

A «lei do sangue» — ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física

MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA

A «Lei do sangue», lei hebraica retomada em 1945 pelas Testemunhas de Jeová, impede os seguidores desta corrente religiosa de se submeterem a transfusões de sangue, mesmo em situações de perigo de vida. O que tem vindo a revelar-se, e isto independentemente do respeito por certo devido a toda a forma de convicção, uma fonte inesgotável de dificuldades, designadamente para os profissionais de saúde, vinculados no exercício da sua profissão ao serviço incondicional da vida e saúde humanas¹. Dificuldades essas das quais o direito em geral, e o direito penal em particular, não se pode alhear, uma vez que estão em causa alguns dos bens jurídicos mais importantes de uma comunidade.

Negando-se o paciente, Testemunha de Jeová, à realização de uma transfusão de sangue (óbvio: fundamental para a sua sobrevivência),

¹ E que o problema não é de menor importância o revela a circunstância de só em Portugal se estimar que o número de seguidores desta religião ronda as cinquenta mil pessoas, verificando-se uma clara tendência no sentido do seu aumento.

devemos aceitar em princípio que esta é para ele uma decisão interiormente vinculante, que o próprio assume como fundamental na sua óptica de vida, e contra a qual nem mesmo ele nada pode, sob pena de incorrer no risco de aniquilação da sua personalidade (a violação de um mandamento religioso pode constituir um pesado fardo para o «peccador» em termos de existência futura). Estamos deste modo a caracterizar esta decisão como decisão de consciência², que mais não é, ao fim e ao cabo, que uma «forma qualificada de exercício da autonomia individual», devidamente assegurada a cada cidadão pela Constituição, através do seu art. 41.º, n.º 1: «A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável». A liberdade de consciência consiste, utilizando para este efeito as palavras de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA³, «na faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia», sendo certo que quer esta liberdade, quer a liberdade de religião, não podem ser sacrificadas nem sequer em caso de estado de sítio (art. 19.º, n.º 4 CRP).

Com isto não queremos dizer que toda a decisão de praticar ou não determinado acto configure necessariamente uma decisão de consciência apenas pela circunstância de se deixar apoiar em pontos de vista ou fundamentos religiosos. Podemos estar simplesmente perante o exercício da liberdade de religião e de culto, enquanto obediência a regras e prescrições do grupo religioso em que se está inserido (mas regras que perante a consciência individual se sentem como formais, ou que pelo menos não atingem o peso de imperativos éticos, no sentido atrás apontado). Nem todos os crentes (e repare-se que isso pode não ser necessariamente o resultado de um processo consciente) aderem da mesma forma aos mandamentos da fé que professam. Aceitemos que há «maus crentes» (um maometano pode não representar como regra inviolável,

² Recusando expressamente um critério de obrigatoriedade interior da decisão, como critério determinante da sua qualificação como decisão de consciência, e falando em seu lugar do carácter moral da mesma decisão, SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1982, pág.60. Enquanto na decisão de consciência, e utilizando para este efeito as palavras do mesmo autor, o agente pode «moralmente aceitar para si próprio a decisão que tomou», na mera convicção a acção é sentida como necessária para alcançar determinado fim, independentemente do carácter universal da resolução que lhe subjaz.

³GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª Ed., 1.º Vol., anotação ao art. 41.º, pág. 250 e ss.

por exemplo, a não ingestão de carne de porco). O que se pretende dizer, ao fim e ao cabo, é que é perfeitamente possível separar liberdade religiosa de liberdade de consciência, se bem que em muitos dos casos em que estão em causa decisões de consciência estas se deixem motivar ou fundar em razões ou critérios de ordem religiosa. Não restam dúvidas também que a qualificação de uma decisão como decisão de consciência tem que ser feita em função da análise do caso concreto e de acordo com o grau de adesão da consciência individual à posição adoptada. No caso que nos ocupa é difícil separar liberdade religiosa e decisão de consciência, uma vez que, devido à enormidade do sacrifício em causa, é de ter quase como certa a aceitação dos valores defendidos como interiormente vinculantes⁴.

Aceitemos por tudo o que vimos de dizer que a decisão de uma Testemunha de Jeová de não se submeter a uma transfusão de sangue constitui na maioria dos casos uma decisão de consciência. O que está em causa (e tenham-se em vista os bens jurídicos em jogo) não são, assim, meros desejos arbitrários, opiniões, vontades, de relevância discutível ao nível da personalidade do indivíduo, mas sim uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo desrespeito implica sérias consequências em termos de personalidade individual. Afirma-se pois aqui a soberania individual que leva a Constituição a proteger a liberdade de consciência e que radica em última análise no princípio da dignidade da pessoa humana. Se todavia essa decisão não assumir um tal carácter, é sem sombra de dúvida uma manifestação de liberdade religiosa e expressão de autonomia da pessoa. Pelo que terá lugar sempre, e em ambos os casos, um conflito entre o valor da autodeterminação da pessoa e o valor da própria vida, conflito que se torna particularmente nítido quando temos em conta o conteúdo do juramento de Hipócrates, que vincula o médico no início da sua profissão à defesa da vida como valor supremo e lhe recusa qualquer prática capaz de a pôr em causa.

