



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO MÉDICO PELA
REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS
MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS**

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do
título de doutor em Ciências Jurídico-Criminais

Luís Fernando Barateiro Afonso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Janeiro 2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO MÉDICO PELA
REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS
MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS**

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do
título de doutor em Ciências Jurídico-Criminais

Luís Fernando Barateiro Afonso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Janeiro 2020

EPIGRAFE

“Entre o que nos une e o que nos separa, entre a unidade e a diversidade, não pode haver dogmas que excluam e isolam, mas compreensão pelas interacções variáveis de pessoa para pessoa.”

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Dedicatória

À minha mulher e aos meus filhos.

Agradecimentos

O meu agradecimento a todos aqueles que, de múltiplas formas, tornaram possível a elaboração deste trabalho.

Agradeço, em especial, à Professora Doutora Conceição Cunha, pelo seu cuidado, disponibilidade, sugestões e valiosos contributos na orientação da presente tese.

A responsabilidade criminal do médico pela realização de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*¹²

Nota prévia – problema central da dissertação:

O art.º 156.º do CP prevê e pune a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, enquanto o art. 157º do CP elenca os tópicos sobre os quais o esclarecimento deverá incidir para que o consentimento prestado seja válido. A *ratio* destas normas consiste na tutela do bem jurídico autodeterminação do paciente.

Na presente dissertação, para além do tratamento de outros problemas conexos, equaciona-se a questão central de saber se o médico que preste os esclarecimentos devidos, em face da situação clínica e do paciente “médio”, deverá, ainda, assegurar-se de que o paciente concreto compreendeu as explicações prestadas e se encontra devidamente esclarecido para exercer o seu direito de autodeterminação - a liberdade de decidir ser ou não submetido à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que lhe foi explicado e é proposto pelo médico.

Importa, essencialmente, discutir em que medida é que a falta do devido esclarecimento e/ou a falta de verificação de que o paciente compreendeu (ou não) as explicações dadas e se encontra, ou não, devidamente esclarecido, poderá integrar o conceito de negligência grosseira exigido pelo tipo legal negligente.

Mostra-se, ainda, necessário abordar a questão do ónus da prova relativamente ao

¹Quando nos referimos ao médico, enquanto responsável pelas intervenções e tratamentos previstos nos art.ºs 150.º e 156.º do CP, queremos referir-nos, também, às outras pessoas legalmente autorizadas para o efeito, a que se alude no primeiro dos citados preceitos legais.

² As traduções das citações de trabalhos em língua estrangeira referidas ao longo da tese são da minha autoria.

cumprimento do dever de esclarecimento, considerando que nos encontramos no domínio do direito penal.

Lista das principais siglas e abreviaturas utilizadas:

Ac. – Acórdão.

BGH – Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Alemão).

CD - Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

CDB – Centro de Direito Biomédico.

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

CDHBio – Convenção sobre os Direitos do Humanos e da Biomedicina.

CEPMPL – Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

CJ – Colectânea de Jurisprudência.

CP – Código Penal.

CPP - Código de Processo Penal.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DAV - Diretivas antecipadas de vontade.

DR – Diário da República.

FDUC-CDB, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico.

MP – Ministério Público.

RENTEV - Registo Nacional do Testamento Vital.

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal.

SNS – Serviço Nacional de Saúde.

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

RESUMO:

A presente tese tem por objeto a questão da responsabilidade criminal do médico, decorrente do não cumprimento do dever de esclarecer o paciente, por forma a tornar eficaz o consentimento para a prática de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos.

Sabendo-se que a violação do dever de esclarecer o paciente pode verificar-se quer na atuação dolosa, quer na atuação negligente, embora neste caso apenas quando a negligência seja grosseira, pretende-se demonstrar que o erro do médico sobre a factualidade típica - desconhecimento de que o paciente não se encontra devidamente esclarecido - excluindo o dolo, permite o preenchimento do tipo negligente, desde que ocorra uma relação causal entre a acção e o resultado, resultado (o não esclarecimento) que pode decorrer da não prestação dos necessários esclarecimentos e, ou, da não verificação de que o paciente não se encontra devidamente esclarecido.

A negligência grosseira, de acordo com a doutrina do "duplo escalão", exige, ao nível do tipo de ilícito, que estejamos diante de uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável, ao nível de tipo de culpa, de estar configurado que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade, ou de descuido, perante o comando jurídico penal.

Procurou-se comprovar que, mesmo prestando os esclarecimentos necessários ao esclarecimento de um paciente normal, sendo cognoscível e previsível que o paciente concreto não se encontra devidamente esclarecido, o médico que omite a verificação do devido esclarecimento desse paciente, pratica uma ação negligente, particularmente intensa, quer ao nível do tipo de ilícito quer do tipo de culpa, devendo ser considerada como praticada com negligência grosseira.

Defendemos que, no domínio do direito penal em que se integra a apreciação das condutas previstas no referido tipo legal, vigora o princípio processual da *presunção de inocência*, o que implica que sobre o médico não recaia qualquer ónus da prova.

Deparámo-nos com a dificuldade decorrente da ausência de decisões judiciais relativas ao tipo de crime previsto no artº 156º do CP.

Palavras-Chave:

Consentimento . Esclarecimento . Médico . Paciente . Dignidade . Liberdade

RÉSUMÉ:

Cette thèse a pour objet la question de la responsabilité pénale du médecin, résultant du manquement à l'obligation de clarifier le patient, afin de rendre effectif le consentement à la pratique d'interventions ou de traitements médico-chirurgicaux.

Sachant que la violation de l'obligation de clarifier le patient peut être vérifiée soit par une exécution volontaire ou par négligence, bien que dans ce cas uniquement lorsque la négligence est grave, elle vise à démontrer que l'erreur du médecin sur la factualité typique - l'ignorance que le patient n'est pas correctement informé - à l'exclusion de la tromperie, permet de combler le type négligent, à condition qu'il existe une relation de cause à effet entre l'action et le résultat, résultat (la non-clarification) qui peut résulter de l'omission de fournir les clarifications nécessaires et, ou, l'omission de vérifier que le patient n'est pas correctement informé.

La négligence grave, selon la doctrine du "double-pas", exige, au niveau du type d'acte répréhensible, que nous soyons confrontés à une action particulièrement dangereuse et à un résultat de vérification très probable, au niveau du type de culpabilité, d'être configuré que l'agent, sans omettre la conduite, a révélé une attitude de légèreté ou de négligence particulièrement répréhensible devant le commandement judiciaire pénal.

Il a été tenté de prouver que, même en fournissant les clarifications nécessaires pour la clarification d'un patient normal, étant connu et prévisible que le patient concret n'est pas correctement clarifié, le médecin qui omet la vérification de la clarification due de ce patient, pratique une action négligente, en particulier intense, tant en ce qui concerne le type d'acte répréhensible que le type de faute, et doit être considéré comme commis avec négligence grave.

Nous soutenons que, dans le domaine du droit pénal, qui comprend l'appréciation du comportement prévu par ledit type juridique, le principe procédural de la présomption d'innocence est en vigueur, ce qui implique que la charge de la preuve n'incombe pas au médecin.

Nous sommes confrontés à la difficulté résultant de l'absence de décisions judiciaires

concernant le type de délit prévu à l'article 156 du CP.

Mots clés:

Consentement . Clarification . Docteur . Patient . Dignité. Liberté

ABSTRACT:

This thesis has as its object the question of the physician's criminal responsibility, arising from the non-fulfillment of the duty to clarify the patient, in order to make the consent for the practice of medical-surgical interventions or treatments effective.

Knowing that the breach of the duty to clarify the patient can be verified either in willful or negligent performance, although in this case only when the negligence is gross, it is intended to demonstrate that the doctor's error on typical factuality - ignorance that the patient is not properly informed - excluding deception, allows the negligent type to be filled, provided that there is a causal relationship between the action and the result, result (the non-clarification) that may result from the failure to provide the necessary clarifications and, or, the failure to verify that the patient is not properly informed.

Gross negligence, according to the "double-step" doctrine, requires, at the level of the type of wrongdoing, that we are facing a particularly dangerous action and a highly probable verification result, at the level of the type of guilt, of being configured that the agent, not omitting the conduct, revealed a particularly objectionable attitude of levity, or carelessness, before the criminal legal command.

It was tried to prove that, even providing the necessary clarifications for the clarification of a normal patient, being knowable and predictable that the concrete patient is not properly clarified, the doctor who omits the verification of the due clarification of that patient, practices a negligent action, particularly intense, both in terms of the type of wrongdoing and the type of fault, and should be considered as being done with gross negligence.

We argue that, in the field of criminal law, which includes the assessment of the conduct provided for in said legal type, the procedural principle of the presumption of innocence is in effect, which implies that the burden of proof does not fall on the doctor.

We are faced with the difficulty resulting from the absence of judicial decisions regarding the type of crime provided for in article 156 of the CP.

Keywords:

Consent . Clarification. Doctor . Patient . Dignity . Freedom

PARTE 1:

INTRODUÇÃO:

I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E DOENTE E A DOCTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.

A punição dos tratamentos arbitrários é uma aquisição relativamente recente.

No século XIX, não se reconhecia, como tal, o bem jurídico do direito do ser humano à livre autodeterminação sobre o seu corpo, o direito à livre decisão sobre a realização ou não de um tratamento.

Da mesma forma, não era reconhecida a dignidade penal da conduta (intervenção/tratamento), pelo menos enquanto não preenchesse o tipo legal da coação ou do sequestro e, mesmo nestes casos, o tratamento arbitrário era considerado legítimo se necessário para salvar a vida do paciente.

Ainda no início do século XX, Belling defendia que "não será ilícita a operação destinada a salvar a vida do paciente, mesmo que realizada contra a sua vontade expressa, quando sem ela a morte seria inevitável. Pois à luz do direito vigente, a vontade de morrer é irrelevante para outrem"³.

A sentença que historicamente consagrou o direito de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo por parte de um adulto consciente foi proferida pelo Juiz Benjamin Cardoso⁴, no ano de 1914, onde se afirma: "*Todo o ser humano, adulto e com entendimento são, tem o direito de determinar o que deverá ser feito com o seu próprio corpo*"⁵.

Esta decisão, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autónomo a quem se

³ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 596, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴ Benjamin Cardoso foi Professor da Yale Law School e Juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos entre 1932 e 1938. A sentença referida foi proferida no caso *Schloeendorff v. Society of New York Hospital*, no ano de 1914.

⁵ "*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*", (tradução livre).

reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões, terá sido o embrião da doutrina do consentimento informado⁶.

Nos Estados Unidos da América, atualmente, vem sendo entendido que *"Consentimento informado é um passo vital em qualquer projecto de investigação... Os eventos que conduziram e estão por detrás da implementação dos princípios do processo de consentimento informado, na investigação científica, são dos mais terríveis da história humana... As experiências levadas a cabo na Alemanha Nazi levaram à criação do Código de Nuremberga depois do termo da guerra. ... O código de Nuremberga (publicado em 1949) foi estabelecido com o propósito de ter uma norma pela qual fossem julgados os cientistas e físicos durante o julgamento de Nuremberga. Estabeleceu dez princípios básicos que deverão ser seguidos por todos, conduzindo as investigações com participantes humanos. O consentimento informado foi estabelecido como resultado desses princípios. ... A declaração de Helsinki (ratificada em 1964). Oferece, contudo, maior protecção aos participantes, estabelecendo a necessidade de uma "orientação independente", sobre o protocolo da experiência, de cientistas que não estão envolvidos no projecto de investigação"*,⁷.

Dois factos, já em pleno século XX, relevam para o reconhecimento e afirmação do bem jurídico **“autodeterminação dos doentes”**.

Por um lado, "as experiência totalitárias dos meados do século, que trouxeram com elas a ideia da "totale Inpfichtnahme" dos cidadãos e da redução da pessoa a uma mera função ao serviço dos interesses comunitários, e, por vias disso, a defesa de programas de tratamento coactivo". Disso "fez eco o Tribunal do Império ao admitir um dever de preservar a saúde e a vida de cada membro singular da comunidade". Contra tal entendimento, "em 1939, escreveu Engisch o primeiro estudo sistemático e dogmaticamente sustentado em defesa da liberdade individual-pessoal face ao tratamento médico (...). Por outro lado, os progressos das ciências

⁶Neste sentido, RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2001, p. 30, ISBN 972-32-1013-4.

⁷ESCOBEDO, Crisol, GUERRERO, Javier, LUJAN, Abril Ramirez, SERRANO, Diana, *Ethical Issues with Informed Consent* (University of Texas at el Paso), Fall 2007, <http://cstep.cs.utep.edu/research/Ezine-EthicalIssueswithInformedConsent.pdf>, consultado em 03/Dez/2016, "(...) informed consent is a vital step to any research project. (...) The events that led to the implementation of the principles behind the informed consent process in scientific research were some of the most terrible in human history. (...) the experiments conducted in Nazi Germany led to the creation of the Nuremberg Code after the war was over. (...) the Nuremberg Code (published in 1949) was established for the purpose of having a standard by which to judge the Nazi scientists and physicians during the Nuremberg Trials. It established ten basic principles that were to be followed by everyone conducting research with human participants. Informed consent was established as a result of these principles.(...) the Declaration of Helsinki (established in 1964). However, it offered more protection to participants by establishing the need for "independent guidance" about an experiment protocol from scientists who were not involved in the research project", (tradução livre).

médicas e das técnicas cirúrgicas que despertaram na consciência colectiva um sentimento de ambivalência – "de fascínio e inquietação" (Eser) – e puseram em evidência, também eles, o valor da liberdade (e da dignidade pessoal) face ao tratamento coercivo"⁸.

Em reacção às experiências levadas a cabo em seres humanos nos campos de concentração nazis, no decurso da II Guerra Mundial foi formulado, durante os julgamentos de Nuremberga (1947), um Código onde ficou consagrada expressa e claramente a doutrina do consentimento informado.

Tal situação criou as condições para "a incriminação dos tratamentos arbitrários como uma manifestação autónoma *da ilicitude penal*. E isto por se ter concluído pela impossibilidade de proteger a liberdade no contexto e nos limites das ofensas corporais"⁹.

Não podem, por isso, acompanhar-se quer os autores que entendem que o tratamento arbitrário só tem dignidade quando põe em causa a integridade física ou a saúde, quer os que defendem uma solução de dupla via, considerando que a incriminação das ofensas corporais protege, simultânea e cumulativamente, dois bens jurídico-penais distintos: a integridade física e a autodeterminação.

De facto, o tratamento sem consentimento eficaz é arbitrário independentemente de ter sido produzido qualquer dano ou ofensa corporal.

O que se pretende assegurar é a liberdade do paciente de dispor do corpo e da própria vida, de decidir livremente sobre a realização ou não de um tratamento e não a integridade física enquanto tal.

A generalidade dos países onde tem sido defendida "a doutrina da tutela penal autónoma da liberdade face ao tratamento médico"¹⁰ continua a não dispor da incriminação, prevalecendo o entendimento de que é possível continuar a proteger aquele bem jurídico através da incriminação das ofensas corporais, como sucede na Alemanha, ou através da coação, como sucede em Espanha.

Em Espanha, face ao vazio legislativo e à mesma compreensão quanto à dignidade penal dos tratamentos arbitrários, como sendo uma manifestação autónoma *da ilicitude penal*, (M. Conde e Jorge Barreiro) "propende-se a subsumir os tratamentos arbitrários na

⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 596, 597, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 597, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 597, ISBN 978-972-32-2061-2.

incriminação da coação"¹¹.

Apenas o Código Penal Austríaco contém, no seu § 110, incriminação homologa à do art.º 156.º do Código Penal Português.

Contudo, como em Portugal, também na Áustria, (Kienapfel) "desde a entrada em vigor do Código Penal, não foi publicada uma única decisão dos tribunais superiores sobre o § 110 (BT 232). Uma observação confirmada por Bruckmuller / Schumann (*Medizinstrafrecht* 2007 670) segundo os quais entre 1975 e 2005, não teve lugar um único julgamento por este crime"¹².

Em Portugal, a incriminação dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários foi introduzida pelo Código Penal de 1982¹³ (então o art.º 158.º), tendo o preceito sofrido alterações com a reforma de 1995¹⁴, entre as quais avulta, no atual art.º 156.º, a eliminação do anterior n.º 3.

A reforma de 1995 introduziu ainda alterações ao anterior art.º 159.º, então sob a epígrafe *requisitos do consentimento*, alterando a epígrafe para *dever de esclarecimento*, no atual art.º 157.º, e acrescentando aos itens sobre os quais deve incidir o esclarecimento, o *diagnóstico*.

O art.º 157.º do CP, para garantir essa liberdade e dignidade pessoal do paciente para o consentimento/acordo, relativamente à intervenção ou tratamento médico cirúrgico proposto, faz depender a eficácia desse acordo do devido esclarecimento do paciente.

Coloca-se assim a questão de saber se se exige do médico a obtenção de um determinado resultado – o devido esclarecimento do paciente - e, ainda, se está ou não o médico obrigado a verificar/confirmar se o paciente compreendeu as informações prestadas e se encontra devidamente esclarecido.

II. A DEFESA DA DIGNIDADE DOS DOENTES E O DIREITO À SUA

¹¹Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 597, 598 ISBN 978-972-32-2061-2.

¹²Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 595 ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 400/82 de 23 de Setembro.

¹⁴ Reforma introduzida pelo Decreto-lei 48/95, de 15 de Março.

AUTODETERMINAÇÃO.

A Constituição da República Portuguesa consagra, no seu art.º 1.º, o princípio da *dignidade da pessoa humana*.

A dignidade da pessoa humana "é a dignidade da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto"¹⁵.

Tem "um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo está na base da concretização do princípio antrópico ou personocêntrico inerente a muitos direitos fundamentais. Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades"¹⁶.

A República Portuguesa, baseada na dignidade da pessoa humana, "assume como deveres públicos a protecção de pessoas em situações propícias a graves atentados a essa dignidade"¹⁷.

A Constituição assegura, no seu título II, relativo aos direitos, liberdades e garantias, que a integridade moral e física das pessoas é inviolável, e que a todos são reconhecidos, designadamente, o direito ao desenvolvimento da personalidade, e que, a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica (art.ºs 25.º e 26.º).

O art.º 18.º, n.º 1, da CRP, relativo à força jurídica, prescreve que os referidos preceitos constitucionais, respeitantes aos direitos liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

O art.º 18.º, n.º 1, da CRP, é uma das normas constitucionais que "mais profundamente implica com os limites da relevância da Constituição, no contexto da ordem jurídica global"¹⁸.

Tal sucede porque esta norma faz aplicar diretamente nas relações entre particulares (e não apenas nas relações entre estes e o Estado) os preceitos relativos aos direitos liberdades e garantias e, assim, "este preceito transforma a Constituição em estatuto fundamental da ordem

¹⁵MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Universidade Católica Editores, 2.ª edição, 2017, p. 63, ISBN 9789725405413.

¹⁶CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p.s 198-199, ISBN 978-972-32-1462-8.

¹⁷CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p.s 199, ISBN 978-972-32-1462-8.

¹⁸CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, anotada*, 2007, p. 381, ISBN 978-972-32-1462-8.

jurídica geral, das relações sociais em geral e, não apenas na ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade"¹⁹.

Sucedem que os direitos fundamentais "não são apenas um "ás de trunfo" ou uma manifestação de desconfiança dos cidadãos em relação ao Estado, mas também em relação aos demais particulares e aos cada vez mais significativos poderes privados instituídos, sendo por isso mesmo, "a base e a fronteira da democracia"²⁰.

A Constituição estabelece, no art.º 16.º, que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

Esta injunção constitucional estabelece uma regra de não tipicidade ou de abertura dos direitos fundamentais, que permite distinguir uma constituição formal de uma constituição material. A propósito desta cláusula aberta "tem surgido uma perspectiva extensa, de modo a abranger os direitos fundamentais de diversa natureza, a que será aplicável o regime tipo dos direitos, liberdades e garantias, assim como uma perspectiva moderada, respeitando apenas aos direitos de liberdade, estando os seus efeitos igualmente sujeitos àquele regime modelo"²¹.

Contudo, "acaba-se por dar uma certa preferência aos novos direitos expressos nos tratados internacionais, os quais manifestam de modo consistente e seguro a dinâmica evolutiva dos direitos humanos. A propósito já se considerou que a cláusula aberta permite conferir um estatuto constitucional ao "direito geral de personalidade", bem como que o consentimento informado no âmbito da investigação clínica surge como um direito fundamental implícito em relação ao direito à integridade física"²².

Em Portugal, entendendo-se o consentimento informado, no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, não como um direito fundamental relativo à integridade física, mas sim como um direito relativo à livre autodeterminação do ser humano sobre o seu corpo, à livre decisão sobre a realização ou não de uma intervenção/tratamento médico-cirúrgico, outro não pode ser o entendimento.

O direito à proteção da saúde, garantido pelo art.º 64.º da Constituição, vem sendo

¹⁹CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, 2007, p. 381, ISBN 978-972-32-1462-8.

²⁰GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 73, ISSN 1646-6853.

²¹GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p.s 79-80, ISSN 1646-6853.

²²GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p.s 80, ISSN 1646-6853.

considerado na União Europeia como um direito de solidariedade, "apresenta-se como um direito social cuja precisa dimensão está dependente de uma intervenção do legislador", legislador que deverá "garantir, não apenas a universalidade e a generalidade do serviço nacional de saúde, mas também a igualdade no acesso aos cuidados de saúde"²³.

Este direito (art.º 64.º da CRP) analisa-se numa série de direitos dos doentes, entre os quais se contam "o direito de acesso, liberdade de escolha, *direito à autonomia e informação*, direito à privacidade, direito ao acompanhamento e direito ao tratamento em prazo clinicamente razoável com gestão racional e eficiente de listas de espera"²⁴.

Sucedo que "o consentimento informado, integra diversas valências constitucionais estruturantes, como seja o direito à igualdade (13.º CRP), o direito à integridade pessoal (25.º CRP), à liberdade (27.º, n.º 1 CRP), designadamente nas vertentes da liberdade geral de ação e de decisão, tanto na sua dimensão negativa de a mesma não ser perturbada, como na dimensão positiva desta ser assegurada. E também podemos referenciar, (...) à autodeterminação informacional (35.º, n.º 1 e 4 CRP). Todos estes Direitos têm a sua matriz fundacional no princípio da dignidade da pessoa humana (1.º CRP), pois este é sempre uma exigência moral e jurídica de referência vinculante para qualquer direito"²⁵.

O direito ao consentimento informado dos doentes, no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, surge, hoje, como princípio antrópico, inerente e complemento do princípio da dignidade do ser humano, garantida pelo art.º 1.º da Constituição.

As relações entre médico e doente já foram concebidas como um autêntico contrato de dominação, entendendo-se, então, que a pessoa que carecia de cuidados de saúde deveria obedecer ao médico como o servo ao seu senhor.

Embora ultrapassado esse entendimento medieval, continua a existir uma posição de supremacia do médico em relação ao doente.

Supremacia que advém da "situação de desvantagem do doente em relação ao médico face aos conhecimentos científicos deste, e da vulnerabilidade daquele, decorrente, geralmente, da fragilidade do seu estado de saúde. Daí ser aceitável que no âmbito da relação

²³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Universidade Católica Editores, 2.ª edição, 2017, p.s 945, 947, ISBN 9789725405413.

²⁴CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p. 831, ISBN 978-972-32-1462-8.

²⁵GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p 93, ISSN 1646-6853.

clínica se estabeleçam ações afirmativas em benefício do doente conducentes a um plano de igualdade entre os seus sujeitos, não apenas formal, mas essencialmente substancial"²⁶.

A realização da justiça na relação clínica passa, por isso, por "colocar os médicos e os doentes num plano de igualdade no domínio dos direitos, que não se confunde com os domínios do conhecimento científico proporcionado pelas ciências da saúde em geral (medicina, biologia, ciências farmacêuticas, etc.)"²⁷.

Para haver uma relação subjetiva paritária e de cooperação entre o doente e o médico "para que existam decisões partilhadas no tratamento terapêutico e, num futuro, o planeamento dos cuidados de saúde é imprescindível que haja o suporte básico do consentimento informado, pois só este possibilita esta igualdade e permite estabelecer uma relação de confiança, através da via comunicacional"²⁸.

A legitimidade e a validade de qualquer direito constitucional, com destaque para os fundamentais, advém da necessidade de se assegurar ao ser humano a sua condição de pessoa, enquanto ser real que se relaciona com os demais.

"Os direitos fundamentais, bem como o nascimento da ideia de cidadania, não se posicionam somente numa óptica de viragem para o Estado Contemporâneo, já que do mesmo modo se afiguram pertinentes da perspectiva do enriquecimento que proporcionaram à evolução da Sociedade e do Estado em geral. Essa é uma verificação que não deixa margens para hesitações quando analisamos a evolução da positivação dos direitos fundamentais"²⁹.

Depois de, no período liberal, termos assistido à consagração de uma primeira geração de direitos fundamentais, "o período social consagrou uma segunda geração de direitos fundamentais, em que se tornou evidente o propósito de alargar os fins do Estado e de neles fazer reflectir uma protecção de natureza social. É assim que, a partir da segunda metade do século XX, nasceram os direitos de natureza social, assumindo-se o Estado como prestador de serviços. Criaram-se os direitos fundamentais à educação, à protecção da saúde e à segurança social, de entre outros, sempre exemplificações dos direitos fundamentais a prestações"³⁰.

²⁶GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 94, ISSN 1646-6853.

²⁷GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p.s 94-95, ISSN 1646-6853.

²⁸GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 95, ISSN 1646-6853.

²⁹GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa - Direitos Fundamentais*, Quid Juris, 2013, p. 128, ISBN 978-972-724-642-7.

³⁰GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa - Direitos Fundamentais*, Quid Juris, 2013, p. 129, ISBN 978-972-724-642-7.

A relação clínica do século XXI, sem ser paternalista, por um lado, e individualista, por outro lado, "tem o seu modelo *nos direitos e na autonomia do doente*, que naturalmente sendo pessoal, não deixa de ser relacional, não podendo, por isso, constitucionalmente prescindir do *consentimento informado*, como uma manifestação necessária, no âmbito do direito daquela autonomia"³¹.

O consentimento informado, que tem vindo a ser reconhecido por diferentes fontes internacionais (designadamente, a Convenção sobre os Direitos Humanos e da Biomedicina (CDHBio), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), e a Convenção de Istambul) é uma dimensão específica dos direitos humanos que está plenamente adquirida.

Encontram-se, por isso, "verificados os elementos genéticos dos direitos fundamentais, que permitem integrar o consentimento informado neste bloco constitucional nuclear. Mas a plenitude da validade do consentimento informado como direito fundamental, por via da inclusão constitucional das suas diversas fontes éticas e normativas internacionais, tem na Constituição Portuguesa o seu melhor ancoramento argumentativo e jusfundamental através da cláusula aberta constante no seu art.º 16.º, n.º 1"³².

A cláusula constante do n.º 1 do art.º 16.º da Constituição "aponta para um conceito material e para *uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais*. Além dos direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição, poderá haver ainda outros constantes de leis e de normas de direito internacional, isto é, direitos fundamentais fora da Constituição"³³.

Contudo, "à face da Constituição de 1976, apenas podem ser incorporados como direitos fundamentais os direitos consignados em convenções internacionais, em actos de organizações internacionais e da União Europeia ou em actos legislativos que apareçam exigidos pelos princípios dos seus (art.ºs) 1.º e 2.º, que apareçam exigidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelos princípios e objectivos do Estado de Direito democrático. Jusfundamentalidade equivale a consonância e complementaridade de todos os direitos, dentro e fora da Constituição formal"³⁴.

Internacionalmente, considera-se que a cláusula aberta permite conferir um estatuto

³¹GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 95, ISSN 1646-6853.

³²GOMES, Joaquim Correia, *Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 96, ISSN 1646-6853.

³³CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p. 365, ISBN 978-972-32-1462-8.

³⁴MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Universidade Católica Editores, 2.ª edição, 2017, p. 217, ISBN 9789725405413.

constitucional ao direito geral de personalidade, bem como, que o consentimento informado surge como um direito fundamental implícito em relação ao direito à integridade física.

Em ordenamentos jurídicos como o português, nos quais o consentimento informado surge como um direito em relação, não à integridade física, mas ao direito à liberdade do paciente de dispor do corpo e da própria vida, consentindo ou recusando a realização da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que lhe é proposto pelo médico, outro não deverá ser o entendimento, considerando que o consentimento informado surge como um direito fundamental implícito, aqui, em relação ao direito à autodeterminação do paciente sobre a saúde e a vida, enquanto liberdade de decisão da pessoa em ser submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

Assim é porque a Constituição não é, quer histórica quer juridicamente, um sistema formal, estático e unidimensional, que apenas tem uma vigência geracional, mas antes um processo dialético, comunicativo e progressivo, surgindo, por isso, como uma conquista evolutiva, alicerçada no passado, convivente com o presente e projetando-se para o futuro.

E, de facto, o *consentimento informado* é uma dimensão específica dos direitos humanos que está plenamente adquirida.

O TEDH vem considerando que a imposição de um tratamento médico, sem consentimento do paciente, viola a norma do art.º 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (*proibição da tortura*) e, também, a norma do art.º 8.º (*direito ao respeito pela vida privada e familiar*), segundo uma interpretação extensiva e evolutiva das ditas disposições, destinadas a proteger a integridade e a saúde psicofísica da pessoa³⁵.

Podendo colocar-se a questão de saber se os direitos fundamentais vindos de fora da Constituição beneficiam do regime da Constituição formal, a resposta "parece dever ser moderadamente positiva"³⁶, não se vislumbrando razões para que as normas de direito internacional, vigentes em Portugal, possam ser afetadas por uma lei.

Ao paciente é hoje reconhecido o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde³⁷.

³⁵NEGRI, Stefania, *Consentimento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 108, ISSN 1646-6853, a qual aludindo à jurisprudência do TEDH, e à imposição de tratamento sem consentimento do paciente, refere que o Tribunal considera haver "violación del artículo 3 (...) o del artículo 8 (...)", según una interpretación a la vez extensiva y evolutiva de las dichas disposiciones destinada a proteger la integridad y la salud psicofísica de la persona".

³⁶MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Universidade Católica Editores, 2.ª edição, 2017, p. 217, ISBN 9789725405413.

³⁷PEREIRA, André Gonçalves Dias, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, em 18.07.2008, in

Está, assim, "reconhecida no nosso sistema jurídico uma garantia de defesa da personalidade dos doentes, seja qual for a estrutura jurídica em que se desenvolva a prática do acto médico; não pode haver dúvida de que o cidadão que entra em contacto com um médico está protegido na sua integridade física e moral, quer o médico exerça clínica privada, seja empregado de uma instituição de saúde particular ou seja funcionário de um hospital ou serviço do Estado. Em qualquer caso, a defesa do direito à integridade física e moral do cidadão impõe-lhe a obtenção prévia do consentimento informado"³⁸.

As normas constante dos art.ºs 156.º e 157.º do CP, que, conjuntamente e sob a cominação de sanção penal, consagram o direito de o paciente ser prévia e devidamente esclarecido, sobre os itens referidos no aludido art.º 157.º, relativamente à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto, como condição de eficácia do consentimento, garantem a plenitude da validade do consentimento informado, como direito fundamental.

III. O CONSENTIMENTO INFORMADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.

Há já alguns anos que o consentimento informado vem sendo reconhecido a nível mundial como resulta do parecer de 2009 do Relator Especial da ONU sobre o direito da saúde e pela Recomendação de 2010 do Conselho dos Direitos Humanos, que convidou todos os Estados Membros a *garantir o cumprimento do consentimento informado como aspecto fundamental do respeito pela autonomia, a livre determinação e a dignidade humana da pessoa* no processo contínuo e adequado de serviços de atendimento da saúde, solicitados de forma voluntária.

Vários instrumentos internacionais protegem o consentimento informado:

Desde logo, o Código de Nuremberga (1947), aprovado na sequência e em reação às <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

³⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, FDUC- CDB, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 65, ISBN 972-32-1316-8.

experiências levadas a cabo em seres humanos nos campos de concentração nazis, no decurso da II Guerra Mundial, consagra expressa e claramente a doutrina do consentimento informado, exigindo-se, como requisitos fundamentais para o consentimento: ser voluntário; dado por quem seja capaz; após ter sido informado; e encontrando-se esclarecido³⁹.

A declaração de Helsinkia (1964) consagra cinco Princípios Básicos para a pesquisa biomédica envolvendo seres humanos, e, além dos princípios básicos, contempla também a *Pesquisa Médica Combinada com Cuidados Profissionais*, onde, no tratamento da pessoa enferma, o médico deve ser livre para aplicar novos métodos terapêuticos, se, em julgamento, eles oferecerem esperança de salvar uma vida, restabelecendo a saúde ou aliviando o sofrimento. Sendo possível e, de acordo com o estado psicológico do paciente, o médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter dado uma explicação completa. Em caso de incapacidade legal, o consentimento deve ser obtido do responsável legal⁴⁰.

Também a Convenção do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 1997⁴¹, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000⁴² e a Diretiva CE sobre as boas práticas clínicas na realização de ensaios clínicos de 2001⁴³, preveem e

³⁹ O Código de Nuremberga é um conjunto de princípios éticos que regem a pesquisa com seres humanos, sendo considerado como uma das consequências dos Processos de Guerra de Nuremberga, ocorridos no fim da Segunda Guerra Mundial. Contém dez princípios básicos, dispendo, o primeiro, que: "O Consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira coação astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Este último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente", consultado em 28.09.2017, em <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>.

⁴⁰ <http://www.efdeportes.com/efs183/codigo-de-nuremberg-e-declaracao-de-helsinki.htm>, consultado em 28.09.2017.

⁴¹ A Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano Relativa às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, assinada em Oviedo em 04 de Abril de 1997.

⁴² A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, feita em Niza em 07 de Dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias de 18.12.2000, em cujo art.º 3.º, § 2, se prevê que na medicina e na biologia respeitar-se-ão em particular: o consentimento livre e informado da pessoa de que se trata (o paciente), de acordo com as modalidades estabelecidas na lei.

⁴³ Directiva 2001/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.04.2001, relativa à aproximação das disposições legais, regulamentares e administrativas dos Estados membros sobre a aplicação das boas práticas clínicas na realização de ensaios clínicos de medicamentos de usos humano, publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias de 01.05.2001.

reforçam o entendimento de que qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser realizada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção.

Em Espanha considera-se que uma das funções básicas do ordenamento jurídico internacional "é garantir a promoção e a defesa dos valores e interesses gerais da comunidade internacional no seu conjunto, primeiramente os direitos humanos e liberdades fundamentais, e velar pela eficácia das normas que os protegem. Dignidade humana, vida, saúde, integridade, segurança, liberdade e autodeterminação da pessoa, constituem valores universais apoiados tanto pelo direito internacional dos direitos humanos como pelo biodireito internacional"⁴⁴. E, que, o consentimento informado "ganhou cada vez mais importância também no âmbito internacional, emergindo como biodireito internacionalmente protegido. A transcendência do papel que desempenha evidencia-se pelo facto de estar previsto na quase totalidade dos acordos e declarações internacionais que estabelecem normas e princípios ético-jurídicos aplicáveis no campo da biomedicina"⁴⁵.

Constata-se que, como vem sendo reconhecido, o respeito pela dignidade humana pressupõe o exercício pelo paciente da sua liberdade e autonomia pessoal, em matéria de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, o que pressupõe que seja previamente informado e se encontre esclarecido.

Sem esse esclarecimento do paciente, que tem de ser real, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, não pode o paciente exercer livremente a sua autonomia pessoal e escolher qual a intervenção/tratamento a que aceita submeter-se, ponderando todas as vantagens e inconvenientes de cada uma das intervenções/tratamentos, possíveis e disponíveis.

⁴⁴NEGRI, Stefania, *Consentimiento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p.s 97-98, ISSN 1646-6853 – "es garantizar la promoción y defensa de los valores e intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, primariamente los derechos humanos y libertades fundamentales, y velar por la efectividad de las normas que los protegen. Dignidad humana, vida, salud, integridad, seguridad, libertad y autodeterminación de la persona constituyen valores universales respaldados tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el bioderecho internacional" (tradução livre).

⁴⁵NEGRI, Stefania, *Consentimiento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p.s 98-99, ISSN 1646-6853, "ha ganado cada vez más importancia también en el ámbito internacional, emergiendo como bioderecho internacionalmente protegido. La transcendencia del papel que desempeña se evidencia por el echo de que está previsto en la casi totalidad de os acuerdos y declaraciones internacionales que establecen normas y principios ético-jurídicos aplicables en el campo de la biomedicina"(tradução livre).

IV - O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO CRIME DE "INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS" - ART.º 156.º DO CP.

O direito penal português possui, sobre a matéria da atuação médica, "uma regulamentação integrada e complementar, cujo resultado se manifesta num triângulo normativo constituído pelos artºs 150.º sobre as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos; 156.º sobre intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários; e 157.º, sobre o dever de esclarecimento"⁴⁶, todos do CP.

O art.º 150.º do Código Penal consagra os requisitos da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas; de natureza subjetiva: a qualificação profissional do agente - ação praticada por médico ou pessoa legalmente autorizada -, e a finalidade terapêutica da intervenção - intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental; e de natureza objetiva: a indicação médica - juízo prévio de que o tratamento ou a intervenção apresenta mais vantagens do que inconvenientes para o doente e, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados, e o cumprimento das *leges artis* - atuação conforme às regras tidas por adequadas pela ciência médica, ou, o cumprimento do complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais.

Define, por um lado, "o universo dos agentes que podem figurar como agentes da infração (médico ou outra pessoa legalmente autorizada)" e, por outro lado, "determina o sentido e o alcance do conceito jurídico-penal de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, extremando-o de outras ações que, mesmo quando realizadas por médico, caem fora daquele conceito e do pertinente regime jurídico-penal"⁴⁷.

⁴⁶ RODRIGUES, João Vaz., *O Consentimento Informado para Acto Médico no Ordenamento jurídico Português*, FDUC – CDB, 3, Coimbra Editora, p. 58, ISBN 972-32-1013-4.

⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 598, 599 ISBN 978-972-32-2061-2.

Tem, assim, um duplo alcance normativo, "por um lado, cabe-lhe dar expressão normativa à decisão político criminal de excluir as intervenções médico-cirúrgicas do alcance das incriminações das ofensas corporais; por outro lado, cabe-lhe definir o sentido e alcance do conceito jurídico penal de intervenção médico-cirúrgica, e, por vias disso delimitar a área problemática coberta pelo regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas"⁴⁸.

O legislador português aderiu à tese segundo a qual a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico – medicamente indicada, realizada por médico (ou outra pessoa legalmente autorizada) com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* – não preenche o tipo das ofensas corporais (artg.º 150.º/1, do CP).

É pressuposto da aplicação do art.º 156.º do CP a existência de uma ação, uma intervenção ou tratamento, por parte do médico, ou outra pessoa legalmente autorizada, *sem consentimento* do paciente.

A ação terá de ter "uma relação imediata com o corpo do paciente"⁴⁹, ainda que não implique lesão da integridade física, como sucede com a administração de um medicamento (xarope ou comprimido), por via oral.

Porém, a ação típica pressupõe uma conduta omissiva por parte do médico.

Assim é porque, embora só sejam puníveis as intervenções ou tratamentos arbitrários (sem consentimento eficaz do paciente), devendo ambos ser considerados condutas ativas, a punibilidade do médico estará dependente de uma prévia conduta omissiva, o que sucederá quando o consentimento foi obtido sem que o paciente tenha sido devidamente esclarecido, quer por não lhe terem sido prestados os necessários esclarecimentos, quer, também, mesmo tendo sido prestados os esclarecimentos necessários ao esclarecimento de um paciente "normal, "médio", por não ter sido verificado se o paciente, concreto, se encontrava devidamente esclarecido.

Por outro lado, só poderão ser enquadrados na previsão do art.º 156.º as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos realizados por médico, com indicação médica, intenção terapêutica e de acordo com a *leges artis*⁵⁰.

⁴⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 457, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴⁹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 604, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁵⁰No conceito de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, relevantes nos termos e para os efeitos do disposto nos art.ºs 150.º, n.º 1, e 156.º do C. Penal, incluem-se apenas a/o/s que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicada/o/s e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente

A finalidade terapêutica implica que "o paciente sobre o qual é realizada a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico tem de ser o seu beneficiário directo" e "o móbil terapêutico tem que ser preponderante, e não mera consequência acessória de uma conduta primordialmente orientada para a experimentação"⁵¹.

Embora tendo de ser principal objetivo o de curar, pode não ser o único, porquanto se abrange a chamada experimentação terapêutica, isto é, as situações em que, no interesse do paciente, "o médico recorre a meios de tratamento não suficientemente consolidados, cujas consequências ainda se não conseguem antecipar e controlar com segurança"; no entanto, esta intervenção, se destinada "a remover um risco de morte iminente ela tem de ser reconduzida ao regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos"⁵².

Não são, assim, abrangidas pelo regime do art.º 156.º do CP todas as intervenções médicas que não tenham finalidade terapêutica, como sucederá, designadamente, com a experimentação *não terapêutica*⁵³, a realizada com o objetivo de colher tecidos ou órgãos para transplantes para outras pessoas, a intervenção puramente cosmética, a esterilização ou castração sem indicação médica e os exames que visam a determinação da morte cerebral.

A indicação médica, nos termos assinalados, deve ter como consequência que, se o "médico, para debelar uma infecção, prescreve ao paciente determinado antibiótico que lhe provoca reacção alérgica, geradora de um perigo para a vida, reacção alérgica que poderia ter sido prevista e evitada, através da consulta da história clínica do paciente e receitando medicamento alternativo, esse médico não realizou o tratamento medicamente indicado, antes cometeu um crime negligente de ofensas corporais graves"⁵⁴.

No cumprimento das *leges artis* deve o médico observar, não apenas as "regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica", mas também os "demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico", que respeitam "tanto ao diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto à execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica" e, "por

autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não sendo considerados como ofensa à integridade física.

⁵¹BRITO, Teresa Quintela de, "A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, p. 373, ISSN 0871-8563.

⁵²BRITO, Teresa Quintela de, "A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, p. 374, ISSN 0871-8563.

⁵³Aquela que, em termos absolutos não implica um benefício para o próprio, mas para terceiros.

⁵⁴BRITO, Teresa Quintela de, "A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, p. 375, ISSN 0871-8563.

referência ao caso concreto"⁵⁵.

Todas as normas penais se destinam a tutelar bens jurídicos, sendo que o bem jurídico é o objeto jurídico do crime, é o interesse ou bem que a norma penal incriminadora visa proteger.

Importa sublinhar que entre a ordem de bens jurídico-penais e a ordenação axiológica constitucional deverá interceder uma relação de "analogia substancial, fundada numa especial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado"⁵⁶.

Por outro lado, não tem de haver uma relação de identidade entre os bens ou valores consagrados na Constituição e os bens jurídicos dignos de tutela penal.

Basta que "entre a "ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos exista uma "relação de analogia material". Isto é, o quadro de valores constitucionais constitui, para o legislador ordinário, o quadro referencial dos valores susceptíveis de terem protecção penal"⁵⁷.

Tal decorre, quer do princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art.º 1.º da Constituição, quer das normas do art.º 16.º, da Constituição, que consagra que os direitos fundamentais, previstos em regras aplicáveis de direito internacional, são diretamente aplicáveis, e do art.º 18.º/1, da Constituição que atribui força jurídica aos preceitos constitucionais relativos a direitos liberdades e garantias, vinculando entidades públicas e privadas, como se referiu anteriormente.

O art.º 18.º/2, da Constituição, "ao estabelecer que a restrição dos direitos liberdade e garantias só é legítima quando tiver por objetivo salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, está a consagrar o pressuposto da dignidade penal (dimensão axiológica) do bem jurídico"⁵⁸.

Porém, sendo elemento da norma penal, o bem jurídico, por ela tutelado, em regra não

⁵⁵ BRITO, Teresa Quintela de, "A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, p. 376, ISSN 0871-8563.

⁵⁶CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime, Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, UCP Editora, 1995, p. 196, citando Figueiredo Dias, ISBN 972-8069-06-5.

⁵⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª ed., UCP Porto, 2016, p. 63, ISBN 978-972-32-1618-9.

⁵⁸CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª ed., UCP Porto, 2016, p. 65, ISBN 978-972-32-1618-9.

consta, explicitamente, do tipo legal incriminador.

O bem jurídico é exterior ao tipo "que descreve tão-só o comportamento violador do bem que a norma tutela". Por isso, "o crime não deve ser analisado formalmente como mera conduta proibida. Cumpre analisá-lo substancialmente como ofensa (com dano ou perigo e dano) a um bem jurídico"⁵⁹.

A norma penal permite que o intérprete identifique o bem jurídico protegido que ressalta dos interesses tutelados pela norma.

O regime, estabelecido pelas normas dos art.ºs 150.º, 156.º e 157º, do CP, analisa-se em dois enunciados fundamentais: "em primeiro lugar, a proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas na direcção dos crimes de ofensas corporais e de homicídio. Em segundo lugar, a punição das intervenções arbitrários como um autónomo e específico crime contra a liberdade"⁶⁰.

Deste modo distingue-se e contrapõe-se o bem jurídico integridade física (a saúde e a vida), e o bem jurídico liberdade e autodeterminação pessoal⁶¹.

O art.º 156.º do CP consagra a "prevalência da autonomia pessoal sobre a própria vida"⁶².

Prevalência que se funda no direito à autodeterminação do doente em aceitar, ou não, ser submetido à intervenção/tratamento médico-cirúrgico, que lhe é proposto pelo médico, ainda que tal decisão possa colocar em perigo a sua saúde, ou até a sua vida.

Decorre daqui que o médico, que atua no sentido de curar o paciente, mas fazendo-o sem o consentimento eficaz do paciente, estará a cometer um crime, não contra a saúde, mas sim contra a liberdade e autodeterminação desse paciente.

Temos assim que, no crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, que "configura um atentado contra a liberdade"⁶³, o bem jurídico protegido é "a liberdade de dispor do corpo e da própria vida"⁶⁴, "é a liberdade de decisão da pessoa

⁵⁹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 26, ISBN 9789725404584.

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 457, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁶¹Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 457, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁶²CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* Coimbra Editora, 2010, p. 84, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁶³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 599, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁶⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Ortotanásia*, 1973, 33.

submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico"⁶⁵.

Em suma, a liberdade de o paciente decidir se deseja ou não ser submetido à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que lhe é proposto pelo médico.

Sintomático é o facto de o legislador ter inserido o crime no capítulo *dos crimes contra a liberdade pessoal* e entre dois dos crimes paradigmáticos contra a liberdade, a *coação* e o *sequestro*.

Sintomático é também o facto de o legislador ter garantido o exercício dessa liberdade, fazendo depender a eficácia do consentimento (acordo) do paciente do facto de este ter sido prévia e devidamente esclarecido, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP.

A prevalência da autonomia pessoal do doente verifica-se quer na aceitação, ou recusa, do início do tratamento proposto quer, também, naquelas situações em que o doente "pede para que determinado tratamento seja interrompido ou para que o tratamento cesse"⁶⁶.

Contudo, para que possa falar-se no respeito pela autodeterminação do doente, pelo exercício da liberdade de dispor do corpo e da própria vida, é indispensável que se esteja "perante uma vontade lúcida, livre e esclarecida, expressa pelo próprio"⁶⁷.

Na Alemanha, a jurisprudência salienta (BGH, *Myom-Fall*) que se trata "do livre direito à autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo. O médico tem como seu direito por excelência, e por indeclinável dever curar e na medida do possível, libertar o paciente do sofrimento". Simplesmente esse direito e esse dever encontram a sua fronteira no direito do ser humano à livre autodeterminação sobre o seu corpo. "Pelo que, a intervenção não consentida, mesmo que medicamente indicada, será uma agressão ilícita contra a liberdade e dignidade da pessoa humana"⁶⁸.

Na Áustria, o bem jurídico protegido é, na interpretação de Kienapfel, "a livre decisão sobre a realização de um tratamento, mas não a integridade física como tal"⁶⁹.

Quer os autores, quer os Tribunais Americanos entendem como pacífica e consensual a liberdade do paciente face ao tratamento médico, exigindo-se o *informed consent* como

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição, UCE, 2015, p. 614, ISBN 9789725404898.

