



Ana Rita Rodrigues de Oliveira e Moura

**INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICOS NO DIREITO PENAL
O DIREITO AO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

Dissertação no âmbito do Mestrado Forense orientado pelo Professor Dr. Germano Marques da Silva e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

2023

“Porque o humanismo, a humildade, a empatia e a compaixão ultrapassam as palavras e fluem na essência do tempo da relação médico-doente, que é obrigatório proteger.”

- José Miguel Ribeiro de Castro Guimarães

I. Introdução	4
II. A relação médico-paciente: do paternalismo clínico à autodeterminação	6
III. Enquadramento legal internacional	8
IV. Enquadramento legal nacional	9
IV. I. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - Artigo 156º do Código Penal	11
IV. I. I. O bem jurídico protegido	11
IV. I. II. A ação e o tipo	12
IV. I. III. Presunção de consentimento	14
IV. I. IV. A natureza do consentimento	14
V. Consentimento - artigo 38º do Código Penal	16
V. I. Eficácia do consentimento	16
V. I. I. Maioridade especial	18
V. I. II. Superior interesse da criança	20
VI. Dever de esclarecimento - Artigo 157º do Código Penal	21
VI. I. Amplitude do dever de esclarecimento	24
VI. I. I. Informação sobre os riscos do tratamento	26
VII. Exceções à arbitrariedade do ato médico	28
VII. I. Privilégio Terapêutico	28
VII. II. Diretivas Antecipadas de Vontade	30
VII. III. Situações de Urgência	32
VII. IV. Intervenções Expandidas	33
VII. V. A renúncia e a prescindibilidade de ser informado	34
VII. VI. Internamento compulsivo em caso de anomalia psíquica	35
VIII. Contributo da jurisprudência	36
VIII. I. Formulário de consentimento	36
VIII. II. Os riscos graves de verificação excecional e o agravamento	38
VIII. III. O consentimento presumido nas cirurgias estéticas	39
VIII. IV. O consentimento hipotético	40
IX. Conclusão	43
X. Bibliografia	45
XI. Jurisprudência	46

I. Introdução

Este é um tema que pertence a dois mundos naturalmente distintos mas que se intercetam, Direito e Medicina, juristas que investigam e decidem sobre atos dos médicos. Já desde tempos antigos¹ se tornou imperativo que atividade médica seja regida pela vontade de ajudar o doente e melhorar a sua condição ou curá-lo. Assim, os médicos começaram a elaborar códigos que os vinculassem a determinados procedimentos e atitudes adequados a uma prática respeitadora dos doentes, que garantissem o bem dos pacientes como fim último e supremo da sua atividade.

Tradicionalmente, o direito criminal punia o médico que não atuava, violando assim o seu dever de cuidado. Hoje em dia, temos um direito que paulatinamente pune aquele que atua contra a vontade, expressa ou presumida do paciente. Encontramos influência desta nova tendência no Código Penal português, em harmonia com a moderna doutrina dos direitos humanos e o importante papel do consentimento do paciente no contexto do ato médico². O consentimento afirma-se como uma *legis artis* autónoma, fazendo parte da boa prática médica requerer o prévio consentimento livre e esclarecido do paciente capaz de o prestar, e gerando responsabilidade para o médico que a viole. O regime do consentimento informado é hoje a principal afirmação jurídica do valor bioético da autonomia do paciente e do respeito pela sua vontade livre e esclarecida na prestação de cuidados de saúde³.

A relação entre um paciente e um profissional de saúde estabelece-se entre quem, de alguma forma, se encontra num estado debilitado e frágil e quem possui o conhecimento técnico para reverter ou melhorar essa situação. É, portanto, uma relação entre duas partes desiguais, naturalmente delicada e que assenta numa certa dependência e confiança especialmente sensível que exige uma atitude humanizadora. O paciente que procura um médico anseia por uma cura para um mal de que padece, vê-se perante o desejo de eliminar aquilo que ameaça a sua integridade física ou a sua vida. Será isso aquilo que imediatamente lhe interessa proteger e o que tem mais presente na sua mente, não tanto o exercício do seu direito à autodeterminação entre um contexto de aflição. É verdade que é o paciente quem tem o poder de decisão, mas é o médico quem tem o poder de cura.

¹ Tanto o Código de Hammurabi, rei da Babilónia no séc. VIII, como as leis de Frederico II, imperador do Sacro Império no séc. XIII d.c., penalizam severamente os médicos que se considere terem agido com incompetência.

² RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português* in Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 26, p.2.

³ MELO, Helena Pereira de, 2020, *O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*, Almedina, p. 28.

O Direito procurou eliminar a autoridade decisória e o paternalismo dos médicos, mas a prática ainda hoje nos mostra que, por (demasiadas) vezes, é uma ideia que não chega a sair do papel das legislações. Se é aos médicos que cabe proteger a saúde do paciente, é aos juristas que cabe proteger os seus direitos, quando os médicos não os respeitam. Pelas características que tornam a relação médico-paciente tão delicada e pela importância de preservar a liberdade individual de autodeterminação, debruçar-nos-emos sobre o tema do consentimento sério, livre e esclarecido do paciente para uma intervenção ou tratamento médico lícito.

Palavras chave: Direito Penal; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários; Direito à autodeterminação; Direito ao consentimento livre e informado; Eficácia e capacidade para consentir; Dever de esclarecimento; Riscos graves; Privilégio terapêutico; Diretivas Antecipadas de Vontade; Situações de urgência; Intervenções expandidas; Renúncia e prescindibilidade de esclarecimento; Internamento compulsivo; Consentimento presumido; Consentimento hipotético;

II. A relação médico-paciente: do paternalismo clínico à autodeterminação

Nas últimas décadas assistimos a profundas alterações do enquadramento ético-jurídico, concretamente, o velho paternalismo clínico típico da relação médico-paciente tem vindo a ser desconstruído para dar lugar à autonomia e autodeterminação de cada um no que respeita à sua própria saúde.

Tradicionalmente, o paradigma da relação médico-paciente não atribuía direitos ao paciente perante os profissionais de saúde, pois a sua atividade era pouco controlada pelo Direito. A influência hipocrática dava tanto à doença como à cura um papel de quase fruto do acaso, o que dificultava atribuir qualquernexo entre os danos e a atuação do médico. A responsabilidade do médico ficava a cargo da moral e da religião já que o médico era visto como um sacerdote. O Juramento de Hipócrates tornava a atividade médica repleta de secretismo em torno de um conhecimento que se via como divino, em vez de científico. Desta forma, durante vários séculos, os médicos constituíam um núcleo reservado e privilegiado na sociedade, atribuindo-lhes uma dose de respeito incontestável na comunidade em que se inseriram para decidirem aquilo que achassem ser o melhor para o seu paciente⁴. Os seus deveres eram sobretudo deontológicos e não jurídicos, os seus critérios eram com base no “*bonus pater familias*” e decidiam em vez do doente consoante aquilo que julgassem ser melhor para ele.

Remonta à Grécia Antiga a ideia de que é desnecessário ou até inconveniente que o doente seja informado do seu diagnóstico, prognóstico ou possíveis tratamentos. Segundo os Conselhos de Esculápio, devia o médico ocultar a alguns pacientes a gravidade da efemeridade e a outros ocultar a sua insignificância para não os desagradar⁵. Por outro lado, significa que o paciente era completamente passivo nesta relação e apenas aceitava o que o médico havia proposto, como um incapaz para tomar quaisquer decisões sem espaço para a existência de um dever de informar por parte do médico ou de consentimento por parte do paciente.

A partir da segunda metade do século XX, a evolução da Medicina, o destaque aos direitos fundamentais e o desenvolvimento da tecnologia contribuíram para um maior respeito pelo paciente e reconhecimento dos seus direitos bem como uma maior facilidade de acesso à informação, levando a uma gradual centralização na autodeterminação do paciente.

⁴ AFONSO, Pedro e CABRAL, Miguel, 2019, *Reflexões sobre Ética Médica*, PRINCÍPIA, p. 16.

⁵ Cfr. BOLÉO-TOMÉ, J., 2000, “Juramentos Médicos e Noção de Dignidade Humana”, in *Acta Médica Portuguesa*, n.º13, 2000, p. 135.

Substituiu-se o “sábio da medicina (...) pelo médico cientista, competente e eficaz orgulhoso do seu saber (...) muitas vezes, demasiado tecnocrata e a sua prática profissional desumanizada e fria”⁶. O doente torna-se titular de direitos que têm de ser respeitados pelos médicos, um centro autónomo de decisão que colabora livre, esclarecida e conscientemente com o médico para encontrar a melhor solução para o mal de que sofre através da afirmação do valor bioético fundamental da autonomia do doente na prestação de cuidados de saúde.

Caminhou-se rumo a uma nova medicina na abordagem da saúde e da doença, em que o interesse do ser humano e o ponto de vista do indivíduo prevalece sobre o interesse da ciência e da sociedade quanto à sua saúde. É “O Fim da Arte Silenciosa”⁷, o término do paternalismo médico nascido no tempo de Hipócrates.

Todavia, a transformação da sociedade providenciou uma Medicina em forma de assistência pública, exercida por funcionários anónimos cujo objetivo se concretiza maioritariamente na saúde da comunidade, a relação médico-paciente deixa de ser pessoal e humanizada para se tornar massificada. Escreve Fernanda Fragoso: o “paternalismo médico é ainda atualmente assumido por uma grande parte dos clínicos e pela maioria da população portuguesa. Com efeito, são raros os doentes que conhecem os seus direitos de questionar e autorizar o médico para a respetiva intervenção. Raros também são os médicos que procuram informar e obter do doente o necessário consentimento, (...) é-lhes estranha a ideia de partilhar com o doente as atuações que tecnicamente entendem prosseguir”⁸.

É notória a evolução no âmbito da Bioética e da Ética médica, consistente na superação do paternalismo clínico tradicional pelo princípio do primado da autonomia do paciente, onde se reconhece o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde⁹. Porém, ainda há falhas que espelham a necessidade de respeitar e promover a autonomia baseada na dignidade de cada ser humano. Assim parece suceder na prática quotidiana, apesar do consentimento informado ter recebido já o seu merecido enquadramento jurídico-penal ao tipificar a sua falta como um crime contra a liberdade pessoal, previsto no artigo 156.º do Código Penal com pena de prisão de até 3 anos ou pena de multa.

⁶ CONSELHO DE REFLEXÃO SOBRE A SAÚDE, 1998, *Recomendações para Uma Reforma Estrutural*, Porto, p. 15-16.

⁷ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, 1995-1996, «O Fim da “Arte Silenciosa” (O dever de informação dos médicos)», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128º, nº 3852, p. 70-71; nº 3853, p. 101.

⁸ FRAGOSO, Fernanda apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, ALMEDINA, p. 311.

⁹ Citando o Juiz Benjamin Cardozo em 1914, “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”.

III. Enquadramento legal internacional

No que respeita às bases legais internacionais que consagram e protegem o direito de autodeterminação e livre decisão sobre o corpo, saúde e a própria vida, bem como o direito de cada paciente a ser esclarecido sobre o plano de intervenção ou tratamento e a sua quota de participação no mesmo, merece destaque:

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 2005 e que enquadra princípios gerais na matéria da Bioética como a autonomia e responsabilidade individual, e a proteção da vulnerabilidade humana e da integridade pessoal, em particular nos seus artigos 2.º e 3.º n.º2.

A Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina e a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano de 1997 são os principais instrumentos jurídicos internacionais vinculativos em matéria de Direito da Saúde. Estabelecem a regra de que qualquer intervenção em matéria de saúde só pode ser realizada após ter sido prestado o consentimento livre e esclarecido da pessoa em causa, partindo do “princípio essencial do primado do ser humano e da necessidade de o proteger na sua dignidade e identidade face às aplicações da Biologia e da Medicina”¹⁰, em particular o seu artigo 5.º.

A Carta dos Direitos Fundamentais da UE reconhece a inviolabilidade do ser humano e o respeito pela sua integridade física e mental através do consentimento livre e esclarecido, restrições a este direito têm de estar legalmente previstas e obedecer ao princípio da proporcionalidade.

A Convenção de Oviedo, em particular o Capítulo II artigo 5.º n.º 1 e 2. Ainda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que expressamente consagra o direito ao consentimento informado no seu artigo 3.º n.º 1 e 2, segundo o qual devem ser respeitados, designadamente, o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei¹¹.