⁴ E a qualificação desta decisão como decisão de consciência, pelo menos no nosso entender, não deixa de ter lugar mesmo que a certa altura, e confrontado mais de perto com a morte, o paciente tenha medo e aceite a realização da transfusão. Não é decerto este um problema jurídico, mas faz-nos sentir mais fortemente a problemática da decisão da consciência e que também passa pela necessidade do paciente ter de viver a partir daí com o peso da violação de uma regra que tem como fundamental.

Antes de iniciarmos todavia qualquer tentativa de esclarecimento deste conflito sob o ponto de vista jurídico convém deixar claro que esta perspectiva de resolução do problema não coincide de todo em todo com a perspectiva da classe médica. E não coincide, porque enquanto para o profissional de saúde a vida é um valor supremo ao qual todos os restantes se subordinam (sem derrogações), de acordo com o nosso legislador penal, e se é uma verdade indelével que o bem jurídico vida tem também um valor absoluto face a ataques de terceiros, esse valor relativiza-se face a ataques do próprio titular ou quando está em jogo a liberdade de cada um tomar decisões que o envolvam e à sua própria vida⁵. O que, neste contexto, quer dizer que o médico, que no intento de salvar a vida do paciente, leva a cabo uma intervenção curativa por este não consentida, comete um crime contra a autodeterminação do doente, punível nos termos do art. 156.º CP (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)⁶.

Não basta, assim, para justificar a conduta do médico, que a sua conduta seja orientada por uma finalidade curativa, que a intervenção seja objectivamente indicada (ou seja, que as hipóteses de sucesso superem de alguma forma as probabilidades de fracasso da intervenção), e que a sua execução se pautar pela mais rigorosa observância das *leges artis*⁷. Mau grado a louvável intenção de curar por parte do médico, é sem sombra de

⁵ O que implica, desde logo, a não punibilidade da chamada eutanásia passiva quando fundada no respeito pela autonomia do paciente. Poder-se-á mesmo afirmar que a livre oposição do titular do bem jurídico em se ver submetido a um determinado tratamento faz cessar o dever de garante do médico e qualquer responsabilidade que este pudesse vir a ter em relação a um eventual desenlace fatal. Cf., sobre este ponto concreto, COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra, 1990, pág.440, PAULA FARIA, *Aspectos jurídico-penais dos transplantes*, pág. 94, nota 41, GIESEN, JZ 1987, *Zwischen Patientenwohl und Patientenwille*, págs. 282 e ss. e KAUFMANN, ARTHUR, ZStW, 1961, *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, pág.366, HIRSCH, *Fest. für Lackner, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, págs.600 e ss..

⁶ Reza assim o n.º 1 deste artigo:»As pessoas indicadas no art. 150.º que, em virtude das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos *sem consentimento do paciente*, são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa» (o sublinhado é nosso).

⁷ Cf. o art. 150.º do Código Penal:»As intervenções e tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensas à integridade física».

dúvida intolerável a ideia da imposição ao paciente de um tratamento não querido, justificada por uma espécie de direito de exercício profissional sem limites e sacrossanto. Além de que o legislador inviabilizou a consideração, nestes casos, do direito de necessidade, ao proceder ele próprio a uma hierarquização de interesses onde mais alto do que a própria vida fala a autodeterminação da pessoa. Assim, se o paciente não pretende sujeitar-se a uma intervenção, e qualquer que seja o motivo ou fundamento invocado (que em concreto pode não ser nenhum), o médico terá que respeitar essa decisão e omitir quaisquer tratamentos sob pena de ter que assumir o risco da responsabilidade penal*.

Sucedendo em inúmeras situações o doente dá entrada no hospital inconsciente, ou incapaz de tomar decisões relevantes, o que nos conduz à questão de saber qual o valor a atribuir à sua vontade presumida, e mesmo a declarações de vontade transmitidas por outrem. Determina o art. 156.^o, n.^o 2, que «o facto (em concreto, o comportamento do médico que proceda a tratamento não devidamente consentido pelo paciente) não é punível quando o consentimento só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado». Se o médico desconhece por completo a orientação religiosa do seu paciente, nada o impede pois de proceder ao tratamento indicado, que no caso pode traduzir-se na realização de uma transfusão de sangue, uma vez que esta tem lugar para remover um perigo para a sua vida, não afastável de outro modo, impossibilitando as circunstâncias qualquer indagação sobre a sua vontade real⁹. Diferente será a situação quando, por qualquer forma,

* O legislador penal não procedeu para efeitos de incriminação à diferenciação entre autodeterminação da pessoa num sentido lato e liberdade de consciência, enquanto forma mais específica desse direito. Cumpre lembrar todavia que a liberdade de consciência enquanto objecto de protecção constitucional abrange não apenas a liberdade de formação interna da decisão contra qualquer tipo de interferência mas também a liberdade de actuar de acordo com essa mesma decisão. No âmbito dos tratamentos médicos o respeito pela determinação constitucional passa pela imposição ao médico do dever de omitir todas as actuações susceptíveis de pôr em causa esta liberdade do paciente. Pelo que a punição daquele que não observe esta ou outras determinações (mais ou menos vinculantes) acaba por ser rigorosamente igual em todos os casos, uma vez que em todos eles a punição vem a ser feita por via da aplicação do art. 156.^o do Código Penal.