⁶⁶CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* – Coimbra Editora, 2010, p. 86, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁶⁷CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* – Coimbra Editora, 2010, p. 88, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁶⁸Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 599, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁶⁹Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 599, ISBN 978-972-32-2061-2.

pressuposto da admissibilidade do tratamento.

Em Espanha, considera-se que "a violação do dever de obter o consentimento informado constitui uma infracção clara das *leges artis*"⁷⁰.

O Tribunal Constitucional Espanhol, no Acórdão 37/2011, de 28.03, entendeu que "o consentimento do paciente a qualquer intervenção sobre a sua pessoa é algo inerente, entre outros, ao seu direito fundamental à integridade física, à faculdade que esta supõe de impedir toda a intervenção não consentida sobre o próprio corpo. Trata-se de uma faculdade de autodeterminação que legitima o paciente, no uso da sua autonomia da vontade, a decidir livremente sobre as medidas terapêuticas e tratamentos que podem afectar a sua integridade, escolhendo entre as distintas possibilidades, consentindo a sua prática ou recusando-as. A privação da informação não justificada equivale à limitação ou privação do próprio direito de decidir e consentir a actuação médica, afectando assim o direito à integridade física de que esse consentimento é manifestação"⁷¹.

A falta de prestação dos devidos esclarecimentos equivale a uma "privação ou limitação do direito a consentir ou recusar uma actuação médica determinada, inerente ao direito fundamental à integridade física e moral. Afecta igualmente o conteúdo essencial do bem jurídico no que se projecta o referido direito fundamental, isto é, o bem jurídico-penal integridade pessoal. O conteúdo deste bem jurídico, como de todos os bem jurídicos de carácter pessoal, há-de determinar-se com o respeito da liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade do sujeito afectado, daí que deva analisar-se, não de uma perspectiva objectiva, mas sim subjectiva, pois é o titular do bem jurídico quem define individualmente qual é o seu conceito de saúde, como a forma mais evidente do exercício do livre desenvolvimento da personalidade"⁷².

⁷⁰ MALANDA, Sergio Romeo, "Consentimento Informado – Consentimiento Informado y Responsabilidad Pena", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p.s 190, ISSN 1646-6853 - "la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción clara de la *lex artis*" (tradução livre).

⁷¹ O Tribunal Constitucional Espanhol, no Acórdão 37/2011, de 28.03, entendeu que; "el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo (...). Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica ou rechazándolas (...) la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho de decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación" (tradução livre).

⁷² MALANDA, Sergio Romeo, "Consentimento Informado – Consentimiento Informado y Responsabilidad Penal", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 196, ISSN 1646-6853, "privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada,

Assim, a jurisprudência, em Espanha, vem entendendo que o consentimento do paciente para qualquer intervenção sobre a sua pessoa é algo inerente ao seu direito fundamental à integridade física.

Porém, a doutrina vem agora reconhecendo que o conteúdo desse direito, como refere Sergio Romeo Malanda⁷³, “há-de determinar-se com o respeito da liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade do doente”, o que revela que o bem jurídico protegido é, também, a liberdade de decisão da pessoa submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

De facto, a liberdade individual face ao tratamento médico, como todos salientam e, em particular, a doutrina e a jurisprudência constitucionais, “emerge como emanação ou corolário directo dos direitos fundamentais como o direito geral de personalidade, a liberdade geral de acção ou o direito à autodeterminação”⁷⁴.

O poder soberano da República Portuguesa está baseado na *dignidade da pessoa humana*⁷⁵.

A dignidade da pessoa humana "tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo está na base de concretização do *princípio antrópico ou personocêntrico* inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética)"⁷⁶.

Só a dignidade da pessoa humana "limita ou condiciona a dignidade de uma outra pessoa humana, num equilíbrio em que, à luz de uma ponderação fundada numa justa intervenção do princípio da proporcionalidade, reconheça um espaço de convivência

inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral (...) afecta igualmente al contenido esencial del bien jurídico en que se proyecta el referido derecho fundamental, esto es, el bien jurídico-penal integridad personal. (...) o contenido de este bien jurídico, com de el todos los bien jurídicos de carácter personal, ha de determinarse desde el respecto a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del sujeto afectado, de ahí que deba analizarse, no desde una perspectiva objectiva, sino subjectiva, pues es el titular del bien jurídico quien defina individualmente cuál es su concepto de salud, como la forma más evidente del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad" (tradução livre).

⁷³ MALANDA, Sergio Romeo, “Consentimento Informado – Consentimiento Informado y Responsabilidad Penal”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 196, ISSN 1646-6853, ver anterior nota de citação.

⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 600, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁷⁵ O art.º 1.º da Constituição da República Portuguesa dispõe que "Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, IV edição, Coimbra Editora, 2007, p. 198, ISBN 978-972-32-1462-8.

harmónica entre duas pretensões conflituantes e igualmente alicerçadas na dignidade da pessoa humana", e envolve, designadamente, "(iii) ... um direito e um dever fundamentais de todos em relação aos outros e a si próprio, encontrando-se o Estado vinculado à incumbência de remover todos os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua máxima efectividade; (iv) um reforçado dever de protecção da dignidade de quem se encontra em situações mais débeis, precárias ou que nem tenha consciência ou possibilidade de reivindicação de respeito pela sua dignidade (v.g., doentes, incapazes, velhos, crianças, fetos, embriões)"⁷⁷.

A dignidade é "dignidade de todos e de cada um, enquanto ser em relação com os demais, mas é, muito em especial, dignidade daqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa"⁷⁸.

Como sucede com a generalidade dos pacientes que, em consequência do estado de doença de que padecem, se encontram fragilizados e com menor capacidade de avaliar corretamente, sem a *devida informação*, qual o *tratamento ou intervenção* que lhes convém.

A situação de doença, em regra, envolve uma situação de sofrimento para o paciente, a que acresce a angústia pelo desconhecimento sobre as características da enfermidade de que padece, dos tratamentos possíveis e das possibilidades de cura, o que torna o doente mais frágil e menos capaz de decidir, sem a adequada informação, qual a intervenção/tratamento que lhe convém e que deseja receber ou a que deseja submeter-se.

Na síntese de Benicasa "o paciente que decide submeter-se a um tratamento curativo não autoriza que seja violada a sua liberdade mas exercita um direito de liberdade; de igual modo, o médico que cura a pessoa não viola a liberdade, embora a coberto do consentimento, antes torna efectiva a liberdade do paciente"⁷⁹.

O reconhecimento deste bem jurídico "*voluntas aegroti suprema lex*"⁸⁰ significa a prevalência, de princípio, da autodeterminação sobre a saúde e a vida. E, reversamente, "a denegação à sociedade, ao Estado e ao médico de qualquer *Vernunftthoheit* sobre a "irracionalidade" da escolha do paciente. No sentido de que a recusa de tratamento por parte do paciente tem de ser respeitada, quaisquer que sejam as suas consequências. Mesmo que o preço seja a vida"⁸¹.

⁷⁷ OTERO, Paulo, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coord. Jorge B. Gouveia e Francisco P. Coutinho, Quid Juris, 2013, p. 116-117, ISBN 978-972-724-642-7.

⁷⁸ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, vol. I, 2.ª ed., 2017, UCE, p. 66, ISBN 9789725405413.

⁷⁹Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2012, t. 1, p. 601, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁸⁰ "A vontade do doente é a lei suprema" (tradução livre).

⁸¹ANDRADE, Manuel da Costa, "Consentimento em Direito Médico", *Revista Portuguesa de*

Também, o BGH, na decisão de 07.12.84, considerou que "mesmo um paciente razoável pode ter respeitáveis razões pessoais para renunciar ao tratamento. O direito de autodeterminação do paciente, que deve ser garantido pelo esclarecimento, protege também uma decisão que, do ponto de vista médico, pode parecer insustentável"⁸².

O art.º 18.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa dispõe que as restrições aos direitos liberdade e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Torna-se, contudo, "inevitável admitir a necessidade de restrições a direitos, liberdades e garantias que, todavia, não são expressamente autorizados pelos preceitos constitucionais que os consagram. No fundo, é forçoso aceitar a existência de restrições implícitas - ou, para ser mais rigoroso, de *restrições implicitamente autorizadas* -, fundadas não em preceitos avulsos, mas sim em bens jusfundamentais ou em princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas"⁸³.

Ora, "a não superioridade do dever de salvar face ao de omitir (não intervir)", (cfr. art.º 34.º/b), do CP)⁸⁴ funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art.º 1.º da Constituição, "concretizado na dignidade da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana"⁸⁵.

Este princípio, da dignidade da pessoa humana, "articula-se com a liberdade de conformação e orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana"⁸⁶.

Decorre desta liberdade de decisão do paciente, em ser ou não submetido a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, que sobre o médico, excepcionando os casos de urgência em que o paciente se encontre incapacitado para receber o esclarecimento e para dar ou negar o consentimento para a realização da intervenção/tratamento necessário para assegurar a sua vida e saúde, não incide qualquer outra obrigação, relativa à vida e à saúde do

Ciência Criminal, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Jan./Jun, 2004, Coimbra Editora, p. 128, ISSN 0871-8563.

⁸²Apud ANDRADE, Manuel da Costa, "Consentimento em Direito Médico", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Jan./Jun, 2004, Coimbra Editora, p. 128, ISSN 0871-8563.

⁸³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Universidade Católica Editora, 2.ª edição, 2017, p. 269, ISBN 9789725405413.

⁸⁴CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida Contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal (conflito entre o dever de salvar ou o interesse em sobreviver)*, Coimbra Editora, 2009, p. 763 ISBN978-972-32-1752-0 (embora a autora se refira a problema diverso).

⁸⁵MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Universidade Católica Editora, 2.ª edição, 2017, p. 63, ISBN 9789725405413.

⁸⁶CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, vol. 1.º, 4.ª edição, 2007, p. 199, ISBN 978-972-32-1462-8.

paciente, que não seja a de, previamente à realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, informar devidamente o paciente, sobre os itens referidos no art. 157.º do CP.

Só após ter esclarecido devidamente o paciente e ter obtido o seu consentimento esclarecido, poderá e deverá o médico proceder à intervenção ou tratamento proposto.

No direito português, a prevalência da vontade expressa do paciente resulta quer do facto de a intervenção ou tratamento, se realizada *sem consentimento* do paciente, ser considerada arbitrária (art.º 156.º), quer do facto de a *eficácia do consentimento* depender do devido esclarecimento do paciente, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP.

Apelando ao direito comparado, saliente-se a decisão do BGH, de 07.12.84, na qual se entendeu que "o direito de autodeterminação do paciente, que deve ser garantido pelo esclarecimento, protege também uma decisão que, do ponto de vista médico, pode parecer insustentável".

No entanto, a tutela da liberdade de dispor do corpo e da própria vida, que pode revestir-se de relevo jurídico-criminal – não havendo consentimento para o tratamento proposto – pode por em causa os valores vida ou saúde, valores, também, com dignidade constitucional (art.ºs 25.º e 64.º da CRP).

Por tal razão, a lei portuguesa optou por soluções de *favor vitae vel salutis*.

Quer consagrando, no art.º 156.º, n.º 2, um regime privilegiado do consentimento presumido, menos exigente do que o regime geral do art.º 39.º;

Quer consagrando, no art.º 157.º, a figura do privilégio terapêutico, que pode justificar a ausência ou redução do esclarecimento, quando do mesmo possa resultar perigo para a vida ou grave dano para a saúde do paciente.

O crime previsto no art.º 156.º, n.º 1, do CP, configura um atentado à liberdade do paciente, liberdade de poder dispor do corpo e da própria vida e de decidir sobre a realização, ou não, da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto.

A intervenção não consentida, mesmo que medicamente indicada, será uma agressão ilícita à liberdade e dignidade da pessoa humana.

As referidas normas (art.ºs 150.º, 156.º e 157.º do CP) consagram a *prevalência da autodeterminação sobre a saúde e a vida*, prevalência que se entendeu limitar, ou atenuar, consagrando situações de *favor vitae vel salutis*.

PARTE 2.

CONSENTIMENTO E ACORDO

V. O consentimento.

V.1. O consentimento enquanto causa de exclusão da ilicitude e enquanto causa de atipicidade (acordo).

O consentimento surge como um caso de "colisão de interesses em si mesmos dignos de tutela penal". (...) "De um lado está o interesse jurídico-penal na preservação de bens jurídicos, (...). Do outro lado está, porém, o interesse, também ele jurídico-penalmente relevante, de preservação da auto-realização do titular do bem jurídico lesado, da sua autonomia pessoal e de vontade"⁸⁷.

Duas teses têm sido defendidas sobre o enquadramento jurídico-penal do consentimento.

Para os defensores da tese monista, o consentimento, penalmente relevante, reconduz-se sempre à exclusão da tipicidade.

Na formulação de Zipf, "todos os tipos legais em relação aos quais o consentimento é possível pressupõem uma atuação contra a vontade do portador do bem jurídico. O abandono eficaz do bem jurídico exclui uma lesão penalmente relevante do bem jurídico, precludindo o preenchimento da factualidade típica"⁸⁸.

Por sua vez, os defensores da tese dualista, distinguem "entre um *consentimento* que exclui a ilicitude e um consentimento que afasta a tipicidade"⁸⁹, sendo este designado por *acordo*.

É maioritário o entendimento daqueles que defendem a tese dualista do consentimento.

Sendo significativas as diferenças que separam o *consentimento* do *acordo*, procuraremos salientar essas diferenças.

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 472, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁸⁸ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 176, ISBN 972-32-0438-X.

⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 137, ISBN 972-32-0438-X.

V.1.1. O consentimento que exclui a ilicitude:

O consentimento constitui causa de justificação "quando constitua uma circunstância exterior ao tipo legal e a ordem jurídica considere que a renúncia pelo titular do bem protegido à sua proteção merece relevância em termos de afastar a tutela contra a própria vontade do titular do bem. O consentimento do ofendido significa a renúncia do titular do direito tutelado a essa tutela, renúncia que a lei aceita, em princípio, quando se trate de direito disponível"⁹⁰.

Sucedo que, em muitos casos, quando o consentimento constitui uma circunstância exterior ao tipo legal, "a lei se depara com um autêntico conflito (...) entre o valor da auto-realização pessoal e uma perda efectiva ao nível do bem jurídico efetivamente lesado"⁹¹.

De facto, se A consentir que B lhe dê uma pancada, verifica-se um conflito entre o "sistema pessoal" e o "sistema social".

Nestas hipóteses, "pode ser que a lei acabe por conceder prevalência à autorrealização de A; mas se o faz, fá-lo em detrimento da perda (ao nível do sistema social) de bem jurídico que efetivamente lhe competia proteger"⁹², a integridade física de A.

Aqui, "o conflito é inarredável e a sua solução depende de qual o bem jurídico conflituante a que a lei deva dar prevalência, no caso, à auto realização de A. Por isso aqui – não o simples *acordo* mas verdadeiramente - o *consentimento* funciona como uma autêntica causa justificativa"⁹³.

Jescheck, estabelecendo a diferença entre "acordo", que exclui a tipicidade, e consentimento, que exclui a ilicitude, considera que quando a ação típica se dirige direta e exclusivamente contra a vontade do ofendido, a circunstância que fundamente o injusto da correspondente classe de delito radica na oposição à vontade do lesionado".

Nesta situação, "se o ofendido está de acordo, a ação punível se transforma num acontecimento normal entre concidadãos no marco da ordem social estabelecida. Do ponto de

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.ª edição, 2015, p. 216, ISBN 9789725404584.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 474, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 475, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 475, ISBN 978- 972-32-2108-4.

vista do direito penal isto significa que na referida hipótese a ação típica desaparece com o consentimento”. (...); Contudo, "há preceitos penais nos quais a ação típica, mesmo quando o afetado pode dispor do bem jurídico protegido, não se dirige só contra a sua vontade, dado que o objeto da ação prevista no tipo legal sofre por meio do facto um menosprezo que, com independência da vontade do interessado, tem um significado próprio para a comunidade. A atuação com o consentimento do afetado não constitui aqui nenhum acontecimento normal na vida social, mas produz um dano quiçá doloroso em extremo, mas que o titular do bem jurídico está disposto a aceitar, por umas razões ou por outras, dentro da sua liberdade de disposição. A doutrina dominante denomina estes casos como de “consentimento” em sentido estrito, e trata tal assentimento como causa de justificação, visto que a liberdade de disponibilidade do legitimado só se reconhece dentro de certos limites”⁹⁴.

Temos assim que, essencialmente, é o facto de o consentimento, ou o dissentimento, estar ou não previsto no tipo legal que determina a relevância do consentimento como acordo que afasta a tipicidade, daqueles em que o consentimento apenas exclui ilicitude.

V.1.1.1. Fundamento da relevância jurídico-penal do consentimento que exclui a ilicitude.

Várias posições têm sido defendidas sobre o fundamento da relevância jurídico-penal do consentimento.

Uma, coincidente com antiga teoria do negócio jurídico, considera que "o

⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción, Editorial Comares, Granada 1993, p. 335, ISBN 84-87708-79-X, "si el afectado está de acuerdo, la acción punible se transforma en un suceso normal entre conciudadanos en el marco del orden social establecido. Desde el punto de vista del Derecho penal, esto significa que en dichos supuestos la acción típica desaparece con el consentimiento (...) Este caso de conformidad se denomina "acuerdo". (...) "hay preceptos penales en los que la acción típica, incluso cuando el afectado puede en sí disponer del bien jurídico protegido, no se dirige sólo contra su voluntad, dado que el objeto de la acción previsto en el tipo sufre mediante el hecho un menoscabo que, con independencia de la voluntad del interesado, tiene un significado propio para la comunidad. La actuación con el consentimiento del afectado no constituye aquí ningún suceso normal en la vida social, sino que produce un daño quizá doloroso en extremo, pero que el titular del bien jurídico está dispuesto a aceptar, por unas razones u otras, dentro de su libertad de disposición. La doctrina dominante denomina estos casos como de "consentimiento" en sentido estricto, y trata tal conformidad como causa de justificación, puesto que a libertad de disponibilidad del legitimado sólo se reconoce dentro de ciertos límites" (tradução livre).

consentimento do ofendido assume as características de um verdadeiro negócio jurídico (unilateral) e confere assim ao agente um direito à lesão do bem jurídico seu; e porque o exercício de um *direito* não pode, simultaneamente, constituir um ilícito, o consentimento surge como uma autêntica causa de justificação"⁹⁵.

Outra posição acentua "o abandono do interesse (e na conseqüente renúncia à proteção penal) por parte do titular, na medida em que o ordenamento jurídico confira a este a *disponibilidade* sobre os respetivos objetos de proteção". De acordo com esta posição, em certos casos, "o direito "prefere" renunciar à proteção em vez de tutelar bens jurídicos", o que sucede "por força da defesa da autonomia pessoal e do conseqüente direito de autodeterminação do titular do bem jurídico lesado, que também ao direito penal cumpre preservar"⁹⁶.

Uma outra posição pretende só, perante a anterior, acentuar que "a legitimação da força justificante do consentimento provém da intenção político-criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de autorrealização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência"⁹⁷.

Figueiredo Dias, que considera a última posição fundamentalmente exata, salienta que "decisivo é que também o consentimento surge como um caso de colisão de interesses ou de bens em si mesmos dignos de tutela penal"⁹⁸.

O fundamento da eficácia justificante do consentimento reside no facto de que, na aludida colisão de interesses ou de bens, "de um lado, está o interesse jurídico-penal (que conforma (...) a mais autêntica justificação social do direito penal) na preservação de *bens jurídicos*; o qual não desaparece ou não é eliminado por força do consentimento do titular. Os casos de consentimento são, em definitivo, casos de lesão *efetiva* de bens jurídicos; são casos (...) em que se verifica e se mantém a "perda" que a lesão de um bem jurídico sempre representa ao nível do sistema social. Do outro lado, porém, está o interesse, também jurídico-penalmente relevante, de preservação (também ela um bem jurídico!) da *autorrealização* do

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 471, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 471, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p.s 475, 476, ISBN 978- 972-32-2108-4.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 476, ISBN 978- 972-32-2108-4.

titular do bem jurídico lesado, da sua *autonomia* pessoal e de vontade”⁹⁹.

Temos assim que, em certos casos e sob certos pressupostos, “quando o bem jurídico lesado é pela lei considerado como “disponível” pelo seu titular; e quando a lesão ao nível do sistema social é ainda reputada pela lei de menor hierarquia do que a autorrealização do agente – a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do “sistema pessoal” do agente sobre a perda ao nível do “sistema social” e confere a consequente justificação ao facto típico praticado”¹⁰⁰.

É o que sucede com o crime de dano (art.º 212.º, do CP), em que o legislador concedeu prevalência à realização do "sistema pessoal" do agente sobre a perda ao nível do “sistema social” e, consequentemente, considera que quer a ausência de queixa, quer a desistência da queixa, do titular do bem jurídico, confere a consequente justificação ao facto típico praticado, e determina a extinção do procedimento criminal se instaurado.

V.1.1.2. Pressupostos de eficácia do consentimento justificante.

A relevância jurídico-penal do *consentimento-justificação* depende da verificação de determinadas exigências legais, como sejam; “*capacidade, liberdade e autenticidade* (ausência de vícios da vontade), *correção da declaração e conhecimento* por parte do agente, etc.”¹⁰¹; o formalismo; e o conhecimento do consentimento.

No direito comparado o consentimento surge como “uma causa de justificação exclusivamente associada às ofensas corporais”, como sucede nos códigos penais alemão, austríaco ou espanhol, havendo mesmo legislações penais que “são inteiramente omissas sobre a matéria e onde o consentimento vale, por isso, como uma causa supra legal de justificação”¹⁰², como sucede com os códigos penais francês e suíço.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 476, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 475, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 143, ISBN 972-32-0438-X.

¹⁰² ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, p. 420, ISBN 978-972-32-2061-2.

V.1.1.3. O carácter pessoal. A capacidade e a falta de liberdade da vontade. A disponibilidade do bem jurídico.

Quanto ao carácter pessoal:

Lesado pelo facto consentido "só pode ser um bem jurídico pessoal, porque só este tem um portador ou um titular individualizável". O bem jurídico pode ser patrimonial, tem é de pertencer a um titular individualizável. De facto, "se a relevância do consentimento advém do respeito pelo valor da autorrealização pessoal, só a pessoa (individual, em regra, mas podendo também tratar-se de pessoa coletiva¹⁰³) pode prestar de forma eficaz o seu consentimento"¹⁰⁴.

Quanto à capacidade e à falta de liberdade da vontade.

O consentimento, enquanto ato de auto-realização, exige que quem consente seja capaz, tendo como requisitos da sua eficácia que seja "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" (art.º 38.º/3, CP).

Se faltar um desses elementos a legitimidade para consentir pertencerá ao seu representante legal.

Sobre a liberdade do consentimento importa referir que essa liberdade só existirá quando o titular do bem jurídico dispõe de "capacidade de compreensão"¹⁰⁵, não apenas do significado, mas também dos efeitos do ato consentido, o que supõe a "maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma normalidade psíquica"¹⁰⁶.

Por outro lado, o ato de autodeterminação só existirá verdadeiramente enquanto tal, se traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido.

¹⁰³ O art.º 187.º do Código Penal prevê o crime de "ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva", cujo bem jurídico protegido é a "credibilidade, o prestígio e a confiança", do organismo, serviço, pessoa coletiva, instituição ou corporação, seja ele dotado de autoridade pública ou não.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 478, 479, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹⁰⁵CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 3.ª edição, 2016, p. 455, ISBN 978-989-8835-09-3.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 483, 484, ISBN 978- 972-32-2108-4.

Se o ato de autodeterminação não se fundar numa vontade séria, livre e esclarecida, do titular do interesse juridicamente protegido, falta a liberdade da vontade.

Assim, se o consentimento para a realização de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico não se fundar no devido esclarecimento do paciente, necessariamente, não traduz um verdadeiro ato de autodeterminação do paciente, por falta da liberdade da vontade (art.º 156.º e 157.º, do CP).

Quanto à disponibilidade do bem jurídico:

O consentimento só exclui a ilicitude do facto, quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis (art.º 38.º, n.º 1, do CP).

São por isso indisponíveis “os bens jurídicos comunitários, como tais protegidos”, sendo que “as pessoas em que tais bens jurídicos se corporizem não podem invocar, perante o verdadeiro “titular” do bem jurídico, a sua vontade e o valor da sua autorrealização pessoal”¹⁰⁷.

Assim, os administradores de uma sociedade anónima não podem invocar a sua vontade e o valor da sua autorrealização pessoal, para dispor de bens da sociedade, de forma diversa daquela que foi decidida em assembleia pela maioria dos sócios (capital).

Quanto aos bens pessoais, importa salientar, por um lado, a indisponibilidade do bem jurídico vida¹⁰⁸e, por outro lado, as dificuldades quanto aos casos de eficácia do consentimento no crime de ofensa à integridade física.

De facto, a integridade física constitui um bem jurídico disponível, para efeito de consentimento. Isso mesmo é afirmado pelo art.º 149.º, do C. Penal¹⁰⁹.

Porém, o art.º 38.º, n.º 1, do CP, limita essa disponibilidade dispondo que a exclusão da ilicitude, depende, não apenas de o facto se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis (quando o tipo legal expressamente preveja essa disponibilidade - o procedimento

¹⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 479, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹⁰⁸ Vide art.ºs 134.º, homicídio a pedido da vítima, e 135.º, incitamento ou ajuda o suicídio, ambos, do Código Penal.

¹⁰⁹ Dispõe-se no art.º 149.º, do C. Penal, sob a epígrafe “consentimento”, que; 1. *Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.* 2. *Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.* 3.

criminal depende de queixa), mas ainda à circunstância de *o facto não ofender os bons costumes*, como veremos de seguida¹¹⁰.

V.1.1.4. O conteúdo do conceito “bons costumes”.

O conceito de bons costumes é um conceito indeterminado.

Para determinar os limites impostos pelos bons costumes “há que atender de modo especial às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade”. O exercício do direito será “ilegítimo, por contrário aos bons costumes, quando o agente não se conformar com as regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, são comumente admitidas”¹¹¹.

O art.º 149º do CP declara, “por um lado, a disponibilidade da integridade física para efeitos de consentimento; por outro lado e complementarmente, oferece ao intérprete e aplicador alguns tópicos para a compreensão do sentido e alcance da cláusula dos bons costumes”¹¹².

Assim, o art.º 149º-2 dispõe que, “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, *os motivos e os fins do agente ou do ofendido*, bem como *os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa*”¹¹³.

Afigura-se-nos que a norma (art.º 149.º do CP) tem um conteúdo importante,

¹¹⁰Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 3.ª edição, 2016, p. 452, ISBN 978-989-8835-09-3.

¹¹¹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 170, ISBN 9789725404584.

¹¹² ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, p. 420, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹¹³ O preceito foi alterado pela reforma de 1995, tendo sido eliminada, designadamente, a referência aos bons costumes, no n.º 1, “como critério ou limite da disponibilidade”. Como salienta Manuel da Costa Andrade, em consonância com o regime geral do art.º 38.º, que “define a disponibilidade e os bons costumes como pressupostos – e limites – autónomos da eficácia do consentimento”.

O Ilustre mestre considera que o preceito “*não seria indispensável*”, embora lhe assista um “*conteúdo normativo próprio*”, porque, por um lado, “*declara a disponibilidade da integridade física para efeitos de consentimento*”, e, por outro lado, “*oferece ao intérprete e aplicador alguns tópicos para a compreensão do sentido e alcance da cláusula dos bons costumes*” (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª ed., 2012, 421, ISBN 978-972-32-2061-2).

porquanto, na previsão do art.º 38.º, a relevância do consentimento só se verifica se for referida *a interesses jurídicos livremente disponíveis* e o *facto não ofender os bons costumes*.

Ora, a norma do art.º 149.º, n.º 1, declarando a disponibilidade da integridade física para efeitos de consentimento, mas impondo limites à validade do consentimento no n.º 2 - não contrariedade aos bons costumes, balizados, quer pelos motivos e fins do agente e do ofendido, quer pelos meios empregados e pela amplitude previsível da ofensa -, permite que se considerem disponíveis bens que normalmente não o seriam, como sucede relativamente à integridade física substancial, lesada pelo crime de ofensas corporais graves, que tem a natureza de crime público, e que, por isso, de outro modo não seria disponível.

Verifica-se assim que o art.º 149.º do CP, com a limitação imposta pelo n.º 2, alarga a disponibilidade do bem jurídico integridade física, a toda e qualquer ofensa corporal, mesmo às ofensas corporais que devam ser consideradas graves e enquadráveis no art.º 144.º do CP.

Aliás, o art.º 6.º, da Lei 12/93, de 22/04, consagra, expressamente, para a colheita em vida de órgãos para transplante, a solução prevista no art.º 149.º, sendo, precisamente, o motivo e o fim positivo do transplante, que justificam a disponibilidade do bem jurídico integridade física, mesmo nos casos que a ofensa seria suscetível de enquadrar uma ofensa à integridade física grave, atenta a conformidade da ofensa com os bons costumes.

Por outro lado, não têm assim razão aqueles que sustentam a punibilidade de lesões corporais, mesmo ligeiras, levadas a cabo para obtenção indevida de um seguro ou fugir ao reconhecimento ou perseguição por parte das autoridades competentes para a promoção penal. Isto em nome da imanência dos bons costumes ao sistema penal em geral, e, em particular, ao programa de tutela tipicamente codificado pela incriminação.

Aquelas motivações nada têm a ver com o âmbito da necessária proteção da integridade física, apenas contendendo com o bem jurídico que é objeto do crime almejado. É o que sucede, por exemplo, quando um médico leva a cabo uma intervenção cosmética no rosto do paciente para ocultar a autoria de um crime. Nestes casos, o conteúdo do ilícito não está na lesão corporal – como facilmente se representará pondo-se entre parênteses o fim prosseguido – mas um outro crime relativo a outros bens jurídicos (art.º 367.º do CP).

De facto, "o respeito pela área de tutela duma incriminação como a das ofensas corporais não permitirá invocar os bons costumes para fundamentar a punibilidade de lesões corporais consentidas só porque preordenadas à prática de outros ilícitos (penais)"¹¹⁴, desde

¹¹⁴ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra

que as lesões não devam ser consideradas graves (art.º 144.º do CP) .

Mostra-se que a referência aos bons costumes “não quer remeter para a contrariedade moral”, na verdade, “o facto consentido constitui ofensa aos bons costumes sempre que (mas só quando) ele possui uma gravidade e (sobretudo) uma irreversibilidade tal (v g. uma mutilação) que fazem com que, nestes casos, apesar da disponibilidade de princípio do bem jurídico, a lei valora a sua lesão mais altamente do que a autorrealização do seu titular”¹¹⁵.

De facto, ao contrário do que se passa com o consentimento viciado por erro ou provocado mediante coação, "o consentimento contrário aos bons costumes valerá sempre como expressão autêntica da livre autodeterminação do indivíduo"¹¹⁶.

A disponibilidade da ofensa à integridade física, se integradora do conceito de ofensa à integridade física grave (artº 144.º do CP), depende, assim, quer dos fins e motivos do agente ou do ofendido, quer dos meios empregados, quer da amplitude previsível da ofensa, conforme dispõe o art.º 149.º do CP.

V.1.1.5. Quanto às lesões ligeiras.

Relativamente às lesões ligeiras, Costa Andrade pronuncia-se no sentido de "reconhecer ao consentimento força bastante para justificar"¹¹⁷ as ofensas à integridade física simples, não havendo que considerar se a lesão é ou não ofensiva dos bons costumes.

No mesmo sentido se pronuncia Figueiredo Dias "uma ofensa à integridade física simples e passageira não ofenderá os bons costumes, quaisquer que tenham sido os motivos ou os fins que tenham estado na base do consentimento: aqui a supremacia do conflito deve ser deferida ao valor da autorrealização pessoal"¹¹⁸.

Editora 2004, p. 543, 544, ISBN 972-32-0438-X.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 481, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 546, ISBN 972-32-0438-X.

¹¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 546, ISBN 972-32-0438-X.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição,

Contudo, precisando o sentido da ofensa aos bons costumes, refere que "o facto consentido constitui ofensa aos bons costumes sempre que (mas só quando) ele possui uma gravidade e (sobretudo) uma irreversibilidade tais que fazem com que, nesses casos, apesar da disponibilidade de princípio do bem jurídico, a lei valore a sua lesão mais altamente do que a autorrealização do seu titular"¹¹⁹.

Também Taipa de Carvalho entende que "deve ser considerado ineficaz e irrelevante, no sentido de não excluir a ilicitude do ato praticado, o consentimento em lesões que, apesar de não configurarem o crime de "ofensa à integridade física grave", sejam graves e irreversíveis"¹²⁰; exemplificando refere as situações como o consentimento "numa facada no braço" ou o "corte de um dedo".

Parece haver alguma sintonia entre as posições de Figueiredo Dias e Taipa de Carvalho. De facto, Figueiredo Dias acentua o carácter "simples e passageiro" da ofensa, o que permite excluir aquelas lesões que, embora não sendo graves, não deverão ser consideradas simples e passageiras, como sucede com a "facada no braço" ou o "corte de um dedo", pelo que nestas situações será necessário recorrer a outros elementos para decidir se o facto ofende ou não os bons costumes.

A norma do art.º 149º-2, do CP, referindo, por um lado, "*os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa*" e, por outro lado, "*os motivos e os fins do agente ou do ofendido*", fornece-nos elementos importantes para a boa decisão da questão.

Assim, as aludidas ofensas, a "facada no braço" ou o "corte de um dedo"¹²¹, que poderão não ser consideradas suscetíveis de configurarem o crime de "ofensa à integridade física grave", mas que também não são "simples e passageiras", quando consentidas, só não deverão ser consideradas ofensivas dos bons costumes, quando os motivos e os fins do agente

2.ª reimpressão, p. 482, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 481, ISBN 978- 972-32-2108-4.

¹²⁰ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2008, p.s 452, 453, ISBN 978-972-32-1618-9.

¹²¹ O corte de um dedo, que não deverá ser enquadrável na al. a) do art.º 144.º do CP, poderá porém ser enquadrado na sua al. b), sempre que retire ou afete, de maneira grave, a capacidade de trabalho do ofendido. Cremos por isso que Taipa de Carvalho, com o exemplo que apresenta, considerou apenas que o facto não seria enquadrável na al. a) do art.º 144.º e, também, que não retiraria ou afetaria, de maneira grave, a capacidade de trabalho do ofendido.

De facto, como refere Paulo de Albuquerque (*Comentário do Código Penal*, 3.º edição, 2015, UCP, p. 560), "pode tratar-se de incapacidade para o trabalho em geral ou para o trabalho específico da vítima", pelo que, se o ofendido for um pianista, tal lesão (corte de um dedo) afetará de maneira grave a sua capacidade de trabalho.

ou do ofendido devam ser considerados positivos e, por isso, não contrários aos bons costumes.

Considerando o fim positivo, não deverá ser considerada como contrária aos bons costumes a conduta daquele que, perante a situação de alguém que é picado num dedo por uma cobra, inofensiva e não venenosa, mas ignorando-se esse facto e receando-se que a picada da cobra cause a morte ao ofendido, perante a solicitação deste, lhe corta esse dedo de imediato.

V.1.1.6. Quanto às lesões graves. A eutanásia passiva e ativa:

Já quanto às ofensas à integridade física graves as opiniões divergem, entre aqueles para quem a ofensa é sempre contrária aos bons costumes e aqueles que admitem a intervenção de um fim positivo suscetível de neutralizar o estigma da ofensa aos bons costumes, em princípio indiciado pela gravidade da lesão corporal.

Enquadram-se nesse fim positivo "as lesões, mais ou menos graves, decorrentes "de transplantes entre vivos", abrangendo outras situações em que as lesões graves são resultantes da "experimentação humana", de "intervenção cosméticas, de operações transsexuais" ou de "métodos de tratamento exteriores à codificada "medicina académica""¹²².

No que respeita às ofensas à integridade física graves "para se poder fundamentar aqui a justificação – precisa Arzt – terá de acrescer ao consentimento uma ponderação de bens". No mesmo sentido considera Triffterer que "ao lado do consentimento do portador concreto do bem jurídico tem igualmente lugar uma avaliação objectiva da desejabilidade da intervenção". Para Hirsch a eficácia justificativa do consentimento exige a concorrência "de outros pontos de vista de justificação", designadamente, "quando acresça um fim suscetível de justificar o facto"¹²³.

Mostra-se que a qualificação da ofensa corporal como contrária aos bons costumes,

¹²² ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 546-547, ISBN 972-32-0438-X.

¹²³ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 547-548, ISBN 972-32-0438-X.

não depende, exclusivamente, do facto de a ofensa dever ser considerada grave, sendo também necessário que se verifique a inexistência de circunstâncias que, em sede de ponderação de bens, possam ser consideradas como justificativas do facto.

Quanto à eutanásia passiva e ativa:

A República Portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana (art.º 1.º/CRP).

Tal preceito impõe limites à intervenção médica, proibindo a instrumentalização do ser humano, proibição que implica que o paciente não possa ser reduzido a um objeto inanimado da medicina intensiva, e, conseqüentemente, proíbe o "encarniçamento terapêutico"¹²⁴, o uso de meios extraordinários, fúteis ou desproporcionados de tratamento, até uma morte inevitável, sem benefícios para o paciente (distanásia).

Como é reconhecido, "o médico tem o dever de se abster de terapêuticas sem esperança, evitando assim a obstinação terapêutica (...). Os médicos devem interromper os tratamentos quando forem considerados fúteis, inúteis e prejudiciais ao doente, pois muitas vezes acabam por produzir mais dores e sofrimento do que benefícios"¹²⁵.

De facto, o conceito de dignidade não pode considerar-se inútil nem tão pouco dispensável.

"Tem justificado situações de suicídio assistido, ajudado por alguém, quando o doente, em estado de insuportável dor e sofrimento, suplica que o aliviem à custa de drogas que lhe anteciparão inexoravelmente a morte. A degradação biológica devido à doença, à velhice, ao acidente físico pode atingir um grau tão elevado que o processo de morte se revela quase irrecusável. "O pior não é morrer, mas desejar a morte e não conseguir obtê-la"¹²⁶.

Aliás, o Código Deontológico, distinguindo entre eutanásia e distanásia, proíbe uma e outra. Admite, contudo, os cuidados paliativos com o objetivo de minimizar o sofrimento e melhorar, tanto quanto possível, a qualidade de vida dos doentes¹²⁷.

¹²⁴COSTA, José de Faria, "O Fim da Vida e o Direito Penal", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* Coimbra Editora, 2003, p. 798, ISBN 972-32-1193-9, refere que "curar não é seguramente, todos o dizem, levar a cabo uma exasperação ou encarniçamento terapêutico".

¹²⁵Parecer do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, de 1995, de que foi relator Daniel Serrão, sobre os aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o fim da vida.

¹²⁶SOARES, Jorge,— "Mors Certa, Hora Incerta (ou Hora Certa?) Valores, Direitos, Escolha", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 189, ISBN 978-972-32-1896-1.

¹²⁷O Código Deontológico (Regulamento n.º 707/2016, de 21/07, DR, II série, pag. 22575 e ss.) dispõe, no art.º 65.º, n.º 2, que "ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia" e, no art.º 66.º, relativo aos cuidados paliativos, dispõe, designadamente, que "o médico

Tal critério permite apontar para "a impunidade das situações em que o paciente aceita tratamento, independentemente de com essa decisão ou com esse tratamento se encurtar ou não a vida, quando a intenção é a de manter a vida (que resta) com qualidade"¹²⁸.

Essencial, no âmbito da morte assistida, é, sempre, a auto-determinação, a autonomia, do paciente.

O conceito de eutanásia chama a si diversas constelações de casos, com características comuns, designadamente, porque se trata de pessoas com uma doença fatal, que se encontram mais ou menos próximas da morte; pessoas que desejam, de forma expressa ou presumida, ajuda para uma morte digna, só tendo "relevância penal as situações que conduzam a um encurtamento da vida"¹²⁹.

Na eutanásia passiva, relativa à renúncia a medidas de prolongamento ou sustentação da vida, incluem-se a omissão de medidas de manutenção da vida, como também a sua interrupção.

Essencialmente, na eutanásia passiva, deixa-se a doença tomar o seu curso.

Nestes casos, "tendo em vista o direito de autodeterminação do paciente torna-se sobremaneira relevante o seu envolvimento na decisão, ou seja: os casos em que um paciente – ainda não imediatamente perante a morte mas terminalmente doente – pode, expressa ou presumivelmente, renunciar a medidas de manutenção ou prolongamento da vida"¹³⁰, situação em que a eutanásia passiva, quando em consonância com a vontade do paciente, não é criminalmente punida.

De facto, punível seria intervir sem o consentimento do paciente (art. 156.º do CP).

Diferentemente, a eutanásia ativa significa uma intervenção nas funções vitais do paciente, devendo distinguir-se entre eutanásia ativa direta e eutanásia ativa indireta.

Na eutanásia ativa direta o auxílio à morte é desejado ou pedido pelo moribundo, com vista a evitar mais dores e sofrimento (v.g., a administração de uma injeção letal); tem sido deve dirigir a sua acção para o bem estar dos doentes".

¹²⁸ MONTE, Mário Ferreira, "Da Relevância Penal de Aspectos Onto-axiológico-normativos na Eutanásia – Análise Problemática", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p.s 335-336, ISBN 978-972-32-1896-1.

¹²⁹ GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 112, ISBN 978-972-32-2028-5.

¹³⁰ GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 113, ISBN 978-972-32-2028-5.

entendida como um encurtamento da vida a pedido da vítima, sendo punível como homicídio (art.º 134.º), ou, não havendo consentimento (pedido sério, livre e expresso), pelos art.ºs 131.º, 132º ou 133.º do CP, dependendo da concreta situação.

Na eutanásia ativa indireta (ortotanásia) são incluídas as medidas de minoração da dor ou sofrimento que podem ter como consequência secundária uma aceleração da morte (v.g., administração de doses crescentes de morfina).

A eutanásia ativa indireta, hoje também designada por ajuda à morte ativa indireta, que vem sendo aceite de forma generalizada como medida de atenuação do sofrimento, é definida como o tratamento, prestado a paciente moribundo, ou pessoa atingida por doença incurável, que seja "indispensável para afastar ou aliviar a dor ou sofrimento insuportável, mas que tem como consequência um encurtamento maior ou menor do tempo de vida"¹³¹.

Contudo, esse resultado, a morte do paciente, "não pode ser intencionalmente querido (dolo direto de 1.º grau) pelo agente"¹³².

Inicialmente, considerava-se que a impunibilidade do facto de ajuda à morte ativa indireta, só se verificava nos casos de dolo eventual.

Hoje, a generalidade dos autores inclina-se para "alargar o regime ao dolo necessário, (...) estendendo (...) a impunidade aos casos em que o agente não só representa a possibilidade de encurtamento da vida e com ela se conforma, mas também representa aquele resultado como seguro porque consequência necessária do facto"¹³³.

Não é punível a eutanásia ativa indireta, ou ajuda à morte ativa indireta, quando não existe por parte do médico intenção de encurtamento da vida do paciente, quando, pelo contrário, a finalidade do médico é a "atenuação do sofrimento através de terapia ou tratamento e não o fim do sofrimento através da morte do paciente"¹³⁴.

Duas correntes fundamentais procuram justificar a solução, a tese do direito de necessidade (só ou combinado com o consentimento) e a solução da atipicidade.

¹³¹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 115, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³²ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 115, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 118, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³⁴GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 115, ISBN 978-972-32-2028-5.

Para aqueles que defendem a tese do direito de necessidade não há aqui "um atentado constitucionalmente relevante ao direito à vida prevalecente sobre a integridade física, no sentido de ausência de sofrimento, sustentada na autonomia do paciente". O que significa que os defensores da solução da justificação adotem posições rigorosamente sobreponíveis quer quanto ao bem jurídico a salvaguardar e a preservar quer quanto aos interesses a levar à balança da ponderação"¹³⁵.

Para aqueles que defendem a solução da atipicidade, os fundamentos são diversos, uns privilegiam a ideia da adequação social, outros o risco permitido, outros a falta de imputação objetiva.

Outros, ainda, entendem que o facto não representa uma concretização do sentido social da ação típica de matar ou que ele não é abrangido pela área de proteção das normas que incriminam o homicídio.

"Esta última solução (...) terá a plausibilidade acrescida no contexto do direito positivo português, à luz, nomeadamente do disposto no art.º 150.º. E será tanto mais assim quanto se faça depender a impunidade, além do mais, da exigência de que o ato seja levado a cabo por um médico e se mostre medicamente indicado"¹³⁶.

Temos assim que esta última solução dá prevalência aos interesses do paciente face aos deveres do médico, pressupondo que a intervenção do médico observe o cumprimento das *leges artis*, designadamente no que respeita à dosagem de medicação, que deverá ser a medicamente indicada, "ainda que com risco de um encurtamento da vida"¹³⁷.

Contudo, como vem sendo reconhecido, a fronteira entre a eutanásia direta e indireta situa-se na intenção do médico.

Em duas situações idênticas, o médico, prescrevendo uma mesma medicação, pode agir com o intuito de causar a morte ou com o intuito de apenas aliviar a dor, embora sabendo que pode causar a morte.

O critério para avaliar a atuação do médico terá porém de ser objetivo, terá de ser avaliado em função do cumprimento das *leges artis*, sendo que o procedimento desconforme

¹³⁵ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 117, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³⁶ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 117, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³⁷GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 125, ISBN 978-972-32-2028-5.

às *leges artis* será um indício forte do dolo do médico de causar a morte.

Conclui-se pois que, verificados os referidos pressupostos, do conflito de deveres entre o dever de agir no sentido da manutenção da vida (omitindo a medicação que encurta a vida) e o dever de agir no sentido da minoração do sofrimento, e havendo consentimento, devidamente esclarecido, do paciente, deverá considerar-se a eutanásia indireta como justificada, ou melhor, atípica, permitindo a morte em dignidade do paciente.

De facto, também nestes casos, deverá ser reconhecida e garantida a autonomia do paciente.

Não podendo o paciente manifestar a sua vontade, deverá atender-se às diretivas antecipadas de vontade, se as houver, e, excecionalmente, ao consentimento presumido, "decisiva deve ser a determinação da vontade do paciente se pudesse informadamente pronunciar-se sobre a situação"¹³⁸.

Já quanto ao suicídio medicamente assistido, que pode ser definido como a indução de uma morte não natural através da intervenção consciente do suicida na sua vida, o que determina a sua diferenciação das várias formas de eutanásia (em especial, será necessário distinguir da ativa direta) é o facto de ser a vítima quem, de acordo com a doutrina do ponto sem regresso (*point of no return*), "leva a cabo a acção que inexoravelmente conduzirá à morte"¹³⁹.

Diferentemente, no caso da eutanásia, a acção última é levada a cabo, não pelo próprio mas por terceiros, designadamente, pelo médico.

No suicídio medicamente assistido o médico apenas prescreverá a dose letal de medicamentos.

Este comportamento do médico, que é permitido nalguns ordenamentos jurídicos, designadamente na Alemanha, não é permitido em Portugal, sendo a conduta punida pelo crime de ajuda ao suicídio (art.º 135.º CP).

Pronunciando-se sobre a questão do homicídio a pedido da vítima, Mário Ferreira

¹³⁸DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 27, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹³⁹GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 117, ISBN 978-972-32-2028-5.

Monte defende que "não se trata apenas de saber se tenho ou não o direito de livremente fazer o que quero da minha vida. Ao poder envolver terceiros, ao poder envolver a comunidade, o problema não é um problema individual, pessoal, mas passa a ser um problema de todos, da comunidade. (...) isto implica que se faça uma opção em termos de contrato social: ou um modelo assente na liberdade individual, prevalecendo sobre a ingerência do Estado, excepto quando esta visasse proteger o cidadão; ou um modelo de compromisso social, de prevalência do ethos comunitário sobre o indivíduo, de tal sorte que certos bens seriam considerados, como são, bens jurídicos de uma tal importância, de tal modo indisponíveis, mesmo tratando-se de bens pessoais ou pessoalíssimos, tal como sucede com a vida, para limitação dos quais teria de ser a comunidade a pronunciar-se. É este segundo modelo que o nosso ordenamento e em geral todos os que comungam da mesma inspiração constitucional têm aderido, apesar de os códigos penais europeus serem de matriz liberal, justamente por estar em causa a vida e envolver terceiros e não apenas o seu titular"¹⁴⁰.