E a Diretiva 2001/24/EU de 2011 sobre os direitos dos pacientes nos cuidados médicos além da fronteira do seu país residente (*cross-border healthcare*) que vem impor responsabilidades informativas com o objetivo de clarificar os cuidados médicos

¹⁰ MELO, Helena Pereira de, 2020, *O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*, Almedina, p. 32.

¹¹ NYS, Herman apud LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias, BARBOSA, Carla, 2016, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume 3, Almedina, p. 67-81.

providenciados e as suas circunstâncias, bem como dar a conhecer aos pacientes os seus direitos, procedimentos acessíveis e mecanismos administrativos de disputa com referência aos artigos 5.º alínea b) e 4.2.º alínea b). A Diretiva evidencia o sentido negativo do direito à escolha livre e informada de que um paciente não pode ser obrigado a receber tratamento de um médico ou instituição que não escolheu livremente, bem como o seu sentido positivo de que o paciente tem o direito a escolher o médico ou instituição que irá realizar a seu tratamento de acordo com a informação relevante que recebeu. Apesar de adotar uma perspetiva mais semelhante à de um diploma de proteção dos direitos do consumidor, introduz-se o direito à escolha informada e outros direitos informativos que se atribuem a todos os pacientes, permitindo o início de uma harmonização dos direitos dos pacientes por toda a Europa.

IV. Enquadramento legal nacional

Na legislação portuguesa apontamos essencialmente os artigos 26.º, 38.º, 40.º e 61.º do Código Deontológico Médico sobre o dever geral do médico de atender o doente com os melhores cuidados em pleno respeito pela sua dignidade, o dever de esclarecimento e o direito de recusa do tratamento, a revelação do diagnóstico e prognóstico ao doente, e as garantias éticas exigidas em contexto de experimentação, respetivamente. Ainda os artigos 25.º n.º 1 e 26.º n.º 1 e n.º 3 da Constituição da República Portuguesa que concretizam o disposto no seu artigo 1º que consagra o direito à integridade moral e física e o livre desenvolvimento da personalidade como expressões concretizadas desse axioma fundamental que é a Dignidade Humana. E principalmente os artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal.

Primeiramente, estando em análise os atos médicos arbitrários, vale considerar o conceito de tratamento e intervenção médico-cirúrgica, assente em quatro pressupostos necessariamente cumulativos, dois de natureza subjetiva e os restantes de natureza objetiva¹². Os elementos subjetivos referem-se à qualificação do agente, exigindo-se que seja médico ou pessoa legalmente autorizada a praticar o tratamento, e à intenção terapêutica que se traduz nos objetivos do tratamento ou intervenção cirúrgica que têm de ser levadas a cabo com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga

¹² Cfr. Acórdão do TRL de 30.01.2017, proc. n.º 5335/2006-5, relator Desembargador José Adriano.

corporal, ou perturbação mental. Já os elementos objetivos reportam-se à indicação médica e à realização do procedimento segundo as boas práticas médicas (*legis artis*); o tratamento ou intervenção cirúrgica deve ser considerado idóneo ao fim pretendido (curar, ou diminuir a doença ou sofrimento) segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, devendo ainda ser realizado de acordo com as regras geralmente reconhecidas da ciência e conformes à medicina institucionalizada e convencional.

O consentimento do paciente é pressuposto essencial de qualquer e toda a atividade médica lícita, um tópico de grande relevância na atividade médica e na área jurídico-criminal. A própria Constituição da República Portuguesa assim o exige ao proclamar e proteger a dignidade da pessoa humana através dos seus artigos 1.º e 25.º, de onde se retira um imperativo para o legislador tutelar jurídico-penalmente os bens jurídicos a que a Constituição conferiu tal dignidade. As modernas técnicas médicas revelam-se muitas vezes invasivas e agressivas, impondo maior necessidade de revelar ao paciente os riscos e benefícios para que a sua decisão seja suficientemente ponderada e tomada em inteira liberdade sobre aquilo que será ministrado no próprio corpo.

O consentimento pode ser prestado por qualquer meio e é livremente revogável. Segundo a regra do artigo 38.º n.º 2 do Código Penal a lei não exige uma determinada forma (nomeadamente a escrita) para consentir em intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos. De acordo com Figueiredo Dias, a sua dependência de formalismos não seria necessária ou sequer conveniente para manifestar uma vontade que se quer o mais autêntica possível. Exige, no entanto, que se trate de um assentimento real e persistente no momento do facto, como garantia de que corresponde à vontade e autodeterminação do paciente¹³. Porém, a Direção-Geral de Saúde, através da norma 15/2013 de 29 de dezembro aplicável a todos os profissionais de saúde¹⁴, determina que o consentimento esclarecido deve ser inscrito no formulário disponível no sítio institucional desta Direção-Geral na Plataforma de Dados da Saúde: Portal do Profissional como parte de um processo comunicacional, contínuo e participado. Este formulário contém os vários campos informativos que devem ser preenchidos pelo médico e é feito em duplicado, um exemplar para ficar registado no processo clínico e outro para o paciente.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019, *Direito Penal Parte Geral*, tomo I, 3ª edição, Coimbra Editora, p. 487.

¹⁴ ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago, 2014, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, p. 225 e 226.

IV. I. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - Artigo 156.º do Código Penal

As intervenções e tratamentos médicos devem ser levados a cabo com intenção de prevenir, diagnosticar ou minorar doenças, sofrimento, lesão ou perturbação mental. Quando realizadas sem o consentimento do paciente consideram-se arbitrárias por isso atentatórias da liberdade, sendo punidas como crime autónomo pelo artigo 156.º do Código Penal para garantia da autodeterminação do paciente.

IV. I. I. O bem jurídico protegido

No século XIX, a ordem jurídica não se havia ainda consciencializado da dignidade penal e relevância dogmática do bem jurídico protegido pela incriminação deste tipo de condutas médicas. Os atos médicos arbitrários eram punidos apenas já alcançado o limiar da coação, havendo mesmo casos em que o tratamento arbitrário era considerado legítimo caso fosse indispensável para salvar a vida do paciente¹⁵. Existia uma prevalência do interesse de preservação da saúde e vida dos pacientes em detrimento da sua própria autodeterminação pessoal. Não seria ilícita a realização de uma intervenção que fosse necessária a salvar a vida do paciente, mesmo sendo contra a sua vontade expressa, “pois, à luz do direito vigente, a vontade de morrer é irrelevante para outrem”¹⁶. Foi com o Código Penal de 1982 que se implantou, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico no antigo artigo 158.º, a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

A questão em torno do bem jurídico que é efetivamente protegido pela incriminação dos atos médicos arbitrários refere-se ao facto de que o artigo 156.º do Código Penal parece proteger o bem jurídico vida ou saúde do paciente, enquanto também protege o bem jurídico da liberdade, suscitando dificuldades quando ocorrem situações em que os bens conflituam entre si. A maioria da doutrina, nomeadamente Figueiredo Dias, entende que o bem jurídico protegido é a liberdade de decisão e disposição do corpo e da própria vida, sendo isso evidente pela inclusão sistemática entre os crimes contra a liberdade¹⁷. Importa salvaguardar que o consentimento do paciente nunca opera como uma renúncia a este bem jurídico aqui

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 378.

¹⁶ Cfr. BELING, apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *ibidem*.

¹⁷ DIAS, Figueiredo apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, p. 452.

protegido. Antes pelo contrário, a exigência de consentimento do paciente para a realização de uma intervenção exercita o próprio bem jurídico protegido na incriminação. A autorização do paciente para a realização de um tratamento ou intervenção é, no que lhe concerne, uma realização da liberdade do paciente e não uma violação da mesma. Ao mandamento hipocrático que tinha a saúde do paciente como lei suprema, é assim adicionado um novo mandamento de ter a vontade do paciente como lei suprema.

Apesar de assente que o bem jurídico tutelado pela incriminação do artigo 156.º do Código Penal é o direito à autodeterminação do paciente, manifestado na sua liberdade de dispor do seu corpo ou vida através das suas decisões quanto a determinada intervenção ou tratamento, a sua tutela penal apresenta-se fragmentada. Este regime penal revela-se descontinuado na realização desta tutela ao admitir a realização de uma intervenção ou tratamento de forma arbitrária em determinadas situações tipificadas, privilegiando direta ou indiretamente o bem jurídico vida ou saúde do paciente ao invés da sua autodeterminação.

IV. I. II. A ação e o tipo

O artigo 156.º do Código Penal remete expressamente para o artigo 150.º do Código Penal pressupondo uma conjugação de ambos. A incriminação dos atos médicos arbitrários refere-se aos que integram o conceito de tratamento e intervenção médico-cirúrgica apresentado pelo regime do artigo 150.º n.º 1 do Código Penal, onde se lista o necessário para que o comportamento em causa não seja considerado uma conduta típica ainda que dele resultem danos para o corpo, vida ou saúde do paciente. Os atos fora deste âmbito não configuram condutas atípicas, cuja ausência de consentimento do paciente remeta para um crime autónomo de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, mas apenas para condutas típicas e ilícitas, como são as ofensas corporais¹⁸.

O autor do crime previsto e punido pelo artigo 156.º do Código Penal é o mesmo autor que comete o crime do artigo 150.º do Código Penal, necessariamente um médico ou outra pessoa legalmente autorizada. Distinguindo-se no que respeita aos direitos que as normas visam proteger: o direito à autodeterminação enquanto recusa ou aceitação de um tratamento ou intervenção médica, e a integridade física, respetivamente. A ação tipificada como crime é a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico (no sentido do conceito que consta do artigo 150.º do Código Penal) realizada sem o consentimento válido do paciente.

¹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português* in Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 26, p. 4.

A tipicidade exclui-se precisamente pelo consentimento prestado pelo paciente enquanto forma de exercício da sua liberdade ativa, o consentimento funciona como um acordo delimitado por dois princípios: o paciente pode escolher a intervenção que entende como mais conveniente e desejável de entre as alternativas que o médico propõe (princípio da autonomia do paciente), ao mesmo tempo que o paciente não pode ordenar ao médico uma determinada intervenção (princípio da independência técnica do médico). A proteção do direito do paciente à autodeterminação é prioritária, a sua recusa livre e esclarecida deve ser respeitada pelo médico mesmo que seja prejudicial para o próprio¹⁹. Assim cessa o dever de garante do médico, sem que se traduza numa obrigação a atender o pedido do paciente. Entender que estaria ao alcance do médico não respeitar a decisão do paciente por esta lhe parecer irracional significaria conceder ao médico estatuto de soberania que lhe permitisse ter a decisão final relativamente à intervenção que se viesse a realizar, promovendo uma agressão ao direito de autodeterminação do paciente intolerável nos parâmetros de uma sociedade livre²⁰.

Relativamente ao tipo subjetivo, o médico que atue contra a vontade manifestada do paciente deverá estar consciente que age sem o seu consentimento eficaz e, por isso, age com dolo. Pode o dolo ser excluído perante um erro sobre qualquer pressuposto da factualidade típica, nomeadamente pela convicção de que existe um consentimento válido ou de que não é necessário mais esclarecimentos (talvez porque o paciente renunciou a receber mais informação). Também a negligência grosseira é punível, nos termos do n.º 3, quando o agente represente falsamente os pressupostos do consentimento.

Trata-se de um crime semi-público²¹, um crime de dano (quanto ao bem jurídico), de resultado (quanto ao objeto da ação) e um crime específico impróprio regendo-se a comparticipação pelo disposto no artigo 28.º do Código Penal. O procedimento criminal está dependente de queixa sendo a titularidade do direito de queixa pertencente ao paciente e regulada nos termos do artigo 113.º n.º 1 do Código Penal, e no seu n.º 2 em caso de morte do paciente onde se prevê a transmissão por morte do seu direito de queixa.

¹⁹ RODRIGUES, Álvaro Gomes apud GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 686.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 385.

²¹ Artigo 156.º n.º4 do Código Penal.

IV. I. III. Presunção de consentimento

O artigo 156.º n.º 2 do Código Penal determina que não será punido como tratamento arbitrário aquele que seja realizado sem o consentimento do paciente no caso deste só poder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida, para o corpo ou para a saúde [alínea a)]. Também exclui da arbitrariedade o ato médico realizado quando o consentimento tenha sido dado para certa intervenção ou tratamento, mas outro diferente tenha vindo a realizar-se por se ter revelado imposto e adequado como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde [alínea b)]. Da última parte do artigo 156.º n.º 2 do Código Penal, entende-se que estas alíneas operam como uma presunção de consentimento do doente, pois o facto não deixará de ser punível se “se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”. Segundo o artigo 39.º n.º 2 do Código Penal, para afastar a desresponsabilização do médico nos termos das alíneas do artigo 156.º n.º 2 do Código Penal, exige-se que se prove com segurança que o paciente teria recusado dar o seu consentimento pois não é suficiente para afastar a presunção de consentimento que apenas se suponha razoavelmente que o consentimento seria recusado.