⁹ Privilegia-se aqui claramente o interesse na manutenção da vida e da saúde face

chega ao conhecimento do médico a orientação religiosa do seu paciente (Testemunha de Jeová), hipótese em que terá fundados motivos para supor que o consentimento para a intervenção não seria prestado. A questão que se pode aqui colocar é a de saber se, apesar de tudo, existem pontos de apoio que permitam «deduzir com segurança que o consentimento seria recusado». É que, dadas as particulares circunstâncias de que se rodeia todo este conflito, é legítimo indagar se, mesmo uma proibição absoluta em que se traduz para as Testemunhas de Jeová a realização de transfusões de sangue, se manterá sempre com igual intensidade, ou se, pelo menos, não dependerá da força das convicções de cada um, a resposta concreta a um desafio de vida ou de morte (isto é, ao fim e ao cabo, saber se todos terão a mesma coragem de se manter fiéis aos seus ensinamentos religiosos). E já que, nesta matéria do consentimento presumido, o nosso legislador penal parece ter concedido aos médicos um benefício terapêutico, colocando acima da certeza da vontade do paciente o interesse na manutenção da vida ou da integridade física, poder-se-ia retirar à conduta do médico, que na dúvida legítima sobre a vontade do paciente realizasse a transfusão, o ónus da ilicitude.

Mas certamente que, ao aceitar esta perspectiva de coisas, não evitamos outra ordem de questões. Por um lado, a questão de saber se, atribuindo neste caso eficácia justificativa ao consentimento presumido, não se estará no fundo a escamotear uma verdade que é a consabida relutância dos seguidores desta corrente religiosa em se sujeitar a intervenções desta natureza, e, por outro lado, a interrogação sobre quando é que se pode concluir com segurança que o consentimento será recusado para efeitos de negar eficácia justificativa ao consentimento presumido e dar efeito útil à respectiva disposição (precisamente porque será este um dos casos em que é mais fácil ao médico tomar conhecimento da vontade do paciente designadamente através dos seus familiares). Em suma: poderemos eventualmente considerar que não basta aqui para tornar ilícita a conduta do médico o conhecimento da orientação religiosa do paciente (pois que, como deixámos dito atrás, poderemos estar perante um «fraco convicto»),

à autonomia da pessoa, concedendo-se ao médico desta forma uma margem de actuação que não conhece em circunstâncias normais, quando lhe é imposta a obrigação de indagar a vontade efectiva do doente. Utilizando, neste âmbito, as elucidativas palavras de COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, pág. 441, nota 237: «a tutela penal da autodeterminação do paciente postula a prova positiva da efectiva afronta à autonomia de decisão do paciente».

mas que já não será legítimo deduzir qualquer consentimento presumido sempre que chegue ao conhecimento do médico o que era e em que consistia a vontade do paciente¹⁰. Aí, como de resto sempre que o consentimento seja efectivamente negado para a intervenção, o médico deve abster-se do tratamento, respeitando a vontade do doente e da lei.

E por aqui poderíamos encerrar o tratamento a dar a todas as situações de emergência médica em que, apesar de se justificar (medicamente, é claro) a realização de uma transfusão, as convicções conhecidas do doente, ou a sua vontade manifestada, não a legitimam. Só que em qualquer dos casos pode suceder que o médico pense estar justificado (e isso não sucederá raramente) pela sua intenção de salvar a vida do paciente, ou pela sua própria missão de curar. Ou seja, muito embora o seu pensamento possa não estar estruturado em moldes jurídicos, o profissional de saúde poderá considerar que a sua conduta integra uma causa de justificação como o direito de necessidade ou o exercício de um direito (ou até o ter-se vinculado a um dever de assistência). Nestes casos, e

¹⁰ À semelhança dos chamados testamentos de paciente, em que o suicida solicita expressamente ao médico, na hipótese da sua tentativa não ser bem sucedida, a omissão de quaisquer medidas terapêuticas no sentido de lhe salvar a vida. Se bem que aqui haja fundadas dúvidas acerca do valor destas declarações como forma de afastar a consideração de um consentimento presumido, uma vez que não há a certeza do carácter livre e actual do consentimento prestado (o suicida pode entretanto ter mudado de opinião, pode a sua posição ter sido fortemente condicionada por factores psicológicos ou outros). Chamando a atenção para «o tempo que media entre a declaração (consciente) de oposição ao tratamento e o momento (já de inconsciência) em que o problema do tratamento se coloca», COSTA ANDRADE, *ob.cit.*, pág. 457; eventualmente num sentido um pouco diferente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Sumários*, 1975, 182, se bem que se possa ler em FIGUEIREDO DIAS / SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica*, pág. 56, que «o tratamento de paciente inconsciente, e necessário para salvar a vida ou afastar grave perigo para a saúde ou o corpo, escapará por princípio à censura penal a título de tratamento arbitrário». Mas, se podemos ter este ponto de vista como defensável tratando-se de suicídio, já entendemos, diferentemente, que, no caso que nos ocupa, há razões plausíveis para ter a vontade manifestada pelo paciente como actual.