Contudo, não deixa de ponderar pela atribuição de relevância à decisão do paciente que opta pela realização de tratamento que, embora lhe possa encurtar a vida, tem por intenção "manter a vida (que resta) com qualidade", por entender que, nestes casos, não se trata de "por em causa o bem jurídico vida, mas de dar expressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que seja o titular a definir como quer viver"¹⁴¹.

Exemplifica, referindo a situação do doente que, com sofrimento causado por dores insuportáveis, aceita um tratamento que lhe retira as dores mas lhe encurta a vida. Do que se trata não é de atentar contra o bem vida, porque a morte sempre ocorreria em pouco tempo, mas de conceder ao paciente uma vida com qualidade, sem dores e, por isso, com mais dignidade.

Importará averiguar se haverá equivalência entre os deveres (de intervir, para salvar, ou de omitir, não havendo consentimento, a intervenção ou tratamento) ou se, pelo contrário, deverá ser concedida prevalência a um deles.

A resposta, cremos, só pode ser uma, a da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que seja o doente a decidir qual a intervenção ou tratamento

¹⁴⁰MONTE, Mário Ferreira, "Da Relevância Penal de Aspectos Onto-axiológico-normativos na Eutanásia – Análise Problemática", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* Coimbra Editora, 2010, p.s 322-324, ISBN 978-972-32-1896-1.

¹⁴¹MONTE, Mário Ferreira, "Da Relevância Penal de Aspectos Onto-axiológico-normativos na Eutanásia – Análise Problemática", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* Coimbra Editora, 2010, p. 336, ISBN 978-972-32-1896-1.

médico-cirúrgico a que deseja ser submetido, e conseqüentemente, ser ele também a definir como quer viver.

A Lei 31/2018, de 18/07, consagrou os direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida.

Considera-se que uma pessoa se encontra em contexto de doença avançada e em fim de vida, quando padeça de doença grave, que ameace a vida, em fase avançada, incurável e irreversível e exista prognóstico vital estimado de 6 a 12 meses.

Contudo, quando o prognóstico vital seja breve - estimado em semanas ou dias -, e o doente apresente sintomas de sofrimento, não controlado pelos cuidados paliativos, as pessoas têm direito a receber sedação paliativa (8.º/1).

À pessoa em situação de últimos dias de vida, é assegurado o direito à recusa alimentar ou à prestação de determinados cuidados de higiene pessoal (8.º/3).

As pessoas que se encontrem em contexto de doença avançada e em fim de vida podem consentir em ser assistidas pelos seus familiares ou cuidadores na tomada de decisões sobre o seu processo terapêutico (10.º/1).

Quando as pessoas se encontrem em contexto de doença avançada e em fim de vida e, não se verificando o caso anteriormente referido (consentimento em ser assistidas pelos seus familiares ou cuidadores na tomada de decisões sobre o seu processo terapêutico), é ao médico responsável e à equipa de saúde que compete tomar decisões clínicas, ouvida a família, no exclusivo e melhor interesse do doente e de acordo com a vontade conhecida do mesmo (10.º/2).

Assim, também neste momento, prevalece a autonomia do paciente, relativamente aos tratamentos que deseja ou não deseja receber, sendo decisiva a vontade expressa ou presumida do portador do bem jurídico.

Conclui-se assim que: a omissão de tratamento que conduz a morte natural é permitido se essa for a vontade do doente; a ação para atenuar a dor, que tem por efeito secundário o encurtamento da vida, também é permitida se essa for a vontade do doente; a ação de matar (novo processo de morte) ou ajudar ao suicídio não é permitida mesmo que essa seja a vontade do doente (cfr. art.s 134.º e 135.º do CP).

V.1.2. O acordo que afasta a tipicidade. Posição adotada:

Só poderá falar-se de *acordo* "quando o tipo legal expressa ou implicitamente postula que o agente atue sem ou contra a vontade do lesado"¹⁴².

Nos casos em que o consentimento ou dissentimento são elementos constitutivos do tipo, o consentimento do ofendido não constitui causa de justificação.

Alguns tipos legais, como seja, o art.º 142.º, n.º 1, em que é elemento do tipo o consentimento da mulher, e os art.º 140.º, n.º 1, 190.º, 191.º, 192.º, 194.º, 195.º e 196.º, que exigem a falta de consentimento dos ofendidos, "são estruturados precisamente na base do consentimento ou do dissentimento (elementos do tipo) pelo que a sua falta faz com que seja a própria tipicidade que não existe"¹⁴³.

Nestes casos, segundo o tipo de ilícito, "o *acordo* do interessado faz com que a realização do comportamento corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e faça com que a acção, antes de lesar o bem jurídico, contribua para uma sua mais perfeita realização"¹⁴⁴.

Ao contrário do que sucede com o consentimento, "a eficácia jurídico-penal do *acordo* não está sujeita a qualquer cláusula limitativa dos *bons costumes*. Não só nem principalmente porque a lei o não prescreve, como e sobretudo porquanto a sua imposição legal não teria aqui sentido"¹⁴⁵.

De facto, a invocação dos *bons costumes* em relação ao acordo seria contraditória nos seus termos.

No caso da ofensa à integridade física simples (143.º do CP) ou negligente (148.º do CP), cujo bem jurídico protegido, a integridade física, é livremente disponível, desde que não ofenda os *bons costumes* (art.º 38.º/1, CP), sempre estaremos perante uma violação daquele bem jurídico e não perante a sua plena realização.

Nestes casos, o consentimento deverá funcionar, apenas, como causa de justificação.

¹⁴² ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 143, ISBN 972-32-0438-X.

¹⁴³ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.ª edição, 2015, p. 215, 216, ISBN 9789725404584.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 474, ISBN 978-972-32-2108-4.

¹⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 559, 560, ISBN 972-32-0438-X.

No caso de as ofensas à integridade física serem causadas por intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, se medicamente indicado, levado a cabo segundo as *leges-artis*, por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada e dotado de finalidade terapêutica, já se compreenderia que o consentimento funcionasse como *acordo* que exclui a tipicidade.

Porém, "vai mais longe a nossa lei, considerando que a intervenção médico-cirúrgica, dotada das características acima indicadas, nunca constitui uma ofensa corporal (art.º 150.º do CP); se todavia ela for levada a cabo *sem consentimento* então o facto integra um crime autónomo – o dos chamados "tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários" (art.º 156.º do CP) – configurado *et pour cause* como um crime contra a liberdade pessoal e onde, por conseguinte, o "acordo" exclui a tipicidade"¹⁴⁶.

Assim, o *consentimento* para a realização, pelo médico, de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com observância dos requisitos a que alude o art.º 150.º do CP, mais do que excluir a ilicitude da conduta do médico, na direção dos crimes de ofensas corporais e homicídio, constitui um "*acordo*", que exclui a tipicidade dessa conduta, relativamente a esses crimes, podendo apenas constituir o crime de "intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários", se o consentimento não for eficaz por o paciente não ter sido devidamente esclarecido, sobre os itens a que alude o art.º 157.º do CP.

Posição adotada:

A opção do legislador português, nesta matéria, ao considerar, contra a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros¹⁴⁷, que a intervenção médico-cirúrgica, dotada das características acima indicadas, nunca constitui uma ofensa corporal, mas sim um crime contra a liberdade pessoal (art.º 156.º do CP), mostra-se a mais acertada.

De facto, é o paciente quem, depois de devidamente informado, decide o que quer que seja feito ao seu próprio corpo e quais os tratamentos a que pretende submeter-se, fazendo-o no exercício da sua liberdade individual ou autonomia face ao tratamento médico, que decorre

¹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 476, ISBN 978-972-32-2108-4.

¹⁴⁷ Exceção feita ao ordenamento jurídico Austríaco, que possui norma semelhante ao art.º 156.º do CP Português.

do princípio da dignidade da pessoa humana inserto no art.º 1.º da Constituição.

Sucede que há bens jurídicos, como o bem jurídico *integridade física*, que é protegido pelo crime de ofensa à integridade física simples (art.º 143.º, CP), relativamente aos quais, embora sendo penalmente tutelados, a lei penal concede prevalência à realização do “sistema pessoal” do agente (titular do bem jurídico) relativamente ao “sistema social”, colocando na disponibilidade deste (através da queixa) a punibilidade dos factos ofensivos daquele bem jurídico.

Nestas situações em que a renúncia pelo titular do bem protegido à sua proteção é feita à custa da violação de um direito jurídico-penalmente protegido (a integridade física), ainda que na disponibilidade do ofendido, a ofensa constitui sempre uma lesão efetiva de um bem jurídico, razão porque o consentimento funciona, aqui, como causa de exclusão da ilicitude.

Diferentemente, como sucede com o bem jurídico *liberdade de decisão da pessoa submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, de aceitar ou recusar a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que lhe é proposto pelo médico*, que é protegida pelo crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º, CP), o acordo do paciente permite que a realização da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, proposto e aceite, seja feita no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e que a ação, antes de lesar o bem jurídico, contribua para a sua mais perfeita realização.

Nos casos de acordo, como sucede no crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, não há conflito entre bens jurídicos, porquanto o consentimento do doente, se devidamente esclarecido, ao invés de se traduzir numa qualquer lesão do sistema social, corresponde exatamente ao exercício de um direito de liberdade. Por sua vez, a atuação do médico, ao curar a pessoa, não viola a liberdade do doente, antes torna possível o exercício dessa liberdade.

Aqui, ficam afastados os conflitos entre a autonomia pessoal do portador do bem jurídico e o programa de tutela penal, porque o bem jurídico se realiza precisamente através do exercício dessa liberdade de decisão.

Nestes casos, o consentimento do titular do bem jurídico, se livre e esclarecido (art.ºs 156.º e 157.º do CP), ao invés de lesar o bem jurídico, constitui o seu exercício e a sua perfeita realização, razão porque o consentimento funciona, aqui, como acordo que afasta a tipicidade.

A tese dualista, sobre o enquadramento jurídico-penal do consentimento, mostra-se, assim, a que melhor responde às dificuldades de apreciação das diferentes situações da vida.

PARTE 3

AUTODETERMINAÇÃO E DEVER DE ESCLARECIMENTO.

VI. A autodeterminação do doente

VI.1. O ato de autodeterminação:

A autodeterminação autêntica só existirá se o consentimento traduzir uma *vontade* séria, livre e *esclarecida* do titular do interesse juridicamente protegido, não podendo, designadamente, mostrar-se inquinada por qualquer vício da vontade, que não permita considerar o consentimento "como expressão da autonomia da pessoa de quem consente"¹⁴⁸.

Temos assim que o consentimento do paciente, prestado nos termos e para os efeitos do disposto nos art.ºs 156.º e 157.º do CP, só é válido, enquanto manifestação da autodeterminação autêntica do paciente, se se traduzir no exercício de uma *vontade séria, livre e esclarecida* .

VI.2. A capacidade, a incapacidade e a representação:

VI.2.1 A capacidade:

A capacidade de quem consente é pressuposto para que o ato possa ser considerado válido e eficaz, como autêntica auto-realização pessoal.

Para haver autêntica auto-realização pessoal, “esta capacidade não pode ser medida pelas (nem avaliada à luz das) normas jurídico-civis relativas à capacidade”¹⁴⁹.

Importa garantir que quem consente é capaz de avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica.

Por isso, o consentimento só é eficaz se for 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 - art.º 38.º, n.º 3, do CP.

¹⁴⁸DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 485, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹⁴⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 450, ISBN 978-972-32-2061-2.

Norma que abrange, não apenas quem tenha idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, mas todo aquele, de qualquer idade, que não disponha, temporária ou permanentemente, do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, no momento em que o presta¹⁵⁰.

De facto, quem não possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance, no momento em que presta o consentimento, mesmo tendo mais de 18 anos, não pode ser considerado como capaz de manifestar uma vontade séria, livre e esclarecida, não sendo por isso válido e eficaz o consentimento que preste.

Parece-nos ser também esse o entendimento de Germano Marques da Silva quando refere que "a validade do consentimento pressupõe uma capacidade natural que não corresponde à capacidade civil. É o que resulta do n.º 3, do art.º 38º, quando acrescenta ao limite inferior da capacidade natural para a eficácia do consentimento, a idade de 16 anos, a exigência de o ofendido possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do facto consentido no momento em que o presta"¹⁵¹.

O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁵², no seu art.º 21.º, sob a epígrafe "doentes incapazes de dar o consentimento", dispõe que " a opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de obter o consentimento dos representantes legais daqueles e de ponderar eventuais interesses contrapostos".

Guilherme de Oliveira vai mais longe entendendo que "os menores, de qualquer idade, podem prestar consentimento para todos os actos de assistência médica que se revistam de pequena importância que estejam por isso ao alcance da sua capacidade natural". Acrescenta que "esta legitimidade para consentir fundamenta-se no preceito do CC (art.º 127.º-2) que, embora esteja previsto apenas para actos de conteúdo patrimonial, pode aplicar-se, por

¹⁵⁰ Defendendo posição diversa, de que o alcance do n.º 3, do art.º 38.º do CP, apenas se reporta a pacientes entre os 16 e 18 anos, MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (ir)relevância do Consentimentos dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos*, FDUC,CDB, 21, Coimbra Editora 2013, p. 53, ISBN 978-972-32-2137-4.

¹⁵¹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 218, ISBN 9789725404584.

¹⁵² O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos foi aprovado pelo Regulamento 707/2016, de 21/07, tendo hoje, neste preceito, redação semelhante ao anterior, aprovado pelo Regulamento n.º14/2009, de 13/01. Porém foi acrescentado que o médico tem "*de ponderar eventuais interesses contrapostos*", entre os interesses do menor e do seu representante legal, o que reforça o entendimento de que a decisão, dos representantes legais, terá de ter em atenção, essencialmente, a saúde do menor e não quaisquer outros interesses.

analogia, aos actos de natureza pessoal de pequeno relevo"¹⁵³.

Afigura-se-nos que esta posição de Guilherme de Oliveira deverá ser entendida por forma a não contrariar as normas quer do n.º 3, do art.º 38º, do CP, quer à norma do art.º 21.º/3, do CD, porquanto, se por um lado o médico deve tomar em consideração a opinião dos menores de acordo com a sua maturidade, por outro lado, não fica desobrigado, sendo possível em tempo útil e considerando a urgência da intervenção/tratamento proposto, de obter o consentimento dos seus representantes legais e de ponderar eventuais interesses contrapostos.

A questão deverá ser decidida, ponderando na intervenção/tratamento que melhor defende a saúde do menor, por ser essa a decisão que o menor, presumivelmente, tomaria no caso de dispor de capacidade para tal.

Amelung¹⁵⁴ estrutura o conceito de *capacidade para consentir* em quatro momentos: a capacidade de decidir sobre valores; a capacidade para compreender os fatos; a capacidade para compreender as alternativas; e a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Se faltar um destes elementos a pessoa deve ser considerada incapaz para consentir.

A *capacidade de decidir sobre valores* significa que quem consente "realiza uma ponderação custos-benefícios, na qual os benefícios superam os sacrifícios (...) segundo o seu próprio sistema de valores".

A *capacidade para compreender os factos e os processos causais* significa que quem consente tem que "saber ou perceber os esclarecimentos sobre os fatos e os processos causais envolvidos. Deve poder compreender os processos causais futuros, ser capaz de fazer prognósticos" (por exemplo, quem quer ser operado aos rins tem que poder prever os riscos de realizar e de não realizar essa intervenção cirúrgica). "Essa capacidade de compreender fatos pode faltar nos casos de falta de inteligência, derivadas da debilidade, das demências e da idade. Nestes casos, o paciente pode ter capacidade para consentir em certas intervenções simples, mas não em tratamentos mais complexos".

A *capacidade para compreender as alternativas* significa que quem consente "tem de

¹⁵³ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, FDUC-CDB, 1, 2.ª edição, Coimbra Editora 2005, p. 245, ISBN 972-32-1316-8.

¹⁵⁴ Apud, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, FDUC,CDB, 9, Coimbra Editora 2004, p.s 155-158, ISBN 972-32-1247-1.

ter capacidade de entender, designadamente na área das intervenções médico-cirúrgicas, os custos benefícios e riscos de cada uma das alternativas de tratamento/intervenção que lhe são propostas, e de tomar uma decisão sobre essas alternativas".

A capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida, significa que "o sujeito tem de ter a capacidade de relacionar os seus valores e os seus conhecimentos. A capacidade para consentir exige uma capacidade volitiva, a capacidade de se autodeterminar com base na informação disponível".

Todos estes elementos relevam para avaliar e decidir se o paciente, em concreto, dispõe ou não de capacidade para, livremente, consentir na realização do tratamento proposto sobre o seu corpo.

VI.2.2. A incapacidade. O paciente com capacidade diminuída.

É incapaz para consentir, quem, "devido à menoridade, debilidade mental ou doença psiquiátrica não consegue apreender: a) qual o valor ou o grau que os bens ou interesses atingidos têm para si no caso de consentir; b) sobre que factos está a decidir; c) quais as consequências e riscos que podem decorrer da sua decisão; d) que outros meios existem para os mesmos objetivos, que eventualmente lhe causem menos danos. O mesmo vale quando o menor, o débil mental ou o doente psíquico têm as informações necessárias, mas não têm condições biopsicológicas que lhes permitam decidir"¹⁵⁵.

São assim dois os elementos que definem a falta de capacidade para consentir:

"Primeiro, é necessário que haja um defeito psíquico, que distinga o incapaz de um adulto saudável; este requisito "biológico" é descrito com os conceitos de menoridade, debilidade psíquica e doença mental;

Em segundo lugar, estas características "biológicas" têm de ter efeitos psicológicos, que levem à distorção dos valores, que limitem a capacidade de entender factos, consequências e alternativas ou que conduzam a uma incapacidade de se autodeterminar"¹⁵⁶.

¹⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, FDU, CDB, 9, Coimbra Editora 2004, p.s 158-159, ISBN 972-32-1247-1.

¹⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*,

A falta de capacidade para consentir pode ser definitiva ou temporária.

O que importa apurar, relativamente ao objeto deste estudo, é se o doente, no momento em que deve prestar o consentimento para a intervenção médico-cirúrgica que lhe é proposta, dispõe ou não das condições biopsicológicas que lhe permitam, por um lado, compreender as consequências para a sua saúde da decisão de aceitar ou recusar a intervenção/tratamento que lhe é proposto e, por outro lado, se dispõe ou não de condições para se autodeterminar com base na informação prestada e na sua compreensão.

O paciente com capacidade diminuída.

A capacidade para consentir não se afere pelas regras do direito civil, sendo apenas exigível que quem consente tenha a maturidade para "avaliar o significado do consentimento e o sentido da acção típica"¹⁵⁷.

A presunção de consentimento pressupõe a capacidade (jurídico-penal) para consentir. Não dispõe dessa capacidade o menor de 16 anos, e o que não possui o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta – art.º 38.º-3,CP.

O art.º 38.º, n.º 3, do CP, faz depender a eficácia do consentimento da verificação, cumulativa, de o paciente ter *mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*.

Sucedem que alguns doentes, quer se tratando de adultos com capacidade diminuída, quer se tratando de crianças que se encontram em formação, não dispõem da necessária capacidade e discernimento, para avaliar se lhes convém e desejam receber a intervenção/tratamento proposto e decidir no sentido de dar ou não o seu consentimento para a realização dessa intervenção/ tratamento.

A incapacidade do paciente, para prestar o consentimento para o tratamento proposto, é suprida, consoante os casos, pelos institutos das responsabilidades parentais, ou da tutela, ou

FDUC,CDB, 9, Coimbra Editora 2004, p. 159, ISBN 972-32-1247-1.

¹⁵⁷DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 483, ISBN 978-972-32-2061-2.

do acompanhamento (art.ºs 124.º, 138.º, 139.º, 1881.º e 1921º do CC)¹⁵⁸.

Quer o acompanhamento quer as responsabilidades parentais devem ser exercidos no interesse do maior acompanhado ou do menor e, especialmente, da sua saúde (art.ºs 140.º e 1878.º, n.º 1, do CC).

Por outro lado, o médico deve tomar em consideração a opinião do menor, de acordo com a sua maturidade, mas não fica desobrigado de obter o consentimento dos seus representantes legais¹⁵⁹.

Não havendo coincidência entre a vontade do menor e a dos seus representantes legais, e "não se tratando de situação que, em razão da urgência e/ou imprescindibilidade da intervenção para salvar a vida ou a saúde essencial do menor, se tenha de resolver por apelo ao consentimento presumido (art.º 156.º/2, do CP) ou à autorização do Tribunal", por exemplo, uma cirurgia capaz de melhorar a qualidade de vida de criança de 13/15 anos de idade, mas que comporta riscos de alguma gravidade, havendo conflito entre a vontade dos pais e da criança, deverá "tentar encontrar-se uma solução que não represente uma violência, na perspectiva da criança já adolescente"¹⁶⁰.

Quanto aos portadores de anomalia psíquica, deverá entender-se que "a doença mental, enquanto causadora de anomalia psíquica, não será bastante para justificar uma incapacidade de agir, nem tão pouco o decretamento de uma incapacidade judicial, se não apresentar um

¹⁵⁸A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo, a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação. Por essa razão, com se referiu anteriormente, continuará a fazer-se referência às denominações anteriores, sem prejuízo de se salientar que:

O regime do acompanhamento tem como objetivo garantir o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício dos seus direitos bem como a observância dos seus deveres do sujeito maior de idade, concentrando-se na pessoa, e não especialmente no seu património. O novo regime limita-se ao mínimo necessário para que a autodeterminação e capacidade do beneficiário possam, dentro dos circunstancialismos, ser asseguradas; aliás, não haverá lugar a acompanhamento se os deveres de assistência e cooperação bastarem para a proteção da pessoa. Podendo por isso o tribunal cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes previstos na lei, ou outro, desde que devidamente explicitado. Pode o acompanhado exercer de forma livre o exercício dos seus direitos pessoais e a celebração de negócios da sua vida corrente, a não ser que haja uma disposição da lei ou decisão judicial em sentido contrário. Assim, porque se trata de direito pessoal, salvo disposição da lei ou decisão judicial em sentido contrário, pode o paciente consentir na realização da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto.

Porém, ainda que não tenha sido limitada a liberdade do paciente para consentir na realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sempre que o doente revele incapacidade para o efeito, não nos parece que possa deixar de ser suprido esse consentimento, quer fazendo intervir o acompanhante, quer, verificados os respetivos pressupostos, através do consentimento presumido.

¹⁵⁹Art.º 21.º/3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶⁰CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* –Coimbra Editora, 2010, p. 101, ISBN 978-972-32-1896-1.

estado duradouro. (...) O doente psiquiátrico apenas será incapaz se à doença se associar incompetência para autodeterminar responsabilmente o seu círculo de interesses, não sendo bastante o diagnóstico da doença. O doente mental, apesar do seu estado clínico, sendo maior de idade, mantém o estatuto jurídico de plena capacidade. Valem as regras gerais da capacidade para consentir, bastando a capacidade de discernimento. (...) A intervenção médica só é válida mediante o consentimento livre e esclarecido do doente capaz de discernir (ressalvadas as situações de tratamento compulsivo), podendo o consentimento ser revogado a qualquer momento"¹⁶¹.

Relativamente a menores ou adultos incapazes, não havendo possibilidade de, em tempo útil, contactar os seus representantes, deverá apelar-se ao "*interesse do doente-incapaz*"¹⁶², por ser nesse sentido que deveria manifestar-se o representante do incapaz, devendo o médico intervir na medida e de acordo com o "*interesse do doente-incapaz*".

A atuação do representante legal, de adultos incapazes, "ainda que se pautem pelo critério do *bonus pater familia*, deverá ceder, conformando-se com a vontade real ou presumida do representado e orientando-se de acordo com os seus interesses"¹⁶³.

Sendo que, *no melhor interesse do doente* deverá ser considerada a *decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade*¹⁶⁴.

Figueiredo Dias¹⁶⁵ entende que neste caso deverá recorrer-se à vontade presumida do representante legal.

Importa porém considerar que, como decorre do disposto nos art.ºs 145¹⁶⁶ e 1878.º do CC, incumbe ao tutor e aos responsáveis parentais o dever de cuidar especialmente da saúde do maior acompanhado ou do filho menor.

E, deverá ser considerado que "uma liberdade pessoal não se comunica ao

¹⁶¹RIBEIRO, Geraldo Rocha, "Internamento "Voluntário" de Interditos: Os Poderes do Representante Legal", *Revista do Ministério Público*, n.º 138, Abr-Jun 2014, p.s 74-75, ISSN 0870-6107.

¹⁶²CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 96, ISBN 978-972-32-1896-1.

¹⁶³RIBEIRO, Geraldo Rocha, "Internamento "Voluntário" de Interditos: Os Poderes do Representante Legal", *Revista do Ministério Público*, n.º 138, Abr-Jun 2014, p. 86, ISSN 0870-6107.

¹⁶⁴Art.º 21.º/5 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 492, ISBN 978-972-32-2108-4.

¹⁶⁶A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação. Por essa razão continuamos a referir a denominação anterior, remetendo para o que se referiu supra sobre o novo regime.

representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante"¹⁶⁷.

Para Engich "o consentimento necessário dos pais não é emanação do direito de autodeterminação do próprio paciente, mas do direito de assistência dos pais que é, ao mesmo tempo, um dever de assistência"¹⁶⁸.

Pelo que "se os representantes legais (v.g. os próprios pais do incapaz) não consentem numa intervenção imprescindível para salvar a vida de uma criança (v.g. o caso clássico de os pais serem Testemunhas de Jeová, não consentindo numa transfusão de sangue, urgente e vital para o seu filho), o médico não incorrerá no crime de tratamentos médicos arbitrários se proceder a essa transfusão de sangue; (...) nesta situação se impõe a actuação do médico, enquanto garante do menor, contrariando a vontade dos pais. Não (...) em razão dos motivos que levam os pais a não conceder a sua autorização, pois se estivesse em causa a vida dos próprios, tal vontade teria de ser respeitada, mas sim (...) porque é uma outra vida que está em causa, e porque os representantes têm de actuar no interesse do representado"¹⁶⁹.

Importa assim assinalar, também aqui, que o consentimento, para a realização de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico de paciente menor (de 16 anos) ou incapaz, a prestar pelos pais ou representante legal (acompanhante, de acordo com a lei 49/2018 de 14/08), se funda essencialmente num dever de assistência que tem como objetivo assegurar a saúde, o bem estar e a recuperação do paciente.

Nestes casos a representação tem lugar, sempre, no interesse do representado, menor ou incapaz, tendo em atenção as finalidades terapêuticas da intervenção/tratamento proposto.

¹⁶⁷ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 603, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹⁶⁸Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 603, ISBN 978-972-32-2061-2.

¹⁶⁹CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* - Coimbra Editora, 2010, p. 95, ISBN 978-972-32-1896-1.

VI.2.3. A representação

Em caso de incapacidade (de menor ou interdito) a legitimidade para consentir em nome do incapaz pertence ao seu representante legal (art.ºs 124.º e 139.º, do CC)¹⁷⁰, embora devam ser ouvidos quer o menor quer o incapaz (art.º 127.º e 139.º do CC).

Nestes casos, "em que a legitimidade representativa provém da lei", a representação "tem lugar sempre no interesse do representado (incapaz)". Daí que "os direitos dos representantes não sejam verdadeiros direitos subjetivos, mas poderes-deveres ou poderes-funcionais"¹⁷¹.

Em matéria de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, a decisão do representante legal só pode ter em conta os interesses do paciente e, designadamente, as finalidades terapêuticas da intervenção/tratamento proposto¹⁷².

¹⁷⁰ A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo, a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação. Sobre as alterações essenciais que resultam da aludida Lei, já nos pronunciamos supra.

¹⁷¹ PINTO, Carlos da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão básica das lições do ano letivo de 1972-73, na Faculdade de Direito de Coimbra, composição dactilográfica e impressão em offset, João Abrantes, 1973, p.s 611, 612 e nota 1.

¹⁷² O art.º 21.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, DR, II série, de 21/06) prescreve, no seu n.º 1, que "*o consentimento dos menores ou doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes ... deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível*". Nos n.ºs 4 e 5, que "*a actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, ...*" e que "*entende-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade*", no n.º 7, prescreve que "*cabe ao médico ponderar, em cada caso, a necessidade de requerer ao tribunal o suprimento judicial de consentimento do doente*".

O anterior Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, de 13/01, no seu art.º 46.º, n.º 6, dispunha que "*quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente*".

A redação do atual art.º 21.º, n.º 7, do CDOM, numa primeira leitura, parece conceder ao médico maiores poderes de decidir contra a vontade dos legais representantes do doente incapaz, porquanto dispõe que *cabe ao médico ponderar, em cada caso, a necessidade de requerer o suprimento judicial de consentimento do doente*.

Cremos, contudo, que tal não sucede, porquanto:

O art.º 156.º, n.º 1, do CP, pune com prisão ou multa a realização de intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente.

O art.º 156.º, n.º 2, al. a), do CP, dispõe que: *o facto não é punível quando o consentimento: a) só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; b) tiver sido dado para certa intervenção tratamento, vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar perigo para a vida, o corpo ou a saúde*.

VI.2.4. A falta de liberdade da vontade.

O ato de autodeterminação só existirá verdadeiramente quando o consentimento "traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido"¹⁷³.

Para ser válido, o consentimento, "além de legal, deve ser consciente, isto é, resultante de uma vontade esclarecida, devidamente ponderado e concreto, tendo efetivamente em vista situações determinadas, além disso, por via de regra, será prestado de maneira expressa"¹⁷⁴.

Necessário se torna que o consentimento seja esclarecido. O art.º 157.º, do CP, impõe que o esclarecimento incida sobre diferentes itens – a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento.

Porém, no caso de erro provocado (engano), "a eficácia do consentimento só pode ser posta em causa (...) se depararmos com um engano referido ao bem jurídico, um erro que caia, neste sentido, dentro da área de tutela da norma de proteção"¹⁷⁵, como sucede quando o médico receita ou ministra ao paciente comprimidos soporíferos, ocultando dolosamente que eles vão prejudicar a saúde do paciente.

Quanto ao erro espontâneo, não provocado, referido ao bem jurídico:

Fora destes casos, e designadamente, não sendo urgente, a intervenção ou tratamento proposto, para um paciente menor ou incapaz (maior acompanhado, na futura redação), a decisão sobre o consentimento pertencerá ao detentor das responsabilidades parentais ou da tutela (do acompanhante, na futura redação) (art.ºs 124.º e 142.º e ss. do CC), sendo que o art.º 145.º do CC dispõe que "o tutor deve cuidar especialmente da saúde do interdito, ...".

Por outro lado, as normas do CDOM, como se extrai do seu preâmbulo, foram aprovadas em Assembleia de Representantes dos médicos, reunida para o efeito, devendo, por isso, ser consideradas como normas corporativas - art.º 1.º, n.º 2, do CC. E, as normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de carácter imperativo – art.º 1.º, n.º 3, do CC.

A interpretação do art.º 21.º, n.º 7, do CDOM terá, assim, de compatibilizar-se com as referidas normas do CC e do CP, não podendo a interpretação, da referida norma do CDOM, ser feita contra as referidas normas do CC e do CP, como resulta do disposto no art.º 1.º, n.ºs 2 e 3, do CC.

Pelo que, a ponderação que o médico deverá fazer, em cada caso, sobre a necessidade de requerer o suprimento judicial de consentimento do doente, terá de ser feita em função da urgência da intervenção/tratamento.

Só em caso de intervenção/tratamento urgente, e quando o *adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, ou tiver sido dado para certa intervenção tratamento, vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar perigo para a vida, o corpo ou a saúde*, é permitido ao médico agir sem o consentimento do legal representante do incapaz e/ou sem o suprimento judicial desse consentimento.

¹⁷³ Art.º 38.º, n.º 2, do Código Penal.

¹⁷⁴ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.ª edição, 2015, p. 217-218 ISBN 9789725404584.

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 485, ISBN 978-972-32-2061-2.

Relevantes serão os erros do paciente sobre os diferentes itens referidos no art.º 157.º do CP, por falta do devido esclarecimento, sempre que lhe retirem a liberdade de decidir, livre e autonomamente, se pretende ou não submeter-se à intervenção/tratamento que lhe é proposto pelo médico.

Embora se entenda ser irrelevante a origem do erro, a verdade é que, no caso de o paciente não ter ficado devidamente esclarecido, embora o médico tenha prestado os esclarecimentos normalmente necessários ao esclarecimento de um paciente "normal", "médio", e tenha prestado o seu consentimento para a intervenção ou tratamento proposto, o preenchimento da factualidade típica prevista no art.º 156.º/3, do CP dependerá de se entender se houve ou não violação, grosseira, por parte do médico, do cumprimento do dever de cuidado, no esclarecimento do paciente, como veremos mais adiante.

VI.2.5. Exceções à liberdade individual ao tratamento médico.

VI.2.5.1. Os cuidados de saúde coativamente impostos a reclusos.

O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL)¹⁷⁶ prevê, no seu art.º 35.º, a possibilidade de os cuidados de saúde serem coativamente impostos a reclusos, limitando o livre direito à auto-determinação dos reclusos sobre o seu corpo.

Considera situações em que esteja em causa perigo para a vida ou perigo grave para a saúde e para o corpo, de outras pessoas, e aquelas situações em que, havendo perigo para a vida, ou perigo grave para a saúde e para o corpo do recluso, o seu estado lhe retire o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa.

Assim, no n.º 2, prevê a possibilidade de as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos poderem ser coativamente impostos ao recluso, "*em caso de perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas*".

No n.º 3, prevê a possibilidade de as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação, poderem ser coativamente impostos ao recluso, "*se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa*".

¹⁷⁶O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) foi aprovado pelo DL 115/2009, de 12/10.

O aludido preceito fixa, também, por um lado, o grau de intervenção permitido e, por outro lado, os pressupostos da intervenção.

Assim, quanto ao grau de intervenção permitido, o n.º 4 estabelece que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e alimentação "*limitam-se ao necessário e não podem criar perigo para a vida ou grave perigo para o corpo ou para a saúde do recluso*".

Por sua vez, o n.º 5 exige que as intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coativos a recluso sejam;

- "*Ordenados por despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional*";
- e,
- "*Executados ou ministrados sob direção médica*".

O preceito (n.º 5) prevê, ainda, a possibilidade, *quando o médico não puder comparecer em tempo útil e o adiamento implicar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso*, da prestação dos primeiros socorros.

O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁷⁷ dispõe que o médico, *relativamente a presos ou detidos, capazes de exercer a sua autonomia*, não pode impor, coercivamente, exames médicos, tratamentos ou alimentação (83.º-1).

Contudo, em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a saúde de presos ou detidos, dispõe que *a recusa pelo doente dos atos referidos no n.º 1* (exames médicos, tratamentos ou alimentação), *deve ser confirmada por médico estranho à instituição* art.º 83.º-2).

Embora o Código Deontológico da Ordem dos Médicos tenha sido publicado como norma regulamentar, quer porque se trata de regulamento mais recente, de Julho de 2016, quer porque se trata de normativo de enorme importância para o exercício da atividade médica, quer, por último, porque concede, ao paciente, preso ou detido, o direito a que a sua situação clínica seja apreciada e confirmada por médico estranho à instituição, deverá ser observado.

Vem sendo considerado que o art.º 3.º da CEDH¹⁷⁸ "*não pode ser interpretado como estabelecendo uma obrigação geral de libertar um detido por motivos de saúde ou de o colocar num hospital civil a fim de lhe ser administrado um tratamento médico de um tipo particular*."

Contudo, esta norma impõe ao Estado o dever de assegurar a todo o detido condições compatíveis com o respeito pela dignidade humana; a saúde e o bem-estar do preso devem ser

¹⁷⁷ O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos foi publicado no DR, II série, de 21.06.2016, como regulamento n.º 707/2016.

¹⁷⁸ Convenção Europeia dos Direitos do Humanos.

protegidos de uma forma adequada, nomeadamente pela administração dos cuidados médicos requeridos tendo em conta as contingências da prisão.

O Tribunal pondera, em regra, três elementos a fim de examinar a compatibilidade do estado de saúde com a manutenção da prisão: a) a condição do detido: examinar se o detido é capaz de cumprir a sua pena; b) a qualidade dos cuidados prestados; e c) a oportunidade de manter a detenção tendo em vista o estado de saúde do detido"¹⁷⁹.

Por outro lado, é preciso ter em conta a especial vulnerabilidade dos doentes mentais.

A Recomendação n.º R 98/7 do *Conselho de Ministros* do Conselho da Europa, relativa aos aspetos éticos e de organização dos cuidados de saúde no meio penitenciário, prevê que os detidos sofrendo de doenças mentais graves devem ser colocados e tratados num serviço hospitalar dotado de equipamento adequado e dispendo de um pessoal qualificado.

Daqui decorre que, a manutenção em detenção de um prisioneiro com perturbações psicóticas, sem enquadramento médico apropriado, pode ser considerada como um tratamento desumano e degradante.

Relativamente à alimentação forçada de quem se encontra em greve de fome:

No Acórdão *Nevmerzhitsky*, de 5 de Abril de 2005, o TEDH entendeu que "a alimentação forçada, de quem se encontra em greve de fome, só deve ser praticada após decisão judicial e, mesmo se alguma coerção é admissível, esse tratamento não pode ultrapassar um nível que possa ser considerado desumano ou degradante. Compete ao Tribunal assegurar-se que a necessidade médica de alimentação forçada está demonstrada de forma convincente, que as garantias processuais que devem acompanhar a decisão da alimentação forçada foram respeitadas e que o tratamento não ultrapassou o limite mínimo de gravidade definido pela jurisprudência do Tribunal sob o ângulo deste artigo"¹⁸⁰.

Relativamente à administração ao detido de produto, que provoca o vómito, destinado a obrigá-lo a regurgitar as drogas que havia ingerido:

O TEDH, na decisão do caso *Jalloh c. Alemanha*, entendeu haver violação do art.º 3.º

¹⁷⁹BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, 5.ª edição, 2016, p.s 99-100, ISBN 978-972-40-6193-7.

¹⁸⁰BARRETO, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, 5.ª edição, 2016, p.s 100-101, ISBN 978-972-40-6193-7, aludindo ao Acórdão publicado em R05-II, pág. 355,§ 93.

da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na administração ao detido de produto, que provoca o vômito, destinado a obriga-lo a regurgitar as drogas que havia ingerido, para recuperar as provas para o processo.

O TEDH considerou, também, que qualquer recurso a uma intervenção médica forçada para obter provas de um crime deve estar convincentemente justificada nos factos do caso particular, em apreço, e que o procedimento não deve implicar qualquer risco, ou prejuízo duradouro, para o recluso¹⁸¹.

Assim, em benefício do recluso, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação podem ser-lhe coativamente impostos se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa, devendo ser ordenados por despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional e executados ou ministrados sob

¹⁸¹NEGRI, Stefania, "Consentimiento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 110, ISSN 1646-6853, a qual, aludindo à jurisprudência do TEDH, sobre a ilegitimidade da intervenção médicas, forçadas, realizadas a pessoas detidas, refere que; "el Tribunal abordó este tema en diferentes asuntos, tal como el famoso *Jalloh c. Alemania*, un caso sobre la administración de vomitivos para forzar el demandante a regurgitar drogas que havia tragado y recuperar pruebas para el proceso. En este caso la Gran Sala examinó las cuestiones relacionadas con la aplicación del artículo 3, y si bien reconoció el interés público en el control del tráfico de drogas, concluyó que había habido una violación de las disposiciones sustantivas de este artículo a causa de la fuerza utilizada por los policías (no sólo el método planteaba un riesgo para la salud, al ver que había ya causado dos muertos en Alemania, sino también la administración forzada del emético por un tubo había causado dolor y sufrimiento).

Con respecto a las intervenciones médicas a las que está sometida una persona detenida en contra su voluntad, el Tribunal sostuvo que las personas privadas de su libertad quedan bajo la protección del artículo 3, que establece la obligación de los Estados de proteger el bienestar físico de los detenidos, por ejemplo brindándoles la asistencia médica necesaria.

Reiteró también que una medida considerada como necesidad terapéutica no puede, en principio, ser contemplada como inhumana o degradante, a condición de que una necesidad médica se haya demostrado de manera convincente y que se cumplan las garantías procesales de la intervención (tal como en el caso de la alimentación forzada que apunta a salvar la vida de un detenido)".

Contudo, como refere, o Tribunal salientou, também, que; "incluso cuando no están motivados por razones de necesidad médica, los artículos 3 e 8 del Convénio no prohíben el recurso a un procedimiento médico en contra de la voluntad del sospechoso para obtener de él pruebas fehacientes que lo involucren en la comisión de um delito penal". A este respecto recordó que las instituciones del Convenio habían encontrado em varias ocasiones que la extracción de muestras de sangre o saliva contra la voluntad de un sospechoso no violaba estos artículos en las circunstancias de los casos específicos. Sin embargo aclaró que cualquier recuso a una intervención médica forzada para obtener pruebas de un delito debe estar convincentemente justificada en los hechos de un caso particular, que el procedimiento no debe conllevar ningún riesgo de prejuicio duradero, y que el modo en que una persona es sometida a un procedimiento médico forzado para recuperar pruebas de su cuerpo no debe exceder el mínimo de severidad prescripto por la jurisprudencia de la Corte sobre el artículo 3 del Convenio. Las mismas consideraciones fueron reiteradas en el fallo *Juhnke c. Turquía*, un caso que se refería a un examen ginecológico efectuado sin consentimiento libre e informado durante la detención policial de la demandante.

direção médica, podendo, ainda, se o médico não puder comparecer em tempo útil e o adiamento implicar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso, ser-lhe prestados os primeiros socorros.

Este regime especial que permite que os cuidados de saúde sejam, nas situações previstas, coativamente impostos a reclusos funda-se, por um lado, "nas condições de vida da prisão, instituição total, onde a situação normal é a falta de liberdade"; e, por outro lado, "na necessidade de não fornecer ao Estado um expediente para se libertar dos seus adversários políticos, a coberto do respeito pela sua liberdade pessoal, que consistiria na indução à greve de fome, por via da criação de uma situação de opressão insuportável na prisão"¹⁸².

Na execução da pena, um dos fatores importantes a tomar em consideração é, sem dúvida, a saúde do detido, porque a manutenção em prisão de uma pessoa deve ser compatível com o seu estado de saúde.

Mostra-se, pois, inteiramente justificado este regime excecional que visa, por um lado, garantir a saúde do recluso doente, bem como assegurar que o mesmo não é sujeito a opressão injustificada e, por outro lado, assegurar e prevenir o perigo para a saúde quer dos restantes detidos, quer da guarda prisional.

Regime que limita a liberdade de decisão do paciente/recluso, em matéria de sua sujeição a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que se mostrem necessários e indispensáveis para assegurar a defesa da vida e o perigo grave para o corpo ou saúde do paciente/recluso ou de terceiros, e, também, quando o estado do paciente lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa, concedendo, perante uma situação de conflito de deveres incompatíveis entre bens jurídicos dignos de tutela penal, de, por um lado, respeitar a liberdade de decisão do paciente/recluso (dever de omissão), e, por outro lado, prevenir o perigo para a vida e o perigo grave para o corpo ou saúde do recluso e de terceiros (dever de ação), optando por aquele que se mostra ser claramente prevalente, a defesa da vida e da saúde do paciente/recluso ou de terceiros, autorizando a realização das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos *necessárias* para prevenir os aludidos perigos.

¹⁸²BRITO, Teresa Quintela de, "A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, p. 386, ISSN 0871-8563.

VI.2.5.2. Os cuidados de saúde aos portadores de anomalia psíquica.

A Lei 36/98, de 24.07, regula a prestação de cuidados de saúde mental e, designadamente, o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica.

A proteção da saúde mental efetiva-se através de medidas que contribuam para, nomeadamente, assegurar ou restabelecer o equilíbrio psíquico dos indivíduos.

O paciente tem direito a ser informado do plano terapêutico proposto e dos seus efeitos previsíveis, e receber tratamento e proteção, no respeito pela sua individualidade e dignidade (art.º 5.º/a) e b)).

Tem, também, o direito de decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, se tiver discernimento para tal, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros, e, ainda, de não ser submetido a eletroconvulsioterapia sem o seu prévio consentimento escrito (art.º 5.º/c) e d)).

O internamento voluntário pode ser requerido pelo portador de anomalia psíquica¹⁸³ e pelo legal representante de menor de 16 anos.

Neste último caso, quer o paciente quer o legal representante de menor de 16 anos, têm o direito a ser informados nos termos do art.º 5.º a) e a decidir receber ou recusar as intervenções referidas no art.º 5.º/c) e d)).

O internamento compulsivo depende de decisão judicial (art.º 7.º/a)).

O internamento compulsivo tem lugar quando o portador de anomalia psíquica grave crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico. Pode ainda ser internado o portador de anomalia psíquica grave que não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado (art.º 12.º).

A autodeterminação do paciente, relativamente aos cuidados de saúde que deseja ou não receber está assim garantida, desde que o paciente revele discernimento para tal e não seja caso de que, em consequência da anomalia psíquica grave, resulte uma situação de perigo

¹⁸³A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação, por tal razão, como se referiu já, continuaremos a usar as denominações anteriores.

para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios.

Mostra-se, também, inteiramente justificado este regime excepcional que visa, por um lado, prevenir situações de perigo para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial e, por outro lado, assegurar e prevenir que a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o estado de saúde do paciente portador de anomalia psíquica.

VI.3. O dever de esclarecimento: art.º 157.º do CP.

A medicina, designadamente ao longo do século XX, evoluiu desde uma perspectiva paternalista, no sentido de que ao médico competia assegurar a saúde do paciente, independentemente da vontade deste, para o princípio da autonomia do paciente de acordo com a qual é o paciente quem decide quais as intervenções e os tratamentos a que deseja ser submetido.

Discutiu-se qual deveria ser o critério para decidir se a informação sobre um risco grave, embora raro (paralisia total), deveria ser comunicada ao paciente; Se o de um médico ideal, indagando qual a informação que daria ao paciente naquela situação, ou se, pelo contrário, deveria averiguar-se se o doente médio, colocado perante tal situação, necessitaria de tal informação.

Hoje, decorrente da exigência de respeito pelo princípio da autonomia do paciente, cremos não existirem dúvidas de que o médico deverá prestar ao paciente aquelas informações que são indispensáveis ao exercício da sua autonomia. Não o fazendo o médico atua, pelo menos, com negligência.

Essa obrigação, imposta ao médico, decorre da interpretação conjugada das normas dos art.ºs 156.º e 157.º do CP.

O art.º 157.º, do CP, sob a epígrafe dever de esclarecimento, integra dois momentos distintos mas complementares entre si: refere-se, por um lado, ao conteúdo do dever de esclarecimento, enumerando os diferentes itens desse dever, cuja omissão poderá tornar ineficaz e inválido o consentimento e, por outro lado, o chamado privilégio terapêutico, que se traduz na possibilidade, e dever, de os médicos omitirem o esclarecimento, quando esse esclarecimento seja adequado a colocar em perigo a vida do paciente ou suscetível de lhe

causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

O consentimento pode ser definido como "o acto autorizando o médico a praticar um tratamento específico que foi anteriormente explicado ao paciente. Na perspectiva do paciente, dar o seu consentimento a um tratamento médico significa escolher, com conhecimento de causa, aceitar, por um lado, que lhe seja efectuado um determinado tratamento e, por outro lado, autorizar que o mesmo seja posto em prática no seu próprio corpo. Deve entender-se como um processo gradual que se realiza no seio da relação médico-doente e em virtude do qual o paciente capaz recebe do médico a informação suficiente para participar activamente na tomada de decisões respeitantes ao diagnóstico e tratamento da doença. O consentimento compreende assim três elementos fundamentais: a capacidade, a voluntariedade e a informação"¹⁸⁴.

Em regra, a generalidade dos pacientes, em consequência do estado de doença de que padecem, encontram-se fragilizados e com menor capacidade de avaliar corretamente, sem a devida informação, qual o tratamento ou intervenção que lhes convém e que desejam receber ou a que desejam submeter-se.

O esclarecimento, que visa habilitar o paciente com as informações indispensáveis a exercer a sua autodeterminação, a sua liberdade pessoal e o seu direito de dispor do corpo e da própria vida, é pois "um pressuposto conatural do consentimento e da expressão concreta da autodeterminação que ele mediatiza. O dever de esclarecimento configura, por isso, parte integrante da disciplina da incriminação das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, *rectius* do seu momento típico-negativo "sem consentimento"¹⁸⁵.