O fundamento, para se considerar o consentimento presumido como uma causa de justificação, é a vontade hipotética do paciente, encontrada através de um juízo de probabilidade de que o paciente teria consentido na ação se tivesse tido conhecimento dos factos. A parte final do n.º 2 também nos permite concluir que o consentimento presumido seja uma figura subsidiária, à qual só se pode recorrer na impossibilidade de obter consentimento efetivo. A justificação, de acordo com o artigo 39.º n.º 2 do Código Penal, só será excluída se puder concluir-se com segurança que a intervenção ou tratamento seria recusado, ou seja, sempre que não seja seguro concluir que o consentimento seria recusado será legítimo a realização do mesmo.

IV. I. IV. A natureza do consentimento

Ao contrário do que ocorre na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, o consentimento informado não se considera como uma mera causa de justificação ou mesmo de atipicidade de um crime contra a integridade física. Isto porque no nosso ordenamento jurídico-penal os tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas que estejam conforme os requisitos do artigo 150.º n.º1 do Código Penal não se consideram ofensas corporais. Ao invés disso, o legislador tipificou estes tratamentos e intervenções médicas que violam a

autodeterminação do paciente como um crime contra a sua liberdade pessoal. As intervenções médicas arbitrárias lesam um bem jurídico autónomo: a liberdade de autodeterminação individual. Encontra-se sistematicamente entre os crimes de coação (artigo 154.º do Código Penal) e o crime de sequestro (artigo 158.º do Código Penal), evidenciando a tutela da vontade do indivíduo.

Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues²² conclui que o consentimento do paciente não é uma causa justificante da lesão, trata-se de uma causa de exclusão da tipicidade do ilícito dos tratamentos ou intervenções médicas arbitrárias. Isto porque o tratamento ou intervenção feita sem o consentimento do paciente, mas em conformidade com os requisitos do artigo 150.º do Código Penal, não constitui o ilícito típico das ofensas corporais. Todavia, se algum requisito do artigo 150.º do Código Penal não se encontrar preenchido, nomeadamente se o tratamento ou intervenção ofender a *legis artis*, a existência de consentimento válido do paciente irá operar como uma causa de exclusão da ilicitude do crime de ofensas corporais, de acordo com o artigo 38.º n.º1 do Código Penal, e limitada pela cláusula dos bons costumes.

Citando Costa Andrade, “o consentimento é um requisito ineliminável de qualquer intervenção médica, esteja ou não abrangida pelo artigo 150.º do Código Penal, variando, porém a consequência que resulta da sua ausência: em alguns casos será de uma ofensa corporal que se trata, noutros de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária”²³.

Seguindo esta lógica e conforme o que defende o autor, entendemos que desta forma se afasta a ocorrência de concurso ideal entre as infrações dos artigos 150.º e 156.º do Código Penal, pois uma ação que realiza o tipo do artigo 156.º não poderá preencher o tipo das ofensas corporais. Em sentido inverso, Vera Lúcia Raposo²⁴ defende que é admissível o concurso efetivo entre o tipo de ambas as incriminações na eventualidade de existir uma violação das *legis artis*. Sustenta estarem em causa bens jurídicos distintos, permitindo que a sua violação coexista na mesma situação concreta. Posição esta que não acompanhamos dado que a violação das *legis artis* acarreta consequentemente a exclusão da aplicação do regime do artigo 150.º do Código Penal e necessariamente do tipo objetivo da incriminação do artigo 156.º do Código Penal, convertendo a conduta numa ofensa corporal típica²⁵.

²² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, ALMEDINA, p. 355.

²³ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 378.

²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, p. 170.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 393.

V. Consentimento - artigo 38.º do Código Penal

Uma intervenção ou tratamento médico que seja levado a efeito sem o consentimento do paciente pode configurar um crime contra a liberdade pessoal. Por isso remetemos para o artigo 38.º do Código Penal que exclui a ilicitude do ato que lesa um bem jurídico caso haja consentimento por parte do lesado, com fundamento na ideia de autorrealização do sistema pessoal do agente sobre a perda, e pressupondo que se trata de um bem jurídico disponível e pessoal. O paciente poderá consentir enquanto tiver o discernimento para compreender o sentido e alcance da intervenção²⁶.

De acordo com o artigo 149.º n.º 1 e 2 do Código Penal, para que o consentimento do lesado seja válido e consequentemente apto a excluir a ilicitude, deve verificar-se os seguintes pressupostos: o bem lesado tem de coincidir com um bem jurídico disponível; tem de respeitar a bens jurídicos individuais; deve preceder ao facto lesivo, embora a sua forma seja livre e possa ser livremente revogado até ao momento do ato lesivo; o facto consentido não pode ser ofensivo dos bons costumes; e a decisão deve ser plenamente livre e prestada por quem tenha capacidade para consentir.

Para que a ofensa se considere contrária aos bons costumes deverá sempre ser grave e irreversível de tal forma que (apenas nestes casos) a lei valorize mais a lesão do bem jurídico do que a autorrealização do titular desse bem, apesar da sua disponibilidade. Dessa forma, e seguindo a doutrina defendida por Figueiredo Dias²⁷, as ofensas corporais graves e irreversíveis além do que seja um risco para a vida são em princípio contrárias aos bons costumes, salvo quando sirvam motivos especialmente valiosos. Assim, a recusa livre, esclarecida e capaz do consentimento deve ser respeitada pelo médico mesmo quando seja prejudicial para o doente, atribuindo prioridade ao seu direito de autodeterminação.

V. I. Eficácia do consentimento

²⁶ Nos casos de pacientes com doenças incuráveis na sua fase terminal que percam essa capacidade, o consentimento deverá ser prestado pelo seu representante legal, salvo os casos em que o doente tenha expressado a sua vontade em testamento em vida prevalecendo a mesma sobre a do representante.

²⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2010, *Comentário do Código Penal*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, p. 196.

A parte geral do Código Penal estabelece a regra segundo a qual carecem de capacidade para consentir na prática de atos clínicos todos os menores com idade inferior a 16 anos e ainda os que, apesar de terem mais de 16 anos, não tenham o discernimento necessário para entender plenamente a situação em que se encontram e os efeitos das suas decisões no momento em que a intervenção ou tratamento médico é proposto. É o que se retira *a contrario* do artigo 38.º n.º3 do Código Penal quando dispõe que o consentimento “só é eficaz quando prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”²⁸.

Conforme a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (CDHB), no seu artigo 6.º n.º2, qualquer intervenção sobre um menor incapaz de consentir só deve ser realizada quando e na medida em que a mesma seja efetuada no seu benefício direto e consoante autorização do seu “representante, de uma autoridade, ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”²⁹. Todavia, a incapacidade do menor e a pertença do poder de decisão ao representante ou entidade designada não é (nem poderia ser) razão justificativa para que o devido esclarecimento não seja prestado por parte do médico também perante o menor, mais ainda, para que a opinião do menor não seja levada em conta. O artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças³⁰ estabelece que estas têm o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração, incluindo nas decisões médicas relativas à própria saúde, atribuindo-lhes o direito de audição e de livre expressão da sua opinião em função da sua idade e maturidade. Também o artigo 6.º da Convenção de Oviedo determina que a opinião do menor, sobre o que ao próprio diga respeito, seja tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, consoante a sua idade e do seu grau de maturidade. A Carta da Criança Hospitalizada, através dos artigos 4.º e 5.º, defende que as agressões físicas ou emocionais à criança devem ser reduzidas ao mínimo, tendo esta o direito a ser informada para que possa participar em todas as decisões relativas aos cuidados de saúde, devendo evitar-se qualquer exame ou tratamento que não seja indispensável. Ainda, o artigo 46.º n.º3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos determina que a opinião dos menores seja tomada em consideração conforme a sua maturidade.

O recente Direito dos Menores tem então tendência a respeitar a autonomia do menor o mais cedo que a sua capacidade de discernimento permita, para que seja possível atender à

²⁸ Artigo 38.º n.º3 do Código Penal.

²⁹ Artigo 6.º n.º2 (“Proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o consentimento”) Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina.

³⁰ Ratificada pelo Decreto-Lei do Presidente da República n.º 49/9, de 12 de setembro.

sua opinião no que respeita ao que a equipa médica lhe propõe: mesmo o poder de autorizar pertencendo ao representante ou autoridade designada, a opinião do menor deve ser ouvida e considerada no processo de decisão, consoante a sua idade e grau de maturidade demonstrado.

V. I. I. Maioridade especial

O artigo 38.º n.º3 do Código Penal refere uma regra de maioridade especial para a eficácia e validade do consentimento na realização de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, na qual pode ser o menor a prestar consentimento para as intervenções e tratamentos relativos à sua saúde, evitando a necessidade de serem representados. A lei exige dois requisitos cumulativos para que o menor tenha capacidade de consentir: deve ter idade superior a 16 anos; e deve ter a maturidade e o discernimento necessários para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento no momento em que o presta. Se não tiver a devida maturidade e discernimento, serão os representantes legais a decidir sobre a proposta clínica. Se tiver, é-lhe reconhecida a possibilidade de ele próprio exercer o seu direito à autodeterminação e liberdade de recusar ou aceitar os cuidados de saúde que afetam a sua integridade física e a sua vida.

Porém, a ideia de que um jovem de 16 anos tem autonomia para decidir sobre a sua saúde e até sobre a própria vida, excluindo a responsabilidade parental, é um tópico ainda sensível e discutível. Vera Lúcia Raposo defende que a idade do consentimento deveria ser fixa nos 16 anos, pois tratamos de decisões com íntimas repercussões sobre as convicções mais íntimas e pessoais, podendo considerar-se questões de liberdade de consciência³¹. Já no Ac. do TRL de 14 de setembro de 2021 (Relator Desembargador: Carlos Oliveira) entendeu-se que dos artigos 1877.º e 1878.º do Código Civil³² deveria retirar-se como posição de princípio que um jovem de 16 anos não tem essa maturidade, pois não se poderia presumir que esse menor tem a capacidade de discernimento necessária para avaliar o sentido e alcance da sua decisão de consentir na realização de determinado ato médico³³.

Pensamos que a razão está com Vera Lúcia Raposo, não podendo acompanhar a referida posição jurisprudencial. A capacidade para consentir num ato lesivo de um bem

³¹ RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, p. 9.

³² O artigo 1877.º do Código Civil determina que a guarda, regência e representação de um filho menor cabe aos seus pais, e compete aos pais agir no interesse dos seus filhos e velar pela sua saúde e defender a sua vida, segundo o artigo 1878.º n.º1 do Código Civil.

³³ Acórdão do TRL de 14.09.2021 proc. nº 17922/21.8T8LSB.L1-7, relator Desembargador Carlos Oliveira.

jurídico, concretamente a capacidade para prestar consentimento esclarecido para a realização de intervenções e tratamentos médicos, não se afere pelas regras do direito civil. Entendemos que o consentimento a que se refere o artigo 156.º do Código Penal e principalmente o artigo 38.º n.º3 do Código Penal, por razões sistemáticas, segue a lógica e enquadramento legal do direito penal em que os artigos se inserem. O Código Penal, no seu artigo 19.º, considera que um menor de 16 anos tem capacidade de discernir que os seus atos são idóneos a lesar bens jurídicos, e que tem maturidade para decidir contra a ordem normativa com consequências penais para a sua vida daí em diante. Por conseguinte, a regra deveria ser a de presumir que um menor de 16 anos, que o direito penal considera suficientemente capaz para ser imputável criminalmente, também terá essas mesmas características quando aplicadas à sua capacidade de consentir num ato lesivo.

Determinar se o menor tem a referida capacidade de discernimento pressupõe uma análise caso a caso que tenha em conta o desenvolvimento psicológico de cada criança independentemente da sua idade. Seguindo a posição de Guilherme de Oliveira, a norma do direito penal tem o objetivo de “estabelecer um critério tanto quanto possível nítido e que permita saber quando é que o médico pode (e deve) intervir sem estar perante uma vontade autónoma e quando, pelo contrário, está perante um paciente capaz de se autodeterminar, capaz de decidir livremente se tolera ou não tolera a intervenção no seu corpo”³⁴.

