulnerability of the patient and his fear of death as exceptions to the duty of disclosure in cases of diagnosis of serious or incurable illness, or prognosis of limited life expectancy. This question must be seen within the broader context of the discussion about the content and the limits of the criminal protection of the patient autonomy, and in the light of the significance of the proportionality principle as justification.

**Sumário.** 1. A relação entre a tutela jurídico-penal da liberdade e da integridade física e da vida do doente. Os artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal; 2. A evolução do dever de esclarecimento médico; 3. O modelo da participação mútua; 4. O modelo da participação mútua e o nosso Código Penal. A evolução da protecção penal da autonomia do doente. 5. O critério a utilizar para ajuizar da suficiência do esclarecimento. 6. Os tópicos do esclarecimento médico 7. Os limites ao dever de esclarecimento 8. Os estados terminais. O diagnóstico de doenças fatais com um prognóstico limitado de vida. O privilégio terapêutico 9. As posições doutrinárias relativas à legitimidade da limitação do dever de esclarecimento médico 10. A regulação deontológica e as Convenções Internacionais nesta matéria; a lei sobre informação genética pessoal e informação de saúde 11. A posição adoptada pelo Código Penal português 12. A materialidade do dever de esclarecimento e do consentimento informado. A importância de atender às circuns-

tâncias e à necessidade informativa do doente concreto 13. O consentimento hipotético. 14. A limitação do dever de informar devido à diminuição substancial da autonomia do doente 15. O esclarecimento parcial. 16. Conclusões.

## 1. A relação entre a tutela jurídico-penal da liberdade e da integridade física e da vida do doente. Os artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal

Na sua obra “Divã Ocidental-Oriental”, Goethe pergunta<sup>(3)</sup>: “Pelo que devemos agradecer a Alá? Por manter separado o conhecimento da doença e o sofrimento que ela causa, pois o doente cairia em desespero se conhecesse o seu mal como o médico conhece”. Goethe refere-se aqui a dois aspectos fundamentais das relações entre médico e doente.

Em primeiro lugar, distingue a dor e o sofrimento da consciência da dor, o mal em si do conhecimento dele, o que corresponde à posição do nosso Código Penal que tutela a vida e a integridade física do doente e a sua autonomia como esferas separadas de interesses<sup>(4)</sup>. Sob o ponto de vista dos tipos legais de ofensas à integridade física e do homicídio, as intervenções médicas são atípicas, porque podem ser consideradas intervenções normais e úteis, não tendo o médico a intenção de ferir ou de prejudicar a integridade física do doente, mas de o tratar e beneficiar, dirigindo-se a sua actividade à cura, ou à melhoria

do seu estado de saúde, o que encontra tradução expressa no regime do artigo 150<sup>(5)</sup>.

Do outro lado das coisas, a autonomia do doente assume uma dimensão específica enquanto bem jurídico digno e carecido de tutela penal, não valendo como condição de legitimidade ou causa de justificação da agressão física da pessoa, mas como expressão da sua dignidade e da sua capacidade de tomar decisões relativamente ao processo de tratamento<sup>(6)</sup>. A tutela da liberdade do doente justifica a previsão do artigo 156º, que toma por título *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* e convoca a necessidade do esclarecimento de acordo com o artigo 157º. Deixe-se todavia adiantar, ao arpejo da limpidez da conclusão a que esta consideração separada e asséptica de bens jurídicos nos poderia conduzir, que não se afigura possível a separação completa e sem reservas das duas áreas de tutela, uma vez que a liberdade do sujeito é liberdade para a realização de uma intervenção médica, que só se deixa legitimar na totalidade onde traduza a plena realização da autodeterminação da

<sup>5</sup> Acerca dos elementos subjectivos e objectivos que esta definição requer, e para uma análise aprofundada do conceito de intervenção e tratamento médico cirúrgico, veja-se, de novo, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e Acordo*, *ob.cit.*, págs 464 e seguintes.

<sup>6</sup> Contra esta posição, mantém-se uma parte da doutrina penal alemã, em consonância com a solução adoptada pelo Código Penal alemão, que apenas protege a autodeterminação do doente enquanto liberdade de dispor do bem jurídico integridade física. De acordo com WIEGAND, *Der Heileingriff und die geschützten Rechtsgüter*, in *Handbuch des Arztrechts*, von Honsell, H, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, pág. 121, “seria errado atribuir ao direito de autodeterminação um âmbito de tutela autónomo. O direito de disposição não pode ser separado de um bem jurídico como a integridade física, pois que desse modo este perderia a sua qualidade de bem jurídico disponível”. Não é todavia esta a posição maioritária, sendo cada vez em maior número as vozes que se fazem ouvir no sentido da resolução legislativa do problema em moldes paralelos ao do nosso Código Penal, ou seja, através da tutela em separado dos dois interesses ou círculos de protecção, considerando a intervenção médica, na esteira dos ensinamentos de ENGISCH, como socialmente adequada. Veja-se, neste sentido, o que escreve ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, LAUFS, A, UHLENBRUCK, W, Verlag Beck, München, (2002), §138 10, pág. 1234

<sup>3</sup> GOETHE, *West-Eastern Divan*, tradução de JOHN WEISS, Boston, Roberts Brothers (1877) pág. 89.

<sup>4</sup> Este não é, como se sabe, o ponto de vista acolhido pelo direito civil, que trata o consentimento do doente como causa de justificação da lesão da integridade física que o tratamento médico traduz, pelo que a intervenção médica não consentida envolve a lesão simultânea do direito à integridade física e à autodeterminação do doente. Acerca da evolução do direito penal nacional no sentido do afastamento em relação à consideração da intervenção médica como ofensa corporal típica e sobre o objecto de tutela do artigo 156º, consulte-se, por todos, COSTA ANDRADE, Manuel da, *em Consentimento e Acordo*, págs. 449 e ss..

pessoa (não se trata de verdadeira justificação sob o ponto de vista dogmático e legal: o consentimento do doente não é, como se viu, e se deixa deduzir do texto legal, causa de justificação da lesão da integridade física que a intervenção médica significa). Pelo que só se pode falar de normalidade em relação à intervenção médica, e de verdadeira adequação social, onde a autonomia do doente se cruza, e é convergente, com a realização do programa curativo, constituindo nesta medida *acordo* enquanto causa de exclusão da tipicidade e da relevância penal da conduta, e não mero consentimento justificante<sup>(7)</sup>. Já tivemos oportunidade de o dizer, de resto, num outro local, onde escrevemos o seguinte<sup>(8)</sup>: "o artigo 150º não é, na verdade, sinónimo de adequação social do comportamento, falta-lhe um elemento ou critério de valoração para que se possa apontar nesse sentido: falta-lhe a consideração da vontade do paciente para a realização da intervenção (...). O que não abala em nada a posição legislativa que foi tomada ao nível do artigo 150º, mas que não permite dizer que este artigo consagra só por si uma cláusula de adequação social.

Uma outra conclusão resulta do pensamento de *Goethe* que não corresponde ao paradigma actual das relações entre doente e médico: que o desconhecimento do mal ou doença de que padece constitui uma benção para o doente. Neste plano, tem-se por assente que o doente quer, e deve saber, do seu estado de saúde, tem capacidade para tomar

decisões e para participar no processo terapêutico, o que obriga o médico a partilhar a informação, não tendo o poder discricionário de decidir o que é o melhor para ele (como sucede no chamado *modelo paternalista* do exercício da medicina<sup>(9)</sup>). Esta concepção da medicina como relação de colaboração entre duas pessoas, e a elevação da autodeterminação do doente a bem jurídico-penal autónomo, corresponde a um desenho recente, começando por aflorar no pensamento de autores como BELING, em 1924<sup>(10)</sup>, que afirmava que a realização de uma intervenção médica contra a vontade do doente devia poder ser tratada como sequestro ou coacção, reforçando-se em ENGLISH<sup>(11)</sup>, na Alemanha dos finais dos anos 30 do século passado, numa altura em que se intensifica a defesa de programas coactivos de tratamento e a necessidade de tutelar a ideia do consentimento e o que ela traduz. Com este sentido, a tese da prevalência da autonomia do doente mesmo à custa da sua vida foi abrindo caminho, acabando por se precipitar em soluções legais e em inúmeras decisões jurisprudenciais<sup>(12)</sup>.

9

<sup>9</sup> De acordo com DWORKIN, Gerard, *Paternalism*, *The Monist*, Vol. 56, 1 (1972), pág. 64, o paternalismo consiste em interferir com a liberdade de acção alheia, em nome de razões exclusivamente relacionadas com o bem estar, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa que é coagida.

<sup>10</sup> BELING, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe*, *ZStW* 1924, págs. 222 e seguintes, pág. 235.

<sup>11</sup> ENGLISH, *Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, *ZStW* 1939, pág. 1 e seguintes.

<sup>12</sup> SAWICKI, Nadia N., *Modernizing Informed Consent: Expanding the Boundaries of Materiality*, *University of Illinois Law Review*, 2016, 3, 821-872, pág. 822: "A doutrina do consentimento informado encontra-se enraizada de forma tão firme na prática médica e no pensamento jurídico actuais que nos esquecemos facilmente de como são recentes as suas raízes. Só a partir de 1960 é que os médicos e os juristas começam a ganhar plena consciência de que a responsabilidade por má prática profissional poderia deixar-se associar à falta de esclarecimento por parte do médico acerca dos riscos e benefícios de um potencial tratamento"

<sup>7</sup> Acentuando esta relação entre o consentimento e a realização da intervenção médica, particularmente legitimada pela redacção preterita do artigo 159º do Código Penal, que excluía o diagnóstico dos tópicos do esclarecimento, pelo que dificilmente ele poderia ser visto como realização exclusiva e autónoma da liberdade do doente, COSTA ANDRADE, Manuel da, págs. 460 e ss. Considerando que o regime vertido no artigo 150º do Código Penal constitui uma cláusula expressa de adequação social da conduta que integra o acordo do doente, RIBEIRO DE FÁRIA, Paula, *A adequação social da conduta no direito penal*, Porto, Universidade Católica Editora (2005), página 473

<sup>8</sup> Ribeiro de Faria, Paula, *A Adequação social da conduta*, *ob.cit.*, pág. 475.

## 2. A evolução do dever de esclarecimento médico.

A aceitação da relativa novidade que representa o reconhecimento da autonomia e liberdade do doente e da sua legitimidade em tomar decisões irracionais sob o ponto de vista médico, não significa que a consistência normativa deste direito e do correspondente dever de esclarecimento não tenham já percorrido um longo percurso.

As teses do consentimento informado e a consagração das intervenções arbitrárias como ofensa ilegítima ao direito de autodeterminação do doente representam o culminar de um processo que percorreu duas etapas: numa primeira fase, considerava-se que o médico ocupava uma posição de supremacia face ao doente, pelo que não tinha que lhe explicar as intenções que o animavam, os métodos que utilizava, ou as finalidades que prosseguia, preenchendo a realização do objectivo terapêutico todo o espaço da relação entre eles, como sucede no Antigo Egipto, e na Idade Média<sup>(13)</sup>. A segunda fase desta evolução tem início a partir do momento

em que o médico começa a reconhecer a autonomia daquele que tem que tratar, ouvindo-o, esclarecendo-o, e mantendo-o informado sobre a doença e o processo de tratamento, independentemente do comprometimento do objectivo terapêutico a que a recusa de consentimento pudesse conduzir. Esta segunda fase teve início nos finais do século XVIII, com a Revolução Francesa, e com o advento de princípios como o jus-naturalismo e o individualismo, que colocando a pessoa no centro do ordenamento jurídico, se tornam incompatíveis com a recusa da sua capacidade de avaliação e de decisão.

Se é a partir deste momento que começa a desenvolver-se um modelo paritário ou de *participação mútua* do exercício da medicina, a verdade é que ele se mantém ainda por cerca de dois séculos um modelo tutelar ou terapêutico, se quisermos, um modelo de participação limitada. A maior parte dos cuidados clínicos durante este período de transição eram prestados a doentes com posses, nas suas casas, e a conversa que o médico mantinha com eles não era encarada como condição para o exercício da sua autonomia, mas como forma de obter a sua confiança para a realização dos tratamentos que o médico achava adequados, e como forma de manter os próprios clientes. Neste contexto, era perfeitamente legítimo mentir ou ocultar a realidade aos doentes sempre que isso lhes pudesse garantir a paz de espírito suficiente para serem “conduzidos” pelo médico<sup>(14)</sup>.

<sup>13</sup> Para uma breve história do consentimento informado, veja-se MURRAY, Peter M., *The History of Informed Consent*, in *The Iowa Orthopaedic Journal*, nº 10, 1990, págs. 104 e ss., BEAUCHAMP, Tom I./FADEN, Ruth, *Informed Consent: History of Informed Consent*, in *Encyclopedia of Bioethics*, 2004, consultado pela última vez em 13 de Setembro de 2019, <https://www.encyclopedia.com/science/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/informed-consent-i-history-informed-consent>; sobre a evolução do tratamento das intervenções médicas sob o ponto de vista da liberdade do doente individual à luz da nossa legislação penal e no confronto com outros ordenamentos jurídicos, em particular, o alemão, e sobre o seu significado específico, consulte-se por todos, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, I Volume, 2ª edição, 2018, anotação ao artigo 156º, §§ 1 e ss., págs. 595 e ss., RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento informado para acto médico no ordenamento jurídico português*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da medicina*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª edição, 2005, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Alguns aspectos do consentimento informado*, in *Anatomia do Crime*, Revista de Ciências Criminais, Coimbra, Almedina, nº 0, Julho-Dezembro de 2014, e em *Responsabilidade médica e o*

*consentimento informado: ónus da prova e nexa de causalidade*, in *Colectânea de Formação Jurídica e Judiciária*, Macau, 2010, págs. 481 e ss.