O esclarecimento, para ser eficaz, deverá incidir sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento.

O *diagnóstico* consiste na determinação da doença, das suas características e das suas causas.

Na informação, impõe-se que o médico "informe o seu doente do mais importante da sua doença, como resposta lógica ao direito que este tem de saber a natureza dos sintomas, os meios de diagnóstico, os resultados favoráveis e indesejados que se deve esperar do

¹⁸⁴ SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina*, Edições Cosmos, 1997, 40, ISBN 972-762-050-7.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 632, ISBN 978-972-32-2061-2.

tratamento"¹⁸⁶. Bem como das alternativas de tratamento e do prognóstico, por forma a esclarecer as dúvidas do paciente quanto a saber se terá cura, quanto tempo demorará a doença, e se ficará completamente bem de saúde¹⁸⁷.

VI.3.1. O dever de esclarecimento como dever profissional.

A Lei de Bases da Saúde¹⁸⁸ confere ao paciente o direito a ser informado sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado.

Também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁸⁹ confere ao paciente o direito a receber, e impõe ao médico o dever de prestar, esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.

A Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (CDHBio), dispõe, no art.º 4.º, que "(...) qualquer intervenção no domínio da saúde (...) deve ser efectuada com respeito pelas normas e deveres profissionais, bem como pelas regras de conduta aplicáveis ao caso, "reforça o dever jurídico de os médicos, no exercício da sua profissão, observarem as normas e deveres profissionais e as regras de conduta aplicáveis ao caso.

Esta disposição é aplicável "não somente aos médicos, mas a todos os que intervêm no domínio da saúde, o que abrange igualmente os casos de urgência onde podem intervir pessoas que não sendo profissionais de saúde, são chamadas a efectuar idênticas funções, como também os profissionais que apliquem as *terapêuticas não convencionais*.

Estão incluídas no conceito de "normas e obrigações profissionais" não só as normas legais gerais, assim como as específicas reguladoras das intervenções no corpo humano, como igualmente os códigos profissionais, códigos deontológicos, e outro tipo de regras de conduta profissionais, incluindo também as normas relativas à objecção de consciência"¹⁹⁰.

O dever de esclarecimento do médico constitui um verdadeiro dever profissional quer

¹⁸⁶PINA, J. A. Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.º ed., 2003, Lidel, p. 70, 78, 79 e 83, ISBN 978-972-757-195-6.

¹⁸⁷Este ponto contém partes de fl. 15 da dissertação de mestrado de AFONSO, Luís Fernando Barateiro, *Dever de Esclarecimento do Médico e Dever de não Esclarecer, na perspectiva jurídico-penal – art.º 157.º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, in <http://hdl.handle.net/10400.14/27144>.

¹⁸⁸Base XIV, n.º 1, al. e), da Lei 48/90 de 24/08.

¹⁸⁹ Art.º 19.º, n.º 1, do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no DR, II série, de 21.07.2016.

¹⁹⁰ SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina*, anotada, Edições Cosmos, 1997, p. 38, ISBN 972-762-050-7.

no domínio da relação contratual privada, quer no domínio da relação de direito público nos serviços médicos prestados em estabelecimentos públicos de saúde.

Não têm pois razão aqueles que, por o paciente ter escolhido um determinado hospital, clínica ou médico, entendem que paciente prescindiu do *devido esclarecimento* (art.º 157.º do CP), indispensável à eficácia do consentimento.

VI.3.2. O dever de esclarecimento enquanto questão central do regime das intervenções médico-cirúrgicas.

Quando o médico omite uma informação relevante, isto é, uma informação capaz de alterar o sentido da decisão de consentir no tratamento, acaba por agir sem ter obtido um consentimento esclarecido da parte do doente.

Deste modo, o médico, ao decidir fazer a intervenção, está a substituir-se ao doente, está a decidir em vez dele.

O nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica e temperou o princípio da beneficência.

O médico continua a jurar, como anteriormente, que procurará o bem do paciente. Mas o paciente hoje não é um incapaz. É um centro autónomo de decisão, tem o direito de recusar um tratamento, por mais recomendável que ele seja.

E para recusar ou admitir um tratamento o paciente precisa de obter a informação relevante. Se o médico lha não dá, atua, pelo menos, com negligência, e lesa o direito do paciente à autodeterminação dos cuidados de saúde.

A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 1997¹⁹¹ estabeleceu os níveis mínimos de proteção do doente, consagrando os seus princípios fundamentais e enunciando as regras que devem ser observadas na relação do doente com os profissionais de saúde.

¹⁹¹ *A Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano Relativa às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina*, assinada em Oviedo em 04 de Abril de 1997, publicada no Diário da República n.º 228/2001, e entrada em vigor em 01.12.2001, em cujo art.º 5.º se prevê que *qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida. A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos*. Nos art.º 6.º e 7.º prevê-se a protecção das pessoas sem capacidade para consentir, o art.º 8.º prevê que, nas situações de urgência, quando o consentimento não possa ser conseguido, possam ser realizadas as intervenções medicamente indispensáveis, para benefício da pessoa em causa e, no art.º 9.º, o respeito pelos "desejos previamente expressos" pelo paciente.

O que importa reter "é que o consentimento informado, enquanto afirmação da autonomia do doente, é uma das regras essenciais no âmbito da relação clínica entre o doente e os profissionais de saúde, que confere àquele um direito de natureza subjectiva, com carácter obrigatório e efeitos vinculativos (art.ºs 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º da *Convenção sobre Direitos Humanos e a Biomedicina – CDHBio*)"¹⁹².

No cumprimento do dever de esclarecimento, deverá o médico atender aos diferentes tópicos referidos no art.º 157.º do CP, o diagnóstico, o prognóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento. O médico deverá, assim, "esclarecer o doente sobre a necessidade do tratamento, as suas vantagens e desvantagens (segundo critérios de previsibilidade), não olvidando, ainda, a eventual existência de meios alternativos de tratamento"¹⁹³.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) "tem considerado que existe uma *ingerência na vida privada* quando ocorre uma intervenção médica, sem que haja o consentimento informado da pessoa visada (art.º 8.º CEDH; v.g. Caso Juhnke c. Turquia, § 76)"¹⁹⁴.

No caso "Bogumil v. Portugal", o TEDH "situa o consentimento informado no *âmbito da privacidade* (8.º CEDH), observando que a "vida privada" alberga a *integridade física e moral* das pessoas"¹⁹⁵.

O médico "tem a obrigação de prestar os esclarecimentos que são imprescindíveis para um doente vulgar fazer um juízo sobre o seu estado e consentir na execução de uma terapêutica. (...) Quando o médico omite uma informação relevante, isto é, uma informação capaz de alterar o sentido da decisão de consentir no tratamento, acaba por agir sem ter obtido um consentimento esclarecido da parte do doente. Isto é o mesmo que dizer que o médico, ao decidir fazer a intervenção, está a substituir-se ao doente, está a decidir em vez dele. (...) A necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado ganhou sentido na prática médica, *como um aspecto da boa prática clínica*; isto é: tratar bem não é apenas actuar segundo a regras técnicas da profissão mas também considerar o doente como

¹⁹²GOMES, Joaquim Correia, "Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 87, ISSN 1646-6853.

¹⁹³CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal –*, Coimbra Editora, 2010, p. 88, ISBN 978-972-32-1896-1.

¹⁹⁴GOMES, Joaquim Correia, "Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 89, ISSN 1646-6853.

¹⁹⁵GOMES, Joaquim Correia, "Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portugal", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 92, ISSN 1646-6853.

um centro de decisão respeitável. (...) A necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado não é apenas um aspecto da boa prática clínica, dos deveres gerais do médico, mas sobretudo o cumprimento do *dever de respeitar um direito autónomo do doente à livre determinação em matéria de saúde*, qualquer que seja o quadro clínico e, principalmente, qualquer que tenha sido o resultado técnico da intervenção médica”¹⁹⁶.

De facto, para José António Seoane, "a concepção do ser humano como agente moral e autor dos seus pensamentos, decisões e acções, isto é, *a autonomia*, ocupa um lugar central na organização jurídico-política e na fundamentação ética das sociedades ocidentais contemporâneas"¹⁹⁷.

Por outro lado, é hoje consensual a ideia de que só é eficaz o consentimento assente em esclarecimento bastante.

O cumprimento do dever de esclarecimento, que dimana diretamente do direito à autodeterminação e da dignidade humana do paciente, e a sua eficácia, pressupõe a representação correta pelo paciente (Bockelmann) "de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção do género da indicada", e pouco sobraria do "direito à autodeterminação do paciente se se lhe recusasse o necessário esclarecimento sobre a indicação, os resultados previsíveis, os riscos da operação planeada"¹⁹⁸.

Por outro lado, o esclarecimento deverá permitir (Hirsch) "colocar o paciente na situação de poder ponderar correctamente os prós e os contras da intervenção"¹⁹⁹.

Está pois o médico, ou outra pessoa legalmente autorizada, obrigado a prestar o esclarecimento necessário, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP - *o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento* -, sob pena de a intervenção ou o tratamento poder ser considerado arbitrário, sem consentimento eficaz, e, como tal, o agente ser punido, designadamente, com as penalidades previstas no art.º 156.º do CP.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005, p.S 111-114, ISBN 972-32-1316-8.

¹⁹⁷SEOANE, José António, "Consentimento Informado – Apresentação", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 7, ISSN 1646-6853, "a concepción del ser humano como agente moral y artífice de sus pensamientos, decisiones y acciones, esto es, *la autonomía*, ocupa um lugar central em la organización jurídico-política y la fundamentación ética de las sociedades occidentales contemporâneas"(tradução livre).

¹⁹⁸Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-7.

¹⁹⁹Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-7.

A par dos deveres de tratar, "de agir segundo a *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento"²⁰⁰.

Em Espanha, Azucena Couceiro Vidal considera que "veracidade, inteligibilidade, verdade, relevância e correcção são os atributos exigíveis a toda a comunicação entre médico e paciente. O primeiro passo é descobrir que a partir deles está a reconhecer-se entre os interlocutores um direito igual na participação e na discussão, e nos doentes - pacientes – o direito a que os seus interesses sejam tidos em conta. Estabelecer este vínculo lógico discursivo é *conditio sine qua non* entre os seres dotados de competência comunicativa, cujo suporte e fundamento se encontra no modelo dos direitos e nas normas que desenvolvem o consentimento informado"²⁰¹.

Por outro lado, os deveres de informação como que se autonomizam durante as fases seguintes à intervenção, podendo verificar-se a necessidade de prestar novas informações depois desta.

Com efeito, "ainda que tenham sido consciencializados os riscos, a possibilidade de ocorrerem sequelas (independentemente da sua previsibilidade justificar, ou não, ter já sido dada informação) da intervenção determina, caso se confirmem, que seja renovado o dever de informação, bem como a prestação do consentimento para terapias corretivas que, eventualmente, venham a mostrar-se convenientes para o tratamento do paciente"²⁰².

O esclarecimento, que deve ser orientado para o caso e paciente concretos, está, na sua medida, dependente da capacidade de compreensão do paciente e da sua necessidade de informação.

O dever de esclarecimento surge, assim, como questão central e essencial do regime

²⁰⁰RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p.s 23, 24, ISBN 972-32-1013-4.

²⁰¹VIDAL, Azucena Couceiro, *Consentimento Informado – Constitución y Consentimiento Informado. España*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 155-156, ISSN 1646-6853, "veracidad, inteligibilidad, verdad, relevancia y corrección son los atributos exigibles a toda acción comunicativa entre médico y paciente. El primer paso es descubrir que a partir de ellos se está reconociendo entre los interlocutores un igual derecho de participación en la discusión, y en los afectados - pacientes – el derecho a que sus intereses sean tenidos en cuenta. Establecer este vínculo lógico discursivo es *conditio sine qua non* entre los seres dotados de competencia comunicativa, cuyo soporte y fundamento se encuentra en el modelo de los derechos y en las normas que desarrollan el consentimiento informado" (tradução livre).

²⁰²RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p. 28, ISBN 972-32-1013-4.

das intervenções médico-cirúrgicas.

VI.3.2.1. O dever de esclarecimento dos profissionais que apliquem as terapêuticas não convencionais.

Consideram-se *terapêuticas não convencionais* aquelas que partem de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplicam processos específicos de diagnóstico e terapêuticas próprias, sendo reconhecidas como tais as praticadas pela *acupunctura, fitoterapia, homeopatia, medicina tradicional chinesa, naturopatia, osteopatia e quiropraxia*²⁰³.

Só pode aceder àquelas profissões quem tenha o grau de licenciado numa das áreas respetivas, por outro lado, os profissionais das terapêuticas não convencionais não podem alegar falsamente que os atos que praticam são capazes de curar doenças, disfunções e malformações (art.ºs 5.º/1 e 9.º/4, da Lei 71/2013)

Dos seus princípios orientadores, salientam-se: o direito individual de opção pelo método terapêutico, baseado numa *escolha informada*, sobre a inocuidade, qualidade, eficácia e eventuais riscos; e a *defesa dos utilizadores*, que exige que as terapêuticas não convencionais sejam exercidas com um elevado grau de *responsabilidade, diligência e competência*, assentando na qualificação profissional de quem as exerce e na respetiva certificação.

Os profissionais das terapêuticas não convencionais devem obedecer ao *princípio da responsabilidade* no âmbito da sua competência e, considerando a sua autonomia na avaliação e decisão da instituição da respetiva terapêutica, *ficam obrigados a prestar informação, sempre que as circunstâncias o justifiquem, acerca do prognóstico e duração do tratamento.*

Por outro lado, os cidadãos têm o direito de escolher livremente as terapêuticas que entenderem, e, os profissionais das terapêuticas não convencionais só podem praticar atos com o consentimento informado do utilizador.

De facto, "aos profissionais abrangidos por esta Lei que lesem a saúde dos utilizadores ou realizem intervenções sem o respectivo consentimento informado é aplicável o disposto nos

²⁰³A Lei 45/2003, de 22/08, estabeleceu o enquadramento da atividade e do exercício dos profissionais que aplicam as terapêuticas não convencionais, tal como são definidas pela Organização Mundial de Saúde. A Lei 71/2013, de 02/09, regulamenta aquela Lei.

art.ºs 150.º, 156.º e 157.º do CP, em igualdade de circunstâncias com os demais profissionais de saúde" - art.º 18.º da Lei 45/2003.

O art.º 150.º do CP exige uma específica qualificação do agente: médico ou *outra pessoa legalmente autorizada*.

O profissional das terapêuticas não convencionais deverá ser enquadrado no conceito de outra pessoa legalmente autorizada, pelo que, desde que a sua intervenção/tratamento obedeça aos requisitos previstos no art.º 150.º do CP (indicação da terapêutica, não convencional, cumprimento das respetivas *leges artis* e finalidade terapêutica da intervenção/tratamento) "não pratica nenhum crime de ofensa à integridade física ou de homicídio, mesmo que o tratamento venha a ser mal sucedido"²⁰⁴; todavia, incorrerá no crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, se agir sem o consentimento/acordo, devidamente esclarecido, do paciente.

De facto, o legislador autorizou o exercício de diferentes *terapêuticas não convencionais*, que aplicam processos específicos de diagnóstico e terapêuticas próprias, reconhecendo-lhes *autonomia técnica e deontológica* (art.º 5.º da Lei 45/2003).

Deverá, pois, o cumprimento das *leges artis* ser avaliado, não pelas regras e princípios profissionais da medicina tradicional, mas pelas regras e princípios profissionais de cada uma das *terapêuticas não convencionais* autorizadas²⁰⁵.

De facto, se assim não fosse, porque as diferentes *terapêuticas não convencionais*, autorizadas, não cumprem as *leges artis* da medicina tradicional, embora tenham de cumprir as *leges artis* da respetiva *terapêutica não convencional*, os seus profissionais incorreriam em responsabilidade criminal, crime de ofensa à integridade física ou de homicídio, quando o tratamento fosse mal sucedido, e não, como se defendeu, apenas crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, no caso de agirem sem o consentimento/acordo, devidamente esclarecido, do paciente.

Informação/esclarecimento que deverá conter, também, a indicação de que serão utilizados regras e princípios profissionais diversos dos utilizados pela medicina tradicional.

Porém, se violarem as *leges artis* da respetiva terapêutica não convencional poderão incorrer na prática de crimes de ofensa à integridade física ou de homicídio.

²⁰⁴NEVES, António Brito, "Terapêuticas não Convencionais: Responsabilidade Jurídico-Penal, Anatomia do Crime", *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, Julho/Dezembro 2014, p. 192, ISSN 2183-4180.

²⁰⁵NEVES, António Brito, "Terapêuticas não Convencionais: Responsabilidade Jurídico-Penal, Anatomia do Crime", *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, Julho/Dezembro 2014, p. 192, ISSN 2183-4180.

VI.3.3. Ausência de regra geral sobre o modo de cumprir o dever de esclarecimento.

Não há uma regra universalmente válida quanto ao modo como se respeita o direito à autonomia do doente, isto é, quanto ao modo de exigir o consentimento informado.

O que se decompõe em dois aspetos: por um lado, não há um padrão que fixe os termos em que se deve prestar a informação; por outro lado, não há também uma tramitação rígida para obter o consentimento²⁰⁶.

Nalguns casos, porém, a lei exige uma informação específica e uma autorização escrita²⁰⁷.

O direito à autodeterminação enquadra-se num contexto em que os médicos e os doentes se encontram frequentemente como "estranhos morais"²⁰⁸, coexistindo frequentemente distintas visões do bem comum.

Na sociedade plural, os cidadãos são mais críticos e exigentes, não aceitando a imposição coerciva de nenhuma ortodoxia de pensamento.

O conceito de autonomia "refere-se à perspectiva de que cada ser humano deve dispor das condições mínimas para se autorealizar. No plano da relação clínica com o doente, todas

²⁰⁶OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, FDUC- CDB, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2005, p. 66, ISBN 972-32-1316-8.

²⁰⁷ Art.º 19.º-5, da Lei 12/2005, de 26/01 (bancos de ADN e outros produtos). Art.º 6.º-1, al. d), da Lei 46/2004, de 19/08 (ensaios clínicos). Art.º 14.º-1 e 2, da Lei 32/2006, de 26/07 (procriação médico assistida). E, art.º 7.º da Lei 22/2007 de 29/06 (colheita e transplante de órgãos). A norma, de 2013, da Direção Geral de Saúde, definiu como sendo situações em que o consentimento informado deverá ser prestado por escrito as seguintes: 1 - Interrupção voluntária da gravidez; 2 - Realização de técnicas invasivas em grávidas (nomeadamente amniocenteses, biópsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, drenagem, amniotomografia); 3 – Esterilização voluntária (laqueação tubar e vasectomia); 4 – Procriação medicamente assistida (PMA); 5 – Colocação de dispositivos anticoncetivos (Implanon ou Dispositivo Intrauterino); 6 – Administração de gamaglobina anti-D; 7 – Electroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica; 8 – Colheita e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana; 9 – Testes genéticos; 10 – Dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana; 11 – Transplantes entre vivos; 12 – Doação de sangue; 13 – Videovigilância de doentes; 14 – Bancos de ADN e de outros produtos biológicos; 15 – Investigação sobre o genoma; 16 – Investigação em pessoas; 17 – Realização de atos cirúrgicos e/ou anestésicos, salvo aqueles que sejam caracterizados pelas *leges artis* como *actos minor*; 18 – Realização de atos (diagnósticos ou terapêuticos) invasivos major; 19 – Gravações de pessoas em fotografia ou suporte áudio ou audiovisual; 20 – Uso *off label* de medicamentos, prática da prescrição de medicamentos registados para uma indicação não incluída nos Resumos das Características do Medicamento (RCM) nem prevista na Autorização para Introdução no Mercado quando representar riscos desproporcionados para a pessoa ou não existir evidência científica bastante que o sustente; 21 – Colheita, estudo analítico, processamento e criopreservação de sangue e tecido do cordão umbilical e placenta.

²⁰⁸NUNES, Rui, *Consentimento Informado – Consentimento Informado na Prática Clínica*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 130, ISSN 1646-6853.

as intervenções carecem do consentimento informado, livre e esclarecido. Assim, o médico e os outros profissionais de saúde têm o dever de informar, em linguagem acessível, os factos que são relevantes para o doente decidir em plena consciência. Exige-se a prudência necessária para informar e, sobretudo, esclarecer o paciente de modo a que a informação transmitida seja apreendida com calma e serenidade. Quanto maior o risco da intervenção, maior a importância da obtenção de um consentimento válido e actual"²⁰⁹.

O novo CD²¹⁰, no seu artº 40.º-1/3, veio impor ao médico o dever de *registar, de forma clara e detalhada, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes, sendo que o doente tem o direito a conhecer a informação registada no seu processo clínico.*

A Circular Inf. n.º 15/DSPCS de 23/03/98, da DG de Saúde, veio alterar a prática hospitalar, impondo o uso de um formulário escrito para a obtenção do consentimento, quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas, que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente.

Também muitas clínicas privadas adotam, hoje, procedimentos análogos.

A utilização do formulário escrito pode ajudar o diálogo e constitui prova do processo de esclarecimento, mas não é um substituto do esclarecimento.

A documentação das informações "não substituiu o contacto pessoal, nem mesmo a repetição das informações de que o paciente necessita para ficar esclarecido.

²⁰⁹NUNES, Rui, *Consentimento Informado – Consentimento Informado na Prática Clínica*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 131, ISSN 1646-6853.

²¹⁰O atual Código Deontológico da Ordem dos Médicos foi publicado no Diário da República, II Série, de 21.07.2016, através do Regulamento n.º 707/2016.

Os Códigos Deontológicos são talvez as expressões mais conhecidas da auto-regulação. Eles condensam, sobretudo, os deveres que o grupo profissional reconhece como próprios do seu desempenho. Simultaneamente com a definição de deveres, é natural encontrar recomendações sobre a conduta em casos concretos que exijam ponderações difíceis de carácter ético.

Os códigos deontológicos são elaborados com base na legitimação dada por um órgão legislativo formal pelo DL 282/77, de 05/07, que define o Estatuto da Ordem dos Médicos e lhe dá o direito de elaborar um Código Deontológico, através do Conselho Nacional de Depontologia Médica (art.º 80.º).

Não emana porém de entidade detentora de poder político soberano, nos termos definidos na Constituição. Não tem por isso o valor jurídico de uma lei formal.

No entanto, "tem plena eficácia interna, dentro dos órgãos profissionais, constituindo a sua infracção motivo para responsabilidade disciplinar. Além disso, o conteúdo das normas do código serve de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica. O tribunal buscará nas normas deontológicas a definição das exigências que se podem fazer ao médico, em matéria de diligência e de cuidado de preparação técnica, com efeitos no juízo sobre a ilicitude e a culpa do agente. Quanto ao problema da eventual discordância entre as normas deontológicas e as normas da legislação ordinária. Este problema só pode ter uma solução: as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária". OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – A Auto-regulação Profissional dos Médicos*, FDUC-CDB, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p.s 252, 253 ISBN 972-32-1316-8.

Ainda quando da letra da lei pareça resultar como bastante a documentação das informações, a prestação informativa é, como condição para a actuação médica, receptícia; não se basta, pois, com a entrega burocrática de documentos, ainda que contendo toda a informação necessária (...). As informações visam inteirar e consciencializar o paciente do seu estado e do seu futuro, permitindo que este tome posições relativamente a estes. Servem ainda para fornecer ao paciente elementos que lhe permitam cumprir o seu dever de informar o médico de modo a viabilizar-lhe uma decisão"²¹¹.

O paciente pode, aliás, provar que o formulário deve ser ignorado devido às circunstâncias concretas que rodearam o processo de esclarecimento²¹², nomeadamente naqueles casos em que se constate que o formulário, contendo conjuntamente declaração de consentimento e recolha de dados do paciente, foi entregue e recolhido por um funcionário administrativo, sem ter sido prestada qualquer informação médica sobre a intervenção ou tratamento a realizar, mas apenas meros esclarecimentos sobre o preenchimento de dados do paciente e do formulário entregue.

De facto, se, apesar da assinatura do formulário, se vier a provar que o paciente não foi devidamente esclarecido, o consentimento prestado deverá ser considerado ineficaz e inválido e, em consequência, o médico ou outra pessoa legalmente autorizada, que praticou o ato sem consentimento eficaz, poderá ser punido, designadamente, nos termos do art.º 156.º do CP.

Por outro lado, o esclarecimento deve ser prestado em linguagem corrente e compreensível, adequada ao nível socioeconómico, profissional e idade do paciente a quem é destinado. O que sugere uma "experiência *diferenciada* do esclarecimento tanto no que toca ao conteúdo como à forma"²¹³.

Salvo nas situações de urgência, a informação deverá ser prestada com antecedência de forma a não colocar o doente numa situação de pressão para decidir.

O esclarecimento deve ser feito em função dos dados probabilísticos e dando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar com decisão consciente²¹⁴.

O paciente tem, também, direito a ser informado numa língua que compreenda, com

²¹¹RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, FDOC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p. 247, ISBN 972-32-1013-4.

²¹²PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestadas em Formulários: Uma Proposta Para o seu Controle Jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 76, 2000, p.s 453-467.

²¹³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 636, ISBN 978-972-32-2061-2.

²¹⁴Art.º 44.º, 2 a 5, do CD.

recurso a tradutor ou intérprete quando necessário. Exige-se aos médicos estrangeiros, a trabalhar em Portugal, um conhecimento mínimo da Língua Portuguesa.

A flexibilidade, ditada pela ausência de um modo formal imposto por lei, não pode deixar de garantir que a informação seja suficiente, para que o consentimento se possa considerar esclarecido.

VI.3.4. Finalidade do esclarecimento.

O esclarecimento deve permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta²¹⁵.

Para se alcançar esse desiderato, o paciente tem, seguramente, de ser informado, acima de tudo, sobre "a própria intervenção planeada, sua envergadura e consequências bem como sobre os riscos (específicos) que lhe andam associados", "bem como saber as razões que aconselham aquela intervenção"²¹⁶.

O esclarecimento de que aqui se trata é o esclarecimento para a autodeterminação, indispensável ao livre exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida.

Não deve, por isso, confundir-se com o chamado *esclarecimento terapêutico*, "que em vez de valer como pressuposto da liberdade pessoal, releva antes no contexto dos deveres objectivos de cuidado, das *leges artis* preordenadas à integridade física ou da vida", que "visa orientar o paciente para a adopção de cuidados e comportamentos consonantes com a intervenção e, reversamente, evitar os comportamentos contra-indicados". A falta do esclarecimento terapêutico "determina, não a ineficácia do consentimento, valendo antes como violação da *leges artis*, determinando, se for caso disso, a responsabilidade do médico por *homicídio* ou *ofensas corporais* (negligentes)"²¹⁷.

Em Espanha, Azucena Couceiro Vidal considera que "podem-se cumprir os requisitos lógicos – que a informação seja verdadeira, inteligível, relevante – porém, só se terá dado o

²¹⁵ PEREIRA, André Gonçalves Dias, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*, em 18.07.2008, in <https://estudogeral.sib.uc.pt>; e FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 14, 1 e 2, Jan/Jun 2004, p. 78, ISSN 0871-8563.

²¹⁶FRISCH, Wolfgang, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 14, 1 e 2, Jan/Jun 2004, p. 78, ISSN 0871-8563.

²¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 633-634, ISBN 978-972-32-2061-2.

primeiro passo.

A informação em bruto não tem utilidade para o paciente, cuja necessidade é compreendê-la, integrá-la no seu processo, descobrir as emoções que gera o seu conhecimento, entender o significado das alternativas, relacioná-las com a sua escala de valores, e tomar uma decisão no centro de um processo temporário provisório e no cenário de uma relação de confiança.

É assim que a capacidade de estimar, a de interpretar, a de reconhecer o interlocutor, são necessárias para que o profissional torne efetivo, não apenas o direito, mas também o desenvolvimento das capacidades dos pacientes de forma a que sejam eles que possam descobrir o que consideram valioso a respeito da sua vida e da sua saúde"²¹⁸.

Fundamental é, também, que o médico explique ao doente se há ou não alternativas à intervenção/tratamento proposto, e qual a eficácia, duração, consequências e limitações que cada uma dessas alternativas de tratamento lhe acarretará.

No caso *Testemunhas de Jeová vs Rússia*, o TEDH pronunciou-se incidentalmente sobre o direito de recusar a assistência médica como corolário lógico da doutrina do consentimento informado. Reconheceu que a recusa de tratamentos médicos vitais, por motivos religiosos (no caso específico a recusa de transfusões de sangue por meio de instruções prévias, conhecidas como "No blood cards") é um problema jurídico muito complexo, pois trata-se de um conflito entre o interesse do Estado de proteger a vida e a saúde dos seus cidadãos e o direito do indivíduo à autonomia pessoal, na esfera da integridade física e das crenças religiosas.

Colocando ênfase no conceito da dignidade humana, liberdade e autonomia pessoal, o Tribunal considerou que a capacidade de conduzir a própria vida de uma maneira livre e autónoma inclui a possibilidade de realizar atividades percebidas como prejudiciais e perigosas para a pessoa interessada.

²¹⁸VIDAL, Azucena Couceiro, "Consentimento Informado – Constitución y Consentimiento Informado. España", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 155-156, ISSN 1646-6853, "se pueden cumplir los requisitos lógicos – que sea verdadera, inteligible, relevante – pero con ello solo se habrá dado el primer paso. La información en bruto no tiene utilidad para el paciente, cuya necesidad es comprenderla, integrarla en su proceso, descubrir las emociones que genera su conocimiento, entender el significado de las alternativas, relacionarlas con su escala de valores, y tomar una decisión en el seno de un proceso temporal y en el marco de una relación de confianza.

Es así que la capacidad de estimar, la de interpretar, la de re-conocer al interlocutor, son necesarias para que el profesional haga efectivo, no solo el derecho, sino también el desarrollo de las capacidades de los pacientes de forma que sean ellos quienes puedan descubrir lo que consideran valioso respecto de su vida y su salud" (tradução livre).

Reiterou, então, que no âmbito da assistência médica, inclusivamente quando a recusa de aceitar um tratamento em particular pode conduzir a um desenlace fatal, a imposição de um tratamento médico sem consentimento de um paciente, adulto e mentalmente capaz, poderia interferir com o seu direito à integridade física e afetar os direitos protegidos pelo art.º 8.º da Convenção.

Observou que a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico específico, tal como uma transfusão de sangue, é de vital importância para os princípios da auto-determinação e autonomia pessoal e que, para que essa liberdade seja significativa, os pacientes devem ter o direito de tomar decisões de acordo com os seus próprios valores, independentemente de essas decisões poderem aparecer como irracionais ou imprudentes para os demais²¹⁹.

A finalidade fundamental do esclarecimento é, assim, a de habilitar o paciente a entender o significado das alternativas, relacioná-las com a sua escala de valores, e a tomar uma decisão sobre se deseja, ou não, receber e/ou sujeitar-se ao tratamento/intervenção que lhe é proposto.

VI.3.5. Destinatário do esclarecimento.

O destinatário do esclarecimento é o paciente, maior de 16 anos e possuidor do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta (art.ºs 38.º-3, 149.º e 157.º do CP).

O destinatário só pode ser o próprio paciente "já que a informação se destina a propiciar o correcto exercício da sua autodeterminação"²²⁰.

Para tal é necessário que o paciente disponha da necessária competência para agir.

Assim, o paciente presta um consentimento informado eficaz, "se for competente para agir, receber a informação completa, compreender essa mesma informação, decidir voluntariamente, e, finalmente, se consentir na intervenção"²²¹ ou tratamento proposto.

²¹⁹NEGRI, Stefania, "Consentimento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 112, ISSN 1646-6853.

²²⁰FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 14, 1 e 2, Jan/Jun 2004, p. 79, ISSN 0871-8563.

²²¹NUNES, Rui, *Consentimento Informado – Consentimento Informado na Prática Clínica*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 131, ISSN 1646-6853.

O conceito de *competência* refere-se à capacidade de e para decidir autonomamente. Isto é competência decisional: "Pressupõe que o doente não apenas compreenda a informação transmitida, mas que também é capaz de efectuar um juízo independente de acordo com o seu sistema de valores"²²².

Neste sentido, Viviana García Llerena salienta que "a capacidade é o ponto de partida de referência que determina a prestação pessoal do consentimento informado. A respeito da capacidade, a proteção mediante a intervenção de uma pessoa distinta do paciente tem carácter necessariamente subsidiário. Esta relação implica que só é legítimo adotar uma decisão médica por substituição se previamente se constatou a incapacidade do paciente, e, *a contrario*, que a substituição do consentimento resulta ilegítima se o paciente possui efetivamente capacidade decisória"²²³.

No caso de menores de 16 anos, ou de doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal²²⁴, a uma autoridade, ou a uma pessoa ou autoridade

²²²NUNES, Rui, *Consentimento Informado – Consentimento Informado na Prática Clínica*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 131, ISSN 1646-6853.

²²³LLERENA, Viviana García, *Consentimento Informado – Decisiones de Representación em España*, Revista Julgar, Número Especial, 2014, p. 251, ISSN 1646-6853, "la capacidad es el punto de partida referencial que determina la prestación personal del consentimiento informado. Respecto de ella, la protección mediante la intervención de una persona distinta del paciente tiene carácter necesariamente subsidiario. Esta relación implica que sólo es legítimo adoptar una decisión médica por sustitución si previamente se ha constatado la incapacidad del paciente, y, viceversa, que la sustitución del consentimiento resulta ilegítima si el paciente posee efectivamente capacidad decisoria" (tradução livre).

²²⁴A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo, a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação. Por essa razão continuaremos a referir as denominações anteriores, sem prejuízo de se salientar que;

O regime do acompanhamento tem como objetivo garantir o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício dos seus direitos bem como a observância dos seus deveres do sujeito maior de idade, concentrando-se na pessoa, e não especialmente no seu património (art.º 140.º71 do CC, nova redação).

Este regime limita-se ao mínimo necessário para que a autodeterminação e capacidade do beneficiário possam, dentro dos circunstancialismos, ser asseguradas (art.º 145.º1 do CC, nova redação); aliás, não haverá lugar a acompanhamento se os deveres de assistência e cooperação bastarem para a proteção da pessoa (art.º 140.º2, do CC, nova redação). Podendo por isso o tribunal cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes previstos na lei, ou outro, desde que devidamente explicitado (art.º 145.º2 do CC, nova redação).

Beneficia de acompanhamento, o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (art.º 138.º do CC, nova redação).

O acompanhante é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente. Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário, designadamente entre as pessoas referidas no art.º 143.º2, CC (art.º 143.º do CC, nova redação).

designada na lei (art.º 21.º-1, do CDOM e art.º 6.º-2, da CDHBio), a quem deverá ser prestada a informação.

Devendo, porém, o médico tomar em conta a opinião do menor, se este tiver maturidade para tal, pelo que, neste caso, também ao menor deverá ser prestada informação adequada, de acordo com a sua maturidade²²⁵.

A incapacidade poderá ser absoluta ou relativa, incluindo-se, na primeira, os menores de 16 anos e as pessoas inconscientes ou com graves doenças mentais e, na segunda, as perturbações que podem ser causadas *v.g.* por doença mental, exaustão, dor, cansaço, medicação.

Na ausência de representante legal, ou de este recusar o consentimento, havendo perigo para a vida ou para a saúde, do menor ou incapaz, o consentimento deve ser solicitado ao Tribunal²²⁶.

De facto, se a *informação* é um elemento chave nos processos de comunicação, a autodeterminação de uma pessoa só será possível quando se reconheça que também reside nela a capacidade e a responsabilidade para tomar decisões que digam respeito à sua própria saúde.

Por outro lado, a tomada de decisões compartilhadas é um aspeto da relação clínica relacionado com a promoção da *autonomia decisória*. Haverá assim de considerar-se que "tomar decisões significa escolher, o que é sempre complicado, e mais em situações de incerteza, ou naquelas que têm uma elevada implicação emocional, que é o que ocorre num grande número de situações clínicas. A isso há que somar que, para que o paciente tome decisões sobre o seu tratamento, devem dar-se as seguintes premissas: a) que o paciente deseje informação sobre o seu prognóstico e seu estado de saúde; b) que queira tomar decisões; c) que receba uma informação verdadeira e adaptada às suas necessidades; d) que seja acompanhado no processo pelo profissional"²²⁷.

Pode por isso o acompanhado exercer de forma livre os seus direitos pessoais e a celebração de negócios da sua vida corrente, a não ser que haja uma disposição da lei ou decisão judicial em sentido contrário. Designadamente, são considerados direitos pessoais, o direito de casar ou de constituir situações de união, de procriar de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país e no estrangeiro, de fixar domicílio e residência e de estabelecer relações com quem entender e de testar.

²²⁵ Art.º 21.º-3, do CDOM e art.º 6.º-2, parte final, da CDHBio.

²²⁶ Art.º 21.º-7 do CDOM, nomeadamente, através do MP - art.º 17.º do CPC, art.º 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do MP.

²²⁷ VIDAL, Azucena Couceiro, "Consentimento Informado – Constitución y Consentimiento Informado. España", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 145, ISSN 1646-6853, "tomar decisiones significa elegir, lo que siempre es complicado, y más en situaciones de incertidumbre, o en aquellas que tienen una elevada implicación emocional, que es lo que ocurre en un gran número de

A informação sobre o diagnóstico e o prognóstico só pode ser dada a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente (art.º 25.º-4, do CD).

Porém, no caso de o doente adotar um comportamento que provoque um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, mesmo depois de advertido (p. ex. no caso de o doente ser portador de doença grave sexualmente transmissível), o médico deve informar as pessoas em risco, após comunicação ao doente (art.º 33.º-2 do CDOM)²²⁸.

Nas situações em que o risco de vida e o perigo para a saúde ou vida de terceiros seja grave ou iminente, o médico deve tomar as medidas adequadas a evitar que o mesmo se produza e informar as autoridades de saúde competentes (art.ºs 33.º-3 e 95.º-a, do CDOM e art.º 13.º-2, da Lei 36/98 de 24/07).

A jurisprudência do TEDH vem reconhecendo a prevalência do consentimento informado do paciente.

No caso *Solomakhin vs Ucrânia*, o demandante havia sido vacinado contra a difteria, apesar da sua oposição; a vacinação ministrada, enquanto estava a ser tratado a uma infeção respiratória aguda, deu lugar a uma séria de doenças crónicas.

Neste caso, o TEDH reiterou o princípio da vacinação obrigatória – como sendo um tratamento médico não voluntário – embora se traduza na ingerência no direito ao respeito da vida privada - por entender que a dita intervenção estava prevista na lei e perseguia o objetivo legítimo de proteger a saúde, chegando à conclusão de que a ingerência na integridade física do paciente poderia considerar-se justificada, por razões de saúde pública e necessidade de controlar a propagação de doenças infecciosas (artº 8.º/2 CEDH)²²⁹.

situaciones clínicas. A ello hay que sumar que para que el paciente tome decisiones sobre su tratamiento deben darse las siguientes premisas: a) que el paciente desee información sobre su pronóstico y su estado de salud; b) que quiera adoptar decisiones; c) que reciba una información veraz y adaptada a sus necesidades; d) que sea acompañado en el proceso por el profesional" (tradução livre).

²²⁸O Código Penal, no art.º 283.º, sob a epígrafe de "propagação de doença" (contagiosa) visa a proteção da vida e integridade física de outrem, sendo o comportamento punível quer seja praticado dolosamente ou a título de negligência, sendo também punível a título de omissão, se verificados os respetivos pressupostos – art.º 10.º, n.º 1 e 2, do Código Penal. Neste sentido, J.M. Damião Cunha (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, 1999, p. 1009) salienta que "a propagação pode derivar de uma omissão de deveres (...) os quais visam prevenir aquela propagação" e, Manuel da Costa Andrade (*Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, 2004, p. 250) salienta que "só à custa de apressada simplificação se poderia pretender que o consentimento neutraliza, sem mais, o interesse da prevenção geral na direcção da estabilização de normas. O que corresponderia a esquecer a importância da relevância sistémico-social presente na tutela jurídico-penal de bens jurídicos, os disponíveis incluídos".

²²⁹NEGRI, Stefania, "Consentimento Informado – El Consentimiento Informado en la

Também em Portugal a Constituição da República Portuguesa, em matéria de direito à saúde estabelece (art.º 64.º) que "todos têm o direito à proteção da saúde e o dever de a proteger".

Este "dever" permite considerar como dever jurídico a sujeição dos cidadãos a vacinação obrigatória quando esteja em causa a prevenção de uma doença contagiosa, cuja propagação importa controlar.

É contudo discutível a existência de "um dever jurídico-constitucional de cuidar da própria saúde"²³⁰, não estando em causa a saúde alheia, que apenas vise defender a saúde do paciente.

Neste caso, entendemos dever prevalecer o direito à autonomia do cidadão/paciente, em matéria dos cuidados de saúde que deseja ou não deseja receber, pois só assim se assegura e garante o bem jurídico protegido pela norma do art.º 156.º do CP, *a liberdade de o paciente, dispor do seu corpo e da própria vida, decidir se quer ou não sujeitar-se à intervenção ou tratamento que lhe é proposto pelo médico*.

Porém, o exercício do aludido direito à autonomia, pressupõe a prévia e devida informação do cidadão/paciente, sobre os itens referido no art.º 157.º do CP, informação que é indispensável para que se possa falar em autonomia decisional.

As situações de urgência, que não permitam a comunicação da informação e obtenção do consentimento, nem recurso tempestivo ao representante legal ou ao Tribunal, serão adiante tratadas.

VI.3.6. O esclarecimento bastante. Intensidade do esclarecimento.

O art.º 157.º do CP elenca os diferentes itens que integram o conteúdo do dever de esclarecimento, mas limita, também, esse dever consagrando o "privilégio terapêutico", prevendo-se a possibilidade de o profissional de saúde não fornecer ou reduzir o esclarecimento quando tal esclarecimento seja suscetível de causar perigo para a vida ou grave dano para a saúde.

O conteúdo do dever de esclarecimento deve ser interpretado com a exigência que

Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 111, ISSN 1646-6853.

²³⁰CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Vol. 1, 4.ª ed., 2007, p. 826, ISBN 978-972-32-1462-8.

decorre do termo *devidamente*, que consta do texto legal - *o consentimento só é eficaz se o paciente tiver sido devidamente esclarecido* - atendendo-se aos princípios e/ou exigências mais amplas, subscritos pela doutrina e jurisprudência.

De facto, segundo Bockelmann "a eficácia do consentimento pressupõe a representação correcta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção do género da indicada". Pouco sobraria do "direito à autodeterminação do paciente se se lhe recusasse o necessário esclarecimento sobre a indicação, os resultados previsíveis, os riscos da operação planeada"²³¹.

O esclarecimento deve permitir, de acordo com Hirsch "colocar o paciente na situação de poder ponderar correctamente os prós e os contras da intervenção", sendo eficaz apenas quando "a pessoa com legitimidade para o dar está esclarecida sobre a espécie, dimensão e necessidade do tratamento, bem como dos demais factos a que ela consabidamente atribui significado para aquela decisão"²³².

Essencial é, também, que o médico esclareça o paciente sobre "a necessidade (relativa) da intervenção", bem como o informe "sobre a existência (ou não), bem como sobre as vantagens relativas, dos meios alternativos de diagnóstico ou terapia"²³³.

O objetivo principal do esclarecimento tem de ser "assegurar ao paciente a possibilidade de uma decisão: se – na base do seu sistema de valores – faz sentido autorizar uma determinada intervenção ou se, pelo contrário, deve pronunciar-se contra ela. Para se alcançar este desiderato, o paciente tem, seguramente, de ser informado, acima de tudo, sobre a própria intervenção planeada, sua envergadura e consequências bem como sobre os riscos (específicos) que lhe andam associados".

Porém, "é óbvio que a informação não pode limitar-se a estas circunstâncias. Determinante para que alguém possa decidir submeter-se a uma intervenção será também saber que *razões aconselham aquela intervenção*. Por vias disso, o paciente deve também ser informado sobre as razões que militam a favor da intervenção médica, sua urgência, bem como sobre as consequências da não realização do tratamento da doença diagnosticada"²³⁴.

²³¹Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.^a edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-2.

²³²Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.^a edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-2.

²³³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.^a edição, 2012, p.s 635-636, ISBN 978-972-32-2061-2.

²³⁴FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano14, Janeiro - Junho 2004, p.s 78-79, ISSN 0871-8563.

Por outro lado, quanto menos necessário, menos experimentado e mais perigoso for o tratamento, ou maior gravidade apresente a doença, mais rigorosa deve ser a informação.

Deve, por isso, a informação ser extrema nas intervenções médico-cirúrgicas estéticas, que não tenham finalidades terapêuticas (e que por esse motivo não são enquadráveis nas intervenções médico-cirúrgicas previstas nos art.ºs 150.º, 156.º e 157.º do CP) e, em geral, na denominada cirurgia voluntária ou de satisfação, em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial.

Só poderá contudo falar-se de verdadeira autonomia quando, segundo Diego Garcia "o ato seja realizado com informação adequada, por uma pessoa dotada de capacidade de o compreender, para o levar a cabo sem fatores que coartem a sua liberdade, interna ou externamente. Este sentido é o que passou à bioética através da teoria do consentimento informado. O sentido que o termo autonomia pode ter hoje em bioética é este"²³⁵.

Por outro lado, o esclarecimento deverá ser orientado para o caso e paciente concretos, devendo a informação, quanto ao modo e medida, ser uma informação-referida-ao-paciente.

A medida do esclarecimento dependerá, "em primeira linha, da pessoa do paciente, da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de juízo", "o que sugere uma experiência diferenciada no esclarecimento tanto no que toca ao conteúdo como à forma"²³⁶.

Assim, "o modo de informar e a densidade e a minúcia da informação não podem obedecer a uma fórmula rígida e igualitária, sob pena de o conteúdo dessa informação não alcançar o seu destinatário e, ao invés de esclarecer, confundir o doente. Apela-se, então, à sensibilidade e empatia do médico em relação ao doente, adequando o seu discurso às suas características pessoais em correlação com o tipo de intervenção a propor"²³⁷.

Aliás, o médico "deverá (...) esclarecer o doente sobre a necessidade do tratamento, as vantagens e desvantagens (segundo critérios de previsibilidade), não olvidando, ainda, a eventual existência de meios alternativos de tratamento"²³⁸.

²³⁵GARCIA, Diego, "Consentimento Informado – La Construcción de la Autonomia Moral", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 45, ISSN 1646-6853, "acto que se ha realizado con información adecuada, por una persona dotada de capacidad comprenderlo para llevarlo a cabo y sin factores que coarten su libertad interna o externamente. Este sentido es o que ha pasado a la bioética a través de la teoría del consentimiento informado. El sentido que el término autonomía suele tener hoy en bioética es éste", (tradução livre).

²³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 636, ISBN 978-972-32-2061-2.

²³⁷CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 89, ISBN 978-972-32-1896-1.

²³⁸CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina",

Importa, também, determinar em que medida ou com que intensidade deve proceder-se ao esclarecimento, em face do estado físico e psíquico do doente.

Decisivo, para tal, é saber se se trata ou não de uma intervenção *medicamente urgente*.

Mesmo no caso de uma operação urgente haverá, na medida do possível, de proceder-se ao esclarecimento fundamental, exigido pelo art.º 157.º do CP, embora neste caso o esclarecimento possa ser essencialmente mais reduzido.

Esta diferenciação, "quanto à medida ou intensidade do esclarecimento, tem a ver, não apenas com a maior ou menor disponibilidade de tempo para o esclarecimento, mas, sobretudo, como expressão da consideração de que, para um paciente razoável, em caso de uma intervenção urgente (também urgente em termos de tempo), as razões que jogam a favor da intervenção ganham um peso tal que muitos pormenores em matéria de consequências ou de riscos deixam pura e simplesmente de interessar"²³⁹.

O esclarecimento deve incidir sobre os aspetos relevantes dos atos e práticas, dos seus objetivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente.