Estando perante um caso de maioridade especial, a lei não oferece uma solução clara para uma situação em que a vontade do menor difira da vontade dos seus representantes. Vera Lúcia Raposo defende uma tentativa de conciliação entre o menor e os seus representantes, quando esta não seja possível deve-se procurar uma solução nas normas deontológicas, mas prevalecendo a decisão dos pais a menos que seja nitidamente prejudicial para o menor³⁵. Pela posição de Mafalda Matos considera-se que a vontade e a confidencialidade do menor deve ser respeitada pela equipa médica mesmo que não coincida com a vontade dos seus pais³⁶. Por outro lado, Helena Pereira de Melo salienta que uma solução adequada a prosseguir o superior interesse do menor só será possível de atingir atendendo a cada caso em particular. Para nós, não se vê qualquer razão para considerar que um menor tem discernimento suficiente para exercer o seu direito à autodeterminação mas ao mesmo tempo dizer que esse direito não pode ser exercido contra determinadas pessoas (os seus representantes).

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, 2005, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª edição, Coimbra Editora, p.241.

³⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, p. 175-176.

³⁶ MATOS, Mafalda Francisco, 2013, *O Problema da (Ir)Relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos (Uma Perspetiva Jurídico-Penal)*, Coimbra Editora, p. 105-106.

Concordamos com a abordagem inicial de tentativa de reconciliação como solução ideal, mas quando tal não seja possível a regra deverá ser a de prevalecer a vontade do menor se apresentar maturidade e discernimento para decidir.

V. I. II. Superior interesse da criança

Os menores com idade inferior de 16 anos serão sempre considerados incapazes para consentir, cabe então aos representantes do menor, que em regra são os seus progenitores no exercício das suas responsabilidades parentais, consentir (ou não) na realização de uma intervenção ou tratamento médico no menor, segundo o critério e com o objetivo de seguir o melhor interesse da criança.

Este deve ser o critério orientador principal para um juiz, um médico e um representante se guiar em qualquer decisão relativa a menores, o qual determina que se encontre a solução que melhor favoreça o verdadeiro interesse da criança. Tal não se pode confundir (embora possa coincidir) com o interesse dos pais, cujo dever consiste na guarda, regência e representação de um filho menor, segundo o artigo 1877.º do Código Civil. O artigo 1878.º n.º 1 do Código Civil sobre o conteúdo do poder paternal dispõe que compete aos pais agir no interesse dos seus filhos (e não no próprio) e velar pela sua saúde e defender a sua vida. Deste modo, o poder do Estado ou de uma instituição hospitalar na guarda de um menor surge como meramente acessório ou auxiliar do poder parental.

As questões jurídicas, quando envolvem crianças, são especialmente difíceis e instáveis. A este propósito discutem-se os casos em que os pais recusam determinado tratamento ou intervenção médica por convicções religiosas ou de outro teor, e em que medida essa vontade dos pais pode (ou deve) ser suprida. Em casos de urgência em que o tempo necessário para decretar a providência adequada se revele um prejuízo ou agravante de uma situação de perigo iminente para a vida do menor, poderá o médico intervir e a eventual ilicitude da sua atuação deve ser excluída com base no artigo 34.º (direito de necessidade) ou no artigo 36.º (conflito de deveres) do Código Penal. A princípio, fica logo excluída a possibilidade de se tratar de uma situação de conflito de deveres por estarmos perante uma colisão entre um dever de ação (realizar a intervenção ou o tratamento sem consentimento), que protege a saúde e a vida, e um dever de omissão (não realizar a intervenção ou tratamento sem consentimento), que protege a autodeterminação, entendendo-se que esses casos remetem para a aplicação do artigo 34.º do Código Penal. Também a aplicação da figura do direito de necessidade exige cautela, refere-se a situações de perigo e de conflito entre a

proteção de vários bens jurídicos mas onde não se possam salvar a todos, devendo existir uma ponderação que resulte na predominância do bem a salvaguardar³⁷. A vida humana será considerada o valor mais elevado em absoluto, portanto, o médico que veja em perigo concreto e atual a vida do menor poderá agir em proteção desse bem jurídico³⁸.

Não se tratando de um caso de urgência, se o representante recusa dar consentimento para uma intervenção ou tratamento que seja indispensável e indicado para salvar a vida do menor, o tribunal pode suprir esta recusa. Em harmonia com Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, salienta-se que “as crianças não são propriedade dos pais”³⁹. Além disso, a faculdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal que pertence ao próprio e não se comunica aos representantes. Por isso, “é manifesto que não é lícito aos pais, seja em que nome de que valores forem, privar os filhos do direito à saúde e à vida”⁴⁰. Mais complexos são os casos em que a saúde ou vida do menor esteja em risco mas não se possa verdadeiramente falar de privação por parte dos pais, pois o menor partilha dos mesmos desejos e vontades.

Independentemente de quem representa o menor, a providência mais adequada será sempre a que atente ao superior interesse da criança, o tratamento médico que não ponha em causa a sua saúde e a sua segurança, mas que também salvasse a sua formação, bem-estar psicológico e o seu desenvolvimento integral e moral. Por essa razão, e desde que a vida da criança se encontre igualmente protegida, será sempre preferível o recurso a tratamentos que respeitem esses valores.

VI. Dever de esclarecimento - Artigo 157.º do Código Penal

A exigência de consentimento pelo artigo 156.º do Código Penal completa-se com a exigência cumulativa do médico esclarecer o seu paciente, estipulada no artigo 157.º do Código Penal. Desta forma, e dando continuidade à tutela do direito de autodeterminação do

³⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes apud GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 286.

³⁸ Todavia, no caso da criminalização das intervenções e tratamentos arbitrários, é interessante notar que é o próprio legislador que não atribui ao bem jurídico saúde ou vida um grau de proteção mais elevado do que é atribuído à liberdade de autodeterminação, antes pelo contrário.

³⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, ALMEDINA, p. 349.

⁴⁰ *Ibidem*.

paciente, o consentimento tem o dever de esclarecimento como pressuposto obrigatório cujo âmbito se encontra tipificado no referido artigo, uma disposição sem correspondente no direito estrangeiro.

A validade do consentimento do paciente depende do cumprimento deste dever, pois “só a compreensão do significado, alcance e riscos da intervenção médica (para efeitos de simples diagnóstico ou terapêuticos) poderá ser excludente da tipicidade das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários do artigo 156.º do Código Penal”⁴¹. De maneira geral, a eficácia do consentimento do paciente exige o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a sua decisão de submissão a uma intervenção. Antes de realizar uma intervenção ou tratamento, deve o médico prestar ao paciente as informações necessárias para que ele se considere efetivamente esclarecido para decidir sobre o que lhe está a ser medicamente proposto, bem como lhe permita escolher entre outras opções de tratamentos possíveis.

A finalidade do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente (ou os seus responsáveis), com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta. Para tal, importa notar que não estamos perante um mero dever de informar, exige-se um esclarecimento conveniente com a necessária e verdadeira compreensão por parte do paciente no que respeita à informação que recebe. Pressupõe-se um esclarecimento que seja verdadeiro e o mais completo possível cumprido com lealdade e em linguagem acessível e apropriada. O esclarecimento deve colocar o paciente numa situação justa e equilibrada de ponderação sobre a intervenção⁴², porém, não deve ultrapassar a medida do que seja razoável exigir ao médico. A este nunca poderia ser imposto um dever de discutir com o paciente todos os detalhes quanto a qualquer tratamento, nem deve o médico ter um discurso de extensão e rigor linguístico semelhante ao de um estudo clínico cujo tema seja a efemeridade do paciente, tal frustraria o próprio objetivo do esclarecimento. O esclarecimento do médico deve então ser dado de forma a eliminar dúvidas e tecer explicações claras, por isso, e de acordo com João Rodrigues, a informação deve ser simples (por ser compreensível), suficiente (por conter os dados essenciais para a tomada de decisão), pontual (por respeitar a cada ato médico), neutral (por salvaguardar a liberdade do paciente) e verdadeira⁴³. O consentimento informado é assim um processo que deve ser

⁴¹ RODRIGUES, Álvaro Gomes apud GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 688.

⁴² Cfr. HIRSCH apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 397.

⁴³ RODRIGUES, João Vaz, 2001, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, p. 241 e 242.

encarado como um diálogo entre o doente e o médico para ambos trocarem informações e interrogações, e culminar na concordância com a realização de determinado tratamento.

A eficácia do consentimento do paciente está ainda dependente da inexistência de qualquer erro-vício que possa afetar o seu processo de decisão, nomeadamente o erro fraudulentamente induzido⁴⁴, caso contrário não pode representar um acto de livre autodeterminação eficazmente. Para este efeito, releva distinguir entre o erro irrelevante e o erro relevante que implique a ineficácia do consentimento. Será ineficaz, por ser relevante, o consentimento afetado por um erro relativo a qualquer um dos tópicos de esclarecimento prescritos no artigo 157.º do Código Penal (a menos que tal se justifique ao abrigo do privilégio terapêutico) e ainda sobre as necessidades e natureza da intervenção, por ser um tópico relevante para a tomada de decisão. Em oposição, será eficaz, por ser irrelevante, o consentimento prestado com erro relativo ao preço, data, implicações sociais ou económico-profissionais da intervenção, ou sobre a identidade do médico.

Podem ocorrer casos em que o médico não cumpra integralmente as exigências do dever de esclarecimento por estar erradamente convencido quanto à medida em que o deve fazer⁴⁵. Um exemplo típico será o do médico que não deu conhecimento do diagnóstico ao paciente por tal ser a *praxis* na clínica ou hospital em que trabalha e isso o ter convencido de que não lhe era exigido esclarecimento. Equaciona-se se pode esta situação considerar-se um caso de erro sobre a ilicitude que excluirá a culpa se não for censurável, nos termos do artigo 17.º do Código Penal. A culpa será excluída quando o agente age diretamente para proteger um bem relevante para o Direito com base numa consciência errónea de ilicitude perante uma questão controvertida, salvo quando lhe seja censurável estar erroneamente convicto sobre a licitude da sua atuação. Entendemos que será censurável a convicção errónea de que o médico só precisa de cumprir os seus deveres deontológicos apenas na medida em que os mesmos sejam cumpridos na prática da clínica em que se trabalha, desconsiderando a sua base legal e a medida do que se considere eticamente correto.

Sucedem também casos (frequentes) em que o paciente se limita a “colocar-se nas mãos do médico” confiando na sua competência profissional, o chamado “consentimento em branco”⁴⁶. Admite-se o consentimento em branco quando o paciente não quer conhecer as circunstâncias do seu diagnóstico ou tratamento, nem deseja decidir entre as possíveis

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 387.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do STJ de 26.11.2020, proc. n.º 21966/15.0T8PRT.P2.S1, Relator: Ferreira Lopes.

⁴⁶ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, p. 397.

alternativas. Todavia, na realidade, tal situação impõe ao médico um dever de cuidado especial de confirmar a vontade do paciente em cada fase do tratamento e a cada novo ato médico, não podendo servir como um desconto na informação que o médico deve prestar. Pode ainda verificar-se a situação do paciente resoluto, isto é, o caso do paciente que está de tal maneira decidido quanto à sua decisão de se submeter, ou não, a determinada intervenção que dispensa qualquer esclarecimento. Apesar de poder ser encarado como uma exceção ao dever de esclarecimento, pensamos que, à semelhança do que sucede com o consentimento em branco, estas situações merecem especial cuidado por parte do médico que confirma a decisão do paciente.

VI. I. Amplitude do dever de esclarecimento

O consentimento só pode considerar-se válido quando o médico cumprir suficientemente o seu dever de forma pontual, oportuna e verdadeira, esclarecendo o paciente sobre “o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”⁴⁷ além das consequências pós-operatórias, efeitos colaterais causados por medicamentos e das vantagens concretas da intervenção ou tratamento que o médico propõe em relação a outras igualmente admissíveis. O disposto na lei penal contém ressalvas, deixando uma situação de exigência interpretativa quanto ao conteúdo do dever de esclarecimento.

O diagnóstico do paciente incluiu-se nas exigências do artigo 157.º do Código Penal através da reforma de 1995 pelo seu papel central na atividade médica⁴⁸. Aqui começa o dever de esclarecimento pois é através do diagnóstico que se estabelece um tratamento após verificar se existem realmente sinais morbosos objetivos que o exijam e, em caso positivo, qual a natureza e gravidade dessa efemeridade⁴⁹.