¹¹ Estaríamos perante um erro sobre a existência de uma causa de justificação, sujeito ao regime do art. 16.º do Código Penal. Determina o n.º 1 deste artigo: «O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo»; e o n.º 2: «O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente». Acerca do regime deste erro, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, cit.*, pág. 248

muito embora a ilicitude da sua actuação não possa ser afastada pelas razões já sobejamente apontadas, ela deixará de se poder considerar dolosa, o que em termos práticos equivalerá à impunidade do agente, uma vez que o legislador não prevê o tipo legal de intervenções arbitrárias negligentes¹¹. Mas ainda pode suceder uma outra coisa: o médico pode estar plenamente consciente da ilicitude da sua conduta, pode ter completo conhecimento da hierarquia de valores a que a ordem jurídica subordina em cada momento a sua actividade, mas, apesar de tudo, considerar que acima de tudo deve obediência às regras da sua profissão e ao mandamento que lhe impõe salvar a vida do doente¹². Muito embora se possa dizer que aqui se configura um conflito entre o direito de autodeterminação do médico e o direito de autodeterminação do seu paciente, não restam dúvidas que não haverá margem para cedências em qualificar a conduta do médico como ilícita. Simplesmente porque não são permitidos exercícios de direitos de autodeterminação sobre bens alheios. Mas a situação de pressão em que o profissional de saúde actua e as exigências verdadeiramente contraditórias que à sua personalidade são dirigidas pela ordem jurídica¹³ podem permitir, em obediência a um princípio de inexigibilidade, a exclusão da sua culpa^{14, 15, 16}.

¹² De certa forma poderemos estar também aqui perante uma decisão de consciência por parte do médico, se considerarmos que a ideia de salvar a vida do seu paciente assume à face da sua consciência o valor de um verdadeiro imperativo ético.

¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa e direito penal*, págs. 179 e ss.

¹⁴ Claro que, neste caso, ficará sujeito ao exercício de legítima defesa por parte do paciente ou dos seus familiares que actuarão contra uma agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos, nos termos do art. 32.º do Código Penal. Se considerarmos todavia (neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, págs. 435 e ss.) que a culpa do agente constitui um pressuposto do funcionamento desta causa de justificação, esse funcionamento poderá ser de afastar aqui, se bem que sempre se pudesse afirmar, em seu lugar, um direito de necessidade defensiva (cf. TAIPA DE CARVALHO, *ibidem*, pág. 491).

¹⁵ Poder-se-ia eventualmente falar de um conflito de deveres desculpante, uma vez que, se é inegável que a conduta do médico é ilícita, não se pode depreender da sua actuação um desrespeito pelos valores fundamentais da ordem jurídico-penal, que deixe fundar a sua culpa; esta conduta não é reveladora de uma atitude ético-pessoal de indiferença perante o bem jurídico autodeterminação da pessoa. Cf., sobre a lógica e o funcionamento desta causa de desculpação, TAIPA DE CARVALHO, *ob.cit.*, pág. 106 e ss.

¹⁶ Evidentemente que neste contexto ainda poderiam ser colocadas outras questões: a da responsabilidade do marido que, perante a anemia evidente da mulher, se recusa a levá-la ao hospital, por colidir a possibilidade do tratamento médico com as

Ora um conflito de contornos delimitados e que merece da nossa lei uma resposta relativamente clara no caso de adultos (em que, por uma banda, se perfilam a autonomia e liberdade de consciência individuais, e, por outra, a vida ou a integridade física do titular dessa mesma autonomia¹⁷) assume proporções claramente distintas quando se trata de menores, sujeitos ainda ao poder paternal, e em relação aos quais não se pode falar ainda de um espaço autónomo de decisão¹⁸. Pelo que cabe discutir agora qual o exacto significado da atribuição da capacidade para consentir aos representantes legais do incapaz e, por outro lado, qual a responsabilidade penal do médico que, mais uma vez colocado perante a vida e a morte do seu paciente, desrespeite, procedendo ao tratamento medicamente indicado, uma oposição perfeitamente desrazoável dos responsáveis pelo menor.

Importa começar por referir que a capacidade para consentir validamente não se coincide, em direito penal, com o momento da aquisição da capacidade negocial jurídico-civil, que, como é sabido, tem lugar com a idade de dezoito anos (excepcionalmente aos dezasseis anos, sem-

suas convicções ou crenças, ou que interrompe a transfusão em curso, realizada com o consentimento da mulher. Relativamente à primeira hipótese e supondo que não haja acordo entre ambos quanto à não realização do tratamento (caso em que não se poderá considerar a existência de qualquer crime por parte do marido, uma vez que, ao actuar, impondo à mulher o seu internamento, estaria não só a desrespeitar a sua consciência como a de terceiro), o marido poderá vir a ser responsável por homicídio, ofensa à integridade física (dependendo do resultado que venha a ter lugar) e mesmo coacção. Na segunda hipótese, a interrupção do tratamento não só traduz uma ofensa à liberdade da mulher, como, ao pôr em causa o bem sucedido da intervenção, pode também determinar a responsabilidade do agente por ofensas à integridade física ou homicídio.