Os elementos informativos relevantes "vão além daqueles que são julgados suficientes para caracterizar uma intervenção, no âmbito interno de um quadro de especialistas (o chamado padrão médico). Assim, os elementos relevantes serão, pelo menos, aqueles que uma pessoa média, no quadro clínico que o paciente apresenta, julgaria necessários para tomar uma decisão (o chamado padrão do doente médio). Por exemplo, um risco desprezível para os especialistas pode ser relevante para a informação dos pacientes; o mesmo pode acontecer quanto a uma seqüela de natureza puramente estética ou a uma pequena diminuição funcional"²⁴⁰.

As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Coimbra Editora, 2010, p. 88, ISBN 978-972-32-1896-1.

²³⁹ FRISCH, Wolfgang, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano14, Janeiro - Junho 2004, p.s 83-84, ISSN 0871-8563.

²⁴⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado*, FDUC-CDB, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2005, p. 67, ISBN 972-32-1316-8. De facto, para um ator de cinema ou apresentador de televisão uma seqüela de natureza puramente estética pode ter uma enorme relevância, em termos profissionais, como também, uma pequena diminuição funcional de um dos dedos da mão terá enorme relevância profissional para um pianista. Esse paciente carece dessa informação, bem como da informação relativa a eventuais alternativas terapêuticas, para que o seu consentimento deva ser considerado como devidamente esclarecido.

Deverão pois, em nossa perspectiva, ser considerados aqueles aspetos que, embora irrelevantes para a generalidade dos pacientes, sejam importantes para o paciente concreto (tenha-se em atenção a possibilidade de, da intervenção proposta poder resultar uma menor mobilidade do dedo mindinho, consequência de reduzida relevância para a generalidade dos cidadãos, mas que se pode revelar extremamente importante para um pianista).

A melhor interpretação do art.º art.º 157.º do CP, "a partir da compreensão do esclarecimento como *esclarecimento-para-a-autodeterminação* - reclama a densificação do inciso *possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*"²⁴¹.

Deve, assim, o esclarecimento, reportar-se não apenas às "consequências sobre a integridade física e às demais (e negativas) sequelas da intervenção, mas abarcar também as *virtualidades* (hipóteses de sucesso) *terapêuticas* do meio utilizado"²⁴².

O esclarecimento deve estender-se também "*aos riscos típicos* da intervenção ou tratamento. Mas *não já a todos os riscos* que é possível associar a uma intervenção médica. Nesta linha o médico dentista não está obrigado a esclarecer os riscos excepcionais e raros de um tratamento standardizado (v.g., anestesia, extracção ou tratamento de um dente cariado, etc.) pode desencadear"²⁴³.

De todo o modo, o médico (Schöch) "é sempre obrigado a esclarecer as dúvidas manifestadas pelo paciente e responder às suas perguntas, mesmo que aparentemente impertinentes e sem sentido para um paciente "normal""²⁴⁴.

O esclarecimento deve ser orientado pelo caso concreto, estabelecendo-se a comunicação entre o médico e o paciente de modo a colocar o paciente na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção.

Por outro lado, de acordo com João Vaz Rodrigues, o esclarecimento deve ser feito () "com respeito pelos princípios da simplicidade e da suficiência";

Simplicidade, "porque devem ser utilizadas expressões acessíveis ao comum dos leigos, em termos de entendimento corrente, e não uma terminologia técnico-científica".

²⁴¹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 638, ISBN 978-972-32-2061-2.

²⁴²ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 638, ISBN 978-972-32-2061-2.

²⁴³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p. 638, ISBN 978-972-32-2061-2.

²⁴⁴Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª edição, 2012, p.s 638, 639, ISBN 978-972-32-2061-2.

Suficiência, "como limite quantitativo da informação; esta visa permitir ao paciente uma decisão que seja verdadeira manifestação da sua vontade, por conter os dados essenciais à tomada de posição em causa, considerando o seu esclarecimento".

Por outro lado, a informação deverá ser:

Pontual, "isto é ministrada ponto por ponto, para cada grupo de actos médicos que sejam susceptíveis de se autonomizarem, ou constituam uma unidade do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente".

Progressiva, "pois deverá resultar de um processo com crescente troca de dados;

Oportuna, "devendo a justa medida da informação ser ajuizada para o estágio de evolução do caso, em vista do objectivo que o agente médico prossegue, à luz das informações obtidas junto do paciente, sem o precipitar"; e,

Neutral, "salvaguardando, na medida do possível, a liberdade de decisão do paciente"²⁴⁵.

Deverá considerar-se que a recusa do paciente em aceitar a intervenção ou tratamento proposto, depois de ter sido devidamente informado, com intenção de alcançar a morte, tem como consequência que a abstenção da prática/aplicação pelo médico da intervenção/tratamento proposto não importa a imputação, ao médico, desse resultado (a morte).

De facto, deverá considerar-se que a razão última dessa abstenção é, nas palavras de Carolina Pereira Sáez "o reconhecimento, perante o outro, de que não sou ninguém para intervir no seu corpo, contra a sua vontade, porque o corpo é dele. Esta compreensão do consentimento informado e do seu fundamento evita a redução da bioética a uma correta apreciação da autonomia da pessoa. No fundo, tal noção incorre na petição de princípio de considerar que não há bem humano objetivo inteligível a partir do qual conhecer uns princípios éticos objetivos, e de que, portanto, o único critério ético que nos resta é a vontade de cada um; e este sim, é tratado como critério objetivo"²⁴⁶.

²⁴⁵RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para o Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p.s 241-242, ISBN 972-32-1013-4.

²⁴⁶SÁEZ, Carolina Pereira, "Consentimento Informado – La Influencia del Consentimiento Informado en la Práctica Clínica", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 145, ISSN 1646-6853, "el reconocimiento, ante el otro, de que soy quien para intervir en su cuerpo en contra de su voluntad, porque su cuerpo es él. Esta comprensión del consentimiento informado y de su fundamento evita la reducción de la bioética a una correcta apreciación de la autonomía de la persona. En el fondo tal noción incorre en la petición de principio de considerar que no hay bien humano objetivo inteligible a partir del cual conocer unos principios éticos objetivos, y de que, por tanto, el único criterio ético que

Quando o paciente se submete a um exame geral (*check-up*), e lhe é retirado sangue para o efeito, tal só legitimará a realização dos exames pertinentes às doenças próprias da idade, os exames considerados de rotina.

Para ser legítimo o teste da SIDA terá de assentar em consentimento válido e eficaz. Como é próprio de todo o consentimento para ser válido e eficaz "também aqui terá de ser precedido de esclarecimento bastante. O paciente terá de ser previamente informado de que se pretende fazer o teste da SIDA e tem de dar o seu consentimento para o efeito"²⁴⁷.

Tem sido sustentado que o paciente tem o direito a ser informado de que existe, dentro de um certo limite geográfico, um estabelecimento de saúde com melhores condições para tratar a doença de que este padece.

Contudo, essa informação não é exigível quando o estabelecimento, a que o paciente recorreu, mesmo não dispondo de equipamento e tecnologia de ponta, tem as condições adequadas à prestação do serviço médico.

Somente no caso de o estabelecimento não estar devidamente equipado se impõe a informação sobre o estabelecimento alternativo, onde o mesmo tratamento é possível com pessoal mais habilitado e melhores meios técnicos, oferecendo ao paciente vantagens decisivas no tratamento.

De facto, a Lei de Bases da Saúde, na base XIV, n.º 1, al. a), consagra o direito de o utente escolher o serviço e agentes prestadores, com os condicionalismos aí referidos.

Porém, não consagra o dever de informar sobre a existência de melhores condições noutras instituições de saúde, embora, na base XIII, n.º 2, se preveja a *articulação entre os vários níveis de cuidados de saúde, reservando a intervenção dos mais diferenciados para as situações deles carecidas*.

Assim, "vem sendo entendido que, salvo se o paciente expressamente perguntar, o médico não precisa de informar que há melhores condições numa outra instituição de saúde"²⁴⁸.

Quando a intervenção tem uma *finalidade meramente diagnóstica* entende-se que o dever de informar é mais amplo, já que o paciente se vai expor a riscos sem obter *nos resta es la voluntad de cada uno; y éste sí es tratado como criterio objetivo*". (tradução livre).

²⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, reimpressão, Coimbra Editora 2008, p. 51 e ss., ISBN 972-32-1277-3.

²⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, 2005, p. 420, ISBN 972-32-1247-1.

imediatamente benefícios terapêuticos, designadamente quando a intervenção se apresenta como particularmente dolorosa e/ou perigosa.

Se, porém, a intervenção estiver orientada para o tratamento ou para a melhoria do estado de saúde, e não apenas para fins meramente diagnósticos, deve-se seguir o grau de exigência das intervenções terapêuticas.

Outro fator a avaliar é a *novidade do tratamento*, de tal forma que quanto mais recente seja um procedimento terapêutico ou diagnóstico, maior rigor há de presidir à informação a dar ao paciente. A utilização de novas tecnologias carece de uma informação exaustiva e cabal sobre os benefícios esperados, mas também sobre todos os riscos e sacrifícios da intervenção.

A *perigosidade da intervenção* influi também na informação a prestar. Assim, quanto mais perigosa for uma intervenção, mais ampla deve ser a informação que se facilita ao paciente, sobre a intervenção proposta.

Também, a *gravidade da doença* que afeta o paciente deve influir na quantidade de informação a prestar ao paciente, de tal forma que quanto mais grave for a doença maior deve ser a informação que se faculta ao doente.

Em casos muito graves como em certas doenças oncológicas e cardiovasculares, "a informação prestada é muito mais rigorosa. Mesmo quando se utilize a psicologia na hora de informar o paciente, isso não pode, de modo algum significar minimizar a realidade e o direito à autodeterminação do paciente"²⁴⁹.

Por exemplo, "uma operação do foro oncológico, para dar um consentimento deveras informado, tem de ter bem nítidos, a seus olhos, diferentes valores. A saber: qual o provável tempo de vida que lhe resta se nada fizer. Qual, também provável, é certo, o tempo de vida que alcançará se tiver lugar a intervenção. Se nada fizer, com que qualidade de vida terminará os seus dias. E se tiver lugar a intervenção, como será o quotidiano da sua vida. Eis algumas das perguntas que exigem resposta, hoje, para que se possa claramente dizer que o consentimento se leva a cabo de maneira informada"²⁵⁰.

²⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, 2005, p. 402, ISBN 972-32-1247-1.

²⁵⁰COSTA, José de Faria, "O Fim da Vida e o Direito Penal", *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 773, ISBN 972-32-1193-9.

Na informação a prestar ao paciente o médico não poderá deixar de considerar as situações de privilégio terapêutico, que adiante abordaremos, que lhe impõe a redução dos esclarecimentos, quando estes sejam suscetíveis de causar dano à saúde do doente.

Por outro lado, o volume da informação sempre haverá de estar conexionado com as necessidades de informação do paciente concreto e com as questões por este colocadas.

O art.º 19.º do CD dispõe sobre o conteúdo e o modo como deve ser prestado o esclarecimento do médico ao doente, facultando-lhe as informações necessárias para que este possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente.

O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia.

Porém, a sua revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efetuada em toda a extensão e ao ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar (art.º 25.º/1-2, do CD).

A Lei 31/2018, de 18/07, veio consagrar os *direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida*.

Considera-se que uma pessoa se encontra em contexto de doença avançada e em fim de vida, quando padeça de doença grave, que ameace a vida, em fase avançada, incurável e irreversível e exista prognóstico vital estimado de 6 a 12 meses.

As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, desde que nisso tenham consentido, depois de informadas pelos profissionais de saúde, *têm direito a receber informação detalhada* sobre a natureza da sua doença, o prognóstico estimado e os diferentes cenários clínicos e tratamentos disponíveis.

Têm também o direito de participar ativamente no seu plano terapêutico, explicitando as medidas que desejam receber, mediante consentimento informado, *podendo recusar tratamentos*.

Têm ainda o direito a não ser alvo de distanásia²⁵¹, através da obstinação terapêutica e diagnóstica (art.º 4.º).

Nos Estados Unidos da América começa já a falar-se no declínio do “informed consent”, devido ao elevado número de ações interpostas contra os médicos fundadas na insuficiência do esclarecimento e nas “soft answers”.

²⁵¹O uso de meios extraordinários, fúteis ou desproporcionados de tratamento, até uma morte inevitável, sem benefícios para o paciente.

Os tribunais americanos referem a “informação razoável” (...) segundo a qual o critério tradicionalmente seguido para aferir do “quantum” informativo necessário que era o de “reasonable doctor” cede o passo ao do “reasonable patient”.

Em Portugal a questão tem sido debatida na doutrina.

Conceição Cunha, referindo que "é conhecida a chamada guerra-fria entre juristas e médicos" afirma que "o médico hesita atuar do modo que lhe pareceria mais adequado, pois mesmo essa atuação envolve os seus riscos, receando vir a ser responsabilizado (...) caso algo não acabe por correr de acordo com o desejado". Considera que "este receio por parte dos médicos também poderá conduzir (geralmente bem, mas por vezes *quicá* de modo excessivo) à elucidação dos pacientes, até ao pormenor, de todos os eventuais efeitos (ainda que marginais e muito remotos) da intervenção"²⁵².

André Gonçalo Dias Pereira refere também que, "recentemente, alguns autores e tribunais têm assinalado que a hipertrofia do direito à informação está a criar um fenómeno de medicina defensiva, de burocratização da relação médico-paciente e de alguma desconfiança ou mesmo crispação entre médicos e pacientes que se deseja sejam parceiros na actividade médico-terapêutica"²⁵³.

Considera que "é essencial que ao paciente seja dada uma informação base (*Grundaufklärung*) que lhe forneça uma ideia do grau de gravidade da intervenção e que o paciente compreenda que tipo de danos podem afectar a sua integridade física. Se faltar esta *Grundaufklärung* o médico limita efectivamente as possibilidades de autodeterminação do paciente, impedindo-o de recusar a intervenção e assim evitar essas consequências"²⁵⁴.

Considera, também, que o direito "exige que os médicos transmitam cada vez mais informações, sobre os riscos, as alternativas, o decurso da operação, o prognóstico, efeitos secundários, etc."²⁵⁵.

Ora, nenhum fundamento existe para desresponsabilizar os médicos pela omissão do dever de esclarecer.

²⁵² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Algumas considerações sobre a responsabilidade médica por omissão”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p.s 809,810, ISBN 972-32-193-9.

²⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, FDUC.CDB, 11, Coimbra Editora, 2005, p. 457, ISBN 972-32-1369-9.

²⁵⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, FDUC.CDB, 11, Coimbra Editora, 2005, p. 468, ISBN 972-32-1369-9.

²⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, FDUC.CDB, 11, Coimbra Editora, 2005, p. 477, ISBN 972-32-1369-9.

Porém, cremos que a lei portuguesa não permite interpretação semelhante à que vem sendo feita por alguns Tribunais dos EUA, no que se refere ao *quantum* informativo necessário.

O conteúdo do art.º 157.º do CP, em especial o termo “devidamente”, e o conteúdo dos art.ºs 19.º e 20.º do CD e o art.º 5.º da CDHBio, revelam que o médico deverá considerar o doente concreto a quem é dirigido o esclarecimento e, por outro lado, que só pode intervir depois de ter informado devidamente o paciente, pois só assim o consentimento será livre, porque esclarecido, salvo verificando-se alguma das exceções do dever de esclarecer, como adiante veremos.

Aliás, a jurisprudência mais recente tem assinalado esse dever do médico.

No Ac. da RL, de 26.06.2008, de que foi relator o Ex.mo Desembargador Ezagüy Martins, in www.djsi.pt, foi entendido que “em matéria de acto médico só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico”.

No Ac. do STJ, de 15.10.2009, de que foi relator o Ex.mo Conselheiro Rodrigues dos Santos, in www.djsi.pt, foi entendido que “o estatuto do paciente, que, no passado recente se consolidou, nas vertentes de dignidade, visibilidade e parceiro total e igual, no binómio paciente-médico, sobretudo após o estabelecimento da doutrina do consentimento informado ou informed consent, donde resultou a vinculação do paciente ao dever de colaboração com o médico e o direito de obter deste o dever de prestar toda a informação sobre a natureza, características, técnicas a usar no exercício do acto médico, alternativas e riscos”.

A medicina é uma atividade que gera riscos. Deverão separar-se os riscos a suportar pelo doente dos riscos a suportar pelo médico.

Os últimos devem ser comunicados ao paciente, para que este em liberdade e em consciência decida sobre se autoriza a intervenção, autocolocando-se em perigo.

Os primeiros, que devem ser suportados pelo paciente por motivos vários, como a extrema raridade, a sua imprevisibilidade, o conhecimento comum, entre outros motivos, não carecem de ser transmitidos.

Se o médico omitir informações de tal forma importantes que o paciente recusaria a intervenção se tivesse tido conhecimento delas, responde como se não tivesse havido consentimento.

O dever de informar, que obedece, cumulativamente, aos princípios da simplicidade e da suficiência, visa o esclarecimento do paciente de modo a permitir ao paciente uma decisão que seja verdadeira manifestação da sua vontade.

Para tal é indispensável que o médico lhe forneça todas as informações necessárias à decisão.

É "indispensável que, previamente a qualquer intervenção, seja dada uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto às suas consequências e os seus riscos. Provado que não foi prestada informação ou que ela foi insuficiente para sustentar um consentimento esclarecido, o consentimento obtido é anulado e o acto médico passa a ser tratado como um acto não autorizado, com as consequências civis e penais daí decorrentes"²⁵⁶.

O que se exige do médico, em matéria de cumprimento do dever de esclarecimento, é que forneça ao paciente uma informação base que lhe transmita a noção da gravidade da doença e da intervenção proposta, que compreenda o tipo de danos que podem afetar a sua integridade física ou psíquica e que inclua as hipóteses de sucesso e os riscos da intervenção em termos gerais, informação que deverá considerar o paciente concreto a quem é dirigida por forma a habilitá-lo a exercer o seu direito à autodeterminação em matéria de saúde.

Só deste modo ficará o paciente em condições de fazer uma escolha, com conhecimento de causa, entre os vários tratamentos possíveis, e aceitar que esse tratamento seja posto em prática no seu próprio corpo.

Na informação mínima deverão estar incluídos os riscos de verificação mais provável e os riscos cuja concretização implique consequências particularmente graves.

A informação deverá ser considerada adequada e suficiente quando o paciente tenha aquela noção, tanto quanto possível precisa, do tipo e da severidade da intervenção e da sua previsível condição física subsequente a tal intervenção.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2005, p. 69, ISBN 972-32-1316-8.

VI.3.7. Dever de verificar o esclarecimento do doente

O esclarecimento deve ser prestado previamente à intervenção ou tratamento proposto, diretamente ao doente e com palavras adequadas, em termos compreensíveis e adaptado a cada doente, por forma a facultar ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente²⁵⁷.

A eficácia do consentimento pressupõe que, no momento em que o presta, o paciente, para além de dispor de capacidade para decidir livremente, esteja na posse de informações relevantes, devendo existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se²⁵⁸.

O esclarecimento pressupõe "um fluxo recíproco de dados e abrange, na sua amplitude, o fornecimento das instruções avisos e conselhos quanto às diligências para averiguação do diagnóstico da doença e quanto ao processo de cura, onde se inclui a convalescença, respectivas sequelas, riscos e alternativas. *A informação visa um paciente concreto*, mas não tem de ser forçosamente individualizada (...), em princípio é indiferente que a informação seja oral ou escrita, *tem é de ser eficaz*"²⁵⁹.

Parece haver contradição na afirmação, supra, de João Vaz Rodrigues. De facto, afirmando-se que a informação *visa um paciente concreto* e que *tem de ser eficaz*, deverá a informação ser individualizada e adaptada ao concreto paciente, sob pena de não se alcançar o resultado pretendido, o devido esclarecimento do paciente.

O esclarecimento deve ser feito *em toda a sua extensão e no tempo requerido pelo doente*²⁶⁰, permitindo que o médico avalie a *capacidade do doente* não apenas para receber toda a informação sobre o diagnóstico e o prognóstico, mas também para consentir no tratamento proposto.

Porquanto, se concluir que o doente não se encontra em condições de entender e de decidir sobre o tratamento a realizar, por o considerar incapaz, deverá procurar o seu representante.

²⁵⁷Art.º 19.º, n.º 2, 4 e 5 do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no DR, II Série, de 21.07.2016.

²⁵⁸Art.º 20.º, n.º 1 e 2, do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no DR, II Série, de 21.07.2016.

²⁵⁹RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para o Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, 3, Coimbra Editora, p. 241, ISBN 972-32-1013-4.

²⁶⁰Art.º 25.º, n.º 2, do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, publicado no DR, II Série, de 21.07.2016.

Por outro lado, como vem sendo reconhecido por alguns autores, "entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se *o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas*; sem a satisfação deste dever, nada garante que o consentimento foi realmente esclarecido, embora o médico tenha aparentemente cumprido a obrigação de informar"²⁶¹.

Esse dever é tanto mais importante quanto, frequentemente, se recorre a formulários pré-elaborados, em que o paciente se limita a apor a sua assinatura.

Importa pois saber se existe ou não fundamento legal que imponha ao médico a obrigação de se certificar, antes de iniciar a intervenção ou tratamento proposto, de que o paciente compreendeu as explicações que lhe foram dadas, pois *o consentimento só será válido se o paciente*, para além de dispor da capacidade de decidir livremente, *estiver na posse da informação relevante* e, por conseguinte, *devidamente esclarecido*, como exige a norma do art.º 157.º do CP.

Mais adiante voltaremos a esta questão.

VI.3.8. O esclarecimento da equipa médica.

O exercício da Medicina em equipa abrange a "intervenção simultânea ou sucessiva, pontual ou continuada, de profissionais de saúde da mesma especialidade ou de especialidades diferentes, no âmbito da mesma ou de diferentes instituições de saúde, com o objectivo comum de melhorar (ou, em certos casos, de manter) o estado de saúde do paciente"²⁶².

Frequentemente, a assistência é prestada não por um único médico mas, sim, por uma equipa multidisciplinar e hierarquizada. Importa, por um lado, saber quem deverá fornecer a informação e obter o consentimento e, por outro lado, quem fica abrangido por esse consentimento.

O art.º 114.º/1 do CD prescreve que *o exercício da medicina em equipa (...) não*

²⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2005, p. 68, ISBN 972-32-1316-8.

²⁶²FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 13, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005, p. 99, ISBN 978-972-32-1634-9.

prejudica a responsabilidade técnica própria da qualificação, nem a responsabilidade deontológica, de cada médico.

De acordo com o princípio da confiança, o médico que intervém inserido numa equipa médica, e se comporta de acordo com a norma de cuidado, "deve poder contar que o mesmo sucederá com os outros; salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo". O princípio da confiança "encontra o seu fundamento material na auto-responsabilidade de terceiros", em regra, "não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado"²⁶³.

Este princípio, que surge "como um critério delimitador ou concretizador do dever objetivo de cuidado em caso de pluralidade de agentes"²⁶⁴, "cumprir a finalidade de ampliar a liberdade de ação juridicamente reconhecida a cada sujeito", delimitando o seu dever de cuidado porquanto se "cada membro de uma equipa cirúrgica tivesse de utilizar a experiência geral de que, por vezes, os seus colegas cometem erros, cada um deles teria de vigiar os demais durante a cirurgia, o que impediria a divisão de trabalho"²⁶⁵.

Significa este princípio que "cada qual cuida do seu cuidado e confia que os outros também agirão com cuidado. Assim não é necessário cuidar do cuidado alheio"²⁶⁶.

Assim, "como regra geral não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado"²⁶⁷.

O princípio da confiança decorre da falta de previsibilidade de comportamentos em violação das normas.

Contudo, "só pode invocar o princípio da confiança quem age com a diligência devida, pois só é razoável contar com o cuidado alheio quem cuida do próprio cuidado"²⁶⁸.

O referido princípio não pode, contudo, valer para certos círculos de vida em que o processo de interação social se tornaria muito mais difícil ou mesmo impossível se não devesse contar-se que os outros possam cometer alguma falta na sua atuação.

²⁶³DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 882, ISBN 978-972-32-2061-2.

²⁶⁴FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 91, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁶⁵FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p.s 158,159, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁶⁶SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 134, ISBN 9789725404584.

²⁶⁷DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 882, ISBN 978-972-32-1523-6.

²⁶⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 134, ISBN 9789725404584.

Isso sucederá, nomeadamente, "em todos os círculos profissionais onde já a observância das regras de cuidado implica uma actividade de controlo ou de fiscalização da actividade dos outros"²⁶⁹.

No domínio do princípio da confiança, o que releva não é a falta de previsibilidade em sentido fáctico mas sim "a necessidade de limitar o alcance da previsibilidade através de consideração de carácter normativo". Aliás, porque, "os limites do princípio da confiança, (...) não estão relacionados com a previsibilidade da conduta incorrecta de terceiros, mas que resultam da existência de um dever de controlo". (...) O factor decisivo não é a previsibilidade ou a possibilidade de prever, mas sim o dever de prever". Assim, "não será (...) a falta de previsibilidade a fundamentar o princípio da confiança. Pelo contrário, o princípio da confiança constituirá precisamente um limite normativo do dever de prever"²⁷⁰.

No seio de uma equipa médica "qualquer membro da equipa deve poder contar com uma actuação dos outros adequada à norma de cuidado (jurídica, profissional, estatutária, da experiência). Sem prejuízo de que, se os erros forem previsíveis ou vierem a ser efectivamente cometidos, eles devem ser impedidos ou corrigidos pelos colegas e, nomeadamente, pelo chefe de equipa. Mas o princípio da confiança cessará, também aqui, face ao conhecimento ou à previsão de erros notórios de outros membros da equipa, que exigem correcção"²⁷¹, como sucederá com os membros da equipa que se encontrem em fase de aprendizagem ou treino, sobre os quais deverá ser exercida "uma particular actividade de fiscalização, controlo e supervisão: o incumprimento desta actividade pode, ele mesmo, fundar a realização do tipo de ilícito negligente"²⁷².

Na actividade médica, em que o chefe de equipa conta com a colaboração do anestesista, de outros médicos e enfermeiros, como também quando o médico requer análises laboratoriais que irão ditar a correção de um diagnóstico e a adequação e o sucesso de um tratamento, nestes casos, "o cuidado a exigir ao agente concreto é condicionado pelo que ele pode legitimamente esperar dos outros, falando os autores italianos de um "standart de diligência e capacidade de grupo". (...) No âmbito da actividade médica, o médico deve poder confiar na correcção dos exames de diagnóstico que pediu a um laboratório, ou nas indicações

²⁶⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 883, ISBN 978-972-32-1523-6.

²⁷⁰FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p.s 100, 101, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁷¹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p. 649, ISBN 972-32-1288-9.

²⁷²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 884, ISBN 978-972-32-2061-2.

do anestesista acerca do estado cardíaco do doente que está a operar"²⁷³.

O cuidado a que cada agente está obrigado "não é integrado exclusivamente pelas regras de cuidado específicas do setor em causa, mas também pelos conhecimentos especiais de que o agente disponha no caso concreto. Se, no caso concreto, o agente conhecer (ou dever conhecer) que os outros não vão cumprir as regras de cuidado que sobre eles impendem, tornar-se-á cognoscível para ele, de modo imediato, a produção do resultado danoso como consequência da sua própria conduta. Neste caso, surge para o agente o dever de adequar a sua conduta ao comportamento negligente dos outros, de modo a evitar a produção do resultado"²⁷⁴.

Se o agente "não faz uso desses seus conhecimentos especiais de modo a evitar a produção do resultado poderá vir a ser responsabilizado, uma vez que não atuou ao abrigo do risco permitido, de que o princípio da confiança é apenas uma manifestação"²⁷⁵.

Assim, "de acordo com a normal experiência o médico sabe (...) que não deve remeter casos complicados para colegas jovens"²⁷⁶, também de acordo com a normal experiência o médico sabe que só pode confiar na conduta dos seus colaboradores se esta estiver de acordo com a sua experiência e conhecimentos especiais.

Contudo, segundo Frisch "só será adequada uma restrição da liberdade de ação quando existam indícios concretos de que o outro não vai cumprir as regras"²⁷⁷.

Faria Costa entende que para que o princípio da confiança possa operar normativamente é necessário que o agente tenha recebido uma comunicação que crê como verdadeira.

Porém, no exercício da medicina em equipa, Sónia Fidalgo entende que "se tal possibilidade seria dificilmente concebível nos casos de atuação simultânea, estaria totalmente excluída nos casos de intervenção sucessiva de vários profissionais no processo terapêutico de um doente"²⁷⁸.

²⁷³FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 2017, p.s 94,95, ISBN 978-989-8835-21-5.

²⁷⁴FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 104, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁷⁵FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 105, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁷⁶FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 97, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁷⁷Apud, FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 113, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁷⁸FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 144, ISBN 978-972-40-7688-1.

De facto, nos crimes negligentes, "a omissão do sujeito assumirá relevância jurídica precisamente na medida em que se traduz em uma violação de uma expectativa da ordem jurídica relativa ao cumprimento, por parte daquele, do cuidado que lhe é exigido pelo próprio ordenamento jurídico. Daqui poderá inferir-se que à existência de um dever de cuidado a cargo de um determinado sujeito corresponde uma expectativa do ordenamento jurídico e, reflexamente, de todos aqueles que com o sujeito interagem, no sentido do efetivo cumprimento do dever de cuidado que sobre aquele recai"²⁷⁹.

Quem se comporta de acordo com a norma de cuidado deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros, "salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo"²⁸⁰.

O termo concretamente quer significar que deverá haver razão ou razões objetivas para pensar que os outros não cumprirão os seus deveres de cuidado, como sucederá com o médico, que, fazendo parte da equipa médica, se apresenta com sinais de extremo cansaço, ou se se encontrar alcoolizado, ou sob o efeito de estupefacientes, ou se for ainda inexperiente.

Nestes casos, impõe-se ao chefe de equipa um "dever de controlo"²⁸¹, dever que não poderá deixar de cumprir "sempre que é reconhecível a possibilidade de não cumprimento do dever de cuidado por parte de outra pessoa"²⁸².

O princípio da confiança é afastado, também, "sempre que o agente tem deveres de vigilância e de controlo em relação a outras pessoas, especificamente destinados a evitar a lesão de bens jurídicos alheios, como sucede no âmbito da actividade médico-cirúrgica"²⁸³.

O princípio da confiança "opera também em relação à realização dolosa"²⁸⁴. Pois o agente não só deve poder confiar na actuação cautelosa dos outros, como está autorizado a pressupor que os outros não vão cometer factos dolosos.

A participação negligente no ilícito doloso cometido por outra pessoa "só deve ter

²⁷⁹FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 145, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁸⁰DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 882, ISBN 978-972-32-2108-4.

²⁸¹FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 196, ISBN 978-972-40-7688-1.

²⁸²FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 2017, p. 95, ISBN 978-989-8835-21-5.

²⁸³FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 2017, p. 95, ISBN 978-989-8835-21-5.

²⁸⁴FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 2017, p. 97, ISBN 978-989-8835-21-5.

autonomia em sede de punibilidade quando o agente facilita com a sua conduta a concretização da intenção da prática de um crime, sendo essa propensão reconhecível a partir de indícios concretos, o que parece exigir a afirmação de uma negligência grosseira da sua parte"²⁸⁵.

O critério a atender deve ser o de que "os princípios da confiança e da autoresponsabilidade só devem recuar quando o facto anterior revele reconhecidamente uma especial aptidão para provocar o facto posterior doloso, quando criar um perigo intolerável de cometimento do facto doloso, de tal modo que seria de todo desrazoável não contar com a sua possibilidade próxima"²⁸⁶.

Assim, constituem limites do princípio da confiança, por um lado, a previsibilidade do não cumprimento do dever de cuidado por parte de outra pessoa, seja devido a inexperiência, doença ou outro tipo de incapacidade e experiências anteriores negativas, e, por outro lado, a violação do dever de controlo, dever que é delimitado pelo dever de prever o não cumprimento do dever de cuidado por parte de outra pessoa.

Nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, executados com a intervenção de uma equipa médica, situação em que o esclarecimento do paciente poderá ser feito por um dos membros da equipa médica diferente daquele que vai realizar a intervenção, sobre este médico, que vai realizar a intervenção, "recai o especial dever de verificar se o paciente deu o seu consentimento informado"²⁸⁷, e, conseqüentemente, se o paciente se encontra devidamente esclarecido sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, relativamente à intervenção proposta e que vai executar.

Deve por isso o médico que vai realizar a intervenção médico-cirúrgica verificar e assegurar-se de que o paciente se encontra devidamente esclarecido, sobre a intervenção proposta e que vai executar, e que por isso é eficaz o consentimento prestado, sob pena de poder incorrer na prática de um crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

O médico, chefe de equipa, deverá, quando não tenha pessoal e previamente

²⁸⁵FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 2017, p. 97, ISBN 978-989-8835-21-5.

²⁸⁶DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 885, ISBN 978-972-32-2108-4.

²⁸⁷PERERA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2004, p. 362, ISBN 972-32-1247-1.

esclarecido o paciente, assegurar-se, antes do início da intervenção médico-cirúrgica que vai realizar, de que o paciente se encontra devidamente esclarecido, sobre os itens a que alude o art.º 157.º do CP, relativamente a essa intervenção.

Questão diversa é a da responsabilidade resultante da omissão ou deficiência da comunicação de informações entre os diferentes médicos, ou pessoas legalmente autorizadas. Perante o paciente surge cada vez menos um médico, ou outra pessoa legalmente autorizada, como agente visível e tutelar da atuação profissional, e cada vez mais uma pluralidade de pessoas que se sucedem no respetivo processo.

No decurso do internamento o doente é assistido por vários médicos que deverão socorrer-se do processo clínico, no qual os diferentes médicos registaram os elementos relevantes da doença que observaram e sua evolução, bem como os tratamentos e intervenções realizadas²⁸⁸.

O médico que termina o seu turno "tem o dever específico de informar o colega que o sucede da situação em que se encontram os doentes internados no serviço, devendo adverti-lo de eventuais circunstâncias particulares"²⁸⁹.

O art.º 40.º/1, do CD, dispõe que o médico, seja qual for o enquadramento da sua situação profissional, deve registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo (...). No n.º 2 refere que a ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente, das anotações pessoais do médico e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre os profissionais que tratem o doente.

Deve, por isso, ser suficientemente detalhada para cumprir a sua finalidade.

O médico está obrigado a fazer esta "comunicação" - registo na ficha clínica dos dados clínicos do doente. O registo dos dados clínicos do paciente é indispensável para que os profissionais que se sucedem no respetivo processo possam prestar os necessários cuidados de

²⁸⁸Na actuação dos diferentes médicos que se sucedem, por turnos, no mesmo serviço ou no médico residente que, durante um determinado período, fica responsável por todos os pacientes internados no serviço. Nestas situações cada um dos médicos poderá confiar plenamente na actuação dos demais, salvo se circunstâncias concretas o fizerem (ou deverem fazer) pensar de outro modo. No entanto, o médico apenas poderá invocar a confiança na actuação do colega que o prececeu enquanto perdurarem as condições verificadas pelo médico precedente. (...) Assume, por isso, nestas situações, particular relevância a documentação no processo clínico" - FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, FDUC-CDB, 13, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005, p. 182, ISBN 978-972-32-1634-9..

²⁸⁹FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, FDUC-CDB, 13, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005, p. 183, ISBN 978-972-32-1634-9.

saúde ao paciente.

A omissão, ou deficiência, da comunicação entre os diferentes profissionais de saúde, quando tal falta ou deficiência da devida comunicação seja causa adequada das lesões, físicas ou psíquicas, ou da morte, do paciente é suscetível de os responsabilizar pelos danos decorrentes dessa omissão ou deficiência, civil e criminalmente.

VI.3.9. O formalismo.

Em regra, não se exige qualquer formalismo: “para que o consentimento traduza um ato autêntico de autodeterminação não se torna necessário (nem conveniente) que a sua eficácia seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos; basta que ele exista e seja manifestado”²⁹⁰.

O consentimento pode ser expresso ou tácito, mas neste último caso "terá de deduzir-se de factos que com toda a probabilidade revelem tal consentimento (art.º 217.º do CC), ou seja, terá de decorrer de factos concludentes, que se reportem à específica e concreta lesão consentida"²⁹¹.

No domínio dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, o Código Deontológico dos Médicos dispõe que o consentimento "pode assumir a forma oral ou escrita" e que "o consentimento escrito e ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico" (art.º 48.º-1 e 2).

Temos assim que, em regra, é válido o consentimento oral.

Situações há, porém, em que o legislador sentiu necessidade, quer em casos de intervenções não terapêuticas²⁹², quer em casos de intervenções terapêuticas, que se revestem de riscos graves, de exigir um *consentimento escrito*.

No consentimento para participação em ensaios clínicos de medicamentos o

²⁹⁰ DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 487, ISBN 978-972-32-2108-4.

²⁹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2015, p. 524, ISBN 978-972-32-2309-5.

²⁹² As intervenções não terapêuticas, precisamente por não terem a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental, não beneficiam do regime especial das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, previsto nos art.ºs 150.º, 156.º e 157.º do CP. Por tal razão o consentimento para a sua realização é verdadeiramente um "consentimento", que exclui a ilicitude, e não um "acordo", que afasta a tipicidade.

consentimento terá de constar de declaração escrita (art.º 82.º, al. a) do Código Deontológico dos Médicos e artº 6.º, n.º 1, al. d), da Lei 46/2004, de 19/08)²⁹³ ;

No consentimento para participação, de menores, em ensaios clínicos de medicamentos, prevê-se, ainda, uma especial informação ao menor, que, se tiver capacidade para tal, poderá recusar-se a participar ou retirar-se do ensaio (artº 7.º, al.s b) e c), da Lei 46/2004, de 19/08)²⁹⁴;

No consentimento para a doação de órgãos, prevê-se uma especial informação ao paciente e exige-se o consentimento escrito (art.º 16.º da Lei 36/2013, de 12/06)²⁹⁵;

No consentimento para participação em qualquer investigação biomédica (art.º16.º, al. v), da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano, assinada em Oviedo a 04.04.1997)²⁹⁶;

No consentimento para a realização de intervenções psicocirúrgicas exige-se o consentimento escrito do utente e o parecer escrito de dois médicos psiquiatras – art.º 5.º, n.º 2, da Lei 36/98, de 24/07. O art.º 5.º, n.º 1, al. d), exige também o consentimento escrito para a submissão do paciente a eletroconvulsivoterapia;

No consentimento para a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, exige-se não só um consentimento expresso e por escrito mas também uma prévia e detalhada informação – art.º 14.º da Lei 32/2006, de 26/07)²⁹⁷;

²⁹³ O art.º 6.º, da Lei 46/2004, para além de prescrever um completo processo de esclarecimento, com explicação, em entrevista prévia, dos "objetivos, riscos ou inconvenientes" do ensaio e das "condições" em que este será realizado, exige ainda que o consentimento conste (al. d)), de "declaração escrita" que deverá conter "a informação sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos do ensaio".

²⁹⁴ Cujo art.º 7.º, impõe que, também o menor (al. b)) receba "informações sobre o ensaio e respetivos riscos e benefícios, adequadas à sua capacidade de compreensão" e (al. c)) prevê a possibilidade de o menor "que seja capaz de formar um opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento".

²⁹⁵ Lei 36/2013, de 12/06, cujo art.º 16.º dispõe que a colheita de órgão em dadores vivos só pode ser efetuada após terem sido cumpridos os requisitos relativos às informações e consentimento previstos no art.º 7.º e 8.º da Lei n.º 12/93, de 22/04, alterada e republicada pela Lei 22/2007, de 29/06, nos quais, designadamente, se impõe ao médico o dever de informar, "o dador e o recetor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente", bem como se prescreve que "o consentimento do dador ou de quem legalmente o represente, é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável".

²⁹⁶ "O consentimento referido no art.º 5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado".

²⁹⁷ Lei 32/2006, de 26/07, art.º 14.º, 1 – Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, 2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e

No consentimento para a esterilização voluntária exige-se uma declaração escrita e assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que a pessoa deseja submeter-se à necessária intervenção, e, também, a menção de que foi informada sobre os riscos, consequências e irreversibilidade da mesma, bem como a identidade e assinatura do médico solicitado a intervir - art.º 10.º da Lei 3/84, de 24/03 e art.º 66.º do Código Deontológico dos Médicos;

Os testes genéticos, com vista à deteção do estado de heterozigotia para doenças recessivas, o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas e os testes de suscetibilidades genéticas em pessoas saudáveis só podem ser executados com autorização do próprio, a pedido de um médico com especialidade genética e na sequência de uma consulta de aconselhamento genético, após consentimento informado, expresso por escrito - art.º 9 da Lei 12/2005, de 26/01; e,

No caso de cirurgia para transição de género o consentimento do paciente deve ser escrito e testemunhado - art.º 80.º-2, do Código Deontológico dos Médicos.

VI.3.9.1. O consentimento documentado como mecanismo da medicina defensiva

A finalidade do consentimento informado é a da proteção da autonomia ou autodeterminação do paciente.

Do ponto de vista médico, "a recolha do consentimento informado resguarda-o de que lhe seja apontada uma intervenção arbitrária (...) mas o primacial sentido deste é exprimir a decisão favorável do paciente a propósito do se e do *quantum* da intervenção"²⁹⁸.

Assim, se a assinatura de um termo escrito de consentimento para uma determinada intervenção/tratamento "for o resultado final de todo um processo dialogante de genuíno esclarecimento prestado pelo médico sobre a natureza, o alcance, os riscos, as consequências inevitáveis de uma intervenção e sobre as eventuais alternativas que se perfilam existir e dos riscos a estas associados, nenhuma dificuldade se nos depara a este nível.

Já pelo contrário, se a recolha da assinatura do paciente não for antecedida do tal
riscos conhecidos 3 – As informações constantes do número anterior devem constar de documento, ..., através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.

²⁹⁸CASTRO, Jorge Rosas de, "Consentimento Informado – Consentimento Informado e Medicina Defensiva", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p.s 213-214, ISSN 1646-6853.

processo dialogante de esclarecimento, o que temos é um momento puramente formal, porventura até realizado na secretaria do hospital, despido de toda a sua suposta substância"²⁹⁹.

Nesta última situação teremos um consentimento documentado, mas, provavelmente, não um consentimento informado.

De facto, a circunstância de o consentimento estar documentado não significa que tenha sido informado.

O que é essencial é que "exista entre o médico e o paciente todo um processo comunicativo de informação e de esclarecimento, desenvolvido por referência a cada singular acto de diagnóstico ou de terapêutica susceptível de ocasionar riscos autónomos, e uma decisão efectiva, participada, e não meramente formal do paciente. Se esse processo não existir, ou existir deficientemente, o que temos é um consentimento inválido ou ineficaz e consequentemente uma intervenção médica ilícita, por arbitrária"³⁰⁰.

Necessário é que consentimento do paciente, escrito ou não, se funde no exercício, informado, da autonomia ou autodeterminação do paciente.

Para tal, havendo termo de consentimento escrito, ele deverá "traduzir, na medida do possível, a informação transmitida ao paciente na fase prévia"³⁰¹.

Por outro lado, importa impedir que a declaração de consentimento, para intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, seja obtida por funcionário administrativo, sem qualquer esclarecimento relevante do paciente.

De facto, com o pretexto de recolha de dados relativos à situação e história clínica do paciente, em algumas clínicas, vem sendo obtida, no mesmo documento ou em documentos diferentes, uma declaração escrita de consentimento para a intervenção/tratamento a realizar sem que sejam prestadas os devidos esclarecimentos por quem esteja habilitado para o efeito.

Mostra-se por isso muito importante que seja identificada a pessoa que prestou as informações necessárias ao devido esclarecimento do paciente, devendo por isso a sua identificação constar do documento no qual é recolhido o consentimento do paciente.

²⁹⁹CASTRO, Jorge Rosas de, "Consentimento Informado – Consentimento Informado e Medicina Defensiva", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p.s 214-215, ISSN 1646-6853.

³⁰⁰CASTRO, Jorge Rosas de, "Consentimento Informado – Consentimento Informado e Medicina Defensiva", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 215, ISSN 1646-6853.

³⁰¹CASTRO, Jorge Rosas de, *Consentimento Informado – Consentimento Informado e Medicina Defensiva*, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 215, ISSN 1646-6853.

VI.3.10. Exceções ao dever de informar.

a) Situações de urgência.

Em situações de urgência, havendo perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, com uma aplicabilidade restringida às intervenções médicas indispensáveis e que não toleram qualquer atraso, *estando o doente incapacitado de receber o esclarecimento e dar o consentimento, e inexistindo indicação segura de que o paciente se oporia à intervenção*, pode o médico presumir o consentimento, dispensar o esclarecimento, e realizar, imediatamente, a intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde do paciente (art.ºs 156.º, n.º 2, do CP, 47.º do CD e 8.º da CEDHBio)³⁰².

O art.º 39.º do CP equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo (n.º 1) e estabelece, explícita ou implicitamente, os pressupostos da relevância ou validade do consentimento presumido (n.º 2), que são: a necessidade urgente de praticar o facto, a impossibilidade de o titular do interesse ou bem jurídico declarar o seu consentimento e a presunção de que este, se pudesse, consentiria efetivamente no facto.

Ao equiparar o consentimento presumido (art.º 39.º-CP) ao consentimento efetivo (art.º 38.º-CP), o legislador está a dizer que o que releva, em definitivo, é a vontade (o que, segundo o juízo *ex ante*, é suposto corresponder à vontade) e não o interesse.

Portanto, o interesse apenas constituirá um indício da vontade, mas não o seu critério definitivo (art.º 21.º/5-CD).

Note-se, porém, que o art. 156º nº 2 apenas afasta o consentimento presumido do doente quando *se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*, o que evidencia o princípio *favor vitae vel salutis*, enquanto o art. 39º exige (para a afirmação do consentimento presumido) que se possa concluir que o consentimento seria prestado (caso a pessoa estivesse em condições de o prestar).

Quando o médico realiza intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicas, fundados no consentimento presumido, este não funciona como causa de justificação, mas sim, tal como

³⁰²NEGRI, Stefania, "Consentimento Informado – El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 103, ISSN 1646-6853, que refere que "en tales emergencias el consentimiento del paciente puede presumirse, a menos que, con la evidencia de una declaración previa, esté clara su intención de que en condiciones similares se habría negado el consentimiento".

no consentimento efetivo, como causa de exclusão da tipicidade³⁰³.

Cabem aqui as situações de incapacidade temporária de pessoas normalmente capazes, v.g. vítimas de acidente rodoviário, enfarte, lesão cerebral, que ficam praticamente incomunicáveis e não podem, por isso, receber o esclarecimento e dar o seu consentimento.

Nestes casos, pode e deve o médico auscultar os familiares dos incapazes (de dar o consentimento) no sentido de estes ajudarem a esclarecer o que os doentes queriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade (art. 21.º/6-CD).

Se a intervenção realizada não coincide com a consentida, por necessidade detetada em momento em que o sujeito passivo da intervenção já não se encontrava em condições de consentir no alargamento da intervenção, a conduta do médico é justificada (excluída a tipicidade) pelo consentimento presumido, nos termos referidos (art.ºs 39.º e 156.º/2, do CP)³⁰⁴.

Também os portadores de incapacidade permanente cujos legais representantes não estejam contactáveis, em tempo útil, beneficiam deste regime especial, em situações de urgência.

No caso dos menores e de acordo com a sua maturidade, deve ser tomada em conta a sua opinião (art.º 21.º/3-CD).

Porém, no caso de o representante, de menor ou incapaz, se opor à intervenção medicamente indicada e urgente, havendo perigo para a vida ou perigo grave para a saúde do paciente, menor ou incapaz, o médico deve intervir imediatamente, praticando o ato medicamente indicado em benefício da saúde do paciente, se o tratamento não puder ser adiado e não puder, em tempo útil, recorrer ao Tribunal.

Na verdade, as responsabilidades parentais devem ser exercidas no interesse dos filhos, competindo aos pais, designadamente, velar pela saúde dos filhos (art.º 1878.º do CC).

De igual modo, o tutor deve cuidar especialmente da saúde do interdito (art.º 145.º do CC)³⁰⁵.

³⁰³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 3.ª edição, 2016, p. 459, ISBN 978-989-8835-09-3, (as diferenças entre o art.º 39.º do CP e os art.ºs 152.º/2, do CP, e 22.º do CD, serão adiante melhor explicitadas).

³⁰⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, 3.ª edição, 2015, p.s 270, 615 e 616, ISBN 9789725404898; e FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas*, tradução, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano14, Janeiro - Junho 2004, p.110, ISSN 0871-8563.