O direito do paciente à autodeterminação será ofendido pelo médico se este omitir informação relevante para o doente consentir esclarecidamente sobre a realização de determinado tratamento. A filtragem do que seja informação relevante para o paciente não se baseia num critério totalmente objetivo, na medida em que aquilo que é relevante para o

⁴⁷ Artigo 157.º do Código Penal.

⁴⁸ CRESPI, Alberto, 1955, *La Responsabilità Penale del Trattamento Médico-Chirurgico con Esito Infausto*, G. Priulla Editore, Palermo, Itália, p. 74.

⁴⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, p. 31.

médico (o número de intervenções bem sucedidas já realizadas, as características profissionais da equipa médica, etc.) pode não coincidir com aquilo que o paciente entende como relevante (custos, possibilidade de escolha, a relação desenvolvida com o médico, etc.). O médico deve apurar os dados que lhe permitam conhecer o quadro do paciente, incluindo a adequação e incompatibilidades entre terapias bem como as características do doente. Também o paciente deve informar o médico sobre a sua situação, para que a ação do médico desconforme as *legis artis* seja realmente imputável ao médico, lembrando que ainda assim o médico tem o dever de confirmar as informações fornecidas pelo paciente.

Completa-se com outras disposições legais, nomeadamente a Base XIV n.º1 alínea e) da Lei de Bases da Saúde, onde consta que “Os utentes têm direito a ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”. O artigo 38.º n.º1 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, impõe ao médico o dever de “esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar”. O artigo 40.º n.º1 do mesmo diploma, obriga o médico ao dever de revelar ao doente o prognóstico e o diagnóstico, “salvo se o Médico, por motivos que em sua consciência julgue ponderosos, entender não o dever fazer”. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, não se pode incluir na incriminação a não revelação aos familiares de um prognóstico fatal que seja omitido ao paciente. Mais, a doutrina⁵⁰ e a jurisprudência (tanto nacional como europeia, nomeadamente francesa e espanhola) tem vindo a defender o entendimento de que, em princípio, compete ao médico ou à instituição de saúde o ónus de provar que cumpriu o dever de informar devidamente, reforçando a importância do preenchimento das respetivas fichas clínicas.

Apesar deste enquadramento legal, o *quantum* da informação que deve ser revelada ao paciente não está (nem deve estar) determinado numa fórmula legal nem obedece a um modelo único. Isto porque a amplitude da informação varia consoante o próprio doente, devendo adequar-se à sua preparação psicológica e cultural. Uma determinação excessivamente específica tipificada na lei poderia levar a um bloqueio da atividade médica pela instalação de um “direito penal de terror”, motivado por excesso de cautela⁵¹. O

⁵⁰ Cfr. André Dias Pereira, Figueiredo Dias, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, apud GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 688-689.

⁵¹ Também sob pena de nos conduzirmos a uma proliferação de ações de responsabilidade médica por insuficiência de esclarecimento ou mesmo por *soft answers*, como se assistiu nos Estados Unidos da América na década de 90.

professor André Gonçalo Dias Pereira⁵² chama a atenção de que uma obrigação de informar muito exigente teria também um baixo custo/benefício. O seu cumprimento iria consumir determinada quantidade de tempo do médico que por sua vez não se iria refletir numa proporcional utilidade para o paciente pois, em geral, os pacientes não necessitam de informação hiper-especializada. Desta forma, é útil manter uma certa medida de *standartização* dos critérios, assegurada pelas disposições legais *supra* mencionadas, desde que tal não prejudique os princípios de justiça distributiva ou os próprios pacientes.

VI. I. I. Informação sobre os riscos do tratamento

Analisando especificamente o dever de informar sobre os riscos do tratamento, a concretização do dever de esclarecer sobre os riscos do tratamento é ainda um ponto problemático. A orientação da doutrina francesa⁵³ é a de que os médicos devem revelar todos os riscos muito graves mesmo que a sua frequência seja excepcional ou rara, no entanto, tal levou a que a responsabilidade médica por violação dos deveres de informação se tornasse demasiado pesada e com fortes cargas indemnizatórias. Na jurisprudência alemã⁵⁴ reafirma-se o entendimento de que deve ser prestada ao paciente informação base (“*Grundaufklärung*”) em termos “gerais e completos” (“*Grossen und Ganzen*”), incluindo as chances e riscos da intervenção, compreendendo todos os riscos graves a ela ligados mesmo que sejam de verificação rara, mas sem necessidade duma descrição médica exata. Já a orientação da doutrina espanhola⁵⁵ é a de que os médicos devem apenas revelar os riscos graves que sejam previsíveis em condições normais, divergindo a resposta também consoante se trate intervenções de medicina curativa ou necessária ou apenas voluntária, reparadora ou não necessária. Noutra doutrina e jurisprudência mais recente entende-se que os médicos têm a obrigação de comunicar os “riscos significativos”, ou seja, aqueles que o médico sabe, ou devia saber, que são importantes e pertinentes para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento

⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2008, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, artigo cfr. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, p. 8.

⁵³ PINNA, Andrea, 2004, *Le nouveau droit français de l’obligation d’information sur les risques médicaux*, *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, p. 83

⁵⁴ Cfr. NYS, Herman, 2005, *Report on Medical Liability*, in Council of Europe Member States, Council of Europe.

⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2008, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, artigo cfr. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, p. 10-11.

proposto.

Segundo a teoria dos riscos significativos, o risco será considerado significativo através dos seguintes critérios: necessidade terapêutica da intervenção, frequência, gravidade e comportamento do paciente. Em razão da necessidade terapêutica da intervenção, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível e menos rigorosa poderá ser a informação sobre os riscos. Para analisar a sua necessidade deve ter-se em conta a urgência, a perigosidade, a gravidade da doença e a novidade do tratamento, embora nem mesmo a indispensabilidade da intervenção exime o médico de cumprir um dever mínimo de informação. Quanto menos necessário for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação, devendo ter o máximo rigor em casos de cirurgias estéticas ou voluntárias. Em razão da frequência do risco, quanto mais frequente for a concretização do risco mais se justificará que essa informação seja dada ao paciente. Os riscos frequentes devem ser informados mesmo que sejam de pouca gravidade, deixando a questão controversa para os riscos de pouca frequência mas de grande gravidade. Em razão da gravidade, entende-se que a gravidade de um risco conduz sempre ao dever da sua comunicação, nomeadamente se for possível prever que o paciente teria alterado a sua decisão ao conhecer da existência de determinado risco. Em razão do comportamento do paciente, diz respeito ao carácter subjetivo-concreto do dever de esclarecimento, onde se deve atender às características físicas do paciente, às suas condições e hábitos de vida, à sua personalidade e nível de compreensão, bem como outros fatores pessoais que merecem a atenção do médico. Nos casos em que o paciente seja uma criança, o nível de compreensão a que se deve atender é o dos pais como se a eles próprios coubesse o tratamento, visto serem em primeira linha os encarregados de zelar pelo superior interesse do seu filho.

Posto isto, e como enfatiza André Gonçalo Dias Pereira⁵⁶, não podemos esquecer que a medicina é uma atividade que gera riscos, cabendo ao jurista a tarefa da imputação objetiva dos danos. Devemos procurar destrinçar quais os riscos que a ordem jurídica pretende que sejam suportados pelo doente e quais os devem ser suportados pelo médico, são estes últimos os que importam ser comunicados ao paciente para que possa, no exercício da sua liberdade, decidir sobre a intervenção. Já os riscos que devem ser suportados pelo paciente, quer seja pela extrema raridade, imprevisibilidade ou por serem de conhecimento comum, não carecem

⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2008, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, artigo cfr. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, p. 17.

de ser transmitidos e se se verificarem deverá ser o paciente a suportá-los (*casum sentit dominus*).

VII. Exceções à arbitrariedade do ato médico

VII. I. Privilégio Terapêutico

Lembramos que a hiperinformação é um caminho que pode revelar ter mais desvantagens do que vantagens, por isso se deve atender ao estado físico e psíquico do paciente para a sua determinação concreta. Informar sobre todos os riscos, mesmo que sejam raros, pode criar uma situação de angústia perante situações que raramente se verificam, baixando a utilidade marginal da informação para a maioria dos pacientes.

O artigo 1.º n.º 3 da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina consagra a possibilidade das leis nacionais estabelecerem restrições ao direito a ser informado, admitindo o confronto entre o direito à informação e o dever de proteção do bem jurídico vida ou saúde. Este é o propósito da parte final do artigo 157.º do Código Penal e do artigo 40.º n.º1 do Código Deontológico da Ordem Médica, consubstanciando uma efetiva limitação ao dever de esclarecimento do médico, quando dispõe que “salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

O privilégio terapêutico admite-se apenas quando o conhecimento de certas informações suscite a possibilidade de colocar em perigo (concreto) ou causar dano à vida ou saúde do paciente⁵⁷, devendo por isso ser omitidas. Um típico exemplo seria o do paciente que sofreu um enfarte do miocárdio e, tendo isso em mente, o médico omite informações suscetíveis de lhe provocar emoções fortes. Revela-se assim o seu carácter verdadeiramente excepcional por ter como âmbito de aplicação os casos em que a revelação da informação causaria danos físicos ou psicológicos concretos no paciente, de tal gravidade que a sua proteção se sobreponha à proteção do seu direito à autodeterminação. Trata-se de um regime que tem por base um princípio humanitário que, no entanto, não atribui ao médico qualquer

⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 399.

direito à mentira, nem pode omitir informações importantes a fim de evitar que o paciente se recuse a submeter-se a determinada intervenção. Pelo seu caráter subjetivo, o médico deve analisar cada caso concreto e ponderar entre proteger a autodeterminação do paciente ou proteger a sua vida ou saúde, atribuindo primazia ao interesse que se mostre ser mais benéfico ao paciente.

Quanto aos pontos sobre os quais se pode verificar a exceção do privilégio terapêutico, parece a parte final do artigo 157.º do Código Penal dispor que esta figura se aplica apenas em matéria de diagnóstico, permitindo ao médico não revelar a sua totalidade se entender que pode pôr em perigo a vida do paciente ou causar-lhe dano à sua saúde. No entanto, afigura-nos que também fora do âmbito do diagnóstico o privilégio terapêutico encontra utilidade e relevância, assumindo autonomia dogmática e relevo prático-jurídico. Pensemos nos casos de cirurgias necessárias mas arriscadas, com efeitos graves realizada a uma pessoa que pela sua fragilidade pode sofrer danos na sua saúde se tal revelação ocorrer. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues defende que, onde a revelação dos riscos de um tratamento ou intervenção possa significar risco de vida ou de dano grave para a saúde do paciente, deve o tratamento jurídico-penal ser o da verificação da exceção do privilégio terapêutico. Também em matéria de riscos se podem verificar razões de cautela da vida, do indivíduo e da sua dignidade da pessoa humana, de forma semelhante à revelação do diagnóstico. Citando Costa Andrade⁵⁸, “o esclarecimento não tem de obedecer a um modelo único de densidade e de intensidade. Ele pode ser reduzido em maior ou menor medida, ou ser pura e simplesmente recusado. E isto em nome do *favor vitae vel salutis*”.

A propósito desta temática, surge a questão concreta da revelação do diagnóstico fatal e em que medida a sua comunicação pode ser reduzida ao abrigo do privilégio terapêutico. A jurisprudência alemã inicialmente assumiu uma posição na qual “mesmo no caso das doenças mais graves, como o cancro, o paciente tem interesse e assiste-lhe o direito de ser informado com verdade sobre a natureza do seu mal”⁵⁹, tendo evoluído para um entendimento onde já seria lícito ocultar o verdadeiro e completo diagnóstico nos casos em que a comunicação do mesmo venha a produzir um dano grave e irreversível na saúde do paciente. Figueiredo Dias pronuncia-se no sentido de que “a comunicação de um diagnóstico fatal é sempre adequada a causar um grave dano, mas tem que ser, em princípio levada a efeito, no caso de a pessoa se encontrar em condições normais de resistência. Caso a pessoa se encontre debilitada, então

⁵⁸ ANDRADE Costa, 1991, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, p. 461.

⁵⁹ Decisão do RG de 1932 apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, p. 42.

sim, tem cabimento a utilização desta norma”⁶⁰. Refere-se aos casos em que dizer toda a verdade ao paciente iria, previsivelmente, gerar perigos relevantes e por isso ser prejudicial para a saúde do paciente. Nessas circunstâncias, o dever do médico de cuidar do paciente sobrepõe-se ao dever de esclarecer, é o que se entende por privilégio terapêutico, com o objetivo de temperar a autonomia e autodeterminação pessoal do doente em prol do mandamento hipocrático de *nihil nocere*.