¹⁷ O que não é irrelevante, uma vez que no caso dos menores não coincide o titular do bem jurídico ameaçado (vida ou integridade física) com o titular da capacidade para consentir na intervenção, que é o representante legal do incapaz. Digamos que, muito embora sem tirar ainda as devidas consequências no plano da resolução da questão que nos ocupa, o pai, ou outra pessoa chamada e legitimada por lei a decidir sobre os assuntos do menor, exerce um poder de decisão que lhe é próprio, sim, mas no exclusivo interesse do menor.

¹⁸ E esta questão surge frequentemente, quer na sequência de acidentes ou intervenções médicas, que, causando graves perdas de sangue, determinam a necessidade de transfusões, quer em relação a recém-nascidos, que, padecendo de icterícia grave devido à destruição dos glóbulos vermelhos (em resultado por exemplo, de incompatibilidades sanguíneas entre os pais), apenas podem ser salvos se o seu sangue for integralmente substituído.

pre que o menor se emancipe pelo casamento), nem com a imputabilidade penal, que se atinge aos dezasseis anos de idade. De facto, o legislador penal colocou como limite absoluto, abaixo do qual nunca será reconhecida ao menor capacidade para consentir, a idade de catorze anos, mas fazendo mesmo aí depender essa capacidade da natureza dos actos nos quais se consente (exige-se o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que é prestado). Desta forma, e tratando-se de conferir a devida autorização ao médico para a realização de uma intervenção cirúrgica, dependerá sem sombra de dúvida do alcance dessa intervenção e dos seus eventuais efeitos a atribuição ao menor (maior de catorze anos) de capacidade para consentir. E isto, uma vez que cabe não perder de vista que não só nem todos os tratamentos médicos são bem sucedidos, como, por outro lado, ao permitir-se-lhe consentir, está-se também a facultar-se-lhe autonomia para recusar a mesma intervenção, recusa essa, que, quando imaturamente fundada ou não devidamente pesada, pode ser fortemente contrária aos seus interesses.

Nos casos em que o menor não tem capacidade para consentir, e uma vez que é aos seus representantes legais a quem cabe a decisão sobre se um determinado acto serve ou não os seus interesses, parte-se também aqui (em direito penal) do princípio que ainda por eles há-de passar a autorização para a realização de qualquer intervenção médica. Importa a este propósito ter em conta os arts. 1878.º, n.º 1, e 1886.º do Código Civil, que nos parecem determinantes neste contexto. Reza assim o n.º 1 do art. 1878.º: «Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens»; e o art. 1886.º: «Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos». Antes de ir mais além importa todavia definir com precisão qual a razão que conduz ao reconhecimento aos representantes legais de poder de autonomia relativamente aos assuntos dos menores e que não é outra senão a defesa dos seus interesses. Pode-se deste modo falar de um poder-dever, de um poder funcionalizado, limitado no seu exercício pelo interesse daquele que se representa. Pelo que parecerá, sem que desta forma se pretenda adiantar uma qualquer solução para o nosso problema, que onde o interesse do menor deixa de existir, deixa de existir também legitimidade para o exercício do poder paternal.

O médico colocado então perante a necessidade de proceder a uma intervenção num menor, a qual em concreto se mostra susceptível de lhe

salvar a vida, terá que tentar obter o consentimento dos detentores do poder paternal para o efeito. Se, apesar de envidados todos os esforços nesse sentido, não se torna possível contactar os representantes legais do menor, e partindo do princípio que a figura do consentimento presumido (art. 156.^o) só vale tratando-se da autonomia do próprio paciente (que além do mais tenha plena capacidade para a exercer, consentindo ou recusando a intervenção)¹⁹, a actuação do médico que, não obstante essa falta de consentimento realiza uma transfusão de sangue (que mais tarde se vem a provar ser contra as convicções do agregado familiar da criança), deve ter-se por plenamente justificada com base numa ideia de necessidade ou urgência, uma vez que a vida ameaçada tem uma importância claramente superior ao exercício do direito de autorização por parte dos pais²⁰.

Com isto não se pretende legitimar, como à primeira vista pode parecer, um qualquer direito de cura coactivo por parte do médico em relação a menores, mas apenas acentuar as diferenças que intercedem entre esta situação e a de pacientes adultos, plenamente capazes de prestar o seu consentimento. Vamos supôr (no seguimento, aliás, da questão que nos ocupa) que o menor que dá entrada no hospital é filho de uma Testemunha de Jeová. Solicitado a prestar o seu consentimento para a realização de uma transfusão de sangue, o pai nega a sua autorização. Que sentido tem esta recusa sob o ponto de vista da responsabilidade penal

¹⁹ Claro que se poderia indagar se, não se referindo o legislador penal no n.º 2 do art. 156, diferentemente do que sucede no n.º 1, ao *consentimento do próprio paciente*, não é de permitir, precisamente por isso, cobrir com esta causa de justificação situações análogas às mencionadas no texto, nas quais o consentimento só possa ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde. Ou seja, em todas aquelas situações em que não fosse possível ao médico contactar os pais do menor, e precisamente porque, sendo a intervenção em seu benefício (como é evidente, do menor), a sua realização corresponderia à vontade presumível dos seus representantes legais e a intervenção seria legítima com base neste ponto de vista justificativo.