³⁰⁵ A Lei 49/2018, de 14.08, criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. Contudo a aludida Lei só entrará em vigor em 14.02.2019, em data posterior àquela em que elaboramos esta dissertação. Por essa razão continuaremos a referir as denominações anteriores, sem prejuízo de, anteriormente, se ter feito já referência às

Assim, tal oposição deverá ser considerada ineficaz, porque contrária aos interesses do incapaz, devendo o médico agir, fundado na presunção de que o consentimento seria efetivamente concedido pelo Tribunal, verificadas a situação de urgência e a impossibilidade de em tempo útil ser obtido o consentimento.

A parte final do aludido art.º 156.º, n.º 2, b), do CP, onde se refere “e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”, visa excluir da aplicação desta norma as situações em que há razões fortes e seguras no sentido de que o paciente se oporia à intervenção necessária, como sucede com os pacientes, adultos e capazes, que tenham previamente manifestado a sua oposição à intervenção medicamente indicada.

Tal sucede, designadamente, com os pacientes, membros de confissões religiosas, cuja doutrina não permite que recebam uma transfusão de sangue, e a necessidade da transfusão se venha apenas a verificar no decurso de uma operação consentida e, num momento em que o paciente não se encontra em condições de manifestar a sua vontade.

Nestes casos, quando o paciente, adulto e capaz, tenha previamente manifestado a sua oposição à intervenção medicamente indicada – a transfusão de sangue - não pode presumir-se o consentimento e, portanto, a intervenção (transfusão), se realizada, deverá ser considerada como não consentida.

Contudo, se a possibilidade de vir a ser necessária a realização de uma transfusão de sangue tiver sido colocada ao paciente, como possibilidade remota e sem comunicação das consequências da sua não realização, o paciente não dispôs, de facto, de todos os elementos necessários para tomar uma decisão livre e esclarecida, para dispor do seu corpo e da própria vida.

Se se suscitarem dúvidas fundadas sobre se o paciente manteria ou não a posição anteriormente assumida, cremos que deverá ser considerada como justificada a conduta do médico que intervém (procedendo à transfusão de sangue, indispensável para salvar a vida do paciente), em nome do princípio *favor vita vel salutis*, que está presente no regime das intervenções médico-cirúrgicas.

b) Renúncia ao direito de esclarecimento.

Dispõe o art.º 10.º, n.º 2, da CEDH Bio, que “qualquer pessoa tem direito a conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”. Por sua vez, o CD dos médicos, no art.º 50.º, n.º 3, prescreve que “a revelação não deve ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar”.

Consagram estes preceitos o direito a não saber do paciente, direito que resulta do princípio da prevalência da autonomia da pessoa humana.

A renúncia à informação deve ser *clara e inequívoca* e, por outro lado, ser uma recusa *informada*, isto é, o paciente deve saber que dispõe do direito a ser informado, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP.

A justificação desta prerrogativa encontra-se no direito à reserva da vida privada, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito.

A doutrina maioritária entende tratar-se aqui de um direito a ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade, que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato na dignidade humana.

Frequentes vezes, o doente não quer saber toda a verdade acerca do seu estado, e é inadmissível não respeitar este seu direito a não ser informado³⁰⁶.

Necessário é que o doente use esse seu direito e, para o efeito, deve "manifestar a sua vontade nesse sentido"³⁰⁷.

De facto, "hoje parece outrossim incontornável o reconhecimento de um "*direito a não-saber*", que garante ao indivíduo um espaço livre de decisão quanto ao que quer e não quer saber sobre si próprio, nomeadamente sobre o seu corpo e a sua saúde"³⁰⁸.

Também em Espanha se entende que "a renúncia ao esclarecimento há de manifestá-la o paciente de forma expressa e há de ser documentada, naqueles casos em que se deva praticar

³⁰⁶PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. FDUC-CDB, 9, Coimbra Editora, 2005, p. 470-471, ISBN 972-32-1247-1.

³⁰⁷CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 93, ISBN 978-972-32-1896-1.

³⁰⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, reimpressão, Coimbra Editora 2008, p. 23, ISBN 972-32-1277-3.

uma intervenção médica das que requerem a prestação do consentimento informado por escrito"³⁰⁹.

O direito a não saber tem, contudo, limitações que resultam do interesse do paciente e dos deveres do médico.

O art.º 10.º, n.º 3, da CEDHBio prevê que, "a título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2", acima referido, e o art.º 26.º, do mesmo diploma, prevê restrições ao exercício dos direitos previstos na Convenção quando "essas restrições constituam providências necessárias (...) para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros".

Por sua vez, o art.º 89.º do CD dispõe que "a obrigação do segredo médico não impede que o médico tome as precauções necessárias (...) indispensáveis à salvaguarda da vida e saúde das pessoas que possam contactar com o doente, nomeadamente os membros da família e outros conviventes. (...) deverá o médico, em circunstâncias em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar este comportamento (...). Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco(...)".

Assim, se o paciente sofrer de doença grave, que necessite de medidas preventivas, é indispensável que o médico o informe dessa situação, para que o paciente adote tais medidas, para sua protecção bem como para a protecção de terceiros, designadamente no caso de doenças infeto-contagiosas, como a SIDA, para além da aludida possibilidade/dever de o médico informar terceiros.

Para justificar esta intervenção do médico "alguns autores têm apelado para os regimes (...) do *direito de necessidade defensivo* e da *prosecução de interesses legítimos*". O primeiro "assente na circunstância óbvia de o perigo provir da esfera jurídica (...) a que pertencem os bens jurídicos (...) a sacrificar", o segundo assente "na superioridade do interesse a proteger", o que permite concluir pelo "afastamento da ilicitude penal"³¹⁰ da referida intervenção do

³⁰⁹LAGO, José Manuel Busto, "Consentimento Informado – Consentimento Informado y Responsabilidad Civil", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 164, ISSN 1646-6853, "la renuncia a la información sanitaria ha de manifestarla el paciente expresa y ha de constar documentalmente, en aquellos casos en los que se haya de practicar una intervención médica de las que requieren la prestación del consentimiento informado por escrito" (tradução livre).

³¹⁰ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, reimpressão, Coimbra Editora 2008, p.s 225-229, ISBN 972-32-1277-3.

médico.

No conflito de deveres, entre o dever (de omissão) de manter o sigilo médico e o dever (de ação) de comunicar ou revelar, para defesa da vida/integridade física de terceiros, constata-se que a ordem jurídica impõe deveres colidentes.

Contudo "estando em causa os valores mais essenciais (bens pessoais), a actuação no sentido de os salvar deixa de ser uma opção solidária, para ser um dever jurídico. O que era opção (...) transforma-se num dever jurídico-penal"³¹¹.

De facto, no conflito de deveres, entre o dever de manter o sigilo médico e o dever de comunicar ou revelar, prevalece o dever de comunicar ou revelar, face à sensível superioridade deste dever, atentos os bens jurídicos a proteger – a vida e a integridade física alheias.

c) Paciente já informado, em razão da sua profissão ou da sua experiência com a doença

A informação destina-se a permitir que o paciente exerça o direito autónomo à livre determinação em matéria de saúde.

Os médicos e enfermeiros estarão já, normalmente, informados sobre as características da doença de que padecem e sobre o tratamento proposto.

Também os doentes crónicos, em intervenção de rotina, se encontram já informados.

Nestas situações dispensa-se o esclarecimento.

Porém, impondo o art.º 157.º do CP que o doente seja *devidamente esclarecido*, tal dever só será verdadeiramente cumprido se o médico, que vai proceder à intervenção ou tratamento, se certificar de que o paciente se encontra já devidamente esclarecido, pois só dessa forma poderá obter um consentimento válido e eficaz para a intervenção proposta.

d) Dever de não esclarecer. “O privilégio terapêutico”

Tradicionalmente, designadamente nos países latinos, entendia-se dever o médico “modular a informação”, em função do estado de saúde do paciente, permitindo deixar o paciente na ignorância de um diagnóstico ou prognóstico grave.

³¹¹CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra Vida. Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 58, ISBN 978-972-32-1752-0.

Porém, as legislações recentes consagram este instituto - o privilégio terapêutico - em termos mais restritivos.

O art.º 157.º do CP exceciona o cumprimento do dever de esclarecimento, consagrando o chamado privilégio terapêutico, dispondo "(...) 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".

Diante de uma situação de perigo para o doente, decorrente do cumprimento do dever de esclarecimento, "o médico pode restringir ou omitir o âmbito das informações transmitidas ao doente ou mesmo omitir essas informações"³¹².

Porém, o erro do médico sobre o alcance do dever de esclarecimento e sobre o privilégio terapêutico "constitui erro sobre a ilicitude, em regra censurável, por se tratar de matéria fundamental inerente ao exercício da profissão"³¹³

A questão é complexa, importa saber "quando é que o médico, para salvaguardar a saúde ou a própria vida do doente, pode (deve) omitir esclarecimentos – nomeadamente quanto ao diagnóstico e prognóstico, mas também, eventualmente, quanto aos riscos da intervenção. Aqui deparamos (...) com o conflito entre a vida (ou, no mínimo, a saúde) e a Autonomia do doente. Porém, ao invés de se conceder uma prevalência absoluta à plena autonomia do doente (esclarecimento cabal), tentou-se a concordância prática entre ambos os valores (...), permitindo a não comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde física ou psíquica"³¹⁴.

De facto, "a comunicação de circunstâncias muito graves (v.g. o diagnóstico de um cancro em estado de rápida progressão) a doentes psicologicamente débeis ou até em estado de depressão pode comprometer (por vezes irremediavelmente) a cura possível, uma vez que o estado psicológico do doente constitui um dos factores que mais influencia o sucesso/fracasso dos tratamentos"³¹⁵.

Na ponderação entre o que deve e o que não deve ser comunicado ao doente, não

³¹²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., 2015, p. 619, ISBN 9789725404898.

³¹³ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., 2015, p. 619, ISBN 9789725404898.

³¹⁴CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p.s 90-91, ISBN 978-972-32-1896-1.

³¹⁵CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p.s 90-91, ISBN 978-972-32-1896-1.

deverá obedecer-se "a um padrão pré-estabelecido (v. g. nunca comunicar os diagnósticos muito graves), nem, por outro lado, se pode basear apenas numa "impressão" subjectiva do médico, devendo, ao invés, fundar-se em elementos concretos relativos às características psicológicas do doente, para o que poderá ser importante recorrer ao apoio psicológico e às informações de familiares próximos"³¹⁶.

O atual Código Deontológico, com redação idêntica à do art.º 50.º do anterior CD³¹⁷, prevê no seu art.º 25.º/1, que o "diagnóstico e o prognóstico devem, *por regra*, ser comunicados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia".

A utilização da expressão *por regra* significa que a regra é a de revelar, mas que essa regra comporta exceções.

Creemos, contudo, que as exceções serão apenas aquelas que são permitidas pelo art.º 157.º do CP, isto é, "as situações de privilégio terapêutico - perigo para a vida ou saúde essencial do doente"³¹⁸.

De facto, embora "normalmente associado ao diagnóstico, o privilégio terapêutico pode justificar (ou ditar) também a não comunicação de circunstâncias como os riscos da intervenção ou tratamento"³¹⁹.

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, quando o seu conhecimento pelo paciente pode pôr em perigo a sua vida ou a sua integridade física.

E isto logo em nome do *favor vitae vel salutis* que aflora em muitos outros aspetos do regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas.

Aliás, o art.º 25.º/2, do CD dispõe que *a revelação* (do diagnóstico e do prognóstico) *exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a sua extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderado os eventuais danos que esta lhe possa causar*.

Por outro lado, só as intervenções terapêuticas são abrangidas pelo "privilégio terapêutico" como resulta, quer da expressão inicial do art.º 157.º do CP, *para efeito do*

³¹⁶CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 91, ISBN 978-972-32-1896-1.

³¹⁷Aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009, publicado no DR II, série, de 13/01/2009.

³¹⁸CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, nota 30, p. 92, ISBN 978-972-32-1896-1.

³¹⁹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, p. 639, ISBN 978-972-32-2061-2.

disposto no artigo anterior (art.º 156.º do CP), que remete para as finalidades terapêuticas apontadas no art.º 150.º do CP, quer do facto de apenas intervenções desta natureza justificarem "este instituto de cunho paternalista, visto que está em causa a salvaguardada da saúde do doente"³²⁰.

Contudo, "a amplitude do privilégio terapêutico cobre exactamente um terreno em que as omissões informativas do médico poderão, em termos pragmáticos, não ser susceptíveis de fiscalização e/ou censura, ainda que adequadas a fundamentar um juízo de suspeita sobre a correspondente declaração de vontade esclarecida"³²¹.

Os registos clínicos, "processo clínico" previsto no art.º 39.º do CD, serão nesta matéria elementos importantes para avaliar da correção da decisão do médico que, fundado no privilégio terapêutico, omitiu informações importantes para um completo esclarecimento do paciente.

Importa considerar que o privilégio terapêutico visa evitar colocar o médico na situação contraditória de: poder ser condenado por não esclarecer e, ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento (violação das *leges artis*).

Como hoje se reconhece, "o privilégio terapêutico configura uma causa autónoma de justificação (...), que radica na prevalência reconhecida às contraindicações de índole terapêutica que, em concreto, podem desaconselhar o esclarecimento (total) do paciente.

O privilégio terapêutico representa de algum modo o equilíbrio normativo alcançado entre duas posições antinómicas extremadas.

A primeira, a advogar o primado irrestrito da autodeterminação e do esclarecimento, sustentando (...) que "a autodeterminação do homem constitui o seu valor soberano face à vida, à saúde, ao bem estar". A segunda, procurando, pelo contrário, assegurar o primado da vida e da saúde, pondo a tónica no mandamento *nihil nocere* e denunciando o "heroísmo romântico" duma concepção exacerbada da autonomia da verdade"³²².

Concluimos, assim, que o médico pode, e deve, restringir total ou parcialmente o esclarecimento, na exata medida em que o esclarecimento omitido, caso fosse comunicado ao

³²⁰PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, 2005, p. 465, ISBN 972-32-1247-1.

³²¹RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português*, FDOC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p. 62, ISBN 972-32-1013-4.

³²²ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, p.s 639-640, ISBN 978-972-32-2061-2.

paciente, seria adequado a causar perigo para a vida ou a causar grave dano à saúde, física ou psíquica, do paciente.

O uso do chamado “privilégio terapêutico” deverá ocorrer a título excepcional e apenas, mas sempre, quando a informação a prestar seja suscetível de por em risco a vida do paciente ou de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. O carácter excepcional desta restrição do direito do paciente, a conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde, está também previsto no art.º 10.º/3, da CEDH Bio, sendo admissível apenas quando vise o interesse do paciente.

VI.4. A falta de conhecimento do consentimento

VI.4.1. Elementos subjetivos dos tipos justificadores

Desde há muito que se discute a questão de saber se o efeito justificativo de uma causa de justificação se deve ao facto de "o agente ter atuado com uma certa direção de vontade, em um certo estado de ânimo ou de conhecimento, por conseguinte, na dependência de certos elementos subjetivos"³²³.

O legislador “numa postura de prudente contenção (...) limita-se a prescrever a pena aplicável à tentativa, não dando resposta directa à questão do estatuto dogmático, não impondo nomeadamente a sua subsunção directa e com todas as implicações na figura e no regime da tentativa”. (...) "só a hipótese da plena eficácia justificativa e, por isso, a impunidade do agente, está em rigor precludida pelo n.º 4, do art.º 38.º do CP"³²⁴.

A título de exemplo, pondera-se se deve ser considerado justificado o aborto que C pratica em D, fora das condições previstas pelo art.º 142.º do CP, simplesmente porque esta o solicitou e C quer ganhar dinheiro, se vier a comprovar-se que, com esta intervenção, C salvou a vida da grávida ameaçada por doença não diagnosticada.

Está hoje afastada a ideia segundo a qual os tipos justificadores operariam em pura objetividade, independentemente, portanto, da exigência de quaisquer elementos subjetivos.

A verdadeira razão porque se impôs a exigência de elementos subjetivos da justificação reside em que "os elementos objetivos do tipo justificador só apresentam

³²³DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 391, 392, ISBN 978-972-32-2108-4.

³²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 534-535, ISBN 972-32-0438-X.

virtualidades para excluir o *desvalor do resultado*, enquanto os elementos subjetivos servem para caracterizar, por excelência, a *falta do desvalor da ação*"³²⁵.

De facto," quem desconhece a situação objetiva que conduz à justificação atua com um desvalor de ação em tudo equivalente, do lado subjetivo, ao autor de um facto típico relativamente ao qual se não verifica qualquer situação de justificação; por outras palavras, atua com vontade de realização do tipo objetivo de ilícito e o seu facto contém, de forma completa, o desvalor da ação. Por isso, os elementos subjetivos da justificação devem considerar-se essenciais à exclusão da ilicitude"³²⁶.

Ao contrário do que sucede nas manifestações "normais" de tentativa, "aqui verifica-se (...) a lesão efetiva do bem jurídico e com ela o preenchimento da factualidade típica que define a consumação e a extrema face às formas de tentativa"³²⁷.

Assim, "o conhecimento pelo agente dos elementos do tipo justificador há-de constituir a exigência subjetiva mínima indispensável à exclusão da ilicitude"³²⁸.

A resposta às questões anteriormente colocadas deverá ser no sentido de considerar ilícita e punível a conduta do médico C que pratica o aborto em D, porquanto o consentimento (solicitação) de D não é relativo a facto que se encontre na sua disponibilidade; ao comportamento do médico, que agiu ignorando que D sofria de doença não diagnosticada e, no entanto, lhe salvou a vida, falta o elemento subjetivo.

Aliás, como salienta Germano Marques da Silva, na hipótese do citado n.º 4 do art.º 38.º do CP, "não há crime impossível algum, como não há qualquer tentativa". E "não há crime impossível por se considerar que o conhecimento da situação justificante – o consentimento – é elemento de uma causa de justificação. Neste caso, simplesmente, há é crime consumado, pois não se verifica um dos requisitos essenciais do direito de agir e, por isso, o agente age sem direito, fora do direito, ilicitamente, e o facto é um facto consumado". De facto, é diferente "querer matar uma pessoa sem o lograr, e matá-la efetivamente, desconhecendo a existência de uma situação de justificação"³²⁹.

³²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 392, 393, ISBN 978-972-32-2108-4.

³²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 392, 393, ISBN 978-972-32-2108-4.

³²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 535, ISBN 972-32-0438-X.

³²⁸DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 393 e 488, ISBN 978-972-32-2108-4.

³²⁹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 219, 220 ISBN 9789725404584.

Assim, o médico que pratica intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sem esclarecer devidamente o paciente e sem diligenciar nesse sentido, desconhecendo embora o acordo, eficaz, do paciente, atua com um desvalor de ação em tudo equivalente, do lado subjetivo, ao autor de um facto típico relativamente ao qual se não verifica qualquer situação de justificação.

Contudo a sua conduta não será punível, por decisão legislativa, como veremos a seguir.

VI.4.2. A prática de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos por médico que desconhece o consentimento: o art.º 38.º, n.º 4, do CP

O médico que realiza intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com observância dos elementos subjetivos e objetivos a que se alude no art.º 150.º do CP, não incorre na prática de crime de ofensas corporais ou homicídio, porquanto, como se refere na parte final do n.º 1, do citado preceito, tais condutas não são consideradas ofensa à integridade física.

Contudo, poderá incorrer na prática do crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, arbitrários* (art.º 156.º e 157.º do CP), se o fizer sem consentimento, eficaz, do paciente.

Porém, a prática de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, por médico que desconheça o consentimento, *rectius*, o "acordo", do paciente, se válido e eficaz, não é punível.

Não é punível, porque a prática de crime, por agente que desconhece o consentimento do ofendido, só é punível com a pena aplicável à tentativa (art.º 38.º/4, do CP).

E, sendo o crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, arbitrários* punível com a pena máxima de 3 anos de prisão (e não estando especialmente prevista a punição do facto quando praticado na forma de tentativa), a tentativa não é punível (23.º/1, CP).

Questão diversa será, porém, a de saber, se o consentimento, "acordo" (art.ºs 156.º e 157.º do CP), é ou não válido e eficaz.

Costa Andrade já alerta para a questão referindo que "em primeiro lugar, procuraremos definir a responsabilidade penal do agente que actua desconhecendo a existência de consentimento ou acordo válido e eficaz"³³⁰.

De facto, para a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, o "consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido" (art.º 157.º do CP), salvo verificando-se uma das exceções ao dever de informar - situação de urgência, renúncia ao direito de esclarecimento, paciente já informado e privilégio terapêutico, como vimos anteriormente.

Se o consentimento não for eficaz, por falta ou insuficiência do devido esclarecimento, mesmo que prestado por médico diferente daquele que vai realizar a intervenção ou tratamento, a prática de intervenção ou tratamento médico-cirúrgicos terá sempre de considerar-se arbitrária e, por conseguinte, o agente poderá incorrer na prática de um crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, arbitrários*, independentemente de ter agido com ou sem conhecimento do consentimento, ineficaz, do paciente.

³³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 521, ISBN 972-32-0438-X.

PARTE 4.

VII – O Consentimento e Acordo Inquinados por Erro do Portador do Bem Jurídico. Diferenças de Regime.

VII.1. Generalidades:

O consentimento pressupõe uma "vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido" (art.º 38.º/2, CP).

É por isso indispensável que o consentimento não se revele inquinado por vício da vontade, designadamente por engano (erro provocado) ou erro (espontâneo, não provocado).

A relevância do erro do portador do bem jurídico no *consentimento*, enquanto causa de justificação, e no *acordo*, enquanto causa de atipicidade, teve uma evolução significativa e diferenciada.

De facto, para Geerds "à relevância, praticamente sem exceções, do erro em sede de *consentimento*, deveria corresponder a irrelevância de princípio de todo o erro suscetível de comprometer o esclarecimento, a autenticidade e a liberdade das manifestações de *acordo*. Isto em nome da índole meramente fático-naturalística desta forma de condordância"³³¹.

Entretanto, verificou-se uma significativa evolução na doutrina e jurisprudência que, na esteira de Arzt, "propende para um regime unitário dos vícios da vontade, comum ao consentimento e ao acordo". (...) "O decisivo não é a classificação como *acordo* que exclui a tipicidade ou como *consentimento* que exclui a ilicitude, mas sim a *referência-ao-bem-jurídico* do erro"³³².

Costa Andrade, relativamente às fenomenologias em geral qualificadas como *consentimento e acordo*, salienta que os "casos de erro mais frequentemente citados na doutrina e jurisprudência apontam para dois modelos distintos de equacionamento e de tratamento jurídico-penal. (...) O que significa que só um modelo normativa e doutrinamente dualista se adequa às respostas político-criminal e normativamente reclamadas pela problemática do erro"³³³.

³³¹ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 564, ISBN 972-32-0438-X.

³³² Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 564, ISBN 972-32-0438-X.

³³³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 566, ISBN 972-32-0438-X.

Um modelo em que a *referência-ao-bem-jurídico*, por um lado, assegure que a norma incriminatória não alcance interesses, valores ou bens jurídicos diferentes daqueles que pretende assegurar, impedindo-se o alargamento *sine lege* da matéria proibida e, por outro lado, impeça que a tutela do sistema penal se sobreponha à renúncia, esclarecida e livre, do titular do bem jurídico, apesar do erro.

Assim, em relação ao *consentimento justificação* "tem-se, em geral, por acertada a tese da referência ao bem jurídico", de facto, "limite da relevância do erro, a *referência-ao-bem-jurídico* figura ao mesmo tempo como um limite à tutela penal da autonomia em geral, e garantia da plena eficácia da autonomia de disposição sobre determinados bens jurídicos"³³⁴.

No entanto, *no caso de acordo* "a tutela efectiva do bem jurídico pode revelar-se, no que ao elemento intelectual do acordo respeita, particularmente exigente. Bem podendo suceder que, em concreto, as exigências sejam aqui maiores do que no domínio do consentimento"³³⁵.

Diferentemente do que sucede no âmbito do direito civil, onde o que está em causa é "a tutela da autonomia e da liberdade negocial"³³⁶, o que significa que um erro sobre a prestação da outra parte é tão relevante como um erro sobre a sua própria prestação, em direito penal, o que releva não é a protecção da autonomia negocial, nem sequer do tráfico jurídico, "mas apenas a questão de saber se uma conduta, coberta (ou não) pelo consentimento do lesado é, e em que termos, digna e carecida de tutela penal"³³⁷.

O regime do erro em direito penal terá de definir-se na perspectiva de uma finalidade específica: "salvaguardar a eficácia das expressões de consentimento que constituem manifestações autênticas da disposição autónoma juridicamente sancionada"³³⁸.

O consentimento, como também o acordo, só é expressão da autodeterminação "quando o ofendido representa efectivamente o seu alcance e não há qualquer influência exterior a roubar-lhe a liberdade de decisão. A fraude, a ameaça, o erro e a coacção tornam,

³³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 566, ISBN 972-32-0438-X.

³³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 568-569, ISBN 972-32-0438-X.

³³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 570, ISBN 972-32-0438-X.

³³⁷ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 571, ISBN 972-32-0438-X.

³³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 571, ISBN 972-32-0438-X.

pois, em princípio, o consentimento ineficaz³³⁹.

A apreciação da relevância do erro, no acordo, estará assim dependente de se poder afirmar, ou não, que, apesar do erro, o acordo corresponde, ainda, a uma manifestação da autonomia pessoal do portador do bem jurídico, como veremos a seguir.

VII.2. A autonomia referida ao bem jurídico como critério de enquadramento do erro

Está hoje estabilizada a doutrina que defende a "tese da ineficácia generalizada das manifestações de consentimento inquinadas por erro *referido-ao-bem jurídico*"³⁴⁰.

Assim quando o médico receita ou ministra a um paciente comprimidos soporíferos, ocultando dolosamente que eles vão prejudicar a saúde do paciente, manifestamente omite uma informação fundamental para que o paciente possa exercer o seu direito de decidir se quer ou não submeter-se ao tratamento que lhe é proposto pelo médico, sendo por isso o erro referido ao bem jurídico.

Contudo, são as áreas residuais e intermédias do erro *não-referido-ao-bem-jurídico* que constituem motivo da controvérsia doutrinal, suscetíveis de ser enquadradas em dois grupos.

Um primeiro grupo, em que as diferentes hipóteses "caraterizam-se pela índole altruísta e desinteressada da renúncia ao bem jurídico e pela circunstância de o erro recair sobre o sentido do correspondente sacrifício"³⁴¹.

Um segundo grupo, em que "a renúncia assenta na expectativa de afastamento de um dano ou perigo que ameaça o portador do bem jurídico ou um terceiro"³⁴².

³³⁹ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 574, ISBN 972-32-0438-X.

³⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 582, ISBN 972-32-0438-X.

³⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 583, ISBN 972-32-0438-X.

³⁴² ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 583, ISBN 972-32-0438-X.

No primeiro grupo incluem-se casos como: um oftalmologista O obtém de uma mulher M o consentimento para extração de um globo ocular, fazendo-a acreditar que tal é necessário para salvar a vida de um seu filho, na iminência de ficar cego, quando a verdade é que O pretende apenas beneficiar outro doente ou só quer prejudicar M.

No segundo grupo incluem-se casos como: B, pretendendo colocar C numa situação de dificuldade, convence-o de que é portador de piolhos, conseguindo deste modo que C autorize que lhe rapem o cabelo.

Alguns autores sustentam, para ambos os grupos de casos, a relevância do erro, embora com fundamentos doutrinários não inteiramente sobreponíveis.

Outros, fazendo apelo ao conceito de *referência-ao-bem-jurídico*, consideram ser a autonomia pessoal o elemento essencial para definir, em cada caso, da relevância do erro.

Para Roxin, "o conceito jurídico de consentimento pressupõe necessariamente uma conformação normativa da realidade psíquica. A tarefa que aqui cabe empreender é, pois, a de separar entre si os erros (fraudulentamente provocados) que excluem uma decisão autodeterminada do portador do bem jurídico e aqueles que, ainda segundo critérios jurídicos, deixam subsistir a margem necessária para uma disposição livre por parte do autor do consentimento"³⁴³.

Mostra-se acertada a posição de que a eficácia do consentimento deverá estar sempre depende da sua correspondência a uma *manifestação da autonomia pessoal* do portador do bem jurídico, quer quando o erro recair sobre o *sentido do sacrifício* do bem jurídico, quer quando o erro assenta na *expectativa de afastamento de um dano ou perigo* que ameaça o portador do bem jurídico ou um terceiro.

No exemplo referido de M, que consente na extração de um globo ocular, para salvar a vida de um seu filho, quando tal não é verdade, constata-se que a pessoa enganada conhece perfeitamente a natureza e a dimensão da lesão corporal que lhe é infligida e, apesar disso, expressou a sua concordância perante ela. Porém, essa concordância não resulta de uma decisão livre, de disposição do bem jurídico, mas antes foi dolosamente manipulada, pelo autor do engano, convertendo-se assim o seu sacrifício numa lesão sem sentido, que, verdadeiramente, não corresponde a uma manifestação da autonomia pessoal.

³⁴³ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 585, ISBN 972-32-0438-X.

Aliás, no caso de M, a intervenção realizada, que não tinha indicação médica nem finalidade terapêutica, e era desnecessária, inconveniente e até prejudicial para a paciente, não deverá ser enquadrada no regime das intervenções e tratamentos médico cirúrgicos, previsto nos art.º 150.º, 156.º e 157.º do CP.

No entanto, na hipótese, de ser verídica a situação descrita pelo médico, o facto estaria justificado.

E estaria justificado porque o art.º 149.º/1 do CP dispõe que, "para efeitos de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível". Embora essa disponibilidade esteja condicionada pela não ofensa dos bons costumes, mas adiantando a lei, como critérios do conceito bons costumes, "os motivos e os fins do agente ou do ofendido, os meios empregados e amplitude previsível da ofensa", como decorre dos art.ºs 38.º/1 e 149.º/2, do CP, fácil é de concluir que o sacrifício de M, que visava salvar a vida de um seu filho, na iminência de ficar cego, é conforme os bons costumes e por isso seria justificada a lesão, tanto mais que, a Lei 12/93, de 12/04, art.º 6.º/1, considera admissíveis a dádiva e colheita em vida de órgãos, tecidos ou células para fins terapêuticos ou de transplante, por maiores capazes.

No exemplo de C, que convencido de que é portador de piolhos, o que é falso, autoriza que lhe rapem o cabelo, constata-se que a decisão C, se fundou em erro, dolosamente provocado, que incidiu sobre a expectativa de afastamento de um perigo, facto que revela, também, que C foi colocado numa situação de pressão psicológica, equivalente à que se dá na coação provocada mediante ameaça, pelo que o consentimento não corresponde a uma manifestação da autonomia pessoal de C.

Constata-se que, em ambos os casos, o consentimento dos pacientes não resultou de uma decisão livre, expressão da sua autonomia, sobre a realização das referidas intervenções, o que, conseqüentemente, torna ineficaz o consentimento.

VII.2.1. O erro referido ao bem jurídico

Sobre o erro *referido-ao-bem jurídico*, vem sendo entendido que, tratando-se de crimes que podem suscitar o *consentimento*, a proteção do bem jurídico está na dependência da vontade do portador do bem jurídico.

Por outro lado, sendo o bem jurídico o interesse ou bem que a norma incriminadora visa proteger, a autonomia do portador do bem jurídico está delimitada pela medida da proteção desse interesse ou bem.

Contudo, só pode falar-se de consentimento, "como expressão da autonomia, quando ao respetivo autor assiste a possibilidade fáctica de controlar a dimensão da renúncia ao bem jurídico. Uma possibilidade que, seguramente, não se dá quando a vontade do autor do consentimento está inquinada por erro *referido-ao-bem-jurídico*"³⁴⁴.

Pelo que "só será eficaz o consentimento que, apesar do erro, possa ainda considerar-se expressão do exercício da autonomia pessoal sobre os bens jurídicos disponíveis. Que (...) possa definir-se como manifestação de autonomia-referida-ao-bem-jurídico"³⁴⁵.

No exemplo, referido, de M, cujo consentimento se fundou em erro dolosamente provocado, sendo por isso inválido e ineficaz, subsiste a ofensa à integridade física, que poderá ou não ser considerada grave, sendo o bem jurídico violado – a integridade física – a reclamar a proteção legal.

Diferentemente, no exemplo, referido, de C, cujo consentimento se fundou, também, em erro dolosamente provocado, sendo por isso inválido e ineficaz, aparentemente não parece subsistir outro bem jurídico penalmente relevante, que não seja o bom nome e a dignidade do de C, pelo que a reparação do ofendido deverá ser assegurada através das normas que protegem esses bens jurídicos ou de instrumentos diferentes dos jurídico penais.

No domínio das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, face ao disposto nos art.ºs 156.º, n.º 1, e 157.º do CP, importa que o paciente seja *devidamente esclarecido*, pois só assim será *eficaz* o consentimento, atento o bem jurídico protegido pela incriminação - a

³⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 595, ISBN 972-32-0438-X.

³⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 595, ISBN 972-32-0438-X.

liberdade de dispor do corpo e da própria vida, e a livre decisão sobre a realização de um tratamento.

Se o médico tiver proposto a realização de intervenção médico-cirúrgica, para resolução de um concreto problema, e, por exemplo, não tiver informando o paciente da possibilidade de evitar essa intervenção com a adoção de cuidados especiais de comportamento, designadamente com a realização exercícios físicos e alimentação cuidada, que assegurariam igualmente a saúde e bem estar do paciente, claramente é coarctada a liberdade de decisão do paciente, que assim incorre em erro, provocado de forma dolosa ou negligente, sobre o bem jurídico.

No consentimento, que visar a realização de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, se se constatar a ausência ou insuficiência do esclarecimento, sobre os tópicos a que alude o art.º 157.º do CP, e não se verificando qualquer das exceções do dever de informar, e verificando-se, também, que a decisão do paciente se fundou em erro, por ausência ou deficiente informação, sobre os referidos tópicos, deverá considerar-se ineficaz o consentimento do paciente, porque não devidamente esclarecido, e, conseqüentemente, ilícita a intervenção ou o tratamento médico-cirúrgico, ainda que, formalmente, suportado por uma declaração, oral ou escrita, de consentimento do paciente.

Porém, se se mostra pacífica a tese da ineficácia do consentimento inquinado por erro referido ao bem jurídico, mantém-se a controvérsia sobre a relevância do erro não-referido-ao-bem-jurídico, como veremos a seguir.

VII.2.2. O erro não referido ao bem jurídico:

Quanto ao erro *não-referido-ao-bem jurídico*, diferentes situações poderão equacionar-se.

Contudo, relevo jurídico-penal deverão ter apenas as situações que reduzam ou excluam a “autonomia-referida-ao-bem-jurídico”.

Por não contender com a “autonomia-referida-ao-bem-jurídico” deverá ser considerado irrelevante o erro do dador de sangue que se vê confrontado com a indisponibilidade do agente para honrar as obrigações pecuniárias que assumiu.

Assim é, porque o organismo humano naturalmente repõe o sangue doado, pelo que nenhum dano físico advém da doação para o dador, ficando apenas prejudicado o seu projeto patrimonial, a ser assegurado por outras disposições legais diferentes das que protegem a integridade física.

Pelo contrário, no exemplo referido de M, que consente na extração de um globo ocular, porque a fizeram fraudulentamente acreditar que tal seria necessário para salvar uma função vital e necessária à vida do filho, na iminência de ficar cego, quando se pretendia apenas beneficiar outro doente ou só se queria prejudicar M, constata-se que a pessoa enganada conhece perfeitamente a natureza e a dimensão da lesão corporal que lhe é infligida e, apesar disso, expressou a sua concordância perante ela.

Porém, essa concordância não resulta de uma decisão livre, de disposição do bem jurídico, mas antes foi dolosamente manipulada, pelo autor do engano.

O seu sacrifício, aceitando a lesão corporal que lhe foi infligida e que visava salvar a visão do seu filho, transformou-se numa lesão sem sentido, não correspondendo a uma manifestação da sua autonomia pessoal, e por isso o seu erro é um erro que exclui a “autonomia-referida-ao-bem-jurídico”, tornado ineficaz o consentimento.

Importa salientar que o que assume significado decisivo não é tanto a intervenção ativa e enganadora (do agente), mas antes e apenas o seu efeito: a existência ou não no portador do bem jurídico de um erro relevante, do ponto de vista da sua autonomia, causado por outrem.

VII.3. Acordo e erro do titular do bem jurídico. No crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários:

Nos casos em que o consentimento ou dissentimento são elementos constitutivos do tipo, o consentimento ou dissentimento do ofendido não constituem causas de justificação, porquanto alguns tipos legais “são estruturados precisamente na base do consentimento ou do dissentimento (elementos do tipo) pelo que a sua falta faz com que seja a própria tipicidade que não existe”³⁴⁶.

Podendo colocar-se a questão de uma resposta unitária do regime do erro, às situações de *consentimento* e *acordo*, a verdade é que as diferenças entre ambas as situações exigem uma resposta diferenciada.

De facto, o que caracteriza o consentimento é a "descontinuidade entre a autonomia pessoal (matriz da sua legitimidade material) e o programa da tutela penal típica do bem jurídico em causa. No consentimento perfilam-se, assim, como sistemas autónomos entre si e fonte recíproca de complexidades, o sistema pessoal e o sistema social"³⁴⁷.

No acordo, porém, "não é possível distinguir (...) a liberdade e a autonomia, contrapostas ao bem jurídico protegido e ao respetivo programa de tutela da incriminação típica que figura como bem jurídico típico. Por um lado, é uma expressão da liberdade e da autonomia que figura como bem jurídico típico; e, por outro lado, é precisamente o acordo que mediatiza a realização autêntica daquela mesma liberdade, isto é, do bem jurídico típico"³⁴⁸.

No acordo todo o erro configura um *erro-referido-ao-bem-jurídico*

No crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, é forçosa a conclusão de que *todo o erro* sobre os itens assinalados no art.º 157.º (o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento) é *erro-referido-ao-bem-jurídico*, deixando inteiramente em aberto a questão da respetiva relevância, que dependerá de o erro retirar, ou não, ao paciente concreto o exercício da sua

³⁴⁶ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.ª edição, 2015, p. 215, 216, ISBN 9789725404584.

³⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 642, 643, ISBN 972-32-0438-X.

³⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 646, ISBN 972-32-0438-X.

autonomia decisória.

Existem, contudo, áreas de erro do paciente cuja verificação não deverá, sem mais, conduzir à ineficácia do acordo e por isso à responsabilidade penal do agente.

Mostra-se tendencialmente pacífica a tese da irrelevância dos erros relativos ao preço da intervenção, sua data, implicações sociais e económico-profissionais.

No entanto, há algumas implicações económico-profissionais para o paciente concreto que não deverão ser, sem mais, considerados irrelevantes e ignoradas.

No caso de a intervenção médico-cirúrgica ter sido proposta a um paciente que é pianista, e dela puder resultar o risco de redução do movimento da articulação do dedo mindinho, risco que deverá ser considerado pouco relevante para a generalidade dos cidadãos, já deverá ser considerado muito relevante para o paciente pianista, cuja concretização poderá inviabilizar a continuação de tal atividade.

Neste caso, tendo o médico conhecimento da atividade profissional do paciente, não poderá deixar de o informar previamente desse risco (que, de resto, se refere a um dos itens do art. 157º - consequências da intervenção), designadamente se houver alternativas de tratamento, para que o paciente possa exercer a sua liberdade de se decidir pela sua submissão, ou não, ao tratamento médico-cirúrgico proposto.

Diferentes fórmulas têm sido adiantadas para decidir da relevância do erro: Assim, o erro sobre o significado médico da intervenção; o erro sobre dados a que reconhecidamente o paciente atribui um significado para a sua decisão ou que, numa consideração racional, poderão desempenhar um papel na sua decisão; erro essencial e, portanto, determinante nas circunstâncias concretas para a decisão.

Relevantes deverão, porém, ser considerados todos os erros que, pela sua envergadura, retirem ao paciente o conhecimento do seu estado de saúde, da doença de que padece, das alternativas de tratamento e das consequências da intervenção ou tratamento, impedindo-o de exercer o seu direito de liberdade, aceitando ou não a intervenção ou tratamento que lhe é proposto pelo médico.

Em Portugal, para a resolução da problemática do erro no *acordo* relativo ao crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, previsto no art.º 156.º do CP,

releva, fundamentalmente, a norma do art.º 157.º do CP, relativa ao *dever de esclarecimento*, na qual o legislador prescreve os tópicos sobre os quais deverá incidir o conteúdo do esclarecimento.

São as referidas normas, relativas à incriminação típica que, por um lado, "definindo áreas de possível ou mesmo imposta relevância do erro" e, por outro lado, "excluindo, à partida, a possibilidade da relevância jurídico-penal do erro no contexto de outras áreas"³⁴⁹, se perfilam como primeira abordagem para a resolução da problemática do erro.

Assim, o art.º 157.º do C. Penal, enumerando os erros relevantes, exclui do seu âmbito, reduzindo a relevância penal do erro, outros erros sobre tópicos não previstos no tipo legal.

Redução que, aliás, é reforçada pela previsão, no art.º 157.º, do *privilégio terapêutico*, e, no art.º 156.º, n.º 2, de hipóteses de dispensa do consentimento.

Também os "erros sobre a necessidade do tratamento ou mesmo sobre a sua própria natureza"³⁵⁰, não deverão deixar de ser considerados como abrangidos pelo tipo legal (índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento), pois de outra forma não poderiam ser considerados como erros penalmente relevantes (art.ºs 156.º/1 e 157.º do CP).

De facto, o esclarecimento, ou melhor, a falta de esclarecimento, só é relevante penalmente se incidir sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, no qual não é utilizada expressão semelhante à que é utilizada no art.º 132.º, n.º 2, do CP, "entre outras".

As duas situações referidas por Hardwig³⁵¹, em que o médico comunica ao paciente que sofre de uma infeção da vesícula estando indicada a sua extração, mas não esclarece, todavia, o doente – nessa medida cerceando o espectro de opções e a sua margem de decisão – da alternativa de poder evitar a extração do órgão mediante a observância de determinadas limitações no seu quotidiano; ou, recusando-se o doente, por razões de índole religiosa, a aceitar uma transfusão de sangue, o médico realiza o tratamento, fazendo-o acreditar que não se trata de sangue, são enquadráveis nos itens referidos no art.º 157.º do CP, a primeira, porque, omitindo alternativas da intervenção/tratamento, o médico não informa o paciente sobre "as possíveis consequências da intervenção", das várias possíveis, que só o médico

³⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 659, ISBN 972-32-0438-X.

³⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 607, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁵¹ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 608, ISBN 978-972-32-2061-2.

conhece, não o paciente, a segunda porque dolosamente comunica informações falsas, sobre a natureza e a índole da intervenção que se propõe realizar.

No primeiro caso, que pode configurar uma conduta dolosa ou negligente do médico, a intervenção terá sido feita com indicação médica, embora o paciente não tenha tido a possibilidade de, verdadeiramente, exercer o seu direito de liberdade de decisão entre as alternativas de tratamento, das quais não foi informado por quem tinha essa obrigação.

No segundo caso, que configura uma conduta dolosa, a violação pelo médico da liberdade do paciente dispor do corpo e da própria vida é patente, pese embora a conduta do médico possa ter como finalidade o benefício do paciente.

A medicina privada "vive" da prática de atos médicos.

Importa por isso assegurar que os tratamentos/intervenções que são praticados são os adequados e necessários aos pacientes e, por outro lado, assegurar aos pacientes o direito a uma decisão informada.

Sucede que o legislador português, ao eleger como condutas típicas, apenas, as *intervenções ou tratamentos*, limitou a "área de tutela da autonomia pessoal privilegiando o erro que, de algum modo, contende com a integridade física. Isto é, só adscrevendo dignidade penal aos atentados à liberdade de dispor do corpo e da própria vida, induzidos por via de erro que se prende com a projeção e impacto da intervenção sobre a integridade física ou a saúde"³⁵².

Por outro lado, salientar, também, que a prática do consentimento informado "ao obrigar a contactos mais demorados entre o médico e o doente, dá o ensejo para melhores observações técnicas e para a diminuição do erro. Esse reforço de comunicação vem a tornar o doente mais preparado para controlar a evolução da doença e da terapêutica, de tal modo que permite ser o primeiro a dar um sinal de aviso num dos tipos de erros mais frequentes – erros de medicação ou dosagem"³⁵³.

Os contactos entre o médico e o paciente, com vista à obtenção do consentimento informado, habilitam o paciente, não só a conhecer e a controlar a evolução da doença, como

³⁵² ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 662, ISBN 972-32-0438-X.

³⁵³ FRAGATA, José, MARTINS, Luís, *Temas de Direito da Medicina – O Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo*, FDUC-CDB, 1, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2005, p. 306, ISBN 972-32-1316-8.

também a aceitar e consentir, ou não, na realização do tratamento ou intervenção propostos, e a fazê-lo de forma livre e esclarecida, e sem erro, no exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida, tendo em atenção que *o erro sobre os elementos indispensáveis ao devido esclarecimento do paciente estreita, em maior ou menor medida, a liberdade pessoal de decisão, e a autonomia do paciente, e é, por isso, referido-ao-bem-jurídico.*

VII.4. O erro sobre a identidade e a qualificação do agente, no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos:

Neste ponto apenas irão ser consideradas as situações de erro relativas à área problemática das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

De fora ficarão aquelas situações em que o agente se faz passar falsamente por médico e executa tratamentos ou intervenções que só um médico está autorizado a empreender, e, por isso, não enquadráveis no tipo legal das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, por não se mostrar preenchida a exigência de que o ato seja praticado por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada.

Quem não é médico, ou pessoa legalmente autorizada, não beneficia do regime excepcional, previsto no art.º 150.º, n.º 1, do CP, podendo por isso incorrer na prática dos crimes de ofensa à integridade física ou homicídio, verificados os respetivos pressupostos, ou, ainda, na prática dos crimes burla (art.º 217.º do CP) e de usurpação de funções (art.º 358.º CP).

De facto, o art.º 150.º, do CP, referindo que as intervenções ou tratamentos realizados, com indicação médica, segundo as *leges artis*, com intenção terapêutica e por *médico ou outra pessoa legalmente autorizada*, não se consideram ofensa à integridade física, logo permite concluir que, não apenas os médicos, mas também *outras pessoas legalmente autorizadas* podem, dentro das suas competências próprias, praticar *intervenções ou tratamentos*, beneficiando do regime privilegiado dos tratamentos médico-cirúrgicos.

Em regra, o erro sobre a identidade do médico determinará a ineficácia do acordo.

Quando o paciente declara, expressamente, que só aceita submeter-se à intervenção se realizada por um especialista concretamente identificado, não poderá a intervenção ser

realizada por outro, "frustrando as expectativas e a relação de confiança que o ligava ao médico", sob pena de, aquele que intervier sobre o paciente incorrer na prática de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária. Nessa situação "sempre poderá, além do mais, sustentar-se que a intervenção se faz sem consentimento"³⁵⁴.

Parece clara a intenção do legislador português em consagrar, nesta matéria, a autonomia pessoal do paciente como critério decisivo para decidir da validade do consentimento.

Importa salientar que ao assumir-se a *autonomia* como critério decisivo da relevância do erro, haverá de considerar-se essa autonomia, também, no relacionamento entre médico-paciente, porquanto poderão ser outros os erros, para além daqueles com reflexos sobre a integridade física ou a saúde, a inviabilizar a autonomia do paciente.

É o que se passa com a identidade da pessoa do médico, naqueles casos em que o paciente só autoriza ser tratado por um médico determinado, sendo, por isso, a intervenção desse médico condição necessária da declaração de *acordo*.

Se, por um lado, tal não sucede nas situações em que o paciente se confronta com o hospital como organização burocrática, sem interação pessoal e direta com os médicos e, por isso, sem opção explícita ou reconhecida por um médico individualmente considerado, noutras situações, haverá de se considerar de outro modo.

Se o paciente "declara terminantemente que só aceitará submeter-se à intervenção se realizada por especialista concretamente identificado. Em tais casos, dificilmente poderá furtar-se à responsabilidade, *por intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* quem decida operar o paciente frustrando a relação de confiança que o ligava ao médico e as expectativas dela emergentes"³⁵⁵.