<sup>14</sup> KABA R., SORIAKUMARAN P. *The evolution of the doctor-patient relationship*, in *International Journal of Surgery*, 2007, 5, págs. 57-65, pág. 60, falam de três modelos distintos de relacionamento entre médico e doente: o *modelo paternalista*, caracterizado pela dicotomia actividade-passividade, que se aproxima da relação entre criança e adulto, e em que se parte da incapacidade do doente de contribuir activamente para o desenvolvimento da relação terapêutica. O doente não tem os conhecimentos necessários para a tomada de decisão, e o médico toma conta do processo, o que reforça a sua superioridade e a desigualdade entre

Com a crescente democratização dos cuidados de saúde que ocorre ao longo do século XIX, vai-se intensificando a importância do contacto com o doente, mas esse contacto ainda é encarado como momento determinante da necessidade terapêutica, à medida que se vai chegando à conclusão que a doença não se encontra nos sintomas, mas que é a causa dos sintomas, pelo que é preciso examinar o doente, observá-lo, e proceder a um diagnóstico, o que não se torna possível fazer sem a comunicação entre doente e médico.

Só nos finais do século XIX, muito sob a influência das teorias psicológicas de BREUER e de FREUD<sup>15</sup>, defensores da ideia de que certas doenças podiam ser curadas através da conversa entre médico e doente, é que o doente passa a ser visto como um participante activo da relação terapêutica. O doente deixa de constituir mero objecto de tratamento, e os médicos são encorajados a conhecer a sua personalidade, os seus medos e as suas angústias, e a comunicar com ele. É interessante neste contexto o pensamento de BALINT que entendia que a doença não se limitava a um fenómeno físico mas

incluía componentes psicológicos e sociais<sup>16</sup>, e que desenvolveu a “teoria do conhecimento mútuo”, partindo do princípio que o acompanhamento do doente pelo médico, o processo de conhecimento e de consulta, constituíam verdadeiros remédios, que exigiam uma dosagem correcta (espaçamento e número de consultas), que envolviam riscos de habituação (o doente pode tornar-se excessivamente dependente do médico) e que se mostravam capazes de produzir efeitos laterais. O médico não devia apenas preocupar-se em conhecer a doença, mas devia interessar-se pelas características da personalidade do doente e o contexto social em que vivia, adquirindo uma relevância fundamental o factor “tempo”, uma vez que era a sequência das consultas e o aprofundamento do conhecimento do doente que permitia ao médico ganhar a sua confiança e melhorar as hipóteses de tratamento, e ao doente aperceber-se dos objectivos e necessidades do médico.

### 3. O modelo da participação mútua

É este modelo, centrado na autonomia do doente, a que se pode chamar *modelo de participação mútua*, que tem vindo a ganhar preponderância no discurso sobre a relação entre médico e doente na sociedade ocidental.

De acordo com KABA e SOORIAKUMARAN<sup>17</sup>, este modelo assenta em cinco tópicos fundamentais: em primeiro lugar, obriga a atribuir importância à dimensão não médica do problema, ou seja, às preocupações do doente que não dizem directamente respeito ao processo de cura; em segundo lugar, torna fundamental encarar o doente como

---

eles. Este modelo é ainda hoje é usado quando o doente não se encontra em condições para decidir, como sucede em casos de urgência. O segundo modelo, designado como *modelo de cooperação ou de acompanhamento (guidance)*, considera que a autonomia do doente fica limitada pela angústia e preocupação causadas pela doença, que o levam a procurar auxílio e a ter vontade de cooperar com as indicações e instruções do médico que assume também aqui, embora em menor grau que no modelo anterior, uma posição de superioridade. Finalmente, temos então o *modelo da cooperação ou da participação mútua*, que se fundamenta na ideia de que a igualdade entre seres humanos é sempre benéfica. Médico e doente têm o mesmo poder, são independentes um do outro, e retiram idêntica satisfação da relação sob um ponto de vista de humanidade. Esta repartição de poderes e de responsabilidade é clara no âmbito das doenças crónicas em que o doente tem que gerir sozinho a doença (o caso da diabetes) contando sempre com o apoio e a amizade do médico que o acompanha.

<sup>15</sup> BREUER J, FREUD, S, *Studies in Hysteria, in The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*, Vol II, London, Hogarth Press, 1995, apud KABA R., SOORIAKUMARAN P., *ob.cit.*, pág. 59.

<sup>16</sup> BALINT, M, *The doctor his patient and the illness*, London, Pittman Medical, 1964, apud KABA R., SOORIAKUMARAN P., *ob.cit.*, pág. 60.

<sup>17</sup> Kaba R., Soriakumaran P., *ob.cit.*, pág. 62.

12 pessoa, integrando o seu processo de vida, os seus conflitos e o significado que a doença tem para ele na imagem global da doença a tratar (a imobilização devido a uma fractura não tem o mesmo significado para todas as pessoas, há quem tenha dificuldades económicas e não possa deixar de trabalhar e por isso leve muito tempo a reconhecer a doença, há quem tenha medo de não acompanhar os filhos se partir precocemente, assim como há quem tema a desfiguração que certas doenças podem provocar e vir a perder a mulher ou o marido). Em terceiro lugar, este modelo exige que o médico partilhe com o doente a responsabilidade pelas decisões a tomar ao longo do tratamento, pelo que deve procurar saber quais são as suas preferências e necessidades, encorajá-lo a manifestar as suas ideias, refletir sobre as suas sugestões e oferecer-lhe a sua colaboração. Em quarto lugar, reforça a criação de uma “aliança terapêutica” entre doente e médico, que valoriza o uso de qualidades positivas de simpatia e de sensibilidade. O doente deve ter a consciência de que as soluções apresentadas são terapêuticamente indicadas e úteis, e deve compreender e estar de acordo com os objectivos do tratamento. Em quinto lugar, o médico deve estar em condições de ser influenciado pelas emoções e pelas decisões do outro elemento da relação terapêutica (*counter transference*) de tal forma que a decisão final seja efectivamente partilhada. Este modelo é influenciado pelo género, uma vez que as mulheres parecem ter mais capacidade de empatia e de discussão das soluções e das questões do que os homens, pelo contexto onde são prestados os cuidados de saúde, uma vez que o trabalho em equipa e a alternância dos médicos reduz as possibilidades de contacto com o doente e o funcionamento de um modelo de empatia e de sensibilidade, pelas diferenças ou proximidade étnica entre o doente e o médico, e

pelo *stress* ou excesso de trabalho, que dificulta, por razões óbvias, o estabelecimento da comunicação. São perniciosos à criação desta relação comunicativa os limites de tempo impostos para as consultas e a excessiva preocupação do médico com o registo dos dados do doente e com a análise do seu historial clínico no computador, sobretudo em especialidades que dispensam o exame físico, havendo consultas que terminam sem que o médico olhe para o doente.

#### 4. O modelo da participação mútua e o nosso Código Penal. A evolução da protecção penal da autonomia do doente.

As soluções consagradas pelo nosso Código Penal em sede de tutela da liberdade do doente têm sofrido uma evolução considerável, já que na vigência do Código Penal de 1852, o seu consentimento não constituía sequer justificação para a lesão da integridade física que a intervenção médica consubstancia, sendo apenas uma condição dessa justificação, que operava por via do exercício de um direito (artigo 44°. nº 4), concretamente por via do direito ao exercício da medicina por parte do médico.

Abandonada a ideia da justificação da ofensa corporal por via do exercício de uma actividade profissional que colocava o titular do bem jurídico numa posição de subalternidade face ao médico, ainda se manteve no Projecto de EDUARDO CORREIA de 1966, a ideia do consentimento como causa de justificação da ofensa à integridade física causada pela intervenção médica, e não como manifestação de um espaço de realização pessoal passível de tutela própria. De acordo com o Projecto de 1966 (artigo 162°, nº 2) seria punível por ofensas corporais, o médico que intervisse contra a vontade do

doente, mesmo tratando-se de tratamento medicamente indicado, realizado segundo as *leges artis*, e bem sucedido, embora a solução legal consagrada pelo Código Penal de 1982 (artigos 150º, 158º e 159º) tenha acabado por ir num sentido diferente, plenamente consequente com a consideração social diferenciada que é concedida ao acto médico em relação às ofensas corporais e, ao mesmo tempo, com a elevação da autodeterminação do doente à categoria de bem jurídico-penal autónomo. Revelavam-se, no entanto, alguns desfasamentos com este entendimento ao nível do artigo 159º, que ao regular o dever de esclarecimento médico, deixava de fora desse dever o diagnóstico da doença, o que se mostrava incompatível com o pleno exercício de liberdade partilhada que o consentimento para o acto médico tem que traduzir (e mais consentâneo com a leitura desse consentimento como causa de justificação de uma ofensa corporal), e que permitia a limitação do dever de esclarecimento à margem de qualquer ponderação de bens sempre que ele envolvesse “a comunicação de circunstâncias que a serem conhecidas pelo paciente, seriam susceptíveis de lhe provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada”, o que obviamente confundia a autonomia e a legitimidade da sua restrição com a utilidade terapêutica.

O caminho percorrido levou a incluir, na actual redacção do artigo 157º, o diagnóstico entre os tópicos de esclarecimento, e o dever de esclarecimento deixou de ter como limite o comprometimento da finalidade terapêutica para passar a ser unicamente cerceado por um critério de necessidade e de ponderação de bens. Desta forma, fechou-se um percurso doutrinal e de aperfeiçoamento legislativo que nos parece ter dado plena satisfação à crítica formulada há cerca de trinta anos por COSTA ANDRADE quando escrevia a propósito da

redacção pretérita do artigo 159º: “tudo redundando num desguarnecimento, tão ostensivo como, porventura, exagerado, da tutela penal da autodeterminação pessoal”<sup>(18)</sup>. O nosso direito positivo denota uma intencionalidade clara nesta matéria que assegura de forma coerente: o doente tem o direito a saber o que se passa com ele, tem o direito a pesar as vantagens e inconvenientes de uma determinada solução, e não pode estar sujeito à decisão unilateral do médico sobre o tipo e a quantidade de informação que está disposto ou preparado para receber. “O consentimento informado, enquanto afirmação da autonomia do doente, é uma das regras essenciais no âmbito da relação clínica entre o doente e os profissionais de saúde, que confere àquele um direito de natureza subjectiva, com carácter obrigatório e efeitos vinculativos (artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina — CDHBio)”<sup>(19)</sup> (20).

<sup>18</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, *ob.cit.*, pág. 463.

<sup>19</sup> GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado — Constituição e Consentimento informado: Portugal*, in Revista Julgar, número especial, 2014, pág. 87.

<sup>20</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem considerado que existe uma ingerência na vida privada das pessoas quando ocorre uma intervenção médica sem o consentimento informado da pessoa, colocando o problema à luz do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relacionando-o muitas vezes com o artigo 3º e a proibição de tratamentos desumanos e degradantes. Consulte-se, a título de exemplo, o que diz o mesmo Tribunal, no caso Juhnke c. Turquia, nº 52515/99: “de acordo com o artigo 8º da Convenção, e à luz da jurisprudência do Tribunal, qualquer intervenção médica contra a vontade da pessoa, ou sem o seu consentimento livre, informado e expresso, constitui uma interferência na sua vida privada. Esta interferência traduz uma violação do artigo 8º, a não ser que se mostre justificada nos termos do § 2, designadamente por se encontrar de acordo com a lei e se mostrar necessária para atingir um dos fins legítimos aí referidos”. Veja-se ainda, sobre a mesma problemática, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos Glass c. Reino Unido, nº 61827/00, Bogumil c. Portugal, nº 35228/03, M.A.K. e R.K. c. Reino Unido, nº 45901/05 e 41046/06. Acerca do significado do consentimento do doente para um tratamento médico específico em face da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, veja-se NEGRI, Stefania, *Consentimento informado — el consentimiento informado en la*

Fica todavia por saber se a lei não resvalou desta forma para um outro exagero, consistente desta feita na transformação dos valores da autonomia e da integridade física do doente em espaços completamente assépticos e separados, quando se deixam realizar em simultâneo, e face ao mesmo titular, a propósito da concretização de um determinado programa terapêutico. Duvidamos mesmo que esta solução, a não ser temperada em certos casos, com a moderação do intérprete ou aplicador do direito, não entre em conflito com o *modelo da participação mútua*, que toma como ponto de partida de aplicação a autodeterminação do doente concreto, uma vez que esta obriga à consideração das suas circunstâncias pessoais e de doença, e porventura à limitação do dever de esclarecimento do médico em mais casos do que aqueles que a lei prevê, isto uma vez que a capacidade de justificação, ou a eficácia delimitadora do bem jurídico liberdade que decorre dos eventuais danos que a informação possa causar, não tem forçosamente que se restringir à ameaça para a vida, ou para a integridade física essencial, do doente, como estabelece o artigo 157º.

### 5. O critério a utilizar para ajuizar da suficiência do esclarecimento.

O legislador penal português optou por definir expressamente os tópicos que o esclarecimento do médico deve abranger. De acordo com o artigo 157º do Código Penal, o esclarecimento médico deve incluir o “diagnóstico, natureza, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento”<sup>21</sup>. Estes constituem os tópicos do esclarecimento,

mas a suficiência da informação prestada relativamente a cada um deles pode ser avaliada segundo vários critérios ou *standards*: segundo o que um médico razoável entenderia ser dizer dadas as circunstâncias; segundo a quantidade e o tipo de informação médica adequada a uma tomada de decisão clinicamente informada; de acordo com a perspectiva de um doente razoável colocado nas circunstâncias do doente concreto; ou de acordo com o que quereria e precisaria saber *aquele* doente em concreto, o que torna imprescindível o conhecimento por parte do médico das expectativas e receios do doente relativamente ao esclarecimento e à intervenção.