Relativamente à revelação do prognóstico fatal⁶¹, atendendo ao disposto no artigo 40.º n.º2 do Código Deontológico da Ordem Médica, o médico só pode revelar ao paciente um prognóstico fatal se o fizer “com as precauções aconselhadas pelo exato conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua índole moral”. O legislador procurou acautelar o cumprimento do dever de esclarecimento ao ressaltar na parte final do referido artigo que o prognóstico “deve ser revelado ao familiar mais próximo que o Médico considere indicado, a não ser que o doente o tenha previamente proibido ou tenha indicado outras pessoas a quem a revelação deva ser feita”. Segundo Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, as limitações estabelecidas para a revelação do prognóstico fatal não se restringem às situações de previsão de morte como desfecho patológico, devendo também incluir situações de irreversibilidade da doença grave e que diminua significativamente a qualidade de vida do paciente (como cegueira ou paraplegia irreversível), pois também estes casos são suscetíveis de ter consequências nocivas para o paciente⁶². Todavia, tal como também refere o autor, importa lembrar que a cautela em nome da qual se limita o direito de informação do paciente deve ser ponderada subjetivamente e não usada em excesso, exigindo critérios de bom senso e boa ponderação.

VII. II. Diretivas Antecipadas de Vontade

Segundo o artigo 2.º n.º 1 da Lei n.º 25/2012 de 16 de julho, divergem do tradicional consentimento informado porque se trata de uma vontade anteriormente manifestada por um paciente relativamente a determinada intervenção médica e respeita aos cuidados de saúde que o paciente deseja ou não deseja receber no caso de, por alguma razão, se encontrar

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo apud GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 686.

⁶¹ O prognóstico consiste na apreciação do grau de gravidade, de evolução e juízo sobre o desfecho de uma doença, estando intimamente ligado à atividade diagnóstica.

⁶² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, p. 38.

incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente. Ao invés de prestar o seu consentimento (ou não prestar) no momento em que é confrontado com o seu caso clínico, caso o paciente não se encontre em condições de se expressar⁶³ pode apresentar uma diretiva antecipada de vontade para que seja atendida no momento da intervenção, conforme o artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina.

Podem revestir a forma de testamento vital ou de nomeação de procurador de cuidados de saúde a quem são atribuídos poderes de representação para decidir sobre os cuidados de saúde⁶⁴. São expressas através de documento escrito assinado presencialmente por notário⁶⁵ com uma eficácia de 5 anos, permitindo renovação. O registo no RENTEV (Registo Nacional de Testamento Vital) atribui um valor meramente declarativo, portanto as diretivas antecipadas de vontade serão sempre eficazes mesmo que não sejam registadas, desde que estejam conforme a presente lei⁶⁶. Segundo o artigo 4.º da lei referida, para que o paciente se considere capaz de assinar deve ser maior de 18 anos⁶⁷ sem ter o estatuto de maior acompanhado e ter capacidade para consentir consciente, livre e esclarecidamente. Serão juridicamente inexistentes, conforme o artigo 5.º do diploma, as diretivas antecipadas de vontade que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas [alínea a)], cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável [alínea b)], ou em que o doente não expressou clara e inequivocamente a sua vontade [alínea c)].

A vontade expressada nas diretivas antecipadas de vontade opera apenas como uma vontade presumida no momento da intervenção e os médicos devem respeitá-la enquanto tal, dado que o paciente não se encontra em condições de se expressar atualmente. Por isso, as diretivas antecipadas de vontade podem não ser seguidas quando hajam fortes indícios de que já não correspondem à vontade do paciente ou se comprove que o outorgante não desejaria mais mantê-las [alínea a) do artigo 6.º n.º2 do diploma *supra* referido]; se verifique uma

⁶³ Artigo 9.º (“Vontade Anteriormente Manifestada”) da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina.

⁶⁴ Artigo 11.º n.º1 da lei n.º 25/2012 de 16 de Julho.

⁶⁵ Artigo 3.º n.º1 da lei n.º 25/2012 de 16 de Julho.

⁶⁶ Artigo 16.º da lei n.º 25/2012 de 16 de Julho.

⁶⁷ Daqui retiramos que, apesar de ser possível que um jovem maior de 16 anos se considere capaz de prestar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido, a mesma capacidade não se verifica no que respeita a manifestar a sua vontade através de uma diretiva antecipada da vontade. A lei n.º 25/2012 de 16 de Julho não inclui a possibilidade de um jovem maior de 16 anos com discernimento adequado redigir validamente uma diretiva antecipada da vontade, por razões sistemáticas e teológicas, não encontramos sentido nesta diferença em relação ao regime estabelecido no Código Penal. Se um jovem maior de 16 anos com discernimento adequado pode ter capacidade para entender o alcance da sua decisão e as consequências da sua vontade quando perante o seu quadro clínico, não vemos porque essa mesma capacidade já não poderia existir quando a sua vontade esteja a manifestar-se antecipadamente.

evidente desatualização perante os progressos da medicina [alínea b) do mesmo artigo] ou que as circunstâncias de facto previstas e inerentes à decisão do paciente não se verificam.

VII. III. Situações de Urgência

O consentimento é dispensável quando a intervenção ou tratamento realizado não corresponde com o que foi consentido por razões de necessidade detetada num momento em que o paciente já não se encontra em condições de consentir numa alteração ou alargamento dos planos interventivos, agindo o médico a coberto do estado de necessidade. No artigo 8.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina determina-se que, perante uma situação de urgência em que não seja possível obter o consentimento do paciente de forma apropriada, "poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa"⁶⁸. Permitindo-nos identificar três requisitos cumulativos: que a intervenção seja necessária, que a mesma não possa ser adiada, e que o paciente seja incapaz de consentir.

Também o artigo 156.º n.º 2 alínea a) do Código Penal dispõe sobre a mesma exceção, ao determinar que “O facto 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”. Refere-se às situações em que o paciente se encontre incapaz de consentir de facto (por exemplo por estar inconsciente) ou em que o paciente seja incapaz *de jure* para consentir (por se tratar, por exemplo, de um menor cujos pais estão incontactáveis), sendo necessária determinada intervenção médica que não pode ser adiada.

A necessidade da intervenção não se refere apenas a intervenções que visem salvar a vida do paciente quando esteja em perigo, inclui todas as que se revelem clinicamente imprescindíveis e que não possam ser adiadas sem que tal seja gravemente prejudicial à saúde do paciente. Considera-se uma situação de urgência quando esta seja imprevista e prejudicial requerendo uma ação imediata para a interromper ou eliminar, quando um tratamento ou intervenção tenha de ser iniciado rapidamente para que possa ser eficaz. Sendo uma exceção típica dos doentes inconscientes, logo que seja possível, deve o paciente ser informado das intervenções realizadas e obtido o seu consentimento para posteriores tratamentos.

⁶⁸ Artigo 8º (“Situações de urgência”) da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina.

É interessante notar que a Lei n.º 25/2012 de 16 de julho determina que a exceção da situação de urgência se pode sobrepor às diretivas antecipadas de vontade. O seu artigo 5.º alínea b), que dispõe sobre os limites das declarações antecipadas de vontade, refere que são juridicamente inexistentes as diretivas antecipadas de vontade “cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável”. A equipa médica responsável não tem o dever de seguir o conteúdo da diretiva do paciente em casos de urgência ou perigo imediato se o acesso às mesmas significar uma demora que agrave os riscos para a saúde ou vida do paciente, segundo o artigo 6.º n.º4 da lei referida.

A jurisprudência apresenta múltiplos casos que versam sobre o conflito entre a urgência do tratamento e a vontade do paciente em que juízes autorizaram os médicos a imporem tratamentos contra a sua vontade. Evidenciando a delicadeza dos casos e a futilidade de algumas decisões, uns desobedeceram às ordens do Tribunal e foram salvos com terapias alternativas, outros foram transfundidos à força e acabaram por morrer, sofrer complicações clínicas ou ficar afetados psicologicamente⁶⁹.

VII. IV. Intervenções Expandidas

Esta exceção decorre da alínea b) do artigo 156.º n.º 2 do Código Penal e refere-se aos casos em que, ao contrário do que sucede com a alínea a) do mesmo artigo, houve efetivamente um prévio consentimento por parte do paciente mas este revelou-se ser insuficiente face ao que o médico entendeu ser necessário realizar perante as circunstâncias da concreta intervenção. São casos frequentes no âmbito das cirurgias, em que muitas vezes só após iniciada a intervenção e estando já o paciente anestesiado é que o médico se apercebe que é necessário realizar determinados atos médicos nos quais o paciente não consentiu previamente⁷⁰. Apesar desta exceção não exigir que a intervenção vise evitar um perigo grave ou iminente, exige-se que seja adequada a evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. Segundo André Dias Pereira, quando a continuação da operação seja tão prejudicial quanto a sua repetição a operação deve ser interrompida⁷¹, privilegiando-se a possibilidade de escolha do paciente.

⁶⁹ GARAY, Oscar Ernesto apud ALMEIDA, Jorge, *Temas sobre Tutela de Urgência*, coordenação de Jorge Luiz de Almeida, Coleção Jurídica - UNIP, p. 163.

⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 384.

⁷¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2015, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, p. 521.

Tanto a alínea a) como a alínea b) do artigo 156.º n.º 2 do Código Penal, ao disporem sobre as situações de consentimento presumido do paciente, encontram a sua admissibilidade limitada pela vontade hipotética do paciente, pelo disposto na sua parte final do artigo. Em casos de dúvida sobre a sua vontade, deve decidir-se a favor da atuação do médico (intencionalidade *in dubio pro vita* ou *pro salute*)⁷², revelando-se a importância do médico conhecer o sistema de valores do paciente para que possa formular um juízo adequado à sua vontade e a respeite mesmo que implique um desfecho fatal. Augusto da Silva Dias defende que o cumprimento de um dever jurídico não pode comportar uma lesão da autonomia ética do paciente, acrescentando que “de outro modo, conceder-se ia ao médico o poder de decidir sobre interesses alheios, o que representava um «desprezo olímpico» pela autonomia de decisão do indivíduo, mais ajustado ao perfil de uma sociedade totalitária do que de outra respeitadora das liberdades e dos direitos das minorias”⁷³.

VII. V. A renúncia e a prescindibilidade de ser informado

O direito a não saber traduz-se na possibilidade do paciente renunciar ao seu direito a ser esclarecido como pressuposto do seu direito ao consentimento livre e esclarecido, mas permanecendo em seu poder a decisão final sobre o que deve ser feito. Encontra-se consagrado no artigo 10.º n.º 2 da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina e no artigo 50.º n.º3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, derivado do princípio da autonomia da pessoa humana do direito à reserva da vida privada, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à integridade e autodeterminação, refletindo a disponibilidade do direito a ser informado.

O paciente deve fazê-lo expressamente nos casos em que não se trate de intervenções ou tratamentos rotineiros. Exige-se que a renúncia seja clara e inequívoca⁷⁴, pois não deve o médico retirar de uma simples ausência de perguntas a conclusão de que o paciente deseja não receber mais informações. Importa, ressaltar que nestes casos o dever de obter o

⁷² RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, p. 172.

⁷³ DIAS, Augusto da Silva, 1986, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, ALMEDINA, p. 131.

⁷⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2004, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico 9, Coimbra, p. 516.

consentimento do paciente mantém-se, sendo apenas limitado ou extinguido o dever de esclarecimento precedente⁷⁵.

Todavia, este direito a renunciar pode conter restrições justificadas pelo interesse do próprio paciente que se considerem indispensáveis de comunicar (como é o caso das medidas preventivas cuja comunicação é necessária perante a descoberta de uma predisposição do paciente para uma doença grave), conforme o artigo 10.º n.º 3 e artigo 26.º ambos da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina.

VII. VI. Internamento compulsivo em caso de anomalia psíquica

Quando o paciente seja incapaz de prestar o seu consentimento por razões de doença ou deficiência mental, determina o artigo 6.º n.º 4 da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina que não se podem realizar intervenções ou tratamentos médicos sem a prévia autorização informada do seu representante, autoridade ou pessoa designada por lei, dada em benefício direto da pessoa sobre a qual irá incidir. O artigo 7.º estabelece a regra segundo a qual a pessoa que sofra de perturbação mental não pode ser forçada a tratamento para essa mesma perturbação, salvo os casos em que a mesma ponha seriamente em risco a saúde do paciente ou de terceiros. Mesmo os tratamentos realizados nestas circunstâncias devem respeitar a individualidade e autonomia do paciente, bem como sujeitarem-se ao princípio da não discriminação negativa dos doentes⁷⁶.