²⁰ Evidentemente que se poderia dizer que, desta forma (isto é, atribuindo menor valor à vontade por manifestar que à que foi efectivamente manifestada), mais valeria aos médicos não contactar os pais sempre que, assim, se tomasse possível proceder à realização da intervenção sem o devido consentimento. No entanto, não se deve perder de vista que um dos requisitos do direito de necessidade é a necessidade da actuação ilícita. Ora, se existe a obrigação legal de tentar obter o consentimento, só se todos os meios de o obter fracassarem é que se deve admitir o recurso a esta causa de justificação.

do médico que, apesar de tudo, pretenda tratar o menor? Quando se pensa na disciplina do art. 156.^o sobre intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, fácil se torna entender que o bem jurídico protegido, e que é a autodeterminação do paciente, não é minimamente posto em causa com a realização da transfusão de sangue na pessoa do menor contra a vontade dos seus representantes legais. E não é posto em causa simplesmente porque a autonomia dos pais do menor, as suas convicções ou os seus credos não são protegidos por força desta disposição penal. A sua autorização (ou a sua recusa, no caso concreto) ganham certamente significado, mas são apenas meios de tornar legal (e uma vez que de outra forma os interesses dos menores no âmbito das intervenções médicas não ficariam devidamente acautelados) a actuação do profissional de saúde.

Mas, dir-se-ia também: não têm os pais um poder de orientação religiosa dos filhos menores? E não será esse poder desrespeitado com a execução da intervenção? A este propósito cabe mais uma vez lembrar que não está em causa aqui a defesa dos interesses e da autonomia dos representantes legais. E difícil será provar, por outro lado, a total adesão dos filhos menores às convicções dos pais, em termos de se poder configurar (mesmo aí dificilmente) uma lesão da sua autodeterminação (que seria certamente um interesse atendível em termos de justificar a recusa dos pais). Não se trata, pois, de uma decisão de consciência do próprio paciente que tenha que ser respeitada, como em todas aquelas situações em que é a sua vida ou a sua integridade física que está em jogo. E não se tratando disso, o médico não viola, neste caso, quaisquer direitos dos pais ao executar a intervenção.

Vejamos agora a questão sob o ponto de vista do menor. A intervenção a realizar mostra-se medicamente indicada e é o único meio para lhe salvar a vida. As convicções dos detentores do poder paternal apontam num sentido claramente desfavorável aos interesses do representado (objectivamente não há dúvidas disso), e o mesmo se passando com a recusa expressamente manifestada em aceitar a transfusão. Estando nós, assim, perante o exercício de um direito fora do seu fim, claramente contrário aos direitos do menor, poder-se-á considerar que estamos perante um abuso do direito²¹ ou, utilizando um conceito importado do direito

²¹ Como afirma H. E. HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 1992, pág. 281, «o instituto do abuso do direito representa o controle institucional da ordem

constitucional, de limites imanentes ao mesmo direito²², para desta forma se significar que o direito exercido fora dos seus limites e da sua finalidade mais não é afinal que a negação do próprio direito²³. O poder paternal, repete-se, e é clara a lei neste ponto, tem que ser exercido no interesse do menor. A omissão de um tratamento, que traduz em concreto a sua última hipótese de sobrevivência, não o é.

E então? Aceitando no fundo a justificação do médico através de uma ideia de dever ou de necessidade²⁴, está-se porventura a reconhecer

jurídica quanto ao exercício dos direitos subjectivos privados, garantindo a autenticidade das suas funções», e, mais à frente: «quem age em abuso de direito invoca um poder que formal ou aparentemente lhe pertence, embora não tenha fundamento material».

²² Estando nós a falar de um direito constitucionalmente consagrado, faz todo o sentido referir este tipo de limites para os distinguir de situações de colisão de direitos. No primeiro caso estamos perante limites máximos de conteúdo, para significar que a ordem jurídica constitucional, expressa ou tacitamente, exclui tais formas de exercício do direito. Tratando-se de uma colisão de direitos estamos já perante um conflito de direitos existentes (e protegidos), pelo que nenhum deles pode ficar totalmente excluído da respectiva tutela. Impõe-se, por conseguinte, uma ponderação de interesses segundo um princípio de concordância prática, em atenção à unidade da Constituição (logo, nunca poderá ter lugar o completo sacrifício de um dos direitos conflituantes). De acordo com SILVA DIAS, *ob.cit.*, pág.74, onde o direito de liberdade de consciência ponha em causa outro direito individual da mesma natureza passa a estar perante um limite absoluto ao seu conteúdo que o torna inexistente.

²³ Poderíamos recorrer ainda a um outro conceito, este de direito penal, pouco utilizado é certo, mas cuja aplicação neste âmbito poderia ganhar algum sentido. Estamos a falar de uma ideia de adequação social, para significar que o exercício do poder paternal fora ou além do interesse do menor é socialmente inadequado. Acerca do sentido desta figura no direito penal e da sua distinção face ao risco permitido, cf., entre outros, MAIWALD, *Fest. für Jescheck*, e TAIPA DE CARVALHO, *ob.cit.*, pág. 175, nota 296-297.