Numa apressada observação crítica temos que concluir que a alternativa que atribui integralmente ao médico a possibilidade de decidir qual a informação a dar ao doente, não só contraria a lei, como conduz a um constrangimento ilegítimo da sua autodeterminação. A alternativa seguinte, que também adopta como ponto de partida o critério médico, mas que não permite a avaliação subjectiva acerca da capacidade do doente receber a informação e acerca da extensão da informação desejada, coloca a suficiência do esclarecimento médico na dependência da completude científica da informação prestada, e converte a autonomia num valor estático, formal, de tutela. De acordo com esta linha de opinião, a realização da liberdade do doente varia na relação directa da quantidade de informação recebida independentemente do contexto, da sua capacidade de avaliação, e das suas necessidades informativas, o que também não se mostra adequado a um bem jurídico como a liberdade cujas fronteiras e conteúdo têm que ser definidos de forma circunstanciada e pessoal.

Diríamos que o conteúdo do esclarecimen-

*Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos*, in Revista Julgar, nº especial, 2014, pág. 112.

<sup>21</sup> Refere ainda como tópico de esclarecimento a eventual existência de meios alternativos de tratamento, CUNHA, Conceição Ferreira da, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* —

*das Omissões Ilicítas no Exercício da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 88.

to deve ser estabelecido em função de uma ideia de razoabilidade, tendo em conta a gravidade das consequências envolvidas num determinado tipo de intervenção ou tratamento, e a probabilidade da sua concretização. No entanto, essa ideia de razoabilidade não inclui apenas um ponto de partida objectivo relacionado com a frequência estatística da ocorrência de certos resultados, mas deve tomar em linha de conta os conhecimentos particulares do médico sobre as características do doente concreto e a sua sensibilidade, a importância que determinada função ou órgão tem para ele, de forma paralela à definição do padrão médio de cuidado correspondente ao ilícito negligente, o que significa que as características pessoais do doente são padronizadas e integradas num critério de natureza média (especificidades dificilmente perceptíveis ou desconhecidas pelo médico, ou sensibilidades extremas, não são de considerar).

Esta perspectiva fica a meio caminho entre a linha de decisão jurisprudencial que corresponde à posição tradicional nesta matéria, e que no âmbito da jurisprudência anglo-saxónica recebe o nome da regra *Bolam* formulada a partir do caso com a mesma designação<sup>(22)</sup>, e de acordo com a qual sempre que o médico faça corresponder a sua conduta ao *standard* de opinião de um comité médico responsável, ao que designaríamos como as *leges artis*, não lhe assiste qualquer responsabilidade, e a decisão *Montgomery* que veio inverter esta tendência para considerar fundamental a posição particular do doente relativamente aos riscos, aceitando que o médico deve informar o doente de todos os riscos que este último consideraria relevantes para a to-

mada de decisão<sup>(23)</sup>.

No caso *Montgomery* o tribunal teve que apreciar o cumprimento do dever de esclarecimento por um médico obstetra num parto que resultou numa grave deficiência da criança. A mãe sofria de diabetes, o que aumenta em 10% o risco de dificuldades durante o processo de nascimento, incluindo o risco de distocia de ombros. A distocia que efectivamente acabou por ocorrer foi acompanhada de plexo braquial, oclusão do cordão umbilical e hipoxia que veio a causar a paralisia de um braço da criança e paralisia cerebral (risco de 1%). A mãe tinha manifestado a sua preocupação com o parto vaginal do bebé uma vez que ele se encontrava no percentil 95 de crescimento, e o médico tinha-lhe garantido que com grande probabilidade não ia haver problema, mas que se fosse necessário faria uma cesariana. Não mencionou a possibilidade de ocorrer uma distocia de ombros, nem enumerou os riscos que lhe estão associados.

O tribunal considerou que o médico devia ter esclarecido a mãe acerca de todos os riscos que ela pudesse ter considerado relevantes, ou seja, que ela pudesse ter entendido como riscos sérios, ou de um mal sério, na situação concreta (risco material). Este Acórdão afastou a aplicação da regra de *Bolam*, e recusou qualquer tendência paternalista em relação ao doente, que o tribunal entendeu que tinha o direito a “toda a informação”. Determinante não seria a percentagem de risco de concretização do dano existente, que até poderia ser baixa, como no caso em análise, mas a sua relevância para o doente, isto é, a importância que o risco tinha para ele em relação à decisão a tomar. Este conceito de “risco

15

<sup>22</sup> MORGAN, Angelo, *Medical Paternalism: Still Alive in English Law?*, in *Southampton Student Law Review*, Vol. 7., 29 (2017), pág. 30.

<sup>23</sup> MORGAN, Angelo, *Medical Paternalism, ob.cit.*, pág. 32. Acerca do caso *Montgomery*, veja-se ainda, MURPHY, Gavin, *Championing Autonomy — Does Montgomery truly protect patient’s interests?*, *North East Law Review*, Vol. 35, 6 (2018), páginas 35 e seguintes.

material” é considerado por vários autores como um risco político, uma vez que traduz uma inversão de perspectivas em relação ao esclarecimento que deixa de ser feito em função do prisma médico, para passar a ser feito com base na óptica do doente e das suas necessidades de informação.

A maior dificuldade que encontramos no uso deste conceito de risco material pelo Acórdão *Montgomery* é a forma como se propõe alcançar a vontade do doente individual que pode não ser reconhecível pelo médico, embora num ou noutro ponto do texto da decisão judicial fiquem algumas dúvidas sobre a natureza geral e abstracta, ou concreta e individualizada, do padrão utilizado. É que, se o padrão de esclarecimento a utilizar é definido em atenção às necessidades específicas de esclarecimento de um determinado doente face às circunstâncias, ao que ele quereria saber, a sua aceitação envolve riscos incomensuráveis para o médico, e torna-se impossível de utilizar, uma vez que o médico nunca poderá saber com precisão qual a importância que certo tipo de informação pode ter para um doente, que pode variar consoante os perigos e riscos que se venham posteriormente a concretizar.

O padrão de esclarecimento refere-se ao *doente concreto e à sua situação*, mas deve ser definido de acordo com a ideia de razoabilidade que vimos acima<sup>(24)</sup>. A essa luz, não há dúvida que o risco de paralisia cerebral decorrente de uma distocia de ombros que se mostrava provável tendo em conta

a diabetes da mãe, embora reduzido (1%) é de tal forma grave que tem que ser considerado e referido pelo médico. Já se numa outra hipótese, uma parturiente que foi submetida a uma cesariana e a quem o médico não disse que podia ficar com uma cicatriz visível ao usar bikini, situação que a levaria a recusar a intervenção, viesse invocar que o médico deveria saber da importância desse facto para ela, e que não tinha cumprido o dever de esclarecimento, não deveria admitir-se qualquer tipo de responsabilidade do médico desde que este a tivesse esclarecido acerca do que pode razoavelmente preocupar uma parturiente na situação concreta (é desrazoável a exigência individual de esclarecimento neste caso).

O critério de risco material entendido como na decisão *Montgomery* obriga o médico a esclarecer sobre momentos da intervenção que podem não se lhe afigurar sequer como úteis ou necessários, pelo que deve ser adoptada a *perspectiva de um doente razoável colocado na posição do doente concreto* tendo em conta o que o médico sabe da condição desse doente, incluindo as suas preferências, medos e vulnerabilidades, o que o pode obrigar a integrar nos vários tópicos de esclarecimento elementos de informação que não se deixam directamente relacionar com a dimensão clínica da intervenção (por exemplo, a incapacidade para o trabalho que pode decorrer da intervenção e consequente comprometimento de rendimentos laborais, o custo financeiro da recuperação da intervenção, o preço do internamento, entre outros<sup>(25)</sup>).

<sup>24</sup> A este propósito, escreve COSTA ANDRADE, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob.cit.*, anotação ao artigo 157º, § 9, pág. 638: “o esclarecimento deve privilegiar a orientação para o caso concreto. Ou, como alguns autores preferem, e porventura com maior precisão, “uma informação referida ao paciente”. Isto por forma a produzir a indispensável comunicação entre dois discursos distintos: o da experiência e profissão médica e o da experiência comum, perturbada pela presença da doença. Daí que seja consensual a reivindicação de uma mais decidida individualização do teor das exigências na direcção de uma adaptação intuitiva à atmosfera da comunicação do esclarecimento”.

<sup>25</sup> A extensão do dever de esclarecimento a tópicos ou momentos não directamente relacionados com a dimensão clínica da intervenção tem vindo a ser discutida pela doutrina. O nosso legislador penal, ao designar o tipo legal de crime do artigo 156º como intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, limitou o alcance do dever de esclarecimento aos tópicos referidos pelo artigo 157º, pelo que o seu alargamento poderia conduzir a uma extensão indevida, e proibida pelo princípio da legalidade, do tipo penal. Esta é, entre nós, a posição

Quando o médico não cumpre este padrão de informação porque se encontra em erro acerca do alcance do dever de informar, podem surgir dificuldades de delimitação entre o erro relevante e o erro irrelevante, o erro sobre os pressupostos de facto ou de direito da causa de exclusão do tipo (artigo 156º, nº 3) e a falta de consciência do ilícito. A relevância do erro sobre a natureza e a quantidade de informação a prestar ao doente deve ser avaliada em função dos contornos do caso concreto e da situação do doente constituindo um erro sobre os pressupostos de facto ou de direito do tipo legal, devendo ficar dependente do desempenho de uma tarefa interpretativa face ao artigo 156º; já a consciência do ilícito relativamente à falta efectiva da informação devida constitui um problema de culpa a resolver nos termos do artigo 17º<sup>(26)</sup> (27).

sustentada por COSTA ANDRADE, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob.cit.*, anotação ao artigo 156º, § 26, pág. 607. No entanto, atendendo a que o consentimento para a realização de uma intervenção médica, não deve corresponder à sua justificação, mas deve constituir veículo para a sua normalidade e adequação ao que é socialmente desejável mesmo em face da lei penal, deve poder admitir-se que a autonomia do doente só se mostra totalmente realizada em certos casos onde inclui tópicos não clínicos, como o custo económico da intervenção, por exemplo. O que não quer dizer que a ausência do esclarecimento sobre estes aspectos possa ter relevância penal em face ao tipo legal de crime, pela razão já mencionada em texto, e que se prende com a limitação do alcance do tipo legal aos termos da sua formulação literal.

<sup>26</sup> Refere-se a este problema do erro sobre os tópicos e o alcance do esclarecimento médico, Costa Andrade, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob.cit.*, anotação ao artigo 156º, §§ 25 e 26, págs. 607.

<sup>27</sup> Conferindo uma relevância específica à forma como é levado a cabo o esclarecimento, exigindo que a relação comunicante entre médico e doente cumpra determinados requisitos, VIDAL, Azucena Couceiro, *Consentimiento Informado — Constitution y Consentimiento Informado*: Espanha, in *Revista Julgar*, número especial, 2014, pág. 155: “veracidade, inteligibilidade, verdade, relevância e correcção, são os atributos exigíveis a toda a comunicação entre médico e paciente”.

## 6. Os tópicos do esclarecimento médico.

Regressando aos tópicos relevantes para efeitos de esclarecimento, vimos que o médico deve informar o doente acerca do diagnóstico, uma vez que ele condiciona a aceitação da intervenção ou tratamento (interferindo até na escolha do médico), assim como deve mantê-lo a par das alternativas de tratamento, dos riscos, que deverão ser os de concretização estatisticamente mais provável, e os que envolvem consequências mais graves<sup>(28)</sup>, e das vantagens e desvantagens esperadas da intervenção<sup>(29)</sup> (30).

A interpretação do artigo 157º, nº 1, é extremamente complexa, e o seu conteúdo apenas

<sup>28</sup> A doutrina tradicional entende que apenas existe a obrigação de informar o doente acerca dos riscos normais e previsíveis da intervenção. No entanto, defende-se actualmente que além dos riscos previsíveis, o doente deve ser colocado a par dos riscos graves mesmo que excepcionais (esta posição mais abrangente é a que é seguida pelos tribunais superiores franceses), ou dos riscos que podem ser considerados graves tendo em conta a perspectiva de um doente médio colocado na posição do doente concreto, o que varia evidentemente em função da necessidade da intervenção, da sua urgência (quanto mais urgente a intervenção menos rigor deve ser exigido à informação a prestar ao doente), da sua novidade, da sua perigosidade, entre outros factores.

<sup>29</sup> De acordo com DEUTSCH/SPICKHOF, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6ª Auflage, Berlin, Heidelberg, Springer (2008) pág. 175, 266, o conceito de esclarecimento pode ser analisado sob diferentes perspectivas: sob o ponto de vista do seu fundamento (esclarecimento para o exercício do direito de autodeterminação do doente), em relação à doença e ao tratamento (esclarecimento sobre o diagnóstico, o processo de tratamento e as alternativas terapêuticas disponíveis), em relação à possibilidade de ocorrência de complicações ou um desfecho fatal (esclarecimento sobre os riscos da intervenção), ao seu âmbito (esclarecimento fundamental ou básico, esclarecimento por graus ou etapas, e esclarecimento total), às circunstâncias físicas do médico (esclarecimento espontâneo), e sob a perspectiva da adequação do comportamento do doente à terapia (esclarecimento de segurança).