O “internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”⁷⁷ deve obedecer ao princípio do respeito pelo conteúdo essencial da liberdade e ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, enquanto restrição de direitos, liberdades e garantias consagradas pelo artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, com o objetivo de acabar com o internamento compulsivo sem base jurídica. Também o princípio geral de política de saúde mental impõe que os cuidados de saúde mental devem ser o menos restritivos possível das liberdades do paciente. Sendo necessário o respeito por todos estes princípios para justificar a restrição do direito à liberdade.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 285.

⁷⁶ Base 13 (“Saúde Mental”) da Lei de Bases da Saúde.

⁷⁷ Artigo 27.º n.º 3 alínea h) (“Direito à Liberdade e à Segurança”) da Constituição da República Portuguesa.

Posto isto, apenas pode ser determinado o internamento compulsivo quando seja a única forma de garantir a submissão a tratamento, este deve ser proporcional ao grau de perigo e ao bem jurídico tutelado, limitando-se ao estreitamento necessário. O internamento pode, no entanto, ser voluntário desde que o doente tenha mais de 14 anos e possua o discernimento necessário para requerer o internamento, caso contrário será requerido pelo seu representante.

Mesmo dispensando-se o consentimento, o paciente goza de determinados direitos processuais durante o internamento, nomeadamente de ser informado e de ser ouvido pelo juiz, nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 36/98 de 24 de julho, a Lei da Saúde Mental. Segundo o artigo 17.º n.º5 da Lei da Saúde Mental, o internamento depende de decisão médica e judicial conjuntamente, não podendo existir sem a prévia avaliação psiquiátrica com parecer vinculativo do médico, onde não cabe ao juiz a livre apreciação mas apenas a verificação dos pressupostos legais. A autonomia e autodeterminação do paciente encontra-se protegida através dos direitos e deveres que lhe são atribuídos pelo artigo 11.º do referido diploma, em especial o direito a ser esclarecido, bem como através da realização de uma sessão conjunta pelo juiz na qual os familiares e os médicos são ouvidos em audiência onde também o Ministério Público e o advogado do paciente emitem parecer, após o relatório da avaliação clínico-psiquiátrica com o objetivo de decidir sobre o internamento⁷⁸.

VIII. Contributo da jurisprudência

Já desde o Acórdão de 18.03.2010 (Relator: Pires Rosa) que o Supremo Tribunal de Justiça reconhece que a violação do dever de informar conduz a um consentimento inválido, e por isso as lesões causadas à integridade físico-psíquica e à liberdade são ilícitas. O desenvolvimento da jurisprudência deixou claro que o consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica e tem de ser livre e esclarecido para gozar de eficácia⁷⁹, mas se assiste ao surgimento de algumas discussões em particular.

⁷⁸ Artigos 18.º a 21.º da Lei n.º 36/98 de 24 de julho, Lei da Saúde Mental.

⁷⁹ Acórdão do STJ de 02.06.2015 proc. n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, relatora Desembargadora Maria Clara Sottomayor.

VIII. I. Formulário de consentimento

No Acórdão do STJ de 09.10.2014 (Relator: João Bernardo) concluiu-se que um documento assinado pelo médico e pelo paciente onde se leia que os riscos e complicações de uma cirurgia foram explicados ao paciente “(...) não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e bem assim dos riscos concretamente indicados, pelo que é manifestamente insuficiente”⁸⁰. O médico não deve considerar o seu dever por cumprido só com a assinatura de um documento, deve informar oralmente e registar por escrito no devido formulário obrigatório.

Porém, fica a questão de saber se é possível considerar excluída a responsabilidade do médico por se encontrar no formulário uma cláusula onde se leia “O doente não deve hesitar em solicitar mais informações se não estiver completamente esclarecido” e “Verifico que todas as informações estão corretas”. O Acórdão mencionado *supra*, apesar de defender que não se cumpriu o dever de esclarecimento, entende que uma cláusula deste género é suficiente para excluir a responsabilidade civil do médico, pois a sua concordância por parte do doente significa que “este abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados”. Ora tratando-se de um documento assinado pelo paciente onde se encontram expressões no sentido que consta da cláusula referida, não podemos deixar de concordar que se exclua a responsabilidade do médico. Através de expressões deste teor, tanto a instituição hospitalar como o médico colocam ao alcance do paciente a possibilidade para concretizar todos os esclarecimentos que deseje. Se ele, por livre vontade, se limita a assinar o documento sem o analisar, será correto considerar que abdicou do seu direito disponível de ser esclarecido.

Contudo, mesmo concordando com esta posição, pensamos que merece as suas ressalvas. O objetivo continua a ser a preservação da saúde do doente e o respeito pela sua autodeterminação, devendo prevalecer o seu superior interesse. Entender que basta a assinatura de um documento com o conteúdo *supra*, abre portas à desresponsabilização médica através do conhecido costume social de “assinar sem ler” que pode ter por base um excesso de confiança em quem o redigiu, falta de cuidado de uma pessoa que se encontra emocionalmente perturbada pela sua efemeridade, ou até mesmo ingenuidade. Se podemos concordar que tais expressões são suficiente para delas se retirar uma renúncia ao direito a ser mais esclarecido, também os ditames da boa-fé não podem deixar de se considerar, nomeadamente não pode entender-se estar de acordo com a boa-fé contratual que o médico

⁸⁰ Acórdão do STJ de 09.10.2014 proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, relator Desembargador João Bernardo.

deliberadamente omita informações que sabe serem prováveis de alterar a decisão do doente enquanto se refugia em cláusulas com este conteúdo.

No Direito Penal que aqui abordamos também é permitido ao paciente a renúncia do direito a ser esclarecido, mas importa distinguir se estamos realmente perante uma renúncia a receber mais informações ou antes perante um consentimento em branco baseado numa grande confiança. Em ambos os casos o paciente não quer conhecer nem decidir sobre as circunstâncias do seu diagnóstico ou tratamento, mas com o consentimento em branco continua a cair sobre o médico um dever de cuidado especial de confirmar a vontade do paciente. O médico que veja o seu paciente assinar tal documento estando consciente que não cumpriu integralmente o seu dever de esclarecimento, não pode considerar-se livre de responsabilidade só porque o paciente “concordou” em “não hesitar em solicitar mais informações se não estiver completamente esclarecido”, nem pode considerar-se estar a agir com respeito ao direito de autodeterminação do doente. Antes pelo contrário, poderá enquadrar-se na negligência grosseira por uma representação falsa dos pressupostos do consentimento, referida no artigo 156.º n.º 3 do Código Penal.

VIII. II. Os riscos graves de verificação excecional e o agravamento

Relativamente à questão dos riscos graves mas de verificação excecional ou muito rara, o *supra* referido Acórdão do STJ afirma que não se exige uma referência à situação médica em detalhe, aplicando o critério de estender o dever de informação aos riscos “que são normais e previsíveis, designadamente por reporte a um conceito referencial de riscos significativos”⁸¹. Sobre este ponto, André Gonçalo Dias Pereira entende que a chave para responder a esta questão reside na distinção entre intervenções voluntárias (como as intervenções de natureza estética) e as intervenções médicas terapêuticas, sendo nas primeiras que se exige uma informação mais detalhada ou exaustiva⁸². Neste sentido pronunciou-se o Acórdão do STJ de 16.06.2015 (Relator: Mário Mendes) ao afirmar que “os riscos a informar devem ser os riscos tidos como previsíveis e sérios, admitindo ainda que em intervenções de

⁸¹ Acórdão do STJ de 09.10.2014 proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, relator Desembargador João Bernardo.

⁸² PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência recente*, apud LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias, BARBOSA, Carla, 2016, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, VOLUME 3 Segurança do Paciente e Consentimento Informado*, Almedina, p. 165.

particular grau de risco se comuniquem ao paciente os riscos graves dessa mesma intervenção ainda que de ocorrência excepcional”⁸³.

Este Acórdão de 16.06.2015 levanta a questão de se haverá uma violação do dever de esclarecimento quando o médico não alerta o paciente para o risco da intervenção não produzir quaisquer efeitos benéficos ou mesmo de ocorrer um agravamento da sua situação em consequência da intervenção. O Acórdão faz referência a uma decisão (*arrêt*) da *Cour de Cassation* francesa de 21 de fevereiro de 1961 onde se estabelece que o padrão para o conteúdo do dever de esclarecimento é “uma informação simples, aproximativa, inteligível e leal por forma a permitir ao doente uma tomada de decisão que ele considere como aquela que as circunstâncias impõem”⁸⁴. Apontam-se como elementos fundamentais as vantagens do tratamento ou intervenção (ainda que prováveis) e os respectivos riscos (igualmente prováveis) para que a transmissão da informação siga um padrão de ética e lealdade.

Quando o conhecimento sobre os riscos (mesmo que excepcionais) possa, com um certo grau de probabilidade, alterar a decisão do paciente quanto a consentir na intervenção e havendo hipóteses do tratamento lhe causar mais prejuízo e sofrimento do que a efemeridade que seria tratada, é da nossa opinião que estes devem ser informados ao paciente. Diferentemente do que foi defendido no mencionado Acórdão, não entendemos haver uma deslocação do núcleo do dever de informação por incluir a transmissão dos riscos de não verificação do resultado normalmente previsível além da transmissão dos riscos normais, razoavelmente previsíveis ou significativos. A margem de insucesso pela não verificação de um resultado normal não deixa de ser um risco, nem exclui a sua gravidade ou hipotética relevância para o paciente. Quem consente numa cirurgia para tratar miopia certamente quereria antes saber que existe risco de cegueira, o paciente que consente numa cirurgia para tratar uma lesão num dedo certamente quereria antes saber que existe risco de perder a mobilidade na mão toda. Mesmo sendo hipóteses raras, e mesmo que aquela intervenção seja o único meio adequado disponível no momento para corrigir a lesão, a consciência do risco de piorar poderá ser indispensável à tomada de uma decisão validamente informada.

VIII. III. O consentimento presumido nas cirurgias estéticas

⁸³ Acórdão do STJ de 16.06.2015 proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, relator Desembargador Mário Mendes.

⁸⁴ *Ibidem*.

O Acórdão do STJ de 02.06.2015 (Relatora: Maria Clara Sottomayor) aborda o assunto do consentimento presumido a propósito de um caso de cirurgia estética reconstrutiva onde a paciente foi informada sobre determinado plano cirúrgico estético no qual consentiu, durante a cirurgia o médico decidiu alterar esse plano e também realizar outro procedimento estético sobre o qual a paciente não foi sequer alertada, não prestando assim o seu consentimento para quaisquer alterações ao plano cirúrgico inicial.

As cirurgias estéticas ou reconstrutivas destinam-se a corrigir um determinado defeito físico e a melhorar a aparência ou a imagem de uma pessoa. Apesar do dever do médico geralmente não constituir uma obrigação de obter determinada “cura”, estes casos particulares comportam obrigações de quase resultado e exigem um dever de esclarecimento mais detalhado e rigoroso aos médicos pelo facto de serem intervenções que não são necessárias do ponto de vista da saúde. O simples facto de certo procedimento estético ser medicamente indicado não é suficiente para determinar a licitude do ato quando o paciente não tenha consentido ou sequer sido esclarecido, nomeadamente porque tal não se enquadraria na exceção do artigo 156.º n.º 2 alínea b) do Código Penal.

Mais uma vez, a mera assinatura de um documento não se pode considerar suficiente para legitimar qualquer procedimento distinto do plano cirúrgico inicialmente consentido e que não seja de carácter urgente e imprescindível para proteger a vida ou saúde do paciente, perante as circunstâncias perigosas e imprevisíveis supervenientes à operação⁸⁵, especialmente num contexto de intervenção voluntária. Também não é possível inferir um consentimento presumido para realizar uma intervenção que é distinta da que foi consentida quando se trate apenas da sua realização ser adequada e oportuna, não havendo qualquer esclarecimento prévio ou comportamento do paciente do qual se pudesse deduzir que presumivelmente consentiria. Segundo o artigo 156.º n.º 2 alínea b) do Código Penal, não se verificam os pressupostos do consentimento presumido desde logo porque este se destina a fazer face a situações em que ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos no decurso de uma operação e que é preciso resolver de imediato, enquanto o paciente se encontra num estado de inconsciência e incapacidade de prestar consentimento. A lei não exige a gravidade e iminência do perigo, porém, exige que o alargamento da intervenção vise evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde, impondo que se dê prioridade à possibilidade de escolha do paciente face à incomodidade de repetir a intervenção. Não pode um médico alegar que a autorização resulta tacitamente da relação de

⁸⁵ Artigo 156.º n.º 2 do Código Penal.

confiança médico-paciente pois esta não lhe atribui o poder de agir sem o seu consentimento esclarecido, nem pode escudar-se na necessidade da operação para proteger a saúde do paciente quando se trate de uma operação estética⁸⁶.