Nestes últimos casos, o médico, diferente do especialista concretamente indicado pelo paciente, que decida operar, atua sem consentimento eficaz do paciente, porquanto a concordância do paciente foi prestada em relação a médico diferente.

Temos assim que, se o paciente se dirige a hospital ou clínica no qual é observado por

³⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 609, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra Editora 2004, p. 666, ISBN 972-32-0438-X.

médico experiente, o qual decide qual a intervenção ou tratamento a efetuar, e para o efeito obtém o necessário consentimento do paciente, mas cuja execução vem a ser realizada por outro médico, designadamente em início de carreira, afigura-se-nos indispensável obter novo consentimento do paciente para a intervenção deste outro médico, quando não se trate de uma intervenção em equipa, porque a concordância para a intervenção ou tratamento foi dada em relação a outro médico e, por isso, para intervenção diferente.

PARTE 5.

O CONSENTIMENTO PRESUMIDO

VIII. O consentimento presumido.

VIII.1. O consentimento presumido. Noção.

Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado – art.º 39.º-2 do CP³⁵⁶.

O consentimento presumido configura uma dirimente geral da ilicitude criminal.

Representa "a superação normativa de uma situação de conflitualidade, entre "a vontade presumida pelo agente e a vontade real, possivelmente contrária, do titular do bem jurídico. Uma colisão superada porquanto, na base de critérios objetivos e diferenciados, a ordem jurídica fixa uma vontade presumida que justifica a agressão (...) mesmo que depois venha a verificar-se que a verdadeira vontade do portador do bem jurídico era outra"³⁵⁷.

O consentimento presumido tem carácter subsidiário, senão mesmo excepcional, ficando dependente da impossibilidade de obter a manifestação expressa da vontade do portador do bem jurídico ou da existência de perigo sério na demora dessa obtenção. Subsidiariedade que resulta de "só poder invocar-se o consentimento presumido quando for impossível obter o consentimento real ou houver perigo sério na demora da sua obtenção"³⁵⁸.

Por força desta exigência de subsidiariedade "não há nenhuma hipótese de se correr o risco de não se respeitar a verdadeira vontade do portador do bem jurídico, quando é possível questioná-lo sobre o sentido da sua decisão"³⁵⁹.

O consentimento presumido está expressamente previsto no contexto das

³⁵⁶ O art.º 39.º do Código Penal, sob a epígrafe "consentimento presumido", dispõe: "1. Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado".

³⁵⁷ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 57, ISBN 972-32-1277-3.

³⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 59, ISBN 972-32-1277-3.

³⁵⁹ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 59, ISBN 972-32-1277-3.

intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 152.º/2), sendo este um dos campos privilegiados de ocorrência do consentimento presumido. Porém, porque associado a problemas que se prendem com a dor, a vida e a morte, suscita enormes dificuldades, decorrentes do conflito entre a autonomia do paciente e a preservação da vida e da saúde.

O consentimento presumido está, também, previsto no Código Deontológico dos Médicos, cujo art.º 22.º prevê que o médico deve presumir o consentimento dos doentes nos casos nele referidos³⁶⁰.

VIII.2. Fundamento do consentimento presumido.

Duas posições têm sido defendidas:

Para uns, como Welzel, "a razão estaria na correspondência do facto ao verdadeiro bem ou interesse do lesado, servindo a correspondência à sua vontade unicamente como limite do âmbito admissível de intromissões na vida alheia".

Para outros, como Roxin, "o fundamento residiria em uma presunção não do interesse do lesado (por mais razoável que ele possa figurar-se) mas na direção da sua vontade: do que se trata, ainda e sempre, seria de uma equiparação a um consentimento real e eficazmente prestado, de um facto no qual o lesado teria presumivelmente consentido se tivesse conhecido a situação"³⁶¹.

³⁶⁰ O art.º 22.º, do CD (aprovado pelo Reg.707/2016, de 21/07) dispõe que; "*O médico deve presumir o consentimento dos doentes nos seguintes casos: a) Em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente e desde não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade; b) Quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde; c) Quando tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente, por se ter revelado imposto como meio para evitar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde, salvo se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*".

A atual redação, na al. c), face ao anterior Código Deontológico – art.º 47.º, al. c), do Reg. 14/2009, de 13/01 –, veio reforçar o respeito pela vontade do paciente, porquanto, na anterior redação, apenas era feita referência à impossibilidade de obter outro consentimento. Assim passou a estar em sintonia com o art.º 152.º/2, do CP.

³⁶¹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 490, 491, ISBN 978-972-32-2108-4.

VIII.2.1. O consentimento presumido, no art.º 39.º do CP.

O art.º 39.º do Código Penal consagra a segunda posição, quer porque, no n.º 1, equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo, quer porque, no n.º 2, "reporta a eficácia daquele não ao interesse do lesado, mas à suposição razoável de que ele teria consentido (em suma: de que essa teria sido a sua vontade) se conhecesse as circunstâncias em que o facto é praticado"³⁶².

O art.º 39º "estabelece, explícita ou implicitamente, os pressupostos da relevância ou validade do consentimento presumido", como sendo: "A necessidade urgente de praticar o facto; A impossibilidade de o titular do interesse ou bem jurídico declarar o seu consentimento; e, A presunção de que este, se pudesse, consentia efetivamente no facto"³⁶³.

Consagra-se o *primado da autonomia ou autodeterminação do paciente*, porque, "por um lado, nunca poderá invocar-se o consentimento presumido quando é possível obter o consentimento efetivo", e, "por outro lado (...), a eficácia justificativa do consentimento radica no "sistema de preferências do paciente, na sua ordenação de valores"³⁶⁴.

A eficácia justificativa do consentimento presumido "radica na vontade hipotética do titular do bem jurídico, por mais irracional e incompreensível que apareça, e não numa ponderação objetiva dos interesses na perspetiva do "verdadeiro bem" do interessado"³⁶⁵.

O que releva, em definitivo, "é a vontade (o que, segundo um juízo *ex-ante*, é suposto corresponder à vontade) e não o interesse. Portanto, o interesse apenas constitui um indício da vontade, mas não o seu critério definitivo"³⁶⁶.

"A ponderação objetiva dos interesses coenvolvidos relevará apenas como (um entre outros) indícios para a determinação da vontade hipotética do titular do bem jurídico"³⁶⁷.

³⁶²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 491, ISBN 978-972-32-2108-4.

³⁶³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 458, ISBN 978-989-8835-09-3.

³⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 616, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 58, ISBN 972-32-1237-3.

³⁶⁶ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª edição, Universidade Católica Editora Porto, 2016, p. 458, ISBN 978-989-8835-09-3.

³⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 59, ISBN 972-32-1237-3.

Na síntese de MEZGER, o que está em causa é “um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse tido conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na ação”³⁶⁸.

O interesse do paciente constitui apenas um indício, refutável, daquela que seria presumivelmente a sua vontade, mas não o seu critério definitivo; Sem prejuízo de o interesse do paciente servir de apoio para determinar a sua vontade presumida e, na falta de indicações em contrário, a vontade presumida corresponderá ao que, numa ponderação objetiva, representa o melhor interesse do paciente.

É hoje consensual considerar o consentimento presumido como uma "causa de justificação"; mesmo aqueles que "estabelecem distinção entre *consentimento justificante e acordo que exclui o tipo* tratam igualmente o consentimento presumido e o "acordo presumido" como causa de justificação, em princípio submetida ao mesmo regime"³⁶⁹.

VIII.2.2. O consentimento presumido, no art.º 156.º, n.º 2, do CP³⁷⁰

O campo de atuação por excelência do consentimento presumido "depara-se nas intervenções médico-cirúrgicas, quando o paciente não se encontra em condições de prestar eficazmente o seu consentimento (*maxime* porque se encontra inconsciente) mas a necessidade de intervenção se não compadece com demoras"³⁷¹.

De facto, "no quotidiano dos hospitais são cada vez mais frequentes e "normais" os tratamentos e cirurgias à margem do modelo tradicional de ação e interação: um paciente e um médico livremente escolhido; uma relação de confiança e de comunicação direta; e uma decisão esclarecida e livre do tratamento a adoptar. (...) As sequelas da *sociedade do risco* (...)

³⁶⁸Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 58, ISBN 972-32-1237-3.

³⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 617, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁷⁰ Dispõe o art.º 156.º, n.º 2, do CP, que: *O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou, b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.*

³⁷¹DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 490, ISBN 978-972-32-2108-4.

com uma frequência cada vez maior, fazem chegar aos hospitais caudais massificados de sinistrados, inconscientes, anónimos e sós, a necessitarem de intervenções médicas cuja legitimidade se procura assegurar à sombra do consentimento presumido"³⁷².

Nestas situações, "é lícito ao médico actuar sem o consentimento expresso do paciente – o que é diferente de actuar contra o seu consentimento expresso, pois estando este em condições de consentir já não se aplica a referida presunção de consentimento"³⁷³.

O art.º 156.º, n.º 2, do CP, alarga as possibilidades de agir do médico, com base no consentimento presumido, relativamente à norma geral do art.º 39.º do CP, nas duas situações nele referidas. Estando também previsto no Código Deontológico dos Médicos, como se referiu, em cujo art.º 22.º se dispõe que o médico deve presumir o consentimento dos doentes nos casos nele referidos.

O consentimento presumido "legitima e justifica uma conduta criminalmente típica, legalmente prevista como atentado à liberdade de dispor do próprio corpo e da própria vida (...), em nome da vontade hipotética do paciente em casos em que não é possível obter o consentimento efetivo, expresso ou ao menos concludente. Ou só é possível obtê-lo adiando a intervenção à custa de riscos e danos para a saúde ou para a vida do paciente"³⁷⁴.

Nas duas alíneas do n.º 2, do art.º 156.º, do Código Penal, procura-se abranger dois diferentes grupos de situações.

No primeiro, estão os casos em que o médico se depara com um doente inconsciente, vítima de acidente cardiovascular ou de acidente rodoviário, a necessitar de tratamento (v. g. de uma transfusão sanguínea) que não é possível deferir para momento em que possa obter-se o consentimento efetivo.

Nestas situações, nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 156.º do Código Penal, não é punível o tratamento realizado sem consentimento, quando este *só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde e,*

³⁷²ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 117-118.

³⁷³RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014, p.s 171-172, ISBN 978-972-40-4936-6.

³⁷⁴ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 615, ISBN 978-972-32-2061-2.

desde que, não se verifiquem circunstâncias que *permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*.

Diferentemente do que sucede na alínea b), nesta alínea a), "exige-se como pressuposto da actuação do médico, que o perigo para o corpo ou para a saúde seja grave"³⁷⁵.

No segundo grupo, estão as situações de alargamento da operação, situações em que o médico, "já no decurso de uma intervenção e com o doente sob o efeito da anestesia, (...) depara-se com a conveniência/necessidade de estender a intervenção a campos que não estavam cobertos pelo consentimento efetivo dado antes do início da operação. Não sendo indicado esperar pelo termo da intervenção para então, com o doente já saturado e acordado da anestesia, o confrontar com o problema e solicitar o seu consentimento para o submeter a uma nova operação"³⁷⁶.

Neste segundo grupo, previsto na al. b), deverá considerar-se que "não se exige que o perigo seja grave ou sequer iminente, mas somente que se vise evitar um perigo para a vida, para o corpo ou para a saúde. Mas claro que não será de admitir quando esse perigo seja meramente potencial e a intervenção não seja urgente"³⁷⁷.

Porém, é necessário que não se verifiquem circunstâncias que *permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado* (parte final do n.º 2 e, também, art.º 22.º, al. c), do Código Deontológico).

No caso referido por Costa Andrade "(BGHSt 11,111): depois de informar a sua paciente que tem um tumor no útero, o médico acorda com ela a erradicação do tumor; já no decurso da operação, o médico verifica que o tumor se tinha expandido, sendo indicada a extracção total do útero, um alargamento da cirurgia para o qual não havia consentimento efectivo"³⁷⁸.

Se apreciada em Portugal, a possibilidade de alargamento da cirurgia estaria dependente de não se verificarem circunstâncias que permitissem concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

³⁷⁵RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014, p. 172, ISBN 978-972-40-4936-6.

³⁷⁶ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 617, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁷⁷RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014, p. 172, ISBN 978-972-40-4936-6.

³⁷⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 617, ISBN 978-972-32-2061-2.

Nesta situação, se a paciente tivesse informado o médico de que pretendia ter mais filhos, já haveria uma circunstância que apontava no sentido de que o consentimento seria recusado, o que impediria o alargamento da cirurgia com fundamento no consentimento presumido.

Contudo, na decisão, teria de ser ponderado, por um lado, se a extração do útero poderia ser realizada posteriormente, sem graves inconvenientes para a saúde da paciente, por outro lado, se o estado de saúde da paciente ainda lhe permitiria, ou não, ter mais filhos.

A norma do art.º 156.º, n.º 2, do Código Penal Português, diferentemente do que sucede no direito Austríaco, contém, na sua parte final, uma exigência suplementar, para a condenação do agente.

No direito português, nas duas situações previstas no art.º 156.º, n.º 2, do Código Penal, a conduta do médico apenas será punível o médico, se se verificarem circunstâncias que *permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*, exigência que “parece levar mais longe o *favor vitae* ou *salutis*”³⁷⁹.

Consta-se, assim, existir um claro alargamento das situações suscetíveis de serem consideradas justificadas, a título de consentimento presumido, que decorre do n.º 2, do art.º 156.º, relativamente ao regime geral.

A justificação só será excluída se puder concluir-se com segurança que o consentimento seria recusado.

Assim, a dúvida sobre a recusa determina a legitimação do consentimento.

Aliás, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicas pressupõem uma indicação médica e finalidade terapêutica, o que desde logo revela um regime a favor da vida e da saúde (art.º 150.º/1, CP).

O n.º 2 do art.º 152.º vem reforçar esse regime permitindo que, nas situações aí previstas, o médico intervenha, em defesa da vida e da saúde dos pacientes, sem consentimento expreso, sempre que inexistam circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

³⁷⁹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 616, ISBN 978-972-32-2061-2.

VIII.2.3. Características do consentimento presumido: A *subsidiariedade* e o *favor vitae vel salutis*

O regime do consentimento presumido, no âmbito dos tratamentos médico-cirúrgicos, contém duas características ou princípios de sentido aparentemente contraditório, são eles: a *subsidiariedade*, face ao consentimento efetivo, e o *favor vitae vel salutis*.

De facto, “se a subsidiariedade presta homenagem à prevalência da vontade hipotética sobre a composição “racional” dos interesses, a inclinação a favor da vida ou da saúde reequilibra de algum modo as coisas a favor destes valores (vida, saúde) conflitantes.

A regra da subsidiariedade significa que só pode invocar-se – e só é eficaz – o consentimento presumido quando não for possível obter o consentimento efetivo”³⁸⁰.

Por causa deste princípio, com razão, os autores alemães criticam as decisões do Supremo Tribunal Alemão (BGHSt) que “consideram justificadas as condutas dos médicos que, durante a realização de partos por cesariana, procederam à esterilização das mulheres. E fizeram-no, por considerarem que uma nova gravidez poria em grave perigo a vida das mulheres e dos futuros nascituros. E isto não obstante terem conhecimento da vontade e da determinação das mulheres em voltar a engravidar. Além do mais, duas situações em que era perfeitamente possível solicitar e obter tempestivamente o consentimento efetivo das mulheres”³⁸¹.

Em Portugal, em situação idêntica, porque existem circunstâncias que permitem concluir com segurança que o consentimento seria recusado, a conduta do médico não deveria ser considerada justificada (art.º 156.º/2, do CP). Tanto mais que não havia uma situação de perigo imediato para a paciente, e, por outro lado, a paciente poderia, mais tarde, optar ou não pela “esterilização”.

O tipo legal do art.º 156.º, n.º 2, revela, por outro lado, “uma intencionalidade clara: *in dubio pro vita (ou salutis)*”³⁸².

³⁸⁰ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 619, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁸¹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 618-619, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁸²ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 601, ISBN 978-972-32-2061-2.

Intencionalidade que resulta, no plano processual, do carácter semi-público da infração (n.º 4); no plano substantivo, do facto de a tipicidade somente prever como puníveis as intervenções ou tratamentos, e no plano da ilicitude/justificação, o facto de o consentimento presumido, previsto no n.º 2, do art.º 156.º, ter um âmbito de justificação significativamente superior àquele que é dado pela figura geral prevista no art.º 39.º do CP.

Do confronto entre o art.º 156.º/2 e o art.º 39.º/2, do CP, verifica-se haver, no âmbito da intervenções médicas, como que uma inversão das regras do consentimento presumido, no sentido de permitir a intervenção necessária para salvar a vida ou a saúde essencial do doente. Defende-se a ideia de "benefício terapêutico" e o princípio "*in dubio pro vita*", só se impondo a abstenção médica, como se refere na parte final do n.º 2, do art.º 152.º, quando se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado³⁸³.

A este propósito, refira-se um caso julgado pelo Tribunal Superior de Munique (MedR 2003 174), em que "uma paciente do foro ginecológico declara antes da intervenção pertencer ao grupo religioso Testemunhas de Jeová, recusando, como tal, uma transfusão de sangue, cuja realização não estava, no início do tratamento, nos planos dos médicos.

Para além disso, ela juntou ao processo clínico um declaração por si assinada e uma "declaração antecipada de vontade", ambas naquele mesmo sentido.

Complicações ocorridas já depois da operação tornaram a transfusão necessária para salvar a vida da mulher.

Nomeado curador, o marido da paciente deu consentimento para a realização de várias transfusões, que permitiram salvar a vida e curar a paciente.

Os Tribunais Superiores Alemães, com o apoio de alguma doutrina, consideraram legítimas as transfusões, porquanto entenderam que sobram "dúvidas sobre se a paciente teria persistido na recusa da medida se tivesse tido conhecimento do perigo para a vida, entretanto sobrevivendo".

Tal solução, "dificilmente poderia defender-se no contexto do direito português se puder sustentar-se, como tudo leva a crer, que, mesmo naquela hipótese, a medida seria com segurança recusada. Na certeza de que se sobrarem dúvidas elas deverão ser superadas *pro vita*"³⁸⁴.

³⁸³No mesmo sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p.s 103-104, ISBN 978-972-32-1896-1.

³⁸⁴ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra

A ocorrência de circunstâncias que permitam supor que o consentimento seria recusado marca a fronteira da justificação do tratamento a título de *consentimento presumido*.

Entre as *circunstâncias que permitem concluir com segurança que o consentimento seria recusado* sobressai naturalmente a *declaração expressa e oposição ao tratamento ou à sua continuação*, feita imediatamente antes da intervenção e ao tempo em que o paciente ainda detém plena capacidade para o fazer (entendimento, vontade e comunicação).

Declaração que mantém a sua eficácia mesmo que entretanto o paciente tenha perdido a capacidade.

Depois, numa segunda linha, e com carácter de algum modo subsidiário àquela declaração, aparecem os *testamentos de pacientes ou declarações antecipadas de vontade*.

Assim é porque, no caso do paciente *inconsciente*, releva a sua vontade presumida ou antecipadamente declarada.

Deverá, contudo, atender-se aos limites às diretivas antecipadas de vontade, previsto no art.º 5.º da Lei 25/2012, de 16.07, designadamente, se forem contrárias às boas práticas, cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável e quando o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

O art.º 6.º da referida lei considera que as diretivas antecipadas de vontade não deverão ser respeitadas quando: se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las, se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos entretanto verificado e não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

Assim, as diretivas antecipadas de vontade não são uma imposição absoluta, no sentido de determinar a vontade presumida do paciente, podendo haver outros fatores que permitam concluir ser outra a vontade do paciente.

VIII.3. Requisitos de eficácia do consentimento presumido. Presunção referida ao momento do facto e o primado da autonomia do paciente

O Código Penal equipara o consentimento presumido ao consentimento efetivo, razão pela qual os requisitos de eficácia do consentimento efetivo são também exigíveis no consentimento presumido, designadamente, que o consentimento presumido "diga respeito a interesses jurídicos livremente disponíveis e que o facto não ofenda os bons costumes"³⁸⁵.

Contudo, a *cláusula dos bons costumes*, que limita o consentimento justificante (art.º 149.º/1/2, do CP), "não pode invocar-se no contexto do *acordo*. Porque o *acordo* mediatiza a realização de bens jurídicos com uma estrutura de liberdade cujo exercício não é sistémico-socialmente sindicável"³⁸⁶.

O consentimento efetivo previsto no art.º 156.º do CP traduz-se, não num consentimento que exclui a ilicitude, mas verdadeiramente num consentimento que afasta a tipicidade (causa de atipicidade), sendo designado por "acordo".

O consentimento presumido (acordo presumido) é tratado "como uma causa de justificação em princípio submetida ao mesmo regime" (...) "mantendo importantes pontos de contacto com causas de justificação como o consentimento (efetivo), o direito de necessidade e, noutra direção, o risco permitido"³⁸⁷.

A maior proximidade com o consentimento efetivo revela-se no facto de "o fundamento da eficácia do consentimento presumido residir na vontade hipotética do paciente e não no que se considera ser, segundo critérios objetivos, o seu "verdadeiro interesse"³⁸⁸.

A eficácia justificativa do consentimento presumido "está limitada pelo seu carácter subsidiário face ao consentimento/acordo expressos. Por força desta exigência - que radica diretamente no direito de autodeterminação do portador do concreto bem jurídico - só pode invocar-se o consentimento presumido quando não for possível obter a manifestação expressa da vontade, ou houver perigo sério na demora.

A impossibilidade de obter - ou de esperar pela possibilidade da sua obtenção - o

³⁸⁵DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p.s 491,492, ISBN 978-972-32-2108-4.

³⁸⁶ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento em Direito Penal Médico - O Consentimento Presumido*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 124-125.

³⁸⁷ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 617, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁸⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 618, ISBN 978-972-32-2061-2.

consentimento expresse constitui-se, assim, em *pressuposto autónomo* do consentimento presumido³⁸⁹.

A presunção, a que alude o art.º 39.º do CP, tem de "referir-se ao momento do facto, sendo irrelevante a esperança de uma posterior aprovação; do mesmo modo se exigindo que o titular do bem jurídico lesado possua a capacidade (jurídico-penal) para consentir: quando ela não exista recorrer-se-á à vontade presumida do representante legal"³⁹⁰.

Essencial "é que se verifique, por uma parte, a necessidade de uma decisão que não pode ser retardada (porque o atraso eliminaria a possibilidade de escolha ou a ele estariam ligados riscos desrazoáveis) e, por outra, a impossibilidade de ela ser tomada pelo interessado"³⁹¹.

Não podendo existir certezas sobre a vontade real do interessado, "deve sempre presumir-se que o interessado teria reagido como é normal e razoável. Se, porém, ainda segundo um juízo *ex ante*, for reconhecível ou sabido que a vontade do interessado estaria contra a intervenção, então esta não pode considerar-se justificada, por mais desrazoável que se afigure uma tal vontade"³⁹², como sucede com a recusa de uma transfusão de sangue, indispensável para lhe salvar a vida, por quem seja testemunha de Jeová.

Por outro lado, quando os pacientes não tenham capacidade para consentir, quer por não disporem de idade (menor de 16 anos), quer por não disporem de capacidade para tal (maior portador de anomalia psíquica que lhe retire essa capacidade), o consentimento presumido terá de reportar-se não ao paciente concreto mas ao do seu representante.

Sendo que a vontade presumida do representante legal terá de ser aquela que melhor protege os interesses do representado, designadamente a sua saúde e vida, que lhe cumpre assegurar.

Por isso, a recusa de um adulto, que seja testemunha de Jeová, para a realização de uma transfusão de sangue, necessária e urgente para garantir a saúde e vida de um seu filho, menor de 16 anos, ou maior incapaz, que não protege os interesses do representado, não

³⁸⁹ANDRADE, Manuel da Costa, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 136-137.

³⁹⁰DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 492, ISBN 978-972-32-2108-4.

³⁹¹DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 492, ISBN 978-972-32-2108-4.

³⁹²DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 492, ISBN 978-972-32-2108-4.

deverá ser considerada, podendo o médico realizar a intervenção necessária e urgente para assegurar a saúde e a vida do menor de 16 anos ou incapaz (art.ºs 145.º e 1878.º do CC).

Aliás, porque não se verifica o requisito de a decisão não poder ser tomada pelo interessado, “o médico que, antes de realizar uma intervenção, já representa a indicação no sentido do seu alargamento, mas não procura obter o consentimento para o efeito, não vê a sua conduta – o ulterior alargamento – justificada a título de consentimento presumido”³⁹³.

O que está em causa, no consentimento presumido é, segundo Mezger “um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse tido conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na ação”, razão porque a eficácia justificativa do consentimento radica, nas palavras de Schroth no "sistema de preferências do paciente, na sua ordenação de valores"³⁹⁴.

Assim, a eficácia justificativa do consentimento presumido "radica na vontade hipotética do titular do bem jurídico – por mais irracional e incompreensível que apareça – e não numa ponderação objetiva dos interesses na perspetiva do "verdadeiro bem" do interessado"³⁹⁵.

A ponderação objetiva dos interesses coenvolvido "relevará apenas como (um entre outros) indícios para a determinação da vontade hipotética do titular do bem jurídico"³⁹⁶.

Assim, essencial é que a decisão do médico no sentido de praticar uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com fundamento no consentimento presumido do paciente, se funde na apreciação da vontade presumida do paciente no momento da intervenção/tratamento, sendo irrelevante a esperança de uma posterior aprovação, pois só desse modo será respeitada a autonomia do paciente.

³⁹³ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 616, ISBN 978-972-32-2061-2.

³⁹⁴Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 58, ISBN 972-32-1237-3.

³⁹⁵ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 58, ISBN 972-32-1237-3.

³⁹⁶ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2008, p. 59, ISBN 972-32-1237-3.

VIII.4. As diretivas antecipadas de vontade e o paciente com capacidade diminuída

VIII.4.1. As diretivas antecipadas de vontade, sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde

A Lei 25/2012, de 16/07, regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital³⁹⁷ e a nomeação de procurador de cuidados de saúde³⁹⁸.

As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) ou notário – art.º 3.º da Lei 25/2012.

Como requisitos de capacidade, exige-se que o outorgante seja maior de idade, não se encontre interdito ou inabilitado, por anomalia psíquica, e se encontre capaz de dar o seu consentimento, consciente, livre e esclarecido (art.º 4.º).

A eficácia do testamento vital é vinculativa.

De facto, o art.º 6.º, n.º 1, dispõe que o médico (equipa médica) deverá respeitar as orientações escritas num testamento vital do paciente ou as instruções do procurador dos cuidados de saúde do doente incapaz.

Anteriormente, a doutrina portuguesa mostrava-se dividida, embora a maioria da doutrina defendesse já a sua eficácia.

Faria Costa defendeu o valor vinculativo dos testamentos biológicos, não apenas quanto à omissão de tratamentos de suporte de vida, mas mesmo em relação a certos casos de eutanásia ativa³⁹⁹.

³⁹⁷O testamento vital é "o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa de maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente" – art.º 2.º da Lei 25/2012 de 16.07.

³⁹⁸"Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente" – art.º 11.º da Lei 25/2012 de 16.07.

³⁹⁹COSTA, José de Faria, "O Fim da Vida e o Direito Penal", *in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p.s 792-794, ISBN 972-32-1193-9. Referindo o autor que "se se aceita uma tal figura jurídica (testamento biológico), ela interfere, manifestamente, sobre o âmbito da eutanásia". Adiantando também que "a crítica que normalmente se faz à força do testamento de vida prende-se, sobretudo, com a distância temporal que intercede entre a verdadeira e real manifestação de vontade e o momento em que aquela precisa vontade vai ser percebida, interpretada e realizada".

André Gonçalo Dias Pereira defendeu o carácter vinculativo das declarações antecipadas de vontade, entendendo que "essa força vinculativa dos testamentos de paciente deve depender de um controlo procedimental rigoroso, que deveria incluir o envolvimento de um médico, que preste esclarecimentos e que ateste a capacidade para consentir e para recusar um tratamento médico, bem como a ausência de qualquer coacção, que será devidamente assegurada através da redacção em documento autêntico"⁴⁰⁰.

Aliás, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHBio), assinada em Oviedo em 04.04.1997, estabelecia já, no seu art.º 9.º, que "os desejos previamente expressos, relativamente a uma intervenção médica, por um paciente que não esteja, no momento da intervenção, em condições de exprimir a sua vontade, deverão ser tidos em consideração".

Contudo, já então se questionava a validade destas disposições, face ao decurso do tempo.

De facto, outros ponderam que as diretivas antecipadas de vontade, a respeito dos tratamentos que o paciente deseja ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio, podem trazer graves prejuízos ao paciente, já que pode ter havido evolução na medicina e a sua declaração pode ser antiga e ultrapassada.

A CDHBio, no seu relatório explicativo, "chama a atenção precisamente para o facto de que nem toda a vontade expressa pelo indivíduo deve ser forçosamente seguida, designadamente nos casos em que essa vontade foi expressa muito tempo antes da intervenção, e em que as condições científicas tenham evoluído. Neste caso, o relatório considera que o médico, na medida do possível, e tendo em conta designadamente a evolução das técnicas médicas, se deve assegurar de que a vontade do paciente se aplica àquela situação concreta e, conseqüentemente, se a mesma é ou não válida"⁴⁰¹.

A atualidade da diretiva antecipada de vontade é, pois, uma exigência da sua eficácia, tendo sido fixado o prazo máximo de 5 anos⁴⁰², a contar da data da assinatura, de eficácia da

⁴⁰⁰PEREIRA, André Gonçalo Dias, "Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* Coimbra Editora, 2010, p. 59, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁴⁰¹SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, Anotada*, Edições Cosmos, 1997, p. 47, ISBN 972-762-050-7.

⁴⁰²Sendo certo que o médico não deverá respeitar as DAV, quando se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las, se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificada, ou, não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura (art.º 6.º/2). Afigura-se-nos que o prazo de 3 anos, que o projeto inicial previa, se apresenta como demasiado curto, porque os pacientes, com um prazo tão curto, teriam mais dificuldades em renovar periodicamente tais declarações e porque os inconvenientes do prazo mais alargado estão salvaguardados com as

diretiva antecipada de vontade. Porém, pode ser renovada sucessivamente e revogada ou modificada em qualquer momento (art.ºs 7.º-1/2 e 8.º-1).

A eficácia das declarações antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante, no decurso do prazo de 5 anos (7.º-3), como sucede no direito francês.

O prazo fixado, de 5 anos, corresponde a uma presunção de atualidade da declaração, presunção ilidível, verificada que seja qualquer das situações previstas no art.º 6.º-2.

Havendo quem considere que a falta de atualidade da recusa, devido ao tempo que medeia entre a recusa e a proposta de tratamento, não permite tomar em consideração a diretiva antecipada, quando esteja em causa um tratamento para salvar a vida, invocando para o efeito o princípio *favor vitae*.

Entende-se hoje que, "se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o "estado de necessidade" para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico. Por outro lado, os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada de vontade estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente"⁴⁰³.

Importa salientar, porém que, em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação dos cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante (6.º-4).

Solução que revela a clara intenção do legislador na proteção da vida e saúde do paciente (*in dubio pro vitae ou pro salute*).

Estabeleceram-se, também, limites às diretivas antecipadas de vontade, considerando-as inexistentes, quando sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas, ou cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável ou em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade (art.º 5.º).

Em Espanha, considera-se que "o conceito de *leges artis* é difícil de definir, só podendo concretizar-se por via jurisprudencial. Por tal razão, em lugar de *leges artis* ou, analogamente, de boa prática clínica, sugeriu-se com melhores argumentos empregar como exceções da eficácia das DAV, antes referidas.

⁴⁰³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2015, p. 582, ISBN 978-972-32-2309-5.

limite a contraindicação, quer dizer, aquela intervenção que o profissional não deve indicar nem realizar, ainda que seja a pedido do paciente"⁴⁰⁴.

As diretivas antecipadas de vontade são livremente revogáveis, a qualquer momento, pelo próprio, e não estão previamente definidas na lei, não estando sujeitas a *numerus clausus*, antes, como em Espanha⁴⁰⁵, correspondem a uma enumeração aberta em consonância com o amplo exercício da autonomia nesta âmbito⁴⁰⁶.

Por outro lado, embora a equipa responsável pelos cuidados de saúde deva respeitar o conteúdo do testamento vital (art.º 6.º), a Lei exceciona, como já referimos, dispondo que as diretivas antecipadas não devem ser respeitadas, nas seguintes situações: se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las; se se verificar evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificados; e, se não corresponderem às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

A prevalência da autonomia pessoal, inclusive sobre a própria vida, foi determinante na elaboração da norma do art.º 156.º do CP, na qual se atribui ao paciente o direito de decidir sobre as intervenções e os tratamentos que deseja, ou não receber, consagrando-se a autonomia do paciente em matéria de cuidados de saúde.

É, também, a prevalência da autonomia pessoal que fundamenta a Lei 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade relativamente aos cuidados de saúde que o paciente deseja receber, ou não deseja receber, no caso de se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente, para, desse modo, designadamente, impedir o

⁴⁰⁴SEOANE, José António, "Consentimento Informado – Planificación Antecipada de la Atención e Instrucciones Previas en Espanha", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 328, ISSN 1646-6853 – "la *lex artis* es un límite difícil de definir, que suele concretarse por vía jurisprudencial. En razón de ello, en lugar de la *lex artis* o, análogamente, de la buena práctica clínica, se ha sugerido con mejores argumentos emplear como límite la contraindicación, es decir, aquella intervención que el profesional no debe indicar ni realizar, aunque sea a petición del paciente" (tradução livre).

⁴⁰⁵SEOANE, José António, "Consentimento Informado – Planificación Antecipada de la Atención e Instrucciones Previas en Espanha", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 323, ISSN 1646-6853 – "las referencias legales al contenido de las instrucciones previas no han de ser entendidas como un *numerus clausus*, sino como una enumeración abierta, en consonancia con el amplio ejercicio de la autonomía en este ámbito".

⁴⁰⁶As diretivas antecipadas de vontade podem incluir disposições relativas, nomeadamente; - a não ser submetido a tratamento de suporte artificial de funções vitais; - não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais; - receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento por doença grave ou irreversível; - não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; e, - autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos (art.º 2.º).

"encarniçamento terapêutico, visando a preservação da dignidade humana no fim de vida"⁴⁰⁷.

A consagração da autonomia do paciente, em matéria de cuidados de saúde, reconhecendo-lhe a livre decisão sobre a realização, ou não, de um tratamento, tem como consequência a exclusão da punibilidade do médico que, respeitando a vontade do paciente, omite o tratamento e assim determina a morte desse paciente. "A solução da impunidade é, assim, o reverso normativo da proibição dos tratamentos coercivos"⁴⁰⁸.

O mesmo se passa com a interrupção de tratamento ou de alimentação, designadamente, desligando a máquina de respiração artificial.

Para Schneider "a interrupção do tratamento configura a não continuação de esforços não queridos de salvação"⁴⁰⁹.

Mesmo aqueles autores que recusam a figura da omissão através da ação, "acabam por convergir na solução da impunidade do médico que desliga a máquina nas hipóteses em que, por oposição do paciente, seria igualmente lícito não a ter ligado"⁴¹⁰.

Para que seja respeitada a autonomia e a vontade atual do paciente, "o conceito de omissão de tratamento (...) terá de abranger quer as situações em que o doente recusa o início do tratamento, quer aquelas outras em que pede para que determinado tratamento seja interrompido ou para que o tratamento cesse"⁴¹¹.

Necessariamente, desde que essa autonomia e vontade seja expressa de forma clara e assente numa decisão livre e esclarecida.

Aliás, o Código Deontológico dos Médicos, no seu art.º 67.º, n.º 4, dispõe que "o uso de meios extraordinários de manutenção de vida não deve ser iniciado ou continuado contra a vontade do doente"⁴¹², facto revelador de que não deverá o médico agir contra a vontade expressa, livre e esclarecida do paciente.

Ainda que a conduta do médico possa, na prática, corresponder a uma ação material, o

⁴⁰⁷PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2015, p. 573, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁰⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 121, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴⁰⁹ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 122, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴¹⁰ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 122, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴¹¹CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 86, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁴¹²O novo Código Deontológico dos Médicos, que foi aprovado em Assembleia de Representantes e publicado através do Regulamento 707/2016, de 21/07, no DR, II Série, de 21.07.2016, tem no art.º 67.º, n.º 4, redação exatamente igual à do art.º 59.º, n.º 4, da versão anterior.

desligar de uma máquina, por exemplo, tal comportamento deverá contudo ser considerado, "do ponto de vista social-normativo (...), omissivo"⁴¹³.

No exemplo de desligar da máquina de respiração assistida por desejo do paciente, "se a conduta for levada a cabo pelo médico ou pessoa garante, deve ser jurídico-penalmente considerada como omissão, sendo irrelevante que dela seja elemento, do ponto de vista naturalístico, um comportamento activo, o que está em causa é, em definitivo, a não continuação (omissão de continuação) de um tratamento"⁴¹⁴.

Se o tratamento for necessário para salvar a vida do paciente, a sua omissão, por falta de consentimento para iniciar ou continuar o tratamento, pode conduzir ao campo da chamada eutanásia passiva, hoje também designada de ajuda passiva à morte ou mesmo de acompanhamento passivo na morte.

O conceito pretende referir as situações em que o médico, para corresponder à vontade do paciente, omite um tratamento (v.g. uma cirurgia, uma transfusão de sangue) ou interrompe um tratamento (v. g. alimentação artificial por sonda, ligação a uma máquina de respiração artificial), omissões que têm como consequência provocar a morte do paciente.

Na eutanásia passiva, "a omissão ou interrupção do tratamento médico adequado à conservação da vida de doente moribundo (...) não é uma conduta típica se o doente proibir a acção do médico ou se o médico tiver razões sérias para presumir que essa é a vontade do doente". (...) O doente pode exprimir a sua vontade antecipadamente, por via de um "testamento vital" ou outra declaração antecipada de vontade, nos quais o portador do bem jurídico manifesta previamente os tipos de tratamentos médicos e os cuidados básicos (como alimentação e hidratação artificiais) em que consente e em que não consente, se vier a encontrar-se em estado incapacitante"⁴¹⁵.

Em Portugal, a eutanásia passiva não é punível, mesmo que a interrupção do tratamento assuma a forma exterior de um *facere* ou agir, como desligar uma máquina de respiração assistida. Não punibilidade que decorre da "proibição de tratamento coercivo, que, por sua vez, radica no direito geral de personalidade e na liberdade geral de acção"⁴¹⁶.

⁴¹³CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 86, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁴¹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 23, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴¹⁵ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, 3.^a edição, 2015, p.s 504-505, ISBN 9789725404898.

⁴¹⁶ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 621, ISBN 978-972-32-2061-2.

Se o paciente recusar a intervenção ou a continuação da intervenção, "neste caso decide a vontade do enfermo que deve, em qualquer caso, ser respeitada por todos, os médicos encarregados inclusive, ainda quando, segundo um juízo objectivo, aquela vontade surja como desrazoável ou mesmo irresponsável"⁴¹⁷.

Em Espanha, as mais recentes decisões judiciais vêm "reconhecendo a validade e a prevalência da oposição expressa a uma transfusão e sangue de um paciente testemunha de Jeová incluída na sua diretiva antecipada de vontade" (...) "O Tribunal sublinha que o paciente havia subscrito e inscrito no Registo autonómico um documento de instruções prévias recusando a transfusão de sangue, e que tal decisão não afetava a salvaguarda da saúde ou da moral pública, como elementos de ordem pública, nem resultava contrária ao ordenamento jurídico nem à boa prática clínica (...). Esta decisão era um exercício da autodeterminação em relação a uma intervenção sobre o próprio corpo protegida pela lei, não resultando justificada a imposição obrigatória da intervenção médica contra a clara e inequívoca vontade expressa pelo paciente"⁴¹⁸.

O Tribunal Superior de Justiça de Astúrias, na decisão de 16.04.2012, confirmou a legalidade de uma cláusula sobre eutanásia e suicídio assistido, incluída num documento de diretivas antecipadas de vontade, na qual foi referido "que se me apliquem quantos tratamentos e medidas permita a legislação no momento da sua aplicação, no caso a eutanásia ou suicídio assistido" (..) "a referida instrução redigida de forma condicional e sujeita ao que seja permitido pela lei vigente no momento da sua aplicação não constitui ilegalidade alguma mas apenas submissão à norma, afirmando ainda que tais termos são suficientemente claros e explícitos para se conhecer o que se quer expressar com eles"⁴¹⁹.

⁴¹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 23, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴¹⁸SEOANE, José António, "Consentimento Informado – Planificación Antecipada de la Atención e Instrucciones Previas en Espanha", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 313, ISSN 1646-6853, "reconociendo la validez y la prevalencia de la oposición expresa a una transfusion de sangre de un paciente testigo de Jehová incluida en su documento de instrucciones previas". (...) "la Sala subraya que el paciente había suscrito e inscrito en el Registro autonómico un documento de instrucciones previas negándose a la transfusión de sangre, y que tal decisión no afectaba a la salvaguarda de la salud o de la moral pública, como elementos de orden público, ni resultaba contraria al ordenamiento jurídico ni a la buena práctica clínica (...). Dicha decisión era un ejercicio de autodeterminación en relación con un intervención sobre el propio cuerpo amparada por la ley, no resultando justificada la imposición obligatoria de la intervención médica en contra la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente"(tradução livre).

⁴¹⁹SEOANE, José António, *Consentimento Informado – "Planificación Antecipada de la Atención e Instrucciones Previas en Espanha"*, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 314, ISSN 1646-6853, "que se me aplique cuantos tratamientos y medidas permita la legislación en el momento de precisarlos, en su caso entanasia o suicidio asistido", e considerou que a "dicha instrucción, redactada de forma condicional y sujeta a lo que permita la legislación vigente en el momento de aplicarla, no constituye ilegalidad alguna sino sometimiento a la norma, afirmando además que tales

A problemática das diretivas antecipadas de vontade coloca-nos perante um "conflito entre valores constitucionais: de um lado, a tutela da vida e da saúde do doente (art.º 24.º e 25.º da CRP) do outro, a tutela da sua autodeterminação (art.º 26.º e 41.º da CRP)"⁴²⁰.

Conclui-se que, também aqui, a consagração da autonomia do paciente, em matéria de cuidados de saúde, reconhecendo-lhe a livre decisão sobre a realização, ou não, de um tratamento, tem como consequência a exclusão da punibilidade do médico que, respeitando a vontade do paciente, antecipadamente manifestada, omite o tratamento e assim determina a morte desse paciente.

VIII.4.1.1. O testamento do paciente e a procuração de cuidados de saúde:

Já se referiu que o testamento do paciente consiste num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, perante a autoridade pública ou perante testemunhas, e que contém declarações antecipadas de vontade a respeito dos tratamentos que deseja ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.

Contudo, em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação dos cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

Também, "face à dúvida persistente quanto à vontade do doente (...) cremos que o princípio *in dubio pro vita*, expresso no próprio art.º 156.º, n.º 2, deverá prevalecer". "Na verdade, o art.º 156.º, n.º 2, tem como *ratio* (...) a finalidade se salvar (evitar perigo para a vida); com esta finalidade, "inverte" as regras do consentimento presumido (art.º 39.º do CP)"⁴²¹.

Assim, se não se verificar qualquer das exceções previstas no art.º 6.º, n.º 2, nem se

términos son suficientemente claros y explícitos para conocer qué si quiere expresar con ellos" (tradução livre).

⁴²⁰CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p. 82, ISBN 978-972-32-1896-1.

⁴²¹CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, "Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010, p.s 111-112, ISBN 978-972-32-1896-1.

suscitarem dúvidas quanto à vontade do outorgante, deverão ser respeitadas as DAV, constantes do testamento (art.º 6.º/1).

A procuração de cuidados de saúde:

A procuração de cuidados de saúde é definida pela lei como o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que esta os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade (art. 12.º/1, da Lei 25/2012).

Este documento deverá obedecer aos mesmos requisitos formais exigidos para a redação de um testamento vital; assim, o documento deve ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou Notário.

Apresenta-se como uma resposta à incapacidade, como "um meio de suprimento da vontade para prestar o consentimento para o acto médico"⁴²².

Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (art.º 11.º-1)⁴²³.

De facto, "a capacidade é o ponto de partida referencial que determina a prestação pessoal do consentimento informado. A esse respeito, a protecção mediante a intervenção de uma pessoa distinta do paciente tem carácter necessariamente subsidiário. Esta relação implica que só é legítimo adoptar uma decisão médica por substituição se previamente se constatou a incapacidade do paciente, e, vice-versa, que a substituição do consentimento resulta ilegítima se o paciente possui efectivamente capacidade decisória"⁴²⁴.

⁴²²VÍTOR, Paula Távora, "Consentimento Informado – O Apelo de Ulisses – O Novo Regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 229, ISSN 1646-6853.

⁴²³Importa assinalar que *as decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante (13.º-1). Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento (13.º-2). Por outro lado, a procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante (14.º-1).*

⁴²⁴LLERENA, Viviana García, "Consentimento Informado – Decisiones de Representación em España", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 252, ISSN 1646-6853, "la capacidad es el punto de partida referencial que determina la prestación personal del consentimiento informado. Respecto de ella, la protección mediante la intervención de una persona distinta del paciente tiene carácter necesariamente subsidiario. Esta relación implica que sólo es legítimo adoptar una decisión médica por sustitución si previamente se ha constatado la incapacidad del paciente, y, viceversa, que la

O artº 6.º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHBio), no que respeita aos incapazes maiores, veio acrescentar, para além dos casos tipo de incapacidade mental, "os casos de doença ou motivo similar, englobando assim, de acordo com o relatório explicativo, os casos de acidente ou estado de coma em que o paciente não pode expressar a sua vontade ou se encontra impossibilitado de a comunicar"⁴²⁵.

Por outro lado, as decisões do procurador de cuidados de saúde⁴²⁶ não podem exceder os poderes representativos que lhe foram atribuídos na procuração de cuidados de saúde e, em caso de conflito entre as disposições formulados no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Contudo, as decisões do procurador de cuidados de saúde, "têm carácter vinculativo para os médicos"⁴²⁷, dispondo o art.º 13.º/1 que, "dentro dos limites dos poderes representativos que lhes competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante".

VIII.4.1.2. Apreciação crítica da solução da lei portuguesa

A lei portuguesa não prevê, como sucede na Áustria, onde se distingue entre as declarações antecipadas de vontade vinculativas e as declarações antecipadas de vontade indicativas e onde se exige "para as primeiras (...) a entrevista prévia com um médico"⁴²⁸, a intervenção obrigatória de um médico no processo de elaboração do testamento vital e no

sustitución del consentimiento resulta ilegítima si el paciente posee efectivamente capacidad decisoria" (tradução livre).

⁴²⁵SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina*, Anotada, Edições Cosmos, 1997, p. 44, ISBN 972-762-050-7.

⁴²⁶A lei 49/2018, de 14/08, com entrada em vigor prevista para Fevereiro de 2019, criou a figura do *acompanhante* para suprir as incapacidades do maior, designadamente por razões de saúde. No seu art.º 8.º, alterou a lei 25/2012, de 16/07; quanto ao seu art.º 4.º, al. b), sobre os requisitos da capacidade, passando a exigir-se que o outorgante não esteja na situação de acompanhamento, caso a sentença tenha vedado o exercício do direito pessoal de testar; e, quanto ao seu art.º 14.º, ao qual acrescentou o n.º 3, referindo-se que a procuração pode ser revogada por decisão do Tribunal que instaure o acompanhamento de maior.

⁴²⁷ VÍTOR, Paula Távora, "Consentimento Informado – O Apelo de Ulisses – O Novo Regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 243, ISSN 1646-6853.

⁴²⁸PEREIRA, André Dias, "Consentimento Informado – Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal", *Revista Julgar*, Número Especial, 2014, p. 303, ISSN 1646-6853.

processo de nomeação do procurador de cuidados de saúde (cfr. art.º 3.º/2).

Seria desejável que a lei portuguesa tivesse previsto a intervenção, obrigatória, de um médico no processo de elaboração do testamento vital e no processo de nomeação do procurador de cuidados de saúde, que são vinculativos nos termos anteriormente assinalados, porque permitiria, não apenas avaliar melhor a capacidade do outorgante mas também, e essencialmente, assegurar o esclarecimento do outorgante, sobre as consequências da sua decisão para o seu corpo, saúde e vida, no momento em que assume decisão tão importante para o seu futuro.