<sup>30</sup> Acerca da titularidade da obrigação de informar, que genericamente pertence ao médico assistente, sendo lícita a delegação de competências dentro da equipa, embora devendo sempre o médico que vai realizar a intervenção certificar-se que ela foi convenientemente prestada ao doente, veja-se DIAS PEREIRA, Gonçalo, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora (2015), pág. 415 e ss.

pode ser definido face ao caso concreto em função das necessidades de autonomia do doente. Já atrás referimos as consequências que eram assinaladas à exclusão do diagnóstico do âmbito normativo do anterior artigo 159º do Código Penal, a legitimar a ideia de que mais que um esclarecimento para o exercício da autodeterminação livre da pessoa, o que estava em causa era a delimitação da medida de informação suficiente para que ela pudesse legitimamente renunciar à tutela da sua integridade física, o que convertia este artigo numa fórmula de positividade dos pressupostos de uma causa de justificação, conclusão que já não se legitima face à actual redacção do artigo.

Neste momento, a lei inclui o diagnóstico entre os tópicos de esclarecimento tidos como fundamentais ao exercício da autonomia do doente<sup>(31)</sup>, quebrando a linha que ligava e condicionava o uso dessa autonomia à justificação da lesão corporal que, do outro lado das coisas, a intervenção médica traduz para a integridade física do doente. No entanto, não nos parece que a quebra do laço entre os dois programas de tutela que se deduz a partir desta inclusão possa ser entendida como absoluta: o consentimento do doente não deixa de traduzir a adesão à realização de um determinado programa curativo, pelo que autonomia e intervenção médica não podem ser consideradas de forma totalmente desligada, integrando a mesma realidade social e jurídica. A aceitação desta relação entre a autodeterminação e a intervenção médica tem reflexos sobre uma outra questão que se pode colocar a propósito do artigo 157º, e que diz respeito à não inclusão do

prognóstico no rol dos tópicos a mencionar pelo médico no cumprimento do seu dever de informar. Esta omissão, que não podemos levar à conta de um esquecimento inconsequente do nosso legislador, terá que valer ou como reconhecimento da dispensabilidade do prognóstico ao exercício da autodeterminação do doente, ou como aceitação de que o prognóstico pode integrar o diagnóstico da doença sempre que as circunstâncias o imponham para a formação da vontade do doente.

Fazer um diagnóstico consiste em interpretar exames, sintomas, queixas, em ordem a identificar a doença. Fazer um prognóstico leva a traçar o provável desenvolvimento futuro ou o resultado de um processo, avaliando quais as fases de tratamento e da doença pelas quais o doente tem que passar, e qual o número de meses, dias e anos que tem pela frente. Não obstante a diferença que intercede entre os dois momentos, é possível admitir uma analogia estrutural entre o prognóstico e o diagnóstico ao nível da comunicação intersubjectiva, susceptível de condicionar de forma idêntica as escolhas do doente relativamente à realização, ou não, de um tratamento ou intervenção terapêutica, pelo que o prognóstico pode ser integrado no diagnóstico onde tal se justifique para “efeito do disposto no número anterior” como se pode ler no artigo 157º, em ordem a legitimar a realização da intervenção médica, impondo esta conclusão a valoração integrada das circunstâncias da intervenção (não se impõe a informação sobre o prognóstico, onde ele constitua uma mera previsão sem reflexos terapêuticos concretos, sendo essa a razão pela qual não é qualificado como um parâmetro constante de esclarecimento)<sup>(32)</sup>.

<sup>31</sup> De notar, ainda assim, que Costa Andrade, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob.cit.*, anotação ao artigo 157º, §13, pág. 638, não deixa de se referir a posições doutrinárias que excluem o diagnóstico do dever de esclarecimento, embora cumpra dizer que o fazem no quadro da discussão que aqui mantemos acerca do alcance do privilégio terapêutico e da legitimidade da omissão de informar pelo médico.

<sup>32</sup> Vimos que o legislador penal também nada diz acerca dos factos de natureza não médica que devem fazer parte do esclarecimento, como as qualificações do médico e eventuais conflitos de interesses a

## 7. Limites ao dever de esclarecimento

Aceitando que o esclarecimento deve compreender toda a informação que se mostre razoavelmente necessária à tomada de uma decisão livre, o que limita o dever de esclarecimento do médico? Quando é que aquilo que o médico sabe sobre o doente permite limitar legitimamente a informação a prestar, quando é que se pode dizer que a falta de esclarecimento não condiciona a autonomia do doente?

Renunciando à análise das situações em que o doente não tem capacidade para consentir, devendo o consentimento ser prestado pelo seu procurador de cuidados de saúde ou pelo seu representante legal, e que não configuram hipóteses de exercício de verdadeira autodeterminação, devendo orientar-se a realização da intervenção pelo melhor interesse do doente, ou os casos em que o doente não pode consentir porque se encontra inconsciente, revestindo-se a intervenção de carácter urgente, em que também é determinante o seu interesse objectivo, presumindo-se que a sua vontade corresponde a esse interesse razoável<sup>(33)</sup>, começa por impor-se

---

que se encontra sujeito, as consequências económicas da intervenção, entre outros elementos. O dever de esclarecimento jurídico-penalmente relevante parece restringir-se a factos de natureza médica, embora se possa admitir que sob um ponto de vista ético e normativo o conteúdo desse dever jurídico seja escasso, devendo integrar outros vectores igualmente necessários para que um doente razoável possa tomar uma decisão plenamente livre. Há autores que chegam a defender que a regulação do consentimento informado que corresponde às valorizações do século XX, deve ser actualizada em função da diferente materialidade que vigora no século XXI. Para evitar que esta opção pudesse ter consequências nefastas para os médicos que teriam que suportar o ónus da informação não médica a transmitir, esse alargamento deve-se limitar à informação útil para um doente razoável, incluir-se no âmbito do conhecimento e experiência do médico e a sua revelação ou esclarecimento não pode violar princípios de ordem pública. Neste sentido, veja-se SAWICKI, Nadia, *ob.cit.*, pág. 825.

<sup>33</sup> A nossa lei penal, no artigo 156º, também prevê o consentimento presumido nos casos de “alargamento do campo operatório”, uma vez que não faz sentido reanimar um doente anestesiado no meio de uma intervenção para lhe pedir o consentimento. No entanto, dada

a distinção entre as hipóteses em que o esclarecimento não faz sentido, e aquelas em que o doente renuncia a ele, exercendo o seu direito a não saber.

A redução do esclarecimento tem naturalmente lugar sempre que o doente possui de antemão conhecimento dos riscos em que incorre, o que sucede quando ele é médico, ou quando já foi sujeito ao mesmo tipo de intervenção com idênticas consequências e perigos<sup>(34)</sup>.

Num caso, decidido pelo *Bundesgericht* suíço<sup>(35)</sup>, um recém-nascido com um defeito cardíaco congénito foi submetido à terceira operação ao coração. Durante a operação, a circulação sanguínea foi interrompida por 15 minutos o que provocou danos cerebrais irreversíveis e uma deficiência permanente à criança. O médico alegou que se tratava de uma operação idêntica às que já tinham tido lugar, pelo que não se tornava necessário proceder a novo esclarecimento, mas o tribunal entendeu que a complexidade da intervenção envolvia riscos diferentes dos que estavam associados às operações anteriores (entre os quais aquele que se concretizou), pelo que o esclarecimento era indispensável.

Existem ainda situações em que o doente recusa o esclarecimento, exercendo desta forma o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

a precisão cada vez maior dos meios de diagnóstico, e a possibilidade de referir a eventualidade de um alargamento da intervenção durante a conversa de esclarecimento com o doente, estes casos são muito raros, e podem fazer incorrer o médico em responsabilidade se não tiver tomado as devidas cautelas para obter o consentimento expresso do doente quando isso era possível. BGH VersR 1980, 1145, in DEUTSCH/SPICKHOFF, *ob.cit.*, pág. 186, 286, referem o caso em que a extracção do útero da doente era apenas relativamente indicada porque destinada a garantir a segurança da doente contra o aparecimento de tumores. Esta situação tinha que lhe ter sido comunicada previamente, não podendo dar-se como justificada com base no consentimento presumido.

<sup>34</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob.cit.*, anotação ao artigo 157º, § 11, pág. 637.

<sup>35</sup> BGE 115 1b 175, 183, in DEUTSCH/SPICKHOFF, *ob.cit.*, pág. 186, 288.

Estes casos de renúncia ao esclarecimento<sup>(36)</sup>, reconhecidos pela própria Convenção de Oviedo (Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina, de 1999) no n.º 2, do seu artigo 10.º<sup>(37)</sup>, que diz que “a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”, são particularmente importantes no contexto das nossas preocupações, uma vez que se adoptarmos uma solução de autonomia exacerbada que exclui qualquer possibilidade de hetero-limitação da liberdade do doente pelo médico em nome da sua vulnerabilidade ou de qualquer outra consideração, a tutela da autodeterminação da pessoa no domínio terapêutico passa a ocupar todo o espaço que intercede entre os limites que lhe são colocados pelas suas próprias escolhas e os que lhe podem vir a ser impostos pela específica danosidade social envolvida na informação a transmitir para a sua vida ou integridade física essencial. Não há terceira hipótese: o recuo da protecção penal da liberdade do doente ou se justifica porque ele renunciou ao esclarecimento, ou porque este esclarecimento coloca em perigo estes bens jurídicos essenciais.

O doente renuncia ao esclarecimento quando declara ao médico que não quer “saber de nada” e que ele pode fazer o que entender que é melhor para ele<sup>(38)</sup>. Esta recusa em saber, que pode ter lugar

pelas mais variadas razões, em nome da confiança depositada no médico, pelo receio em confrontar-se com a verdade, pelo próprio temperamento do doente, coloca problemas sempre que o sucesso do tratamento esteja dependente da realização de tratamentos, ou da adopção de comportamentos por parte do doente que obriguem ao conhecimento (quando tem que ser colocado o saco da colostomia em certas operações, ou têm que ser feitos tratamentos de quimioterapia ou de radioterapia), e sempre que a doença possa envolver consequências graves para a vida e a integridade física de terceiros.

Nos casos em que a recusa do esclarecimento se refere à realização de intervenções com consequências muito graves para o doente (amputação, esterilização) a doutrina francesa entende que elas devem ser tratadas como ofensas à integridade física autónomas, justificando um esclarecimento e um consentimento específicos. Este entendimento não parece totalmente compatível com a nossa lei penal que ao fazer depender a qualificação da intervenção curativa de um certo número de pressupostos subjectivos e objectivos, faz desaparecer por detrás dela a ofensa à integridade física ou a morte que possam vir a ter lugar, pelo que não se impõe em rigor a autonomização do consentimento<sup>(39)</sup>. A

em traços largos da intervenção, ou seja, tem que se encontrar consciente do que está a renunciar. Na verdade, o que se está aqui a dizer é que condição do direito a não saber é o saber prévio, o que coloca evidentemente a questão de qual a medida de informação que o silêncio, ou o não esclarecimento, posterior pressupõe. A verdade é que mesmo entendendo que não tem que ser prestado ao doente esse esclarecimento genérico, o exercício do direito a não saber sempre suporá uma certa medida de conhecimento que decorre, ao menos, do recurso ao médico e da necessidade de se submeter a exames, uma vez que só diz que não quer saber aquele que sabe que existe alguma coisa para saber.

<sup>39</sup> Esta perspectiva parece-nos adequar-se mais à perspectiva do direito civil, segundo a qual toda a intervenção médica não consentida constitui uma lesão do direito à integridade física do doente capaz de legitimar uma pretensão indemnizatória da sua parte (há uma violação corporal a par de uma violação do direito de informar). É claro que pode ser complicado o cálculo do dano indemnizável, uma vez que

<sup>36</sup> Acerca do significado da renúncia ao consentimento no direito médico, consulte-se, por todos, no direito alemão, Schöch, Heinz, *Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen*, in *Handbuch des Medizinrechts*, Roxin/Schroth, 3.ª Aufl., 2007, pág. 67.

<sup>37</sup> Já a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Bio-medicina não trata autonomamente desta questão, atribuindo um espaço muito amplo à autonomia do doente (nem sequer refere o chamado privilégio terapêutico), dando plena liberdade aos ordenamentos jurídicos nacionais nesta matéria.

<sup>38</sup> Adverte para a resistência manifestada por parte da doutrina estrangeira neste domínio, relativamente à renúncia completa ao esclarecimento, DIAS PEREIRA, André, *Direitos dos Pacientes, ob.cit.*, pág. 542, afirmando que o doente tem que se encontrar informado

recusa em saber pode ainda dizer respeito a doenças que envolvem riscos significativos para terceiros, como sucede com as análises sobre seropositividade ou doenças contagiosas que exigem a adopção de medidas de protecção. Uma vez que o direito a não saber gera aqui um risco de contágio humana e juridicamente insustentável, deverá prevalecer o interesse dos terceiros em tomar conhecimento do perigo que os ameaça (se o doente se recusar a saber, o cerne da discussão deslocar-se-á para o âmbito do dever de segredo do médico, que pode ser violado se ele tiver um dever de garante imposto pela lei ou por contrato relativamente aos terceiros em risco<sup>(40)</sup>). O esclarecimento terá também que

coexiste com a ofensa ao corpo do doente o cumprimento de uma finalidade curativa, que deverá ser “descontada” no prejuízo físico não consentido que o doente sofreu, sendo aqui de conjugar o dano corporal e o dano da perda da autonomia resultante da falta de informação (danos patrimoniais e não patrimoniais). Diz isso mesmo, DIAS PEREIRA, Gonçalo, *Direitos dos pacientes, ob.cit.*, pág. 461. Mas mesmo no direito penal, pensamos que é possível sustentar que a amputação ou a consequência particularmente gravosa que “excede” a dimensão curativa da intervenção, tem que ser objecto de um esclarecimento autónomo sob pena de ser tida como ofensa à integridade física não consentida e, por conseguinte, ilícita. Isto, pelo menos, no que tange ao cumprimento do dever de esclarecimento, sendo duvidoso se se pode defender em sede de relevância da amputação, ou outra consequência da mesma natureza em face dos tipos legais de ofensas à integridade física. O que parece que não, pelo menos a ajuizar pelas dúvidas manifestadas por Figueiredo Dias, *Textos de Direito Penal*, Coimbra, (2001), pág. 262, acerca do acerto da divisão rigorosa feita pelo legislador penal entre a tutela da integridade física e da vida e da autonomia do doente: “mas pode perguntar-se se não terá ido longe demais, ao negar pura e simplesmente relevância típica à falta de consentimento para a qualificação de toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica como ofensa corporal. Usando do critério exposto, poderá dizer-se que a amputação, sem consentimento, de uma perna do melhor futebolista do mundo ou de uma mão da melhor pianista — mesmo que medicamente correctas — só contende com a autorealização dos pacientes e não representa uma definitiva perda a nível do sistema social?”