VIII. IV. O consentimento hipotético

O instituto do consentimento hipotético surgiu a propósito do Acórdão do STJ de 18.03.2010 (Relator: Pires da Rosa)⁸⁷. Contextualizando, a paciente tinha miopia e fez uma cirurgia a laser para a curar mas acabou por ficar cega, alegou então violação do dever de esclarecimento pois nunca foi informada sobre o risco de cegueira. O Tribunal da Relação considerou que a necessidade da operação justificava que nem todos os riscos fossem informados, o STJ afirmou que não havia provas de que a paciente teria rejeitado a operação se soubesse mais informação sobre os riscos e por isso não considerou relevante não ter sido informada.

Defendeu-se no Acórdão que quando alguém escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada para se tratar está desde logo a demonstrar confiança nos mesmos e a expressar a sua liberdade de escolha. Daqui se concluiria existir uma aceitação tácita da orientação médica, exigindo assim menos informação por parte do médico pelo crédito de confiança que baseou a escolha do paciente. Nestes casos permitir-se-ia exigir do médico uma “informação menos informada” dado que o paciente se predispõe a aceitar as indicações médicas que recebe, pois seria “impensável aceitar a hipótese de não consentir do caminho terapêutico seguido”⁸⁸. O consentimento hipotético parece defender que o paciente já aceita o tratamento *a priori* apenas pelo ato de escolher o seu médico ou clínica privada, justificando assim a sua desresponsabilização.

A nosso ver, somente em casos especiais tal poderá considerar-se suficiente. Frequentemente os pacientes escolhem os seus médicos e clínicas com base na reputação do médico ou por recomendação de terceiros, não vemos como isso pode justificar um dever de informação mais supérfluo ou um consentimento tácito. O que importa para um consentimento válido é que o paciente se considere esclarecido sobre o procedimento que se irá realizar, não tanto sobre as qualidades profissionais do médico. Uma boa reputação médica

⁸⁶ Acórdão do STJ de 02.06.2015 proc. n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, relatora Desembargadora Maria Clara Sottomayor.

⁸⁷ Acórdão do STJ de 18.03.2010 proc. n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1, relator Desembargador Pires da Rosa.

⁸⁸ *Ibidem*.

apenas indica ao paciente que pode confiar numa baixa probabilidade de sofrer um caso de negligência médica com violação da *legis artis*. Normalmente será esta a razão da escolha do paciente, uma lógica de segurança que melhor se enquadraria na análise da negligência médica, e não uma lógica de autonomia enquadrada nas intervenções arbitrárias.

O instituto do consentimento hipotético tem origem na jurisprudência e doutrina alemã⁸⁹, onde apresenta os seguintes requisitos: fornecimento mínimo de informação ao paciente; presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; que a intervenção seja medicamente indicada, conduza a uma melhoria da saúde e vise afastar um perigo grave; e que a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável. Segundo André Gonçalo Dias Pereira⁹⁰, a aplicação do instituto não será possível se houver conflito de decisão do paciente e culpa grave do médico, negligência ou omissão culposa no dever de informar. Defende também que não cabe ao paciente o ónus da prova de que a sua decisão diferiria se tivesse sido informado, cabe sim ao médico provar o facto impeditivo do direito do paciente: a existência de consentimento hipotético. Aponta que o consentimento hipotético se encontra sujeito aos seguintes limites: não deve ser admitido em casos de violações graves dos deveres de conduta; em casos de violação de formalidades essenciais; ou em casos de omissão de informações fundamentais para a autodeterminação do doente. *A contrario*, violações leves do dever de esclarecimento permitiriam o aproveitamento deste instituto, tais como a omissão de formalidades secundárias ou informações não essenciais.

O consentimento hipotético pode parecer encontrar a sua porta de entrada no Direito Penal através do consentimento presumido do artigo 39.º n.º 2 do Código Penal, pela ideia de ser válido outra categoria de consentimento além do que é obtido direta e totalmente da consulta da vontade do paciente esclarecido. Porém, Costa Andrade⁹¹ afirma que “o consentimento hipotético tem lugar em situações em que é possível obter o consentimento efetivo”. Também na jurisprudência e na doutrina alemã⁹² se tem vindo a considerar o consentimento hipotético como inadequado para subverter a causalidade e a imputação objetiva do crime de intervenções e tratamentos arbitrários, visto não ser suficiente o

⁸⁹ Cfr. Acórdão do STJ de 02.06.2015 proc. n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, relatora Desembargadora Maria Clara Sottomayor.

⁹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência recente*, apud LOUREIRO, João, PEREIRA, André Dias, BARBOSA, Carla (2016) *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, VOLUME 3 Segurança do Paciente e Consentimento Informado*, Almedina, p. 170.

⁹¹ ANDRADE, Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, tomo I, Coimbra Editora, p. 389.

⁹² Cfr. Andreas Albrecht e Detlev Sternberg-Lieben no comentário ao §223 do S/S-Komentar, 28ª edição.

preenchimento do tipo de ofensas à integridade física, próprio do sistema alemão mas diferente do sistema português. No entanto, no sistema alemão defende-se também que, caso se prove que o consentimento teria sido dado se o devido esclarecimento tivesse sido prestado ao paciente, poder-se-ia invocar o comportamento lícito alternativo. Todavia, como enfatiza Wolfgang Mitsch⁹³, “com o reconhecimento do consentimento hipotético enquanto causa de exclusão da imputação, o médico que dolosamente deixasse de esclarecer o paciente antes de o operar ficaria em posição de ver completamente afastada a sua responsabilidade - e com isso desligava-se o direito penal da suficiente proteção dada ao doente por via de uma decisão arbitrária do próprio médico”.

IX. Conclusão

A criminalização dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias como tutela da autodeterminação e reconhecimento do valor da liberdade pessoal de um paciente para decidir sobre si mesmo, através da prestação do seu consentimento livre e esclarecido, é um marco crucial na ordem jurídica e no caminho da proteção dos direitos fundamentais num Estado democrático. Todavia, pressupõe-se um exercício livre e pró-ativo dos direitos por parte dos cidadãos através de participação que deve ser consciente e informada. Tal deixa de ser possível quando essa informação é filtrada numa tentativa de monopolizar o tratamento como se tratasse da exclusiva decisão do médico, violando o princípio da pluralidade e da relatividade do conhecimento, do dever de informação médica e da própria dignidade do paciente ao limitar o seu direito à autodeterminação.

Qualquer tratamento médico tem como objetivo a proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, porém, não pode ser alheio à afetação de outros bens jurídicos que para o paciente podem ser tão ou mais importantes. Os médicos não se deparam apenas com quadros clínicos no seu dia a dia, confrontam-se com princípios, valores morais e dificuldades próprias de cada paciente, obrigando-os a tomar uma decisão ética e moralmente justa além de medicamente correta. O conhecimento e exercício da medicina não se pode desprender do princípio da autonomia de cada paciente, da sua vontade e livre exercício do seu direito à escolha.

⁹³ Cfr. GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição, p. 686.

Numa perspetiva sociocultural, o consentimento esclarecido não parece ser uma realidade concreta, tal deve-se ao peso desajustado da tradição médica junto com a desumanização das estruturas de prestação de cuidados de saúde, além das barreiras sócio-económicas. Num clima em que o doente é visto mais como um número administrativo do que como uma pessoa humana, o consentimento tende a ser encarado como uma perda de tempo, uma burocracia que “tem de ser”. Contudo, a verdade é que, sem uma relação com o paciente, o consentimento será apenas um “papel assinado” que não tem essência ou valor jurídico nem expressa nenhuma liberdade de decisão. A educação clássica dos médicos instruiu que o consentimento é uma limitação à sua liberdade de agir perante um perigo que eles têm de combater, nem que um dos obstáculos a ultrapassar seja o próprio doente. Por outro lado, a industrialização moderna dos cuidados de saúde trouxe um maior controlo sobre a atividade médica, o que dificulta o consentimento informado enquanto demonstração de uma relação médico-paciente que preza a liberdade e autonomia da pessoa. Apesar de ser complexo o balanço entre os interesses e direitos em questão, o que se exige não é mais do que moralidade comum e respeito.

A procura do médico como elemento tranquilizador, o baixo nível cultural dos doentes (principalmente dos mais idosos), os sentimentos de “doutorismo” ou distanciação por parte de alguns médicos, a ideia anteriormente enraizada de que o doente fragilizado não está interessado em ter de suportar o peso de saber mais sobre a sua efemeridade, e a tradição de pouca atenção ou sucesso na envolvência jurídica dos atos médicos (além dos casos mais chocantes); mostram que em Portugal o esclarecimento médico está ainda numa fase embrionária. A sua prática é ainda insuficiente e, muitas vezes, é apenas feita para defesa da instituição e dos médicos e não como aquilo que deveria ser: um instrumento de diálogo e uma parte essencial da boa prática médica.

No fundo, com a criminalização dos tratamentos e intervenções médicas arbitrárias, tudo mudou na lei, ainda se espera que mude na prática.

X. Bibliografia

AFONSO, Pedro e CABRAL, Miguel, 2019, *Reflexões sobre Ética Médica*, PRINCÍPIA.

ALMEIDA, Jorge, 2002, *Temas sobre Tutela de Urgência*, coordenação de Jorge Luiz de Almeida, Coleção Jurídica - UNIP.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2010, *Comentário do Código Penal*, 2ª edição, Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa, 1991, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Coimbra Editora.

BOLÉO-TOMÉ, J., 2000, “Juramentos Médicos e Noção de Dignidade Humana”, in *Acta Médica Portuguesa*, n.º13, 2000, p. 129-142.

CRESPI, Alberto, 1955, *La Responsabilità Penale del Trattamento Médico-Chirurgico con Esito Infausto*, G. Priulla Editore, Palermo, Itália.

DIAS, Augusto da Silva, 1986, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, ALMEDINA.

DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019, *Direito Penal Parte Geral*, tomo I, 3ª edição, Coimbra Editora.

ESTORNINHO, Maria João / MACIEIRINHA, Tiago, 2014, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora.

GARCIA, M. Miguez / RIO, J. M. Castela, 2015, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, ALMEDINA, 2ª edição.

LOUREIRO, João / PEREIRA, André Dias / BARBOSA, Carla, 2016, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, VOLUME 3 Segurança do Paciente e Consentimento Informado*, ALMEDINA.

MATOS, Mafalda Francisco, 2013, *O Problema da (Ir)Relevância do Consentimento dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos (Uma Perspetiva Jurídico-Penal)*, Coimbra Editora.

MELO, Helena Pereira de, 2020, *O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português*, Almedina.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, 1995-1996, «O Fim da “Arte Silenciosa” (O dever de informação dos médicos)», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128º, nº 3852, p. 70-71; nº 3853, p. 101-104.

OLIVEIRA, Guilherme de, 2005, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª edição, Coimbra Editora.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2004, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico 9, Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2008, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, artigo cfr. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2015, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 1.ª Edição, Coimbra Editora.

PINNA, Andrea, 2004, *Le nouveau droit français de l'obligation d'information sur les risques médicaux*, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde.

RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina.

RAPOSO, Vera Lúcia, 2013, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português* in Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 26.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, 2007, *Responsabilidade Médica em Direito Penal Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina.

RODRIGUES, João Vaz, 2001, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora.

XI. Jurisprudência

Acórdão do STJ de 18.03.2010 (Pires da Rosa), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)

Acórdão do STJ de 09.10.2014 (João Bernardo), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)

Acórdão do STJ de 02.06.2015 (Maria Clara Sottomayor), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)

Acórdão do STJ de 16.06.2015 (Mário Mendes), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)

Acórdão do TRL de 30.01.2017 (José Adriano), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)

Acórdão do TRL de 14.09.2021 (Carlos Oliveira), in [IGFEJ - Bases Jurídico-Documentais \(dgsi.pt\)](#)