²⁴ A aceitação aqui de uma causa de justificação como o direito de necessidade supõe todavia a existência de interesses conflituantes, sendo a defesa do interesse sensivelmente superior que justifica o sacrifício do interesse menos valioso. Ora, na medida em que os detentores do poder paternal não o exercem no interesse do menor, temos que aceitar aqui a inexistência de um qualquer conflito, assumindo os *direitos à vida e à integridade física do menor um valor absoluto* (que encontram expressão na existência de uma indicação objectiva para a intervenção). Acresce ainda um outro ponto de vista justificativo, que é o da *urgência* da intervenção, que se sobrepõe a qualquer interesse da lei no sentido da actuação conforme às regras legais (sob este ponto de vista) por parte do médico. Estas duas perspectivas terão que actuar conjuntamente, uma vez que, por um lado, a decisão sobre o que constitui ou não o interesse do menor não pode ser uma questão apriorística exclusivamente entregue ao médico de serviço, mas, por outro lado, é evidente que onde está em perigo a vida de um

o que negámos há pouco, ou seja, a legitimidade de tratamentos coactivos de menores, tudo isso, afinal, porque se faz tábua rasa das determinações dos detentores do poder paternal? Evidentemente que não. O médico tem que solicitar a autorização dos pais do menor para a execução de qualquer intervenção, sob pena de actuar ilegalmente. E terá que respeitar a posição destes últimos sempre que corresponder a um interesse do próprio menor (a necessidade de proceder a novos diagnósticos, o sofrimento que o tratamento envolve)²⁵. Poderão ser atendíveis ainda neste contexto, mas não em nome do poder de orientação religiosa que cabe aos detentores do poder paternal (como já vimos), convicções profundas do menor, devidamente comprovadas, e sempre que este tenha a necessária capacidade e discernimento para as partilhar.

Aceitemos assim, em suma, que é lícita a actuação do médico que, ao ser confrontado com a recusa dos pais do menor em prestar o seu consentimento para a realização de uma intervenção *imprescindível e urgente* para a vida do próprio menor, apesar de tudo a leva a cabo, e isto

menor, e a decisão dos pais é pelo menos aparentemente, ilegítima, não se pode impor ao médico o dever de aguardar pela palavra definitiva do juiz. A resposta pode ser um pouco diferente se surgirem dúvidas acerca da existência de uma indicação objectiva da intervenção, ou seja, se não fôr absolutamente claro que as hipóteses de sucesso superam as probabilidades de fracasso decorrentes da execução da mesma operação. Aí, se os pais se negam a admitir a intervenção do médico fazem-no com base num interesse do menor, tão importante como aquele que o médico pretende salvaguardar, e a sua decisão tem que ser respeitada. Inclusivamente somos de opinião que, onde a execução da intervenção médica não prolongue de forma significativa a vida do menor, e embora se possa aceitar que matematicamente as vantagens superam os riscos, a recusa dos detentores do poder paternal corresponde a um interesse perfeitamente legítimo, e que é o do próprio paciente, pelo que a sua decisão tem que ser respeitada. Evidente se torna a distância destes casos da hipótese que nos ocupa, em que a recusa dos pais mais não traduz, ao fim e ao cabo, que um exercício do seu direito de autodeterminação e escolha religiosa. SILVA DIAS, *ob.cit.*, fala para aqui do cumprimento de um dever por parte do médico, justificado pelo benefício individual do menor.

²⁵ Mesmo onde a decisão pareça não corresponder a esse interesse, mas não se torne imperativo o factor temporal (a urgência que justificava a actuação não consentida), e uma vez que, como já deixámos dito atrás, a avaliação caso a caso da existência ou não do respectivo interesse do menor não pode pertencer ao médico, torna-se necessário requerer junto do Tribunal Tutelar de Menores a adopção de uma medida tutelar, que consiste na imposição aos detentores do poder paternal do dever de acatar as decisões médicas (mantendo-se de resto o respectivo poder, uma vez que não há razões para uma inibição mais extensa). Cf. a este propósito, o art. 19.º da lei Tutelar de menores (Decreto-Lei n.º 314/78 de 27 de Outubro).

uma vez que, sob o ponto de vista do mesmo menor, não há outro interesse a defender aqui que não seja o da manutenção da vida (o que faz cessar a legitimidade do exercício do poder paternal por parte dos pais). Onde todavia a recusa em prestar o consentimento pareça igualmente desrazoável, mas haja tempo para recorrer às vias legalmente previstas, a conduta do médico que pretenda proceder à intervenção só não será ilícita se solicitar ao juiz a devida apreciação do interesse do menor e a consequente autorização para a prática do acto médico (uma vez que também não caberá ao profissional de saúde a última palavra sobre o que é de ter como vantajoso para o menor, ou, dizendo de outra forma, o que é de considerar como constituindo o seu interesse)²⁶.