<sup>40</sup> Artigo 33º, nº 2, do Regulamento de Deontologia Médica: “Sendo a preservação da vida um valor fundamental, deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida ou perigo grave para a saúde de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar o seu comportamento, nomeadamente declarando que de outro modo irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer”

ter lugar sempre que estejam em causa intervenções sem finalidade terapêutica, como é o caso de certo tipo de intervenções estéticas, ou capazes de gerar sérios riscos de danos ou complicações futuras para a vida ou a saúde do doente<sup>(41)</sup>.

## 8. Os estados terminais. O diagnóstico de doenças fatais com um prognóstico limitado de vida. O privilégio terapêutico.

A maior parte dos problemas relacionados com o alcance do dever de informar surge no confronto com estados terminais e relativamente à comunicação do diagnóstico de doenças fatais com um prognóstico limitado de vida. Relativamente aos estados terminais em que já não existe terapêutica capaz de reverter o processo de doença ou de permitir melhoras significativas do doente<sup>(42)</sup>, (sendo impossível afirmar que as vantagens da sua utilização superam os inconvenientes que lhe estão associados, e a indicação objectiva exigida pelo artigo 150º), não existe qualquer dever de esclarecimento do médico, uma vez que não estando em causa a realização de uma intervenção curativa não há necessidade de criar condições para o exercício da liberdade do doente, o que resulta expressamente do próprio artigo 157º, que remete para o artigo 156º (“para efeito do disposto no artigo anterior”). O esclarecimento que aí se impõe serve para a realização de uma intervenção ou tratamento livres.

<sup>41</sup> Sempre que o doente invoque o direito a não saber o médico deve documentá-lo no processo clínico lembrando-o que tem direito a um consentimento informado. O doente poderá indicar, caso o entenda, quem deve receber a informação em seu lugar (nº 6 da Carta dos Direitos do Doente).

<sup>42</sup> No Estado do Oregon, nos Estados Unidos, a lei define doença terminal como uma “doença incurável e irreversível, confirmada clinicamente, que de acordo com critérios de razoabilidade médica conduzirá à morte do doente num período de tempo não superior a seis meses”.

Assim, e exceptuando os casos em que é necessário o recurso a métodos paliativos a que o artigo 150º estende a qualificação de intervenção e tratamento médico-cirúrgico, tornando necessário o esclarecimento e o consentimento, é legítimo ocultar ao doente a gravidade efectiva do seu estado. As coisas poderão colocar-se a outra luz, sob o ponto de vista ético, bem como face às normas que protegem o doente enquanto consumidor<sup>(43)</sup>, e no plano da responsabilidade civil contratual e extracontratual, já que a esse nível se mantém o direito do doente a saber o que se passa com ele para poder programar a sua vida, fazer disposições sucessórias, ou tomar

outras decisões<sup>(44)</sup> (45).

Em relação à comunicação do diagnóstico de uma doença fatal com um prognóstico limitado de vida, considerámos atrás que quer o diagnóstico, quer o prognóstico, constituem momentos essenciais do esclarecimento, que apesar de não serem exactamente iguais, se podem deixar integrar na previsão normativa do artigo 157º<sup>(46)</sup>. Quer o conhecimento da doença, quer o conhecimento da sua evolução provável, são importantes para decidir se o tratamento proposto é útil (a informação permite ao doente ponderar juntamente com o médico a existência de uma indicação objectiva para o tratamento como o exige o artigo 150º) e se o sofrimento que lhe está associado ou os seus efeitos laterais traduzem um sacrifício excessivo para o doente tendo em conta a esperança de vida que oferece.

<sup>43</sup> É discutível a aplicação do regime previsto pela Lei nº 24/96, de 31 de Julho, alterada pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril e pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio, às relações que se estabeleçam entre médicos e os seus clientes, entendendo DIAS PEREIRA, André, *Direitos dos Pacientes, ob.cit.*, pág. 414, que o contrato celebrado entre o doente e o médico é um contrato de prestação de serviços, em que o doente merece a protecção das normas de protecção dos consumidores. A exclusão dos profissionais liberais pelo artigo 23º da LDC só se justificaria precisamente porque a relação entre o doente e o médico não é considerada como integrando esse âmbito de actividade profissional. «Na verdade, ao paciente são prestados serviços, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerce com carácter profissional uma actividade económica que visa a obtenção de benefícios». Aplicam-se, por conseguinte, as regras deste diploma que definem os critérios relativos à informação a prestar, designadamente o artigo 8º, nº 1 e nº 3, desta lei que estabelece que o consumidor tem direito à informação suficiente, legível, clara, que permita uma boa utilização do serviço, e que inclua os riscos para a saúde e a segurança dos consumidores. Este autor destaca ainda a importância que tem o regime das cláusulas contratuais gerais no controlo da utilização dos formulários para a prestação de cuidados de saúde, e a intervenção do Ministério Público através da intervenção em acções administrativas e civis destinadas a tutelar de interesses individuais, interesses colectivos ou difusos dos consumidores.

<sup>44</sup> André Gonçalo DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes, ob.cit.*, pág. 410, atribui, entre nós, um significado autónomo ao consentimento nestas situações, dado “o impacto crescente da capacidade preditiva da medicina actual, sem que as capacidades terapêuticas possam evoluir paralelamente a esta evolução”. A associação da obrigação de informação à necessidade de obter o consentimento levaria a retirar todo o sentido à primeira, quando é a informação sobre o seu estado de saúde por mais pessimista que possa ser que o doente procura. Sem pôr evidentemente em causa esta afirmação com a qual concordamos, admitindo um direito autónomo à informação por parte do doente distinto do dever de obter o consentimento informado para uma intervenção ou tratamento, a verdade é que a falta de informação que releva para o Código Penal é apenas a que se torna necessária para a obtenção de um consentimento informado para a intervenção, cuja falta é prevista e punida através do artigo 156º.

<sup>45</sup> Mostra-se bastante exigente relativamente à extensão do esclarecimento médico nestes casos, Faria Costa, José Francisco de, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 773.

<sup>46</sup> No sentido de incluir o prognóstico, enquanto juízo acerca da evolução previsível da doença no esclarecimento sobre o diagnóstico, Henry, Patrick/Cocqueau, Bernard de, *A propos du consentement libre et éclairé du patient*, in *Droit Médical*, coord. de Yves Leleu, Larcier, Liège, pág. 194: “a informação sobre o diagnóstico não consiste apenas em dar um nome à doença, mas deve permitir ao doente compreender a apreensão do seu mal, explicando-lhe os sintomas e as manifestações, a evolução ou evoluções possíveis, as possibilidades de cura, ou não, etc.”

Embora o problema da vulnerabilidade do doente em relação à informação a receber se possa colocar em relação à comunicação, por exemplo, de um diagnóstico de cancro curável, ou face aos riscos de uma intervenção necessária para resolver um problema de mobilidade ou uma doença incapacitante não mortal<sup>(47)</sup>, a maior parte das situações que podem colocar dúvidas sobre o alcance do esclarecimento envolvem a confrontação do doente com a notícia de que tem pela frente um período relativamente curto de vida, pelo que vai ter que optar entre não fazer nada, ou realizar tratamentos com efeitos secundários devastadores em termos de saúde e qualidade de vida, que podem estender a sua sobrevivência. Atendendo à limitação predictiva das estatísticas e face à imprevisibilidade da evolução do caso concreto, esta informação tem uma natureza muitas vezes precária, e pode influenciar muito negativamente o estado de ânimo do doente, retirando-lhe as forças necessárias para combater a doença.

O nosso Código Penal optou por uma resposta normativa que reforça a tutela da autodeterminação pessoal em detrimento de outros pontos de vista, incluindo a própria necessidade de preservar a integridade física da pessoa ameaçada pela doença. Pelo caminho, vimos que ficou a solução que concedia ao médico um amplo privilégio terapêutico, permitindo-lhe omitir a informação sempre que ele implicasse a comunicação de circunstâncias que a serem conhecidas por ele, seriam susceptíveis de lhe provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada (redacção do anterior artigo 159º), que significava que, no limite, qualquer risco de perturbação que pudesse colocar em causa o êxito

de uma intervenção cirúrgica podia legitimar a limitação do esclarecimento. Actualmente, o que se nos afigura como a própria recusa da figura do privilégio terapêutico<sup>(48)</sup>, o médico não pode reter a informação em função de um interesse terapêutico específico alegando, por exemplo, que o confronto com a verdade poderia levar o doente a recusar o tratamento ou dificultá-lo (se o médico sabe, por exemplo, que o doente é hipocondríaco e que tendo conhecimento de que tem cancro deixa de colaborar com o tratamento).

De acordo com o previsto pelo artigo 157º do Código Penal, o médico só se pode afastar do programa jurídico-penal de tutela da autodeterminação da pessoa quando a informação a transmitir possa colocar em risco a sua vida, ou crie perigo de dano grave para a saúde física ou psíquica do doente. Segue-se aqui uma regra de proporcionalidade, utilizada em geral como fundamento do direito de necessidade, pelo que não basta que esteja em causa uma notícia que desafie os limites da capacidade psicológica do doente, sendo necessário que face ao caso concreto, ao diagnóstico, e à sua personalidade, o médico conclua objectivamente que ele se pode vir a suicidar (existe uma doença chamada síndrome de *Basedow* em que qualquer perturbação psíquica pode desencadear efeitos letais) ou a sofrer um ataque cardíaco fulminante dados os seus antecedentes clínicos<sup>(49)</sup>.

23

<sup>47</sup> Não vamos aqui tratar do direito a não saber relacionado com a investigação genética, que encontramos tratado com alguma profundidade em KNOPPERS, Bartha Marie, *From the right to know to the right not to know*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics* 6 (2014), pág. 6.

<sup>48</sup> Continua a referir-se a um privilégio terapêutico com fronteiras definidas segundo uma regra de proporcionalidade, o que nos parece ser a recusa do mesmo privilégio terapêutico, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Direito Penal Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, págs. 20 e ss., e *Comentário Conimbricense do Código Penal, ob.cit.*, anotação ao artigo 157º, § 18, pág. 640: "nunca será bastante invocar que o esclarecimento levaria o paciente a recusar a intervenção".

<sup>49</sup> A regra da proporcionalidade e o direito de necessidade pode levar a afastar o dever de comunicação da doença também nos casos em que o médico tenha fundadas suspeitas de que estão em perigo bens jurídicos de terceiros, como a família do doente que ele ameaça matar caso lhe seja diagnosticada determinada doença.

Esta posição, que podemos qualificar como absoluta no que toca à protecção da autodeterminação da pessoa, corresponde à adoptada pelo direito francês, que consagra a chamada *exception thérapeutique*, que vale unicamente para os casos em que a revelação de uma verdade avassaladora possa comprometer valores de primeira linha do direito penal (essencialíssimos)<sup>(50)</sup>, e tem também sido seguida pelo BGH que apenas legitima a restrição da liberdade do doente nos casos de perigo de lesão séria e não recuperável para a saúde do doente<sup>(51)</sup>.

## 9. As posições doutrinárias relativas à legitimidade da limitação do dever de esclarecimento médico

Em termos gerais, as opiniões dos autores dividem-se entre a daqueles que acompanham a solução vertida na nossa lei, e que entendem que o médico não tem o direito de ocultar informação ao doente a não ser em casos extremos e de necessidade, e a de

todos os que consideram que deve admitir-se um privilégio de humanidade do médico capaz de contemplar situações de vulnerabilidade e de dificuldade em lidar com a doença e a própria morte, legitimando um esclarecimento incompleto ou lacunoso<sup>(52)</sup>.

A primeira posição, deixa legitimar-se por muitas e variadas razões, algumas das quais já referimos. Não é ao médico que cabe decidir o que o doente deve, ou não deve saber, relativamente à sua doença, pelo que atribuir-lhe um espaço de discricionariedade nesta matéria resultaria numa ilegítima restrição da liberdade da pessoa que não é protegida na sua “relação” com outros âmbitos de tutela e outros bens jurídicos, designadamente a vida e a integridade física, mas que vale como um valor absoluto; esta solução converteria o médico numa espécie de psicólogo *ad-hoc*, que passaria a perscrutar a alma do doente em busca das suas intenções, medos e expectativas, o que além de gerar um insustentável risco de erro, comprometeria a própria relação de confiança entre médico e doente, já que este nunca mais poderia saber se lhe diziam a verdade, ou se usavam de um privilégio de reserva e de silêncio relativamente a ele. A única solução que estes autores ainda assim admitem como forma de contemplar as fragilidades da natureza humana no confronto com a sua finitude, é a que permite ao médico proceder ao esclarecimento segundo o ritmo que considere mais adequado, ao longo das várias consultas, ou das várias fases de tratamento ou de doença, adiando a comunicação das informações com maior impacto psicológico para mais tarde, à medida que surja a necessidade de recorrer a cuidados paliativos ou proceder a internamentos.

<sup>50</sup> Os tribunais superiores franceses, a *Cour de Cassation* e o *Conseil d'Etat* adoptam um conceito de esclarecimento extremamente abrangente, considerando que o doente deve ser informado de todos os riscos, sobretudo dos riscos graves, mesmo que sejam de ocorrência excepcional. Refere-se a esta posição da jurisprudência mais recente francesa, Henry, Patrick/Cocqueau, Bernard de, *À propos du consentement libre et éclairé du patient, ob.cit.*, pág. 201: “exceptuando os casos de urgência, de impossibilidade, ou de recusa do doente em ser informado, o médico deve fornecer uma informação leal, clara e apropriada sobre os riscos graves associados aos exames e cuidados propostos, e não é dispensado desta obrigação pelo facto destes riscos apenas se concretizarem a título excepcional”.

<sup>51</sup> BGHZ 29, 176, 185; BGH, JR 1986, 65, 67. Acerca desta posição da jurisprudência do BGH, pode ler-se em Schöch, Heinz, *Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, ob.cit, pág. 54, o seguinte: “em doenças de evolução mortal, que tornam quase psicologicamente intolerável o esclarecimento do doente, a jurisprudência exige com razão que esse esclarecimento seja feito com cuidado e moderação, em ordem a garantir o exercício da liberdade de decisão do doente relativamente a posteriores tratamentos. Em ordem a assegurar a autodeterminação do doente o médico não deve ocultar a gravidade da doença. O esclarecimento do doente também não deve ser substituído pelo dos familiares mais próximos. Apenas em casos raros o médico pode abster-se de informar, se a informação puder gerar um risco sério para a vida ou de uma lesão irreversível da saúde”.

<sup>52</sup> Na doutrina alemã, não acompanhando a posição dos tribunais superiores, veja-se, por exemplo, Schönke/Schröder/Eser, StGB, §223, nota 42, Hirsch, LK, StGB, §228, nota 25, sustentando que o risco de perturbações psicológicas graves pode afastar o dever de esclarecimento integral nestas situações.

Estes autores também advertem para a crescente despersonalização da relação entre médico e doente, sendo raros os casos em que o médico pode afirmar com convicção e credibilidade que conhece suficientemente bem o doente para saber se ele está em condições de suportar a verdade sobre a sua doença. Foi com base nesta conclusão que a *American Association Council on Ethical and Judicial Affairs* concluiu sem exceção o seguinte<sup>(53)</sup>: “Reter informação médica do doente sem o seu conhecimento ou consentimento é eticamente inaceitável”. De acordo com este relatório não só se deve entender que os doentes são presumivelmente capazes de lidar com a verdade, como se deve presumir que querem a verdade, a não ser que forneçam indicações precisas do contrário. Em 1982, um inquérito nacional conduzido pela agência Louis Harris a pedido da *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, concluiu que 96% dos americanos queriam que lhes fosse dito que tinham cancro (ou outra condição potencialmente mortal), e 86% queria uma estimativa realista de quanto tempo de vida teriam em caso da doença conduzir à morte num espaço de tempo inferior a um ano. De acordo com RICH constitui uma posição excessivamente paternalista pretender que estes resultados constituem a expressão da vontade de pessoas saudáveis que não sabem o que quereriam efectivamente, ou o que seria o seu melhor interesse se tivessem que se confrontar com uma doença grave<sup>(54)</sup>.

<sup>53</sup> Rich, Ben A, *Prognosis Terminal Truth-Telling in the Context of End-of-Life Care*, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 23 (2014), pág. 213.

<sup>54</sup> Neste contexto, assume uma importância fundamental no ordenamento jurídico norte americano a decisão *Arato vs. Avedon*. O caso data de 1980, e Mr Arato foi sujeito a uma intervenção cirúrgica para a remoção de um rim. No decurso da intervenção, o cirurgião detectou um tumor no limite do pâncreas. Depois de obter o consentimento da mulher de Mr Arato, o cirurgião retirou o tumor juntamente com o baço e com o rim afectado. Revelou posteriormente ao casal Arato

numa consulta de follow-up que o tumor era maligno e que ia remeter o doente para um oncologista para tratamento. Não se discutiu na altura o prognóstico do doente. Na reunião inicial com o oncologista Mr Arato preencheu um questionário em que se colocavam 150 perguntas, entre as quais se gostaria de saber a verdade sobre a sua condição ou se preferia que fosse o médico a assumir o encargo da realidade. Mr Arato optou pelo esclarecimento. A discussão em tribunal sobre o tratamento recomendado ao Mr Arato pelo oncologista centrou-se mais nas razões pelas quais lhe foi recomendada a continuação do tratamento que na quantidade de informação que lhe foi prestada. A situação de Mr Arato parecia mais favorável que a dos restantes doentes de cancro do pâncreas pelo seguinte: o tumor tinha sido descoberto numa fase assintomática, a resecção do tumor tinha deixado “margens limpas” e os tumores que afectam a causa do pâncreas têm menores índices de mortalidade. A combinação de todos estes factores parecia indicar a conveniência de uma terapêutica mais agressiva em ordem a evitar a recorrência do cancro ou metástases. Uma complicação adicional que não foi directamente tida em conta pelo tribunal, dizia respeito à natureza quase experimental da terapia que combinava radio e quimioterapia. Não se discutiu em relação ao esclarecimento de Mr Arato que a maior parte dos doentes com cancro pancreático morre da doença, e que se existisse uma recidiva não seria tratável. Mr Arato consentiu na terapia mas a verdade é que teve uma recorrência do cancro antes de completado um ano sobre o diagnóstico inicial e morreu meses depois. O ponto central da acção judicial que Mrs Arato moveu contra o oncologista e o cirurgião dizia respeito a saber se o esclarecimento — ou o não esclarecimento — acerca da esperança de vida para doentes com cancro pancreático tornou o consentimento não informado e se se podia concluir pela existência de uma violação do dever de cuidado. Mrs Arato defendeu que como Mr Arato não tinha sido informado acerca da delicadeza do seu prognóstico tinha consentido numa terapia debilitante e dolorosa que de outra forma teria recusado e não teve possibilidade de por os assuntos financeiros da família em ordem. Como justificação para a não revelação destes elementos como parte do processo de consentimento informado, o cirurgião invocou o privilégio terapêutico, afirmando que dado o nível de ansiedade que tinha constatado no Mr Arato teria sido medicamente inadequado esclarecer sobre taxas de mortalidade. O oncologista afirmou que o esclarecimento acerca da elevada taxa de mortalidade do cancro pancreático iria retirar toda a esperança ao doente e que estes elementos tinham escassa força predictiva para o doente individual. O júri decidiu a favor dos médicos considerando que eles tinham prestado toda a informação relevante que lhe permitiria tomar uma decisão esclarecida acerca do tratamento. O tribunal de recurso reverteu esta decisão porque entendeu que na ausência de dados estatísticos acerca da possibilidade de sobrevivência um doente como o Mr Arato não podia avaliar adequadamente a razoabilidade de se submeter ao rigor de um tratamento como o que lhe foi recomendado. O Supremo Tribunal da Califórnia reverteu de novo a decisão e manteve a sentença inicial aceitando que a informação prestada a Mr Arato teria sido suficiente para qualquer doente razoável poder ponderar os riscos e benefícios do tratamento. Quando esta decisão foi tornada pública, formaram-se imediatamente duas correntes de opinião. Uma delas, sustentada por George Annas, criticava a decisão final, e sublinhava a robustez da doutrina do consentimento informado na Califórnia. afirmando que um doente na posição de Mr Arato teria querido um esclarecimento

Mas esta posição tão restritiva do privilégio de silêncio do médico encontra opositores que tentam introduzir na discussão outros pontos de vista. DEUTSCH e SPICKHOFF, lembram a este propósito, o escritor alemão Theodor Storm, a quem foi diagnosticado um carcinoma e que foi avisado do curso fatal da sua doença, tendo perdido a alegria de viver e a vontade de trabalhar. Os médicos reuniram-se então para confirmar o diagnóstico inicial, e embora o quadro clínico se mantivesse inalterado, comunicaram a Storm que tinha uma doença de estômago que afinal não era mortal. O poeta que recuperou aí a vontade de viver, terminou a obra *Schimmelreiter*, acerca da qual escreveu Thomas Mann: “a obra prima, com a qual Storm coroou a sua vida de artista, é produto de uma mentira misericordiosa”<sup>(55)</sup>.

## 10. A regulação deontológica e as Convenções Internacionais nesta matéria;

A regulação deontológica desta matéria tem vindo a aproximar-se do paradigma aceite pela lei penal. O artigo 40º, do Código Deontológico dos médicos, que esteve em vigor até 2009, excluía o dever de esclarecimento quando se tratasse de dar conhecimento ao doente de um prognóstico fatal, caso em que o dever do médico se referia em primeira linha ao familiar mais próximo (é ainda assim no direito suíço), só devendo existir a comunicação ao paciente “com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral”.

Mais recentemente, em 2009, o artigo 50º do Código Deontológico deixou de fazer distinções entre diagnóstico fatal e não fatal, passando o seu nº 2 a estabelecer que a informação devia ser dada com prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, *ponderados os eventuais danos* que esta lhe pudesse causar. É esta a redacção que mantém actualmente o artigo 25º do Regulamento Deontológico, aprovado pela Lei nº 707/2016, de 21 de Julho de 2016 (informação de diagnóstico e prognóstico), segundo o qual a comunicação deve ser feita *ponderando os eventuais danos* que a informação possa causar ao doente, estabelecendo ainda o artigo 19º, que o esclarecimento é feito tendo em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e nível cultural. No entanto, o artigo 40º, nº 4, do mesmo diploma, apenas justifica a omissão da informação que possa causar perigo para a vida ou grave dano para a saúde física ou psíquica do doente, o que limita a gravidade dos danos que permite afastar o dever de esclarecimento.

completo e claro acerca das suas perspectivas. Outros, como Kodish e Post, argumentaram dizendo que em particular no caso de doentes de cancro, os médicos tinham um dever duplo de ir ao encontro das necessidades de informação do doente garantindo-lhe ao mesmo tempo a esperança necessária nestas circunstâncias. Consideraram existir uma diferença entre o diagnóstico de cancro e o prognóstico que é muito mais incerto. Actualmente existe um movimento destinado a redefinir o que constitui um diagnóstico legítimo de cancro de forma a excluir da designação casos de pre-malignidade que na opinião de alguns médicos têm conduzido a um numero perturbante de excesso de diagnóstico e excesso de tratamento.

<sup>55</sup> DEUTSCH e SPICKHOFF, *ob.cit.*, pág. 202-321, referem dois casos de privilégio terapêutico neste sentido amplo. Num deles, decidido pelo BGE suíço 105 II 284, o doente tinha um cancro, e não lhe foi dito que era necessário tirar uma parte do intestino. Durante a operação foi ainda necessário alterar o curso da intervenção planeada. O tribunal considerou que não é função do esclarecimento alarmar o doente e causar-lhe danos físicos e psíquicos. O médico está obrigado a um esclarecimento leal, simples e claro acerca do diagnóstico, prognóstico e tratamento, mas quando o medo provocado pelo esclarecimento puder prejudicar fisicamente o doente deve ser-lhe ocultado o diagnóstico. Em todo o caso ele deve ser comunicado aos familiares. Num outro caso, *Nishi v. Hartwell*, 473 P. 2d 116 (Hawaii 1970), que é um exemplo de «verdadeiro» privilégio terapêutico tendo em conta a finalidade invocada, o médico não contou a um doente aterrado que a injeção de líquido de contraste para fazer um exame envolvia um risco de morte de 2 em 3800 casos. Houve complicações e o tribunal entendeu que a reserva de esclarecimento tinha sido justificada por «razões terapêuticas».

O quadro de regulação do artigo 25º deixa a ideia de que o médico poderia deixar de informar sempre que a informação a dar ameaçasse causar um prejuízo ao doente, independentemente da sua gravidade e da sua natureza. A mera angústia do doente face ao diagnóstico poderia ser razão bastante para afastar o dever de esclarecimento. No entanto, a leitura do artigo 40º leva-nos a concluir que não é assim. A vulnerabilidade do doente apenas pode condicionar a forma e a extensão do esclarecimento, e o dever de esclarecimento só pode ser excluído se existir um perigo para a vida, ou perigo de grave dano para a saúde física ou psíquica do doente. Todavia, e uma vez que a regulação deontológica não tem que obedecer ao enquadramento dos resultados em categorias tipificadas como o direito penal, parece ser de admitir que o que se entende aqui como “grave dano para a saúde física ou psíquica do doente” possa ser entendido em termos amplos como qualquer afectação séria da integridade psicológica e da estabilidade do doente, o que permite uma maior amplitude ao médico na sua decisão de reserva <sup>(56)</sup>.

Também se inclinam no sentido da exclusão do dever de esclarecimento com base na consideração dos danos (menores em relação à morte ou à lesão grave da integridade física ou psíquica

do doente a que se refere a nossa lei penal) que a comunicação pode causar ao doente, grande parte das Convenções Internacionais e o Direito Europeu sobre a matéria. Assim, estabelece a Convenção de Oviedo, no nº 3 do artigo 10º o seguinte: “de modo excepcional, a lei pode estabelecer restrições, no interesse do paciente, relativamente ao exercício dos direitos mencionados”. E a Declaração de Helsínquia dispõe que “se possível, e de acordo com o estado psicológico do doente, o médico deve obter o seu consentimento livre depois de lhe proporcionar uma informação completa”, o que a *contrario* permite inferir que o médico está dispensado de dar essa informação quando existam razões para suspeitar da fragilidade psíquica do doente. E ainda a Recomendação 5/97 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que no seu artigo 8.2, c) prevê a possibilidade de limitar o acesso aos dados médicos quando seja provável que o conhecimento da informação cause um sério dano à saúde do afectado. O Código de Ética Médica do Brasil, aprovado em 2017, estabelece no artigo 34º, que é obrigação do médico “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano”.