Mas, posto isto, coloca-se-nos uma última questão. E que é a seguinte: invertendo-se radicalmente a situação que vimos de ver, e executando o médico uma intervenção curativa na pessoa de um menor contra a oposição perfeitamente legítima dos seus pais, ou, tendo embora dúvidas sobre a legitimidade dessa recusa, e dispondo do tempo necessário para recorrer às vias legalmente prescritas, não o faça, procedendo de imediato à referida operação, como será de valorar essa conduta sob o ponto de vista do direito penal? Como é sabido, o crime de tratamentos e intervenções médicas arbitrárias está pensado para violações do direito de autodeterminação do paciente, não do seu representante legal. Pelo que o médico, ao actuar contra a vontade do representante legal do menor, não vê a sua conduta abrangida pelo âmbito de protecção desta norma penal, uma vez que não é a autonomia deste último que se quer ver protegida mas tão só a do paciente. Isto quer dizer, desde logo, que fica pois afastada a aplicação deste tipo legal em caso de desrespeito pelas determinações dos pais do menor (até porque estas não são, como vimos atrás, o fundamento da licitude da intervenção médica, antes constituindo o meio legal e válido de proceder à mesma intervenção e, assim, obviar a uma espécie de «privilégio terapêutico» relativamente a pacientes menores; sendo a verdadeira justificação então a existência de uma indicação objectiva para a execução daquela intervenção).

²⁶ SILVA DIAS, *ob.cit.*, 124 e ss., fala, a propósito de todo este conflito, de um critério de alternativa, ou seja, só se tornaria necessário sacrificar a decisão de consciência dos pais onde não existissem alternativas de acção para a protecção do bem jurídico do menor. O que equivalerá, de certa forma, a admitir que o direito de decidir de acordo com a consciência cessa onde se traduza na instrumentalização de interesses alheios.

Mas, se assim é, outra solução que se pode aqui configurar e talvez mais consentânea com a aceitação de que o que se quer ver protegido não é a autonomia do representante legal, será a de considerar que a actuação do médico, contra ou sem o devido consentimento dos representantes legais do menor, traduz-se numa ofensa à integridade física do paciente, uma vez que não reúne os requisitos legalmente exigidos para a sua qualificação como intervenção curativa. Na verdade, a par da exigência de que se trate de uma intervenção medicamente indicada e levada a cabo com uma finalidade curativa, supõe ainda o legislador penal a sua execução segundo as *leges artis*. No caso de intervenções em menores, faz parte das regras profissionais a obtenção do devido assentimento por parte dos representantes legais para a intervenção. Pelo que, ao actuar sem essa permissão, ultrapassando a imposição que lhe é feita, o médico violaria as referidas *leges artis*, fazendo cair assim o seu comportamento no âmbito das lesões à integridade física²⁷. Só que, convenhamos, tanto não será, sob a óptica dos bens jurídicos protegidos, de todo correcto, uma vez que a intervenção levada a cabo não traduz aqui, em rigor, uma lesão da integridade física do paciente, visando melhorar o seu estado físico ou a sua saúde²⁸. Ao que acresce ainda uma outra ordem de razões: é que, ao punir por esta via o médico, que desatendendo a vontade dos pais realiza uma intervenção num menor, estamos a punir mais severamente do que se da lesão da autonomia do próprio paciente se tratasse. O que é sem sombra de dúvida, e pelo menos, muito discutível.

Finalmente, a outra alternativa consistiria em considerar que, ao desobedecer às instruções dadas pelos representantes legais, o médico não

²⁷ Neste sentido, COSTA ANDRADE, *ob.cit.*, pág. 413.

²⁸ Foi este, de resto, o argumento que conduziu o nosso legislador penal a retirar do âmbito das ofensas à integridade física as intervenções médicas curativas. Se bem que este seja um tema esgotantemente debatido pela literatura que se ocupa destes problemas, cabe-nos acentuar que, onde a intervenção reúna determinadas características e independentemente do seu sucesso ou fracasso, a finalidade com que é levada a cabo, «a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença...», afasta a sua consideração como ofensa à integridade física. Muito embora sob o ponto de vista puramente externo da acção praticada pudessemos qualificar a conduta médica como um mau trato, essa actuação, pela finalidade a que é dirigida, tem a valoração inversa, ou seja, dirige-se a melhorar o bem estar do paciente. Apenas quando a intervenção seja levada a cabo contra a vontade do paciente, já o vimos sobejamente, de resto, é que constituirá um crime, mas, desta feita, contra a autodeterminação da pessoa.

comete uma lesão da integridade física do paciente (uma vez que, em boa verdade, esta não tem lugar), nem uma lesão da autonomia dos seus representantes legais (que aqui é instrumental apenas relevando como forma de permitir a realização legal da intervenção), mas que leva a cabo apenas (mas já) uma intervenção curativa arbitrária na pessoa do menor, uma vez que não devidamente autorizada. Ou seja, o consentimento seria de facto uma formalidade (a verdadeira justificação residiria na existência de uma indicação médica para a intervenção), mas que, enquanto formalidade, serviria uma finalidade essencial, e importante, de impedir a execução de intervenções médicas sem o devido assentimento de quem de direito e sem a devida averiguação sobre o interesse do menor. Em suma, estaria em causa, por uma via indirecta, a autonomia deste último, o que poderia conduzir à aplicação ao médico da disposição do art. 156.º.