Ao mesmo tempo, no nosso direito interno, a demonstrar que a regulação desta questão não é linear, a Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro (informação genética pessoal e informação de saúde), prescreve no nº2, do seu artigo 3º, relativo à propriedade da informação de saúde, que “o titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado”.

<sup>56</sup> É curioso que o Código Deontológico permite invocar o privilégio terapêutico em relação ao diagnóstico e prognóstico, mas não inclui nele a informação relativa ao procedimento e ao tratamento, tal como o faz o direito francês, ou o nosso Código Penal, que permite ao médico ocultar genericamente *informação* sempre que as circunstâncias permitam concluir que dessa informação resultaria prejuízo para a vida ou grave dano para a saúde. A autonomização do diagnóstico e do prognóstico que preconiza o Código Deontológico, embora possa fazer sentido sob o ponto de vista da reserva de informação que permite, já que se trata dos momentos que incluem conhecimentos mais dolorosos ou mais complicados, coloca dificuldades relativamente aos outros âmbitos de esclarecimento. Pois como é possível ao médico informar sobre um tratamento ou uma cirurgia sem omitir detalhes se entendeu legitimamente ser de resguardar o doente da informação sobre o seu estado?

## 11. A posição adoptada pelo Código Penal português

De tudo isto, o que se pretende concluir é que o nosso Código Penal colocou um rigor aparentemente excessivo na tutela da autonomia do doente que é encarada como um valor asséptico com fronteiras precisas e pré delimitadas de protecção, o que não parece aceitável tendo em conta a sua natureza enquanto bem jurídico, e a relação que mantém com a intervenção curativa que se destina a legitimar (a arbitrariedade a que se refere o artigo 156º é a arbitrariedade de uma intervenção médica, pelo que tem que se saber se a intervenção médica é efectivamente arbitrária no contexto concreto).

Aceitando a verdade das palavras de WELZEL quando formulou o conceito de adequação social, impõe-se contrariar o entendimento do bem jurídico como objecto colocado numa redoma de vidro, que cabe ao direito penal proteger enquanto valor intangível, sendo de admitir, sobretudo numa área onde se verifica uma tensão inquestionável entre as necessidades de protecção da liberdade da pessoa e a consideração da sua dimensão humana, física e psíquica, que o bem jurídico se move na vida, e se deixa definir em função das circunstâncias do caso, do contexto, do tipo de tratamento a realizar, e da condição do próprio titular do bem jurídico.<sup>(57)</sup> Partilhamos aqui das dúvidas de FIGUEI-

REDO DIAS quando revela o temor que o legislador penal português possa ter ido longe demais na separação que quis absoluta entre a tutela da liberdade da pessoa e da sua integridade física e moral num domínio de actividade onde estes valores se tocam de tão perto.

É certo que não queremos dar a mão à crítica suscitada por COSTA ANDRADE em relação à formulação anterior do artigo 159º, que estabelecia um verdadeiro privilégio terapêutico a favor da intenção e finalidade curativa da intervenção sempre que o esclarecimento pudesse perturbar minimamente esse desiderato, que dizia que assim se sacrificava integralmente uma ideia de proporcionalidade na tutela dos bens jurídicos. Não discutimos que quando se invoca a finalidade terapêutica como justificação se elimina efectivamente a autonomia do doente, mas entendemos que o princípio da proporcionalidade não é comprometido onde se admite ao médico ponderar o grau de comprometimento moral da pessoa como limite ao seu dever de informar. Trata-se de alargar o âmbito de razões ou de valores que podemos considerar superiores à crua autonomia que o legislador penal contemplou como objecto de protecção dos artigos 156º e 157º, se quisermos, trata-se de admitir que não se pode eliminar *de facto* uma certa medida de privilégio terapêutico enquanto princípio interpretativo. É certo que o ponto de vista que adoptamos não é totalmente coincidente com um princípio de proporcionalidade em sentido estrito, já que não é bem em justificação que pensamos enquanto colisão efectiva de valores ou interesses “inteiros” (autonomia e integridade psíquica do doente), mas num ponto de vista de delimitação do bem jurídico, considerando que a transmissão de certas informações, a certos doentes, em certas circunstâncias, não corresponde a um efectivo exercício de auto-

<sup>57</sup> Acerca do significado do conceito de adequação social em WELZEL, e a forma como foi evoluindo no seu pensamento, veja-se, por todos, RIBEIRO DE FARIA, Paula, *A Adequação Social da Conduta, ob. cit.*, páginas 58 e seguintes. Acerca do entendimento do bem jurídico como objecto intocável de tutela, que contraria, confira-se a mesma obra, página 66: “os bens jurídicos não podem ser entendidos como peças de museu permitindo-se apenas ao visitante a sua contemplação, e sendo criminoso todo aquele que quebra os vidros e a esfera de segurança que o rodeia”. Os bens jurídicos tutelados pelo direito penal integram-se na vida social e vão sendo sujeitos a uma multiplicidade de lesões penais naturais à vida em sociedade que não podem ser consideradas penalmente relevantes.

nomia da sua parte, já que elas impedem falar de uma decisão livre, ficando assim perto do que ensina a teoria dos limites imanentes do direito constitucional, ou do que manda a teoria dos interesses enquanto teoria interpretativa da norma jurídica, o que nos parece que constitui uma interpretação legítima em direito penal.

Nesta linha, estranhamos mesmo que o direito penal, que se encontra vinculado a princípios constitucionais de subsidiariedade e necessidade de intervenção, proteja mais o valor da autonomia da pessoa que outros ramos do ordenamento jurídico, ao admitir apenas a exclusão do dever de esclarecimento médico onde esteja em causa a criação de perigo para a vida ou de um perigo de ofensa à integridade física grave do doente, no sentido do artigo 144º do Código Penal.

## 12. A materialidade do dever de esclarecimento e do consentimento informado. A importância de atender às circunstâncias e à necessidade informativa do doente concreto

O que dizer então em relação aos casos em que a comunicação do diagnóstico, e eventualmente do prognóstico, de uma determinada doença, não colocando em risco a vida ou a integridade física essencial do doente, pode vir a gerar processos psicológicos complexos e grande sofrimento, capazes de comprometer a eventual utilidade terapêutica do procedimento ou tratamento a seguir, sendo necessário tomar uma decisão sobre o que fazer?

Como vimos, não acompanhamos a solução que corresponde aos termos literais do artigo 157º, que restringe a legitimidade da reserva de informação por parte do médico aos casos em que o conhecimento dos contornos da doença pelo doente pode comprometer a sua vida ou a integridade física tu-

telada pelo artigo 144º, mas também não somos da opinião que se deva admitir sem limites a decisão substitutiva do médico em total desrespeito pela liberdade da pessoa. Não temos dúvidas, por exemplo, que no caso Arato, em que a falta de informação do médico impediu que o doente rejeitasse um tratamento que não oferecia possibilidades de cura, ou uma melhoria significativa da sua qualidade ou esperança de vida, se revelou uma indesmentível danosidade social traduzida na violação da autonomia do doente.

Mas o que entendemos deste caso também nos aponta uma via de reflexão relativamente às situações que temos entre mãos. No caso Arato, o desconhecimento do prognóstico da doença condicionava fortemente as possibilidades terapêuticas do tratamento a que o doente foi sujeito, o que significa que a omissão da informação pelo médico conduziu o doente a uma decisão errada, ou a uma decisão diferente daquela que porventura teria tomado se estivesse na posse de todos os elementos e condicionantes dessa decisão (o médico também não o informou da natureza experimental do método extremamente agressivo que ia ser usado). Não existia aqui nenhuma possibilidade de falar de um consentimento hipotético, ou de afirmar que o doente teria consentido na intervenção se tivesse sido devidamente informado, sendo certo que, e este é um dos aspectos que nos parece importante sublinhar em toda esta matéria, nem parece ter existido uma indicação objectiva para o tratamento, nem o doente corria o risco de ser prejudicado com o esclarecimento, tendo-se inclusivamente manifestado a favor da obtenção da informação.

### 13. O consentimento hipotético

É possível admitir que quando o médico colocado face a um doente concreto, e não podemos perder de vista que tomámos o critério do doente individual medianamente razoável como parâmetro do cumprimento do dever de esclarecimento, tome consciência do significado humanamente demolidor da informação que tem a transmitir, possa legitimamente ocultá-la, passando a actuar com base na vontade e interesse hipotéticos do doente. A legitimidade desta omissão que é, de resto, aceite por uma significativa parte da doutrina penal alemã como forma de tornar o rigor da decisão do BGH que apenas afasta o dever de informar onde esteja em causa um perigo para a vida ou de um dano não recuperável para a integridade física do doente (esta doutrina admite que se possa prescindir da exigência de “não recuperação”, e que a perturbação séria para a saúde do doente possa ser entendida como um sofrimento profundo ou duradouro capaz de afectar inclusivamente familiares ou terceiros), exclui a causalidade de acordo com o princípio do comportamento alternativo lícito.

O recurso ao consentimento hipotético suscita todavia algumas dificuldades nestes casos, desde logo porque é uma figura utilizada em relação a doentes com plena capacidade decisória. Enquanto nos casos de consentimento presumido se trata de presumir a partir de uma dada realidade, e face à incapacidade do doente e urgência da intervenção, a vontade do doente a partir do seu interesse objectivo, no consentimento hipotético, ocorre uma violação indesmentível do dever de informar, vindo-se a comprovar num momento posterior que mesmo que não tivesse havido qualquer violação desse dever, a intervenção teria sido consentida.

A redução da autonomia do doente que ocorre

nas situações que temos em análise deixa-nos a meio caminho entre a solução do consentimento presumido e do consentimento hipotético, e porventura mais próximos da primeira, que da segunda. A verdade é que o medo, a perturbação do doente, que o coloca na impossibilidade de reagir à notícia e à própria doença, se não constitui propriamente uma situação de incapacidade como a que convoca o consentimento presumido, também não se deixa configurar como uma situação de plena capacidade tal como a que supõe o consentimento hipotético, e que é ignorada pelo médico. Por outro lado, o consentimento hipotético só funciona, em princípio, embora nos pareça que essa não é conclusão absolutamente necessária a este propósito, em relação a omissões negligentes, e não face a violações intencionais do dever de informar, como é o caso. Pelo que talvez não seja este o melhor caminho a seguir se quisermos justificar a omissão da informação pelo médico nestas situações<sup>(58)</sup>.

### 14. A limitação do dever de informar devido à diminuição substancial da autonomia do doente

Se é fácil de constatar que o nosso legislador optou por consagrar a autonomia e a integridade física e a vida do doente como órbitas separadas de tutela, não surgindo o esclarecimento e consequente consentimento como forma de legitimar a intervenção médica, mas apenas como forma de concretizar a liberdade do doente, temos apesar

<sup>58</sup> Há autores que contestam inclusivamente a figura do consentimento hipotético porque entendem que desestabiliza o conceito do consentimento informado. DIAS PEREIRA, André, *ob.cit.*, pág. 510, e lembre-se ainda que o consentimento hipotético não justifica mas apenas impede a punição do agente pelo crime consumado. Veja-se, neste sentido, COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal, ob.cit.*, anotação ao artigo 156º, §66, pág. 629.

de tudo que admitir, repetindo-nos, que essa liberdade só se define e manifesta “em relação”, quer dizer, confrontada com as circunstâncias do doente concreto e tendo em conta que existe uma indicação curativa para a intervenção.

Acompanhamos COSTA ANDRADE quando ensina que não deve haver aqui espaço para decisões discricionárias do médico, mas consideramos que o legislador penal foi longe demais na separação a que procedeu entre a tutela da autonomia e da integridade física e vida do doente: é que a autonomia do doente é exercida em relação a uma intervenção que se destina a salvaguardar a sua vida, a curá-lo, a diminuir as suas dores e o seu sofrimento, o que não pode deixar de ser relevante quando estamos a um passo de admitir que os seus medos e a sua perturbação, a sua situação concreta, possam ser motivos legítimos para restringir, ou delimitar, o âmbito de protecção jurídico penalmente relevante da autonomia que ele está em condições de invocar e exercer.

Cruzam-se aqui numa lógica definidora interesses distintos, que o legislador separou a régua e a esquadro, mas que não se podem realizar de forma plena — sobretudo nos corredores dos hospitais e nos consultórios médicos onde a humanidade não permite as cisões que só o técnico do direito pode fazer — se forem deixados em monólogo, encerrados em si mesmos, apenas podendo ser definidos de forma dialogante e relacional. Pois não é o mesmo onde o médico adivinha os sinais da angústia e os efeitos devastadores que a comunicação da doença trará ao homem que tem perante si, e quer curá-lo, seguindo a linha que ele próprio traçaria se soubesse de tudo, ou quando, desconsiderando o sentido da sua potencial vontade, o sujeita a um ensaio clínico, ou noutro contexto, a uma ofensa à integridade física.

Não se pode falar aqui de um verdadeiro privilégio terapêutico porque não se trata de sacrificar a autonomia do doente ao sucesso do tratamento. Quando muito legitimar-se-á falar de um privilégio terapêutico como critério interpretativo que permite a ligação entre a intervenção médica e a definição da autonomia do sujeito. O mal que a comunicação da doença ou da sua evolução poderá causar ao doente e que o médico conhece, limita a sua autonomia em face de uma intervenção à qual se encontra associada uma desejabilidade social que introduz especificidades no conteúdo da autodeterminação do paciente.

O fundamento da decisão substitutiva encontra-se no prejuízo para a saúde psíquica do doente, que pode integrar mesmo o ponto de vista justificador da lei se lhe dermos contornos mais abrangentes do que os que parecem ser os da parte final do artigo 157º, o que não é aliás impedido pelo princípio da legalidade, porque se trata de proceder a uma interpretação restritiva do âmbito da incriminação. A exclusão do dever de esclarecimento pode ter lugar sempre que esteja em causa um risco de um prejuízo sério, importante e consistente, para a saúde da pessoa, que não tem que ser irreversível, e que pode nem ser assimilável ao tipo legal de ofensas à integridade física graves, uma vez que a gravidade da lesão não envolve forçosamente o preenchimento do artigo 144º. Desta forma não se prejudica a exigência de proporcionalidade de que fala COSTA ANDRADE<sup>(59)</sup>, embora ela deixe de ser tão flagrante como a que é normalmente associada ao artigo 157º, evitan-

<sup>59</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo*, *ob.cit.*, pág. 462. Note-se todavia que noutro lugar, Comentário Conimbricense do Código Penal, *ob.cit.*, anotação ao artigo 157º, §16, pág. 639, o mesmo autor já refere a prostração, o desânimo e o desespero como eventual fundamento para o privilégio terapêutico, justificando a não comunicação dos riscos da intervenção ou do diagnóstico da doença.

do-se comunicações desumanas e que possam comprometer a estabilidade do doente.

Acerca do conteúdo das notícias que podem causar uma lesão grave da integridade física do doente, e acerca da objecção de todos os que consideram que a medicina actual não contempla a possibilidade de um conhecimento integral e profundo da pessoa, pensamos que é muito importante atender ao que é transmitido ao médico pelos familiares, amigos e cuidadores do doente, acerca da sua capacidade de lidar com a informação. Não se trata de atribuir poderes decisórios aos familiares, mas de retirar de certos factos, como o acompanhamento do doente à consulta, ou o tratamento do doente acamado, que pode ser garantido por um amigo, ou por um vizinho, as devidas consequências em termos de permissão implícita para o conhecimento de certos dados, passando a funcionar estas pessoas como “elos de informação” em ordem ao apuramento dos traços de personalidade e da vontade do doente concreto.

Os familiares não prestam evidentemente consentimento pelo doente, mas o Estatuto Deontológico dos Médicos estabelece no artigo 21º, nº 6, que eles devem ser ouvidos como forma de definir a vontade do doente quando ele não se encontra em condições de prestar o consentimento. Por sua vez, e embora o anterior artigo 50º exigisse o consentimento expresso do doente para a revelação do diagnóstico aos familiares, o artigo 25º, nº 4, estabelece que este diagnóstico só lhes pode ser comunicado mediante “consentimento”, parecendo poder admitir-se o consentimento implícito que, como vimos, se se deixa deduzir de múltiplas formas de acompanhamento e de cuidado para com o doente.

## 15. O esclarecimento parcial

Supondo que não é aceite um ponto de vista interpretativo como o que sustentamos nestes casos para afastar a relevância da omissão de informar do médico em face do tipo legal de crime do artigo 156º, que não se aceita o alargamento dos pressupostos da justificação, ou da ponderação de interesses a que se refere o artigo 157º, ter-se-á que considerar que a intervenção médica não foi consentida no seu todo, aplicando-se sem restrições o artigo 156º do Código Penal, tal como se não tivesse ocorrido qualquer esclarecimento, e não houvesse qualquer perturbação para a autonomia do doente decorrente da sua circunstância?

Há autores que sustentam que o consentimento se dirige à totalidade da intervenção, pelo que se o médico não esclarece sobre alguns dos tópicos previstos pelo artigo 157º, ou o faz de forma insuficiente, responde pela realização de uma intervenção “totalmente” arbitrária, e esta conclusão vale também no confronto com a sua responsabilidade civil embora aí, como vimos, de forma mais abrangente: o médico responde pelas ofensas corporais decorrentes de um consentimento inválido e pela violação do direito à autodeterminação do doente.

Há, no entanto, uma outra posição a este propósito, que defende que a responsabilidade do médico apenas se deve referir às consequências e riscos pelos quais não informou, existindo uma violação parcial do direito do doente a ser informado. A transposição dessa conclusão para o domínio do direito penal, permitiria, a aceitar a tese de GÜNTHER<sup>(60)</sup> de uma ilicitude especificamente penal, associada a considerações de necessidade de punição do agente, admitir que a ilicitude de-

<sup>60</sup> GÜNTHER, Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsauschluss*, Bonn, Carl Heymanns Verlag KG (1983).

corrente da não informação de certos aspectos, ou riscos, ao doente, não chega para falar de uma intervenção médica arbitrária nos termos da lei penal. A ajuizar pela dimensão da informação prestada, dos riscos em presença, do que não foi transmitido ao doente, poder-se-ia admitir que a falta de informação não tem peso bastante para falar de uma intervenção arbitrária, ou que o juiz, atenta a reduzida dimensão da ilicitude revelada, deveria atenuar a pena a aplicar.

## 16. Conclusões.

A relevância da omissão do dever de informar do médico em face do âmbito incriminador do artigo 156º do Código Penal exige que tenha tido lugar o comprometimento efectivo da autonomia do doente. Uma vez que a realização da intervenção médica apenas pode ser considerada perfeitamente normal, desejável, e positivamente valorada sob um ponto de vista individual e colectivo, onde conte com a anuência do doente, o consentimento mais do que uma causa de justificação, constitui neste domínio um ponto de valoração essencial da adequação social da conduta do médico, e condição da sua atipicidade, o que tem relevância na resolução do problema que nos ocupa<sup>(61)</sup>.

Uma intervenção médica que cumpre os requisitos do artigo 150º, e que é procurada e desejada pelo doente, não preenche qualquer tipo legal de crime, seja à luz das incriminações que tutelam a

integridade física e a vida, seja à luz das normas que tutelam a autonomia da pessoa. Assim sendo, colocado perante um caso de esclarecimento médico limitado, o intérprete terá que começar por proceder à valoração global do sentido da omissão do médico, procurando saber se ela traduz uma verdadeira lesão da autonomia do doente face a todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo as que dizem respeito à própria intervenção, e ao seu estado de saúde, uma vez que podem ter repercussões na sua autonomia, ou não.

É aqui relevante a diferença entre atipicidade e justificação. A justificação corresponde a uma conflitualidade efectiva de interesses. Uma vez identificada a unidade fáctica e valorativa que corresponde ao tipo legal de crime, apurada a lesão do bem jurídico, recorre-se à justificação como forma de neutralizar a ilicitude decorrente da realização daquela particular modalidade delitual. A justificação permite alargar a valoração sobre um facto com relevância criminal à luz do tipo incriminador, o que significa que terá que se subordinar a pressupostos, sob pena da violação do princípio da legalidade ao confundir-se com uma ideia genérica de justiça. O que não sucede onde é de uma causa de exclusão do tipo que se fala, ou do primeiro juízo sobre a relevância penal da conduta: quer a valoração que corresponde à adequação social, ou o acordo como expressão dessa adequação social no plano da autodeterminação da pessoa, estão sujeitos aos limites de legitimidade que o tipo legal de crime impõe, estão balizados pela descoberta do sentido que o tipo comporta enquanto princípios de natureza interpretativa.

Em relação ao problema que nos ocupa isso quer dizer que a definição do significado social da actuação do médico à luz do artigo 156º tem prioridade sobre a ideia de justificação. Apenas deve ser considerada como uma intervenção médica ar-

<sup>61</sup> Acerca da distinção entre consentimento e acordo, veja-se Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal*, e também Figueiredo Dias, *Direito Penal, ob.cit.*, pág. 476: “...Mais longe vai todavia a nossa lei, considerando que uma intervenção médico-cirúrgica dotada das características acima mencionadas nunca constitui uma ofensa corporal (artigo 150º); se todavia ela for levada a cabo sem consentimento então o facto integra um crime autónomo — o dos chamados “tratamentos cirúrgicos arbitrários”: art. 156º — configurado, et pour cause, como um crime contra a liberdade pessoal e onde, por conseguinte, o “acordo” exclui a tipicidade”.

bitrária a intervenção que não vai ao encontro da liberdade do doente, que impede a sua realização pessoal face ao que constitui uma intervenção de carácter terapêutico ou curativo. Sem contestar a opção legislativa que apartou os espaços de tutela correspondentes à vida, à integridade física e à autonomia, tem que se admitir que não é possível resolver totalmente a questão do significado e da normalidade do comportamento médico perante o tipo de intervenções médicas arbitrárias sem apelar a todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo as que dizem respeito ao estado de saúde do doente, à intencionalidade da intervenção, ao risco que um esclarecimento integral convoca para a sua vida e a sua estabilidade psicológica, e que apenas elas permitem determinar o que é normal, e o que não é normal, o que é tolerável e socialmente aceitável, e o que não é, à luz da autonomia do doente (a própria epígrafe do artigo 156º refere a arbitrariedade à realização de uma intervenção médica).

Deixa afirmar-se por esta via um outro privilégio médico, que não é o privilégio terapêutico como se encontra tecnicamente definido já que este se encontra associado à cura ou ao tratamento do doente, mas que constitui um privilégio interpretativo: o ponto de equilíbrio que define o acordo, e que impede que se fale de uma lesão da autonomia do doente, não é sempre igual, e depende da configuração da situação concreta. A autonomia da pessoa não se deixa realizar forçosamente através do conhecimento integral da realidade técnica ou científica, e o não esclarecimento, ou o esclarecimento faseado ou limitado, não viola sempre a liberdade do doente.

Claro que também se pode colocar o problema em sede de justificação da omissão de esclarecimento. Nesse caso, ter-se-á que admitir que a autonomia da pessoa é efectivamente posta em causa

perante o silêncio do médico, e que essa lesão deve deixar-se neutralizar por um outro ponto de vista, ou critério de valoração. A solução que consideramos mais equilibrada a seguir este caminho, ocupa o seu espaço entre a solução legal, que apenas aceita a justificação quando existe o perigo da produção de um resultado tipicamente relevante à luz das disposições que tutelam a vida e a integridade física essencial (de acordo com uma fórmula geral que vale para todas as situações de necessidade, mas que não contempla a especificidade humana da intervenção médica e do processo curativo), e as posições que falam do “heroísmo romântico” de uma concepção exacerbada de autonomia, a que se refere COSTA ANDRADE<sup>(62)</sup>, e que defendem que em caso de prognóstico grave deve funcionar a presunção de que o doente não quer saber, pelo que o dever de informar do médico só existirá quando o doente expressa uma vontade racionalmente motivada, firme, unívoca e persistente de ser informado. Tratar-se-ia de proceder ao alargamento do âmbito material da justificação prevista pelo artigo 157º, e que normalmente é feito coincidir com o risco de lesões graves para a saúde física ou psíquica do doente reconduzíveis ao âmbito do artigo 144º (que, de resto, tem um âmbito excessivamente limitado que não corresponde totalmente ao sentir social do que constitui uma ofensa à integridade física grave), admitindo que possa incluir o risco de lesões graves para a vida ou saúde, designadamente psíquica, do doente, enquadráveis no artigo 143º, como ofensas à integridade física simples<sup>(63)</sup>.

<sup>62</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, anotação ao artigo 157º, §17, pág. 640

<sup>63</sup> Desta forma não estamos a admitir que a reserva de esclarecimento tenha lugar sempre que a comunicação da doença e dos riscos do tratamento possa envolver qualquer mal estar ou desconforto ao doente, como expressamente admitia a regra de *Common Law* que no Canadá previa o privilégio terapêutico e que vigorou por mais de 35 anos. Estabelecia esta regra o seguinte: “a condição emocional do

Estamos num domínio em que a autonomia se confunde com o interesse global do doente na manutenção do seu bem-estar físico e psíquico, pelo que quando o médico chega à conclusão que a comunicação de um determinado diagnóstico ou prognóstico ao doente é capaz de lhe causar com elevado grau de probabilidade um “mal” substancial e prolongado (não necessariamente irreversível) de natureza física ou psíquica, não existindo razões, pontos de apoio, conversas prévias, que lhe permitam antever motivos para o sujeitar à informação, antes pelo contrário lhe sugerindo que o esclarecimento está completo e que existe acordo, a correcta consideração da autonomia do doente impõe que essa informação não seja transmitida, ou que seja adiado ou faseado o seu conhecimento.

Fica por ponderar a colocação do tratamento da questão no patamar da exclusão da culpa, que até se mostrará porventura mais adequado à consideração individualizada do caso concreto, mas o

que apenas se torna admissível ou defensável na medida em que se aceite a violação do dever por parte do médico o que tendemos a recusar. No entanto, não só podemos admitir que exista uma errónea valoração por parte do médico relativamente à capacidade do doente em ser informado, como em relação ao alcance da sua autonomia, o que não constituindo propriamente um erro sobre um elemento de facto, ou de direito, do tipo legal de crime, mas sobre uma valoração, pode conduzir a uma falta de consciência do ilícito não censurável da sua parte. Ainda se poderá entender que face às circunstâncias concretas do doente o cumprimento do dever de esclarecimento integral por parte do médico é inexigível, aplicando-se então o regime do artigo 35º, nº 1, do Código Penal, aceitando que na base ou na raiz da sua decisão de não esclarecer, e nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “está uma consciência ética que (...) ao decidir numa situação conflitual, se revela, por um lado, ainda orientada por critérios que a ordem jurídica aceita ou reconhece, por outro lado, movida pelo propósito de a eles corresponder com a sal conduta”<sup>(64)</sup>.

---

doente e a sua apreensão e relutância em sujeitar-se a uma intervenção pode em certos casos justificar a retenção ou a generalização da informação por parte do médico que de outra forma teria que ser prestada de forma mais específica”. Acerca da evolução do privilégio terapêutico no Canadá, veja-se, Ralph Hadskis, Michael, *A Critique of the Canadian Jurisprudence on the Therapeutic Privilege Exception to Informed Consent*, *Mc Gill Journal of Law and Health*, Vol 12 (2018), página 13.

---

<sup>64</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal*, *ob.cit.*, pág. 667.