Aliás, o art.º 4.º exige, como requisito de capacidade, que os outorgantes se encontrem *capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido*, esclarecimento que o funcionário do RENTEV ou o notário não têm condições nem conhecimentos, de medicina, para assegurar ou verificar.

De facto, qualquer declaração de consentimento ou recusa de tratamento médico, e também as diretivas antecipadas de vontade, "deverá ser produzida por uma pessoa capaz, em plena liberdade, após adequada informação e actual"⁴²⁹.

A gravidade das consequências para a vida e saúde dos outorgantes, resultantes das diretivas antecipadas de vontade, manifestadas nos termos dos n.º 1 e 2, do art.º 2.º, da Lei 25/2012, impõe que se exija, também aqui, um esclarecimento do outorgante, em termos semelhantes ao previsto para o paciente quanto às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (art.º 157.º do CP), de modo a garantir que a decisão do outorgante seja livre, porque esclarecida.

A circunstância de inexistir urgência na elaboração das diretivas antecipadas de vontade, contrariamente ao que sucede em algumas das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, não justifica (antes impõe) que não seja exigida a intervenção do médico, por ser essa a única forma de garantir o esclarecimento do outorgante.

Por tal motivo, e no sentido de habilitar o paciente a tomar as decisões mais corretas, para a defesa da sua vida e saúde, entendemos que, também nas diretivas antecipadas de vontade (DAV), deveria intervir, obrigatoriamente, um médico, para esclarecer o paciente sobre as consequências das DAV, e não apenas o notário ou o funcionário do RENTEV.

⁴²⁹PEREIRA, André Gonçalo Dias, " Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativa", *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*", Coimbra Editora, 2010, p. 51, ISBN 978-972-32-1896-1.

É desejável que se faça intervir um médico no processo, não só para avaliar da capacidade do paciente, para dar o seu consentimento e decidir sobre os tratamentos que deseja ou não receber, mas também, e essencialmente, para que seja assegurado ao paciente o necessário esclarecimento, relativo às consequências para a sua vida e saúde da decisão que tomar quanto aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal, para que a decisão, relativa à diretiva antecipada de vontade - testamento vital e/ou nomeação de procurador de cuidados de saúde -, seja livre, porque esclarecida.

De facto, a diretiva antecipada de vontade (DAV) "tanto pode ser mobilizada para rejeitar tratamentos como para expressamente os autorizar sem dar margens para dúvidas da equipa médica"⁴³⁰.

Com a presença obrigatória de um médico, a quem cumpriria o dever de esclarecimento, para além do notário ou do funcionário do RENTEV, ficaria assegurado, não só o controlo jurídico da diretiva antecipada de vontade, mas também a informação clínica indispensável a uma decisão livre, consciente e esclarecida.

Assegurando-se, assim, um "equilíbrio entre a dimensão material (carácter vinculativo da declaração antecipada) e a dimensão procedimental, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situações de vulnerabilidade"⁴³¹.

⁴³⁰RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014, p. 179, ISBN 978-972-40-4936-6.

⁴³¹PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, Coimbra Editora, 2015, p. 599, ISBN 978-972-32-2309-5.

PARTE 6.

CONSENTIMENTO HIPOTÉTICO

IX - O consentimento hipotético

Desde os finais da década de noventa do século XX, uma terceira figura, a do *consentimento hipotético*, vem sendo considerada, pela jurisprudência e parte da doutrina, como categoria autônoma "a acrescer às duas formas tradicionais de consentimento; o *efetivo* (expresso ou concludente) e o *presumido*"⁴³².

Por ser uma questão recente, ainda em discussão, vai fazer-se uma breve comparação com a doutrina e jurisprudência de outras ordens jurídicas.

IX.1. O consentimento hipotético. Noção.

A doutrina do consentimento hipotético, que "aspira a uma aplicação generalizada a título de *imputação objetiva*, a todas as causas de justificação", atualmente, no seu estado de desenvolvimento ainda recente, "tem o seu campo privilegiado de aplicação e discussão precisamente nos casos de falta ou insuficiência de *esclarecimento*, indispensável a um consentimento (plenamente) eficaz"⁴³³.

Aliás, os casos tratados nos Tribunais têm-se circunscrito à área das intervenções médicas arbitrárias.

Considerando esta área de aplicação, a doutrina do consentimento hipotético significa que, "apesar da falta de esclarecimento bastante por parte do agente, v.g., o médico, e da conseqüente ineficácia dirimente do consentimento, está afastada a punibilidade por crime consumado *quando se possa sustentar que, na hipótese de ter havido esclarecimento regular, o consentimento teria sido igual e eficazmente dado*"⁴³⁴.

⁴³² ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição, 2012, pag. 628, ISBN 978-972-32-2061-2, salientando que a doutrina do consentimento hipotético foi invocada pela primeira vez em 1996, numa decisão do BGH, recolhendo o aplauso da maioria da doutrina, designadamente, de Kuhlen, Roxin e Muller-Dietz. Porém, conta com a oposição de parte da doutrina, designadamente, de Puppe e Otto.

⁴³³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição, 2012, pag. 628- 629, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição,

IX.2. O consentimento hipotético no direito alemão

Na formulação do BGH, de 05.07.2007, existirá consentimento hipotético "quando apesar da insuficiência do esclarecimento (se possa sustentar que) também na hipótese de esclarecimento conforme ao direito o paciente teria dado o seu consentimento à intervenção efetivamente levada a cabo (consentimento hipotético)".⁴³⁵

Em ações cíveis, "no caso de a informação prestada ter sido insuficiente, a intervenção médica é ilícita e acarreta responsabilidade do médico pelos danos produzidos. Contudo é necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre o dever de informação omitido e o dano.

Assim, os tribunais têm exigido que se demonstre a *adequação* entre a intervenção médica (realizada sem o prévio esclarecimento devido) e os danos à saúde. Neste caso, a causa dos danos estará numa omissão (de informar) e não numa ação"⁴³⁶.

A jurisprudência alemã aceita a defesa do *consentimento hipotético*.

Todavia, procura evitar que o direito à autodeterminação do paciente seja, por esta via, infirmado.

Assim, "o BGH admite, por princípio, a figura do *comportamento alternativo lícito* ou do *consentimento hipotético*.

Se a jurisprudência antiga se bastava com a simples referência a uma violação do dever de informar em geral, hoje a posição processual do paciente está mais onerada: no caso de o paciente alegar que se tivesse recebido a informação adequada teria recusado a intervenção, é exigido que este demonstre que ficaria numa situação de conflito de decisão, ou seja, que mostre ser plausível a sua recusa"⁴³⁷.

Em matéria cível, "sobre o médico (...) impende o ónus da prova de que o paciente teria realizado a operação mesmo que tivesse recebido toda a informação.

Esta inversão do ónus da prova justifica-se, uma vez que para o doente esta seria uma prova de facto negativo e indefinido.

2012, p. 629, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴³⁵ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição, 2012, p. 629, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴³⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 487, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 487, 488, ISBN 978-972-32-2309-5.

Estamos perante uma situação de causalidade psíquica, pelo que o tribunal deve decidir com base em "balanços de verosimilhança".

O doente só tem de provar que ficaria numa situação de conflito de decisão, não tem de provar como na realidade decidiria.

E o juiz não deve ser muito exigente quanto à plausibilidade dos fundamentos apresentados pelo paciente.

Por outro lado (...) o comportamento hipotético do paciente deve ser analisado não de acordo com o paciente razoável mas sim tendo em conta a situação de *decisão pessoal*, ou seja, prevalece o critério do *paciente concreto*⁴³⁸.

Ainda que a *indicação médica* possa constituir um indício do consentimento hipotético, "a jurisprudência não se basta com a prova de que um paciente razoável aceitaria a intervenção, antes exige (a prova de) que o *paciente concreto*, com a sua especificidade, naquele momento, naquela concreta situação, teria consentido"⁴³⁹ na intervenção/tratamento proposto pelo médico.

"É necessário provar que se verificam as condições que corresponderiam à *vontade daquele concreto paciente*"⁴⁴⁰.

Aliás, "o juiz não deve colocar demasiadas exigências no que respeita à fundamentação das razões plausíveis do paciente para o conflito de decisão. A essência e a finalidade do esclarecimento é assegurar um *espaço de decisão individual*, e este deve ser garantido, e o *médico deve suportar o ónus da prova do consentimento hipotético*"⁴⁴¹.

Na síntese de Eisner, a defesa do consentimento hipotético deverá observar a condições especialmente exigentes, sendo necessário: "1 – que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2 – que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3 – acresce ainda que a informação: i) fosse medicamente indicada, ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visasse afastar um perigo grave; 4 – a recusa do paciente não seria objetivamente *irrazoável*, mas, contudo, o que vale é o critério do *paciente concreto*"⁴⁴².

⁴³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 488, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴³⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 488-489, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁴⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 489, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁴¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 489, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁴² Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 490 e nota (1192), ISBN 978-972-32-2309-5.

No entanto, "uma parte importante da doutrina é contra a aplicabilidade deste conceito como forma de desresponsabilizar os médicos"⁴⁴³.

De facto, pouco sobraria do direito à autodeterminação se o tribunal pudesse substituir-se ao paciente, ponderando qual a posição que o paciente tomaria se tivesse sido devidamente informado.

O dever de esclarecimento do médico visa possibilitar uma decisão consciente do paciente e, designadamente, permitir que possa consultar outro ou outros médicos, bem como sujeitar-se a novos e diferentes meios de diagnóstico, para que o seu consentimento seja devidamente esclarecido.

Os tribunais alemães já apreciaram alguns casos em que se suscitou a possibilidade de existência de consentimento hipotético:

a) "OLG Koplentz, 09.05.1989: Uma paciente, após a descoberta de um caroço no peito, aceitou imediatamente a realização de uma mastectomia, por receio de que se tratasse de um tumor maligno, mesmo sem ter feito mais investigações ao peito e sem analisar o tecido tumoral. O exame patológico revelou uma fonte cancerígena, mas o restante peito e os caroços linfáticos da axila não tinham qualquer tumor. Seguidamente, a paciente realizou um tratamento radioterapêutico, e na sequência disto, sofreu de lesões no plexo com esclerose do tipo fibroso. Ela demandou o médico que realizou a radioterapia, alegando que se tivesse sido informada devidamente das consequências do tratamento radioterapêutico, não teria realizado esse mesmo tratamento. O tribunal não deu procedência ao seu pedido, uma vez que ela não conseguiu esclarecer convincentemente que teria recusado a intervenção caso tivesse sido devidamente informada.

b) OLG Koln, 30.05.1990: Antes de uma operação a um carcinoma do reto, o paciente não fora informado da possibilidade de ficar impotente. Não era plausível que por causa dessa consequência ele recusasse a intervenção, visto que o tempo de sobrevivência seria muito reduzido e a qualidade de vida ficaria muito afetada caso não fosse operado.

c) OLG Koln, 1988: Na sequência de uma radioterapia devida a um início de carcinoma, a paciente sofreu de uma rectite, que levou à necessidade de aplicação de um ânus contra-natura. Esse risco não tinha sido informado à paciente. Ela provou que, se tivesse sido informada desse risco, teria ficado numa situação de conflito de decisão

⁴⁴³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 490, ISBN 978-972-32-2309-5.

(*Entscheidungskonflikt*). Quando, anteriormente, uma colega de trabalho tinha sofrido de doença semelhante, ela afirmou que se lhe adviesse esse facto colocaria a hipótese de suicídio. O médico foi condenado por violação do dever de esclarecimento".⁴⁴⁴

d) "Um cirurgião aplica a um paciente um enxerto constituído por uma substância artificial, não o informando de que a operação poderia ter sido feita com tecido ósseo do próprio paciente, concluindo-se, todavia, que se o esclarecimento tivesse ocorrido, o consentimento teria sido dado (NStZ 1996 34);

e) Uma médica realizou uma intervenção cirúrgica no local errado, obtendo depois o consentimento para uma segunda intervenção, agora no local correto, invocando para o efeito uma "recidiva rápida"; sendo questionável como teria a paciente reagido à proposta para realizar a segunda intervenção – v.g., se aceitaria que ela fosse realizada pela mesma médica – se tivesse sido cabal e devidamente esclarecida (StV 2004 376);

f) Um cirurgião deixa um pedaço de broca metálica enterrada no osso de um paciente, não mencionando a ocorrência no processo clínico nem disso informando o paciente; para retirar o corpo estranho, realizou uma nova cirurgia, invocando que ela era necessária para se "completar" o tratamento, tendo-se suscitado o problema do consentimento hipotético (JR 2004 469 s.)"⁴⁴⁵.

Se apreciados em Portugal os casos atrás referidos, sem prejuízo dos reduzidos elementos disponíveis, poderiam ser decididos de forma idêntica ou diversa:

Na situação da al. a), parece estar em causa unicamente a intervenção do médico que realizou a radioterapia.

Não está esclarecido se as lesões sofridas pela paciente "no plexo com esclerose do tipo fibroso" poderão ou não ser considerados riscos previsíveis da intervenção, ainda que raros, nem a sua gravidade, nem também se havia, ou não, alternativas de tratamento.

Tendo o médico omitido a informação desse risco, importaria demonstrar que a paciente ficaria numa situação de conflito de decisão, para, com base nesse conflito de decisão da paciente, não aplicar a doutrina do consentimento hipotético.

⁴⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 486-487, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁴⁵ Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição, 2012, pag. 629-630, ISBN978-972-32-2061-2.

Na situação da al. b), a informação é por demais reduzida. Contudo, face à gravidade das consequências para o paciente, se não fosse realizada a intervenção, e perante a inexistência de alternativas de tratamento, deveria concluir-se no sentido da verificação do consentimento hipotético.

A situação descrita na al. c) exige do médico uma informação completa, que abranja, designadamente, os riscos que se vieram a verificar, que são muito graves, e que por isso não poderiam ser omitidos.

Nada se refere quanto à existência ou não de alternativas de tratamento.

Tendo o médico omitido a informação do risco de aplicação de um ânus contra natura, importaria demonstrar que a paciente ficaria numa situação de conflito de decisão, para, com base nesse conflito de decisão da paciente, não aplicar a doutrina do consentimento hipotético.

A circunstância de a paciente, face ao conhecimento das consequências da doença para outra paciente, ter referido que se lhe adviesse esse facto colocaria a hipótese de suicídio, reforça o entendimento de que ficaria numa situação de conflito de decisão.

Na situação descrita na al. d), apesar de se desconhecer as razões da omissão do devido esclarecimento, relativo ao material a utilizar no enxerto, que poderia ser constituído por substância artificial ou tecido ósseo do próprio paciente, a verdade é que o paciente deu o seu consentimento para a realização da intervenção, com vista à aplicação de um enxerto, e concluiu-se que o paciente teria dado o seu consentimento para a intervenção realizada com enxerto constituído por substância artificial

Assim, deveria aqui aplicar-se a doutrina do consentimento hipotético.

Diferentemente, nas situações e) e f), constata-se que os médicos usaram de uma conduta ardilosa, prestando, deliberadamente, informações falsas, relativas quer ao diagnóstico da situação clínica dos seus pacientes após a primeira intervenção, quer quanto à índole, alcance e envergadura da nova intervenção proposta, com vista à obtenção do consentimento para a realização da segunda intervenção.

Nas situações e) e f), ainda que se venha a concluir que os pacientes, se devidamente informados, consentiriam em submeter-se à segunda intervenção, a realizar pelos mesmos

médicos, deverá considerar-se e concluir-se que os médicos violaram, dolosa e gravemente, o dever de esclarecimento, indispensável para um consentimento válido e eficaz.

Estas condutas dos médicos, que são claramente violadoras do bem jurídico protegido - a liberdade de dispor do corpo e da própria vida, a livre decisão sobre a realização ou não de um tratamento – são, também, reveladoras de um dolo intenso.

Com a referida conduta os médicos omitem *informações fundamentais* para que o doente se autodetermine pelo que não deverá ser admitida a defesa do médico através do *consentimento hipotético*.

A proteção dos bens jurídicos não seria decerto assegurada se estas condutas fossem consideradas justificadas.

A prevenção de tais condutas, como as referidas nas situações e) e f) acima referidas, e a proteção dos bens jurídicos violados, justificaria a eventual condenação do agente (por crime de intervenção médico-cirúrgica arbitrária) uma vez que, com dolo intenso, não cumpriu o dever de esclarecimento, prestando informações que sabia serem falsas, para obter, formalmente, o consentimento do paciente, consentimento que, porque obtido sem que o paciente tenha sido devidamente esclarecido, deverá ser considerado ineficaz.

IX.3. O consentimento hipotético noutros ordenamentos jurídicos

Na Suíça

Segundo Payllier "A doutrina e jurisprudência dominantes admitem o consentimento hipotético". Há porém vozes dissonantes, designadamente, Olivier Guillod, o qual, "discorda que se possa excluir a responsabilidade, deixando a porta aberta para uma redução da indemnização"⁴⁴⁶.

Na Áustria

A doutrina distingue entre as violações leves e graves.

⁴⁴⁶ Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 491 e nota (1192), ISBN 978-972-32-2309-5.

Helmut Koziol entende que para as violações leves do dever de esclarecimento "se pode aplicar a regra da repartição dos danos, considerando a gravidade da violação do dever de informar". Já quanto às violações graves do dever de esclarecimento, entende que "se deve negar qualquer limitação da responsabilidade".

Exemplifica, como casos de violação grave do dever de esclarecimento, "uma operação sem qualquer preocupação de obter o consentimento", ou "em que o esclarecimento sobre os riscos fora absolutamente insuficiente".

Assim, a figura do *consentimento hipotético* só poderá ser considerada numa "relação com a gravidade da violação do dever de informar, distinguindo os casos em que nem sequer há consentimento ou as falhas de esclarecimento são graves, dos casos em que há um consentimento com falhas leves do dever de esclarecimento"⁴⁴⁷.

Em França

A *Cour de Cassation* admitiu que, "caso se demonstre com toda a probabilidade que o paciente não informado teria autorizado a intervenção, mesmo que se lhe tivesse informado previamente dos riscos existentes, não haverá lugar a qualquer responsabilidade civil do médico".

Em regra, "na circunstância de violação do dever de informar, haveria responsabilidade pelos danos totais sofridos pelo paciente, mas os tribunais podem tomar em conta a probabilidade para o paciente de recusar um tratamento, se tivesse recebido a informação adequada.

Ou seja, aplica-se a teoria da *perda de chance* no domínio da responsabilidade civil por violação do dever de informação (Galán Cortés). Se tal probabilidade puder ser aceite em juízo, o paciente pode receber uma proporção dos danos efetivamente sofridos, pela *perda de chance* de recusar o tratamento que conduziu aos danos. A dimensão da *perda de chance* depende da prova produzida caso a caso".

"O paciente tem direito a uma indemnização por ter perdido a *chance* de tomar uma decisão suficientemente informada. A consequência deste raciocínio é que a dúvida acerca da decisão do paciente é suficiente para estabelecer o nexo de corresponsabilidade entre a violação

⁴⁴⁷ Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 491 e nota (1192), ISBN 978-972-32-2309-5.

do dever (ilicitude) por parte do médico e o dano (nexo de ilicitude)"⁴⁴⁸.

Em Inglaterra

No direito inglês o "problema surge no âmbito do pressuposto da "causation". O direito da *common law* opera com delitos tipificados. No domínio da responsabilidade médica, há dois fundamentos: *battery* e *negligence*.

O *tort of battery* consiste numa interferência intencional no corpo de outra pessoa sem causa de justificação. Uma ação por *battery* tem lugar quando o Autor foi "agredido" por qualquer forma pelo Réu e *não houve consentimento*, expresso ou tácito, para tal intervenção, valendo, naturalmente, também, para os casos em que o Autor *recusou* a intervenção, mas o médico, não obstante, a realizou.

Não é necessário estabelecer qualquer prejuízo como consequência desse dano e portanto não há qualquer problema de causalidade.

Trata-se de um *tort per se*, o que significa que o Autor tem direito a *nominal damages* (mesmo que não haja um dano real) e se teve algum prejuízo real, tem direito a ser indemnizado.

Uma ação por *negligence* é adequada quando o paciente deu o seu consentimento para um ato da natureza daquele que foi praticado pelo médico, mas houve um vício no consentimento por *falta de esclarecimento* adequado.

Numa ação pelo *tort de negligence*, o paciente não só tem de demonstrar que a informação revelada se encontra abaixo do que era exigido por lei, mas também que *ele não teria autorizado o tratamento se estivesse informado desses mesmos riscos*"⁴⁴⁹.

Assim, incumbe ao paciente provar, num juízo de "*balance of probabilities*" que ele não teria realizado a intervenção, se tivesse recebido a informação adequada. Para tanto os tribunais ingleses seguem um teste⁴⁵⁰ que combina o critério do paciente concreto (*subjective*

⁴⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 493-494, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁴⁹ Chatterton v. Gerson, (1981) QB 432. Se a demanda for baseada no *tort of negligence*, o Autor, da ação, tem que provar não apenas a violação do dever de informar mas também que se o dever não tivesse sido violado, o paciente não teria optado por consentir na operação. Isto implica que o paciente tem de provar que se tivesse sido informado (dos riscos e consequências secundárias, por exemplo), teria tomado outra decisão (Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 495, nota 1202).

⁴⁵⁰ "The text of causation is whether the reasonable patient, sharing such of the particulars

test of causation) com o do paciente razoável (*reasonable patient*).

Há causalidade, portanto, quando o paciente razoável – partilhando as características do paciente concreto que poderiam afetar a decisão do consentimento – se fosse informado do risco, teria declinado a operação.

Todavia, a House of Lords com a decisão de *Chester v Afshar* (2004) (...) veio atenuar o rigor desta perspectiva sobre a causalidade no âmbito da violação do dever de informar.

Consagrou-se a jurisprudência segundo a qual, se a paciente não foi informada dos riscos de uma cirurgia (neste caso risco de *paralisia* na sequência de uma cirurgia à coluna) que se vieram a verificar na sequência da mesma, provando-se que a paciente "at the time" não teria aceite submeter-se à operação, *tanto basta para condenar o médico pelos danos causados*⁴⁵¹.

Constata-se que, nesta decisão, a jurisprudência inglesa, para decidir da suficiência do esclarecimento prestado pelo médico e, conseqüentemente, da eficácia do consentimento, adotou a posição do paciente concreto e não a posição do paciente razoável.

Nos Estados Unidos da América

"A causalidade entre os danos do paciente e a falta de esclarecimento do médico só se estabelece quando se consegue provar que a informação levaria à recusa da operação.

A jurisprudência dá muita importância a este aspecto e há duas correntes:

Uma defende o padrão subjetivo, isto é, há nexos de causalidade quando o paciente no seu depoimento de testemunha convence que *ele*, se soubesse daqueles riscos, não teria consentido na intervenção⁴⁵²;

Outra segue o padrão objetivo, segundo o qual só se aceita a alegação do paciente que recusaria a intervenção, se também uma pessoa razoável na situação do paciente a teria recusado⁴⁵³.

characteristics as might affect the decision to consent, knowing the risk would have declined the operation on being informed".

⁴⁵¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 494-496, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁵² Neste sentido parece estar a Jurisprudência do Estado de Oklahoma (Beat Eisner)- (PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 497, nota 1206).

⁴⁵³ Neste sentido, que é dominante, cf. *Canterbury v. Spence*, 4642d 772 (DC Cir 1972: "... to resolve the causality issue on an objective basis: in terms what a prudent person in the patient's position would have decided if suitably informed of all perils bearing significance" (PEREIRA, André

*

Pode pois concluir-se que, nos referenciados ordenamentos jurídicos:

- Protege-se a autonomia do paciente e consagra-se o direito ao consentimento livre e informado;
- Porém, a repartição do ónus da prova da prestação da informação varia de país para país e das circunstâncias do caso, conforme se assinalou;
- No caso de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária, isto é, uma intervenção cujo consentimento não foi antecedido da informação necessária e adequada, o médico é, em regra, responsabilizado por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais (incluindo o dano corporal e a morte) que resultam da intervenção;
- Porém, na circunstância de não revelação de informação acessória ou não fundamental, alguns ordenamentos jurídicos reduzem ou excluem a responsabilidade médica, através de métodos diferentes: *perda de chance* em França, distinção entre *tort de battery* e *tort de negligence*, na Inglaterra, ou a teoria da "*Entscheidungskonflikt*" (paciente em situação de conflito de decisão), na Alemanha.

Os exemplos de direito comparado, que referimos, são apenas relativos a casos de responsabilidade civil e não de responsabilidade penal.

Tal resulta do facto de, com exceção da Áustria, não serem conhecidas, nos restantes países, normas penais semelhantes às dos art.º 156 e 157.º do CP português, e não serem conhecidas decisões penais sobre a matéria.

IX.4 O consentimento hipotético no direito português

A figura do consentimento hipotético "determina a quebra de *conexão do risco* entre um comportamento contrário ao dever (violação do dever de esclarecimento) e o resultado lesivo", contudo, "é relativamente consensual o entendimento de que *o consentimento hipotético não afasta a ilicitude, apenas impede a punição do agente pelo ilícito consumado*."

Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 497, ISBN 978-972-32-2309-5).

Como que produzindo a neutralização do desvalor do resultado"⁴⁵⁴.

Esta figura, do consentimento hipotético, vem sendo aceite pela moderna doutrina, embora dentro de um apertado enquadramento.

Contudo, situações há que revelam não dever ser admitido o consentimento hipotético.

Desde logo, não deverá ser admitido o consentimento hipotético quando estão em causa *violações graves dos deveres de conduta do médico*.

Este conceito - "*violações graves* - é também ele complexo e pode abranger a gravidade da violação em si (ex. ausência de consentimento)⁴⁵⁵, ou a gravidade subjetiva da violação, por exemplo, o grau de culpa do médico, ou seja, este omite informações de forma dolosa ou com negligência grosseira"⁴⁵⁶.

A violação *de formalidades essenciais* pode configurar um caso de *violação grave*; "será o caso do consentimento escrito para a participação num *ensaio clínico*, mas já parece duvidoso nos casos de prática de uma interrupção voluntária da gravidez ou de uma esterilização. É que – se, no segundo grupo de casos, é difícil configurar uma situação de total ausência de consentimento (ao menos tácito) (exceptuando hipóteses de crimes hediondos ou de pessoas sujeitas a um *poder institucional*: hospitais psiquiátricos, prisões, ou seja, casos em que todos os requisitos substanciais do consentimento livre e esclarecido poderão não estar presentes) -, já no primeiro, qualquer pessoa pode, contra a sua vontade, ser levado a participar num ensaio clínico de medicamentos, pelo que as cautelas e exigências da lei têm uma dimensão de formalidades *ad substantiam*"⁴⁵⁷.

Também, "*a omissão de informações fundamentais* para que o doente se autodetermine constitui um caso de *violação grave*, pelo que, regra geral, não deverá ser admitida esta defesa do médico, o *consentimento hipotético*"⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a edição, 2012, pag. 629, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁴⁵⁵ Será o caso de uma histerectomia (remoção cirúrgica do corpo do útero – histerectomia parcial - ou do corpo e do colo do útero - histerectomia total), feita com indicação médica, aquando de um parto por cesariana, não precedido de consentimento da mulher.

⁴⁵⁶ Apud, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 499, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁵⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 499-500, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁵⁸ Apud, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 500, ISBN 978-972-32-2309-5.

Pelo contrário deverão ser consideradas *violações leves*, ao dever de esclarecimento, "a omissão de formalidades secundárias ou a não revelação de informações não essenciais"⁴⁵⁹, situações em que poderá ser admitido o consentimento hipotético.

Admitindo-se a figura do consentimento hipotético importa determinar qual o critério que deverá ser utilizado pelo Tribunal, se o do *paciente razoável* se o do *paciente concreto*.

Considerando porém que nesta matéria estão em causa, não só a liberdade individual face ao tratamento médico, que resulta de direitos fundamentais como o direito geral de personalidade, a liberdade geral de ação ou o direito de autodeterminação, mas também, "valores como a integridade física e a saúde, devemos respeitar a idiossincrasia e as opções fundamentais de cada cidadão, (...) o critério do juízo deve ser o do paciente concreto"⁴⁶⁰.

Temos assim que, para decidir sobre a aplicação da figura do consentimento hipotético, relativamente ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, deverá o Tribunal apurar:

- primeiro, se o paciente recebeu ou não a informação adequada, e;
- não tendo recebido, se o paciente, por um lado, ficou numa situação de conflito de decisão; e;
- por outro lado, se teria realizado, ou não, a intervenção/tratamento, no caso de ter recebido a adequada informação .

*

O Acórdão do STJ de 18.03.2010⁴⁶¹, relativo a pedido de indemnização Cível, pronuncia-se sobre o dever de informação e absolve a médica com base na figura do consentimento hipotético, embora não o mencione expressamente.

Foi apreciada a situação de uma mulher que sofria de problemas na sua visão e consultou a médica oftalmologista, num consultório privado. Esta recomendou a realização de

⁴⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 500, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 500, ISBN 978-972-32-2309-5.

⁴⁶¹ Proc. 301/06.4TVPRT.P1S1 (Pires da Rosa).

uma cirurgia a laser para tratar da miopia. Após a cirurgia, a paciente começou a ver pior e uma semana depois foi operada novamente, sem – desta feita – lhe terem sido cobradas as despesas e honorários. Infelizmente a situação clínica agravou-se, visto que a retina ficou queimada pelo laser, conduzindo à sua cegueira. A paciente intentou ação contra a médica e contra a clínica, alegando negligência na realização da intervenção.

Como esta não logrou fazer prova da culpa da cirurgiã, o processo foi orientado, já em sede de recurso, para a violação do dever de esclarecer. A paciente alegou não ter sido devidamente informada dos riscos, nomeadamente do risco de cegueira decorrente da dita intervenção.

O STJ manteve a decisão da Relação no sentido de que a paciente não conseguiu fazer *prova de que se tivesse recebido mais informação* (a informação adequada acerca dos riscos graves), *teria recusado a operação*.

O STJ reconheceu que a violação do dever de informar conduz a um consentimento inválido, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas.

Contudo, o Acórdão contém, também as afirmações de que:

"Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma "informação menos informada", predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo médico de confiança com que firmou a sua escolha". "E esta livre escolha da autora induz, desde logo, uma tácita aceitação da orientação médica que na Clínica receba. consentir no caminho terapêutico seguido".

Defendeu-se, assim, a absolvição da médica com base na figura do consentimento hipotético.

Porém, "o consentimento hipotético terá de ter um desenho justo e adequado, não podendo vingar a ideia peregrina de que alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada, exigirá dele uma "informação menos informada", predispondo-se a

aceitar as indicações médicas que receba"⁴⁶².

Importa contudo salientar o facto de ter sido considerado provado, designadamente, que: perante a pergunta da paciente sobre se a intervenção *não tinha riscos*, a médica afirmou que a operação não tinha riscos, pelo contrário, *arriscado seria não fazer a intervenção cirúrgica*.

Ora, esta resposta revela que médica incumpriu o dever de informar e revela, ainda, que a paciente tinha uma dúvida razoável sobre se valia ou não a pena submeter-se à dita intervenção. O caso mostra que a paciente tinha dúvidas sobre se deveria ou não submeter-se à operação proposta e, perante a pergunta que dirigiu à médica sobre os riscos da intervenção, recebeu a informação de que a mesma não tinha riscos.

Afinal havia um risco de cegueira, risco que deverá ser considerado grave e por isso o médico estava obrigado a informar o paciente desse risco, ainda que esse risco fosse raro ou pouco provável.

Apreciando este caso em sede criminal, para aplicação da figura do consentimento hipotético relativamente ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, tendo em consideração os critérios acima referidos, deveria o Tribunal ter apurado, primeiro, se o paciente recebeu ou não a informação adequada.

Constata-se, através da apreciação da prova referida, que a paciente não recebeu a informação adequada, porque não foi informada do risco grave de cegueira, mesmo depois de ter questionado a médica sobre se a intervenção *não tinha riscos*, tendo a médica afirmado que "a operação não tinha riscos, pelo contrário, arriscado seria não fazer a intervenção cirúrgica".

Mostra-se que a médica não cumpriu o dever de esclarecimento que lhe é imposto pelo art.º 157.º do CP, omitindo a existência do risco de cegueira, que é muito grave, facto que tem como consequência a ineficácia do consentimento.

Verificando-se a violação do dever de esclarecimento, deveria o Tribunal ter apreciado, depois, se o paciente ficou, ou não, numa situação de conflito de decisão e se teria realizado, ou não, a intervenção/tratamento, no caso de ter recebido a adequada informação, para então, em face das respostas às aludidas questões, se decidir pela aplicação, ou não, da figura do

⁴⁶² PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p. 505, ISBN 978-972-32-2309-5.

consentimento hipotético.

O tribunal carecerá contudo de informação médica especializada, para aferir, por um lado, da gravidade concreta da violação dos deveres da médica (Ré), face à normalidade, previsibilidade e gravidade do risco de cegueira, na concreta intervenção realizada, tendo em atenção que não deverá ser admitido o consentimento hipotético "quando estão em causa *violações graves dos deveres de conduta do médico*".

Depois, deveria ter apurado se, do ponto de vista subjetivo, a médica agiu dolosamente ou com negligência grosseira.

Ainda que se concluísse que a médica agiu, apenas, com negligência grosseira, tudo indica que não deveria, no caso, ser admitida a defesa da médica, através do *consentimento hipotético*, por ter omitido uma informação fundamental para que o doente se autodetermine, constituindo assim a sua conduta uma violação grave do dever de esclarecimento.

Verificando-se haver violação grave do dever de esclarecimento, não deverá ser admitida a defesa do médico através do consentimento hipotético, razão por que não será necessário avaliar se a doente consentiria se tivesse sido devidamente esclarecida.

IX.5. Diferenças entre o consentimento presumido e o consentimento hipotético.

Diferenças significativas separam as situações enquadráveis no consentimento presumido e no consentimento hipotético, como também são diversos os seus efeitos prático-jurídicos.

Diferentemente do que sucede com o consentimento presumido, o consentimento hipotético tem lugar em situações *em que é possível obter o consentimento efetivo*.

Enquanto o consentimento presumido configura uma causa de justificação, no consentimento hipotético mantém-se a ilicitude da conduta e a sua punibilidade, embora apenas com a pena aplicável à tentativa, por se considerar que, apesar de não haver desvalor de resultado, há desvalor de ação.

Por outro lado, "o consentimento presumido intervém e produz efeitos numa consideração *ex ante*, determinando a exclusão da marca da atuação contrária ao dever e do risco proibido, enquanto o consentimento hipotético apenas intervém *ex post*, deixando persistir a marca da violação do dever objetivo de cuidado e da criação do risco proibido"⁴⁶³.

A aplicação da doutrina do consentimento hipotético ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no art.º 156.º do CP, considerando que a pena máxima não excede o limite de 3 anos, e não está especialmente prevista a punição da tentativa, terá como consequência a não punibilidade da conduta (art.ºs 23.º, n.º 1, e 38.º, n.º 4, do CP).

⁴⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, 2012, pag. 630, ISBN978-972-32-2061-2.

PARTE 7.

INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS:

X – Sobre o conceito e elementos do crime.

O crime é um facto humano voluntário que lesa, ou põe em perigo de lesão, bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

O facto humano compreende qualquer comportamento humano, ativo ou omissivo, que se tenha produzido sob o domínio da vontade do agente e que seja típico, ilícito e culposo.

O tipo "é a descrição abstracta que a lei faz do facto, é a expressão da conduta, e a tipicidade consiste na subsunção, na adequação da vida real a um tipo legal de crime"⁴⁶⁴.

O tipo abrange, ao descrever a conduta proibida, o sujeito da ação, a ação proibida, com os seus elementos objetivos e subjetivos, e, se for o caso, ainda, o objeto da ação e o resultado, com a respetiva relação de causalidade.

O tipo legal desdobra-se em vários tipos, o tipo de ilícito, o tipo de culpa, o tipo de justificação ou "contra tipo"⁴⁶⁵ e o tipo de desculpa, sendo que "é da conjugação de todos que resulta a norma penal incriminadora"⁴⁶⁶.

O tipo de justificação pressupõe a existência de circunstâncias que excluam a ilicitude ou a tipicidade da conduta. O tipo de desculpa prende-se com o poder/ dever do agente agir por forma consentânea com os valores jurídico-penais, constituindo um "juízo axiológico negativo sobre o agente por ter praticado o facto ilícito"⁴⁶⁷.

Entre as causas justificativas, expressamente reguladas na parte geral, o consentimento é aquela que continua hoje a suscitar uma viva controvérsia, nomeadamente para saber se constitui uma verdadeira causa de justificação ou antes uma causa de atipicidade do comportamento.

De acordo com Figueiredo Dias, a resposta pressupõe que se lance mão da pergunta

⁴⁶⁴SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 14, ISBN 9789725404584.

⁴⁶⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 386, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁶⁶SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 14, ISBN 9789725404584.

⁴⁶⁷ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 15, ISBN 9789725404584.

essencial, “a pergunta sobre a relevância jurídico-penal do consentimento”⁴⁶⁸.

Figueiredo Dias entende que o consentimento “pressupõe a perda de um bem jurídico e, quando a lesão ao nível do sistema social é ainda representada pela lei de menor relevância do que na auto-realização do agente – a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do sistema pessoal”⁴⁶⁹.

Casos há porém em que “o acordo do interessado corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e faça com que a ação antes de lesar o bem jurídico, contribua para a sua mais perfeita realização”⁴⁷⁰, constituindo o consentimento do paciente, se eficaz, um *acordo* que exclui a tipicidade da conduta, como sucede com o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º do CP).

O crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* (art.º 156.º do CP⁴⁷¹) consagra um tipo legal complexo, que contém, simultaneamente, tipos-incriminadores e contra tipos, excludentes da tipicidade, referindo que a ação, a realização de “intervenções ou tratamentos”, é típica, apenas, quando praticada *sem consentimento*, sendo então *arbitrária*.

Por sua vez, é o art.º 157.º que define os *requisitos da eficácia do consentimento* – dispondo que o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido *devidamente esclarecido*, sobre os *itens* nele referidos (o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento).

O consentimento do paciente, se tiver sido *devidamente esclarecido*, sendo por isso eficaz, tem aqui a função do tipo limitador, ou contra tipo, excluindo a tipicidade da conduta – a intervenção ou o tratamento médico-cirúrgico.

A *ilicitude ou anti-juricidade* é a contrariedade entre o facto, o comportamento da vida real, e o ordenamento jurídico.

Para Figueiredo Dias, “a função do direito penal – *de protecção subsidiária de bens jurídico-penais* - e a justificação da intervenção penal – *a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada* – irmanam-se na determinação funcional da

⁴⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 470, ISBN 978-972-32-1523-6

⁴⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 472, ISBN 978-972-32-1523-6

⁴⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 474, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁷¹ Art.º 156.º, n.º 1, do CP - *As pessoas indicadas no art.º 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções e tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*

categoria do ilícito"⁴⁷².

Com tal categoria, a ilicitude, pretende-se identificar aquelas condutas humanas que, numa determinada situação, considerando todas as condições reais em que foram praticadas ou em que tiveram lugar, atingem e violam o bem jurídico protegido pela norma penal.

A função da categoria da ilicitude é a de, em concreto, definir o âmbito penalmente proibido e dá-lo a conhecer aos destinatários potenciais das suas normas, motivando-os, por essa forma, a comportamentos de acordo com o ordenamento jurídico-penal.

O crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto pelos art.ºs 156.º e 157.º do CP, protege o bem jurídico liberdade de decisão da pessoa submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, dispondo-se que o consentimento do paciente, para a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto pelo médico, só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido.

Não se verificando uma exceção ao dever de esclarecer, serão assim ilícitas as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados pelo médico sem consentimento eficaz do paciente, ou seja, sem que o paciente tenha sido prévia e devidamente esclarecido.

Porém, não basta, para a punição do médico, que a sua conduta seja típica e ilícita. É necessário, ainda, que seja culposa.

Uma conduta é culposa quando o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar “expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual tem de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário”⁴⁷³.

A *culpabilidade, culpa ou censurabilidade* é assim “o juízo de reprovação jurídica ao agente por ter perpetrado o facto ilícito”⁴⁷⁴.

A exigência da culpa, que constitui uma função limitadora da intervenção do Estado, protegendo o cidadão contra os excessos e arbitrariedades do poder estadual, funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art.º 1.º da Constituição.

⁴⁷²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª ed. 2.ª reimpressão, p. 266, ISBN 978-972-32-2108-4.

⁴⁷³DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª ed. 2.ª reimpressão, p. 274, ISBN 978-972-32-2108-4.

⁴⁷⁴SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 15, ISBN 9789725404584.

X.1. O tipo subjetivo

X.1.1. Sobre o conceito jurídico-penal de dolo do tipo:

A noção de *dolo do tipo* é dada pelo art.º 14.º do CP, sendo a vontade, no dolo, integrada por um elemento intelectual ou cognoscitivo e por um elemento volitivo.

Exige-se que “o agente conheça, saiba, represente correctamente ou tenha consciência (consciência "psicológica" ou consciência "intencional", note-se bem) das circunstâncias *do facto* (e não *de facto*, atente-se, porque tanto podem ser "de facto" como "de direito") que preenche um tipo de ilícito objectivo (art.º 16.º-1)”, nas palavras de Figueiredo Dias⁴⁷⁵, nas formas de dolo direto ou necessário.

Essencial é que o agente ao atuar conheça “tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito”⁴⁷⁶.

O dolo direto e o dolo necessário são espécies de dolo próximas entre si, diferindo no facto de, no primeiro, o fim subjetivo do agente ser o próprio facto tipicamente ilícito, enquanto, no segundo, o facto tipicamente ilícito não constitui o fim a que o agente se propõe, mas é consequência necessária da realização do fim (lícito ou ilícito) que se propõe (art.º 14.º, n.º 1 e 2), do CP)⁴⁷⁷.

No dolo eventual, previsto no art.º 14.º, n.º 3, do CP, “o agente, prevê o facto como consequência possível da sua conduta e mesmo assim age, assumindo o risco, conformando-se com a sua realização. Ao contrário do que ocorre no dolo direto e no necessário, no dolo eventual a vontade não se dirige propriamente ao resultado, nem como fim nem como meio necessário, mas apenas ao acto inicial, lícito ou ilícito, e o resultado não é representado como certo, mas só como possível”⁴⁷⁸.

Ainda nas palavras de Germano Marques da Silva,⁴⁷⁹ “no dolo eventual há o

⁴⁷⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 351, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁷⁶DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 351, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁷⁷Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 103, ISBN 9789725404584.

⁴⁷⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 104, ISBN 9789725404584.

⁴⁷⁹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 105, ISBN 9789725404584.

enfraquecimento dos elementos estruturais do dolo, mas há ainda dolo, quer porque há representação do facto típico quer porque há vontade do facto. (...) No que respeita ao elemento volitivo, a lei exige que o agente se conforme com a realização do facto típico que previu como consequência possível da sua conduta”.

Quando o médico, tendo ou não prestado os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento do paciente médio, se apercebe de que o *paciente concreto* poderá não se encontrar devidamente esclarecido, e sem verificar se esse paciente se encontra ou não devidamente esclarecido e sem lhe prestar novos esclarecimentos, porque quer realizar a intervenção ou tratamento proposto, para receber os honorários respetivos ou por outros motivos, *conformando-se com a possibilidade de o paciente não se encontrar devidamente esclarecido*, pratica o ato médico (a intervenção ou tratamento proposto), atua com dolo eventual (dolo do tipo, art.º 14.º, n.º 3, do CP) relativamente ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, quando não tenha logrado esclarecer devidamente o paciente.

Assim, *haverá dolo sempre que o médico*, tendo ou não prestado todos os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento do paciente e caso concretos (a que está obrigado), sobre os diferentes itens, referidos no art.º 157.º do CP, *se apercebe, e sabe*, que o paciente não compreendeu as explicações dadas e não se encontra devidamente esclarecido, ou, pelo menos, admite que o paciente não compreendeu as explicações dadas e não se encontra devidamente esclarecido e, conformando-se com essa possibilidade, sem lhe prestar outros esclarecimentos, obtém uma declaração de consentimento que utiliza para realizar uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, revelando uma atitude pessoal de *contrariedade ou indiferença* perante o dever jurídico-penal, quando não tenha logrado esclarecer devidamente o paciente.

A declaração de consentimento assim obtida não é válida, porque o paciente não foi *devidamente esclarecido*, determinando a ineficácia do consentimento (art.º 157.º do CP), por não corresponder a uma vontade séria, livre e esclarecida, salvo verificando-se uma das situações de exceção ao cumprimento do dever de esclarecimento, designadamente uma "situação de urgência" ou de "privilégio terapêutico".

Embora, alguma jurisprudência, quer nacional quer internacional, considere ser suficiente que o médico preste as informações normalmente adequadas ao esclarecimento de um paciente "normal" ou "médio", a maioria da doutrina e jurisprudência, quer nacional

quer internacional, já referidas nesta dissertação, defende que o médico deverá verificar e assegurar-se de que o paciente concreto se encontra devidamente esclarecido, como, aliás, é exigido pelo art.º 157.º do CP.

X.1.2. Sobre o conceito jurídico-penal de tipo negligente

Importa agora apreciar o conteúdo do tipo de ilícito negligente, caracterizado pela sua relevância e dificuldade.

Tradicionalmente, a dogmática jurídico-penal preocupava-se essencialmente com o crime de comissão por ação dolosa.

Após a revolução industrial do século XIX, verificou-se a criação de novos perigos e novos riscos decorrentes da utilização de máquinas e da inovação científico-tecnológica⁴⁸⁰.

Nesta nova sociedade de risco, a negligência assume uma importância cada vez maior.

Assim é porque, muitos dos danos, quer pessoais quer comunitários, resultam não de comportamentos dolosos, mas de condutas negligentes, isto é, "da não observância das regras de cuidado, indispensáveis à minimização dos riscos inerentes às respetivas condutas"⁴⁸¹.

Embora seja mais frequente a prática do crime de comissão por ação negligente, assume significativa relevância o crime de comissão por omissão negligente – omissão da ação juridicamente imposta -, como sucede com o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º do CP), cujo tipo legal, pressupondo que o consentimento só é eficaz se o paciente tiver sido devidamente esclarecido, pune a conduta do médico que omita o devido esclarecimento ao paciente (art.º 157.º do CP).

Contudo, se o facto negligente constitui uma das formas básicas do aparecimento do crime, não é simplesmente uma forma atenuada ou menos grave de aparecimento do correspondente facto doloso; para Figueiredo Dias, “é outra coisa, é outro facto, em suma, é um *aliud* relativamente ao facto doloso correspondente”⁴⁸².

A diferença entre facto doloso e facto negligente verifica-se não só no plano da culpa mas também no plano do ilícito.

⁴⁸⁰Neste sentido CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 525, ISBN ISBN 978-989-8835-09-3.

⁴⁸¹CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 525, ISBN ISBN 978-989-8835-09-3.

⁴⁸²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 864, ISBN 978-972-32-1523-6.

Como no crime doloso, o essencial do crime negligente é uma ação, ou omissão, humana voluntária.

A diferença reside na estruturação do tipo.

Os crimes negligentes, sendo na sua maioria crimes de resultado, podem configurar crimes de mera atividade, como sucede com o crime de condução em estado de embriaguez, nos quais a mera atividade constitui a violação do dever de cuidado que o agente deve prevenir e evitar.

Os crimes negligentes são tipos abertos com necessidade de serem completados pelo juiz no caso concreto.

O juiz, segundo Welzel "tem de investigar qual é o cuidado exigível na situação concreta e, através da comparação do comportamento exigível com a ação do agente, determinar se esta foi ou não adequada ao cuidado"⁴⁸³.

O dever objetivo de cuidado do médico, considerando que na medicina existe uma permanente evolução e alteração das regras de cuidado, "há-de ser determinado atendendo a um conjunto de regras fixadas pelo próprio círculo profissional"⁴⁸⁴.

O tipo de ilícito negligente de resultado é formado, de acordo com Taipa de Carvalho, "pela acção violadora do dever de cuidado (desvalor da ação) e pela ocorrência do resultado típico (desvalor do resultado), isto é do resultado cuja evitação constitui a ratio do dever objetivo de cuidado"⁴⁸⁵.

Exige-se, igualmente, uma relação de adequação entre a ação e o resultado, sendo necessário que o resultado possa ser objetivamente imputado à ação descuidadamente praticada e que o resultado desvalioso ocorrido caia dentro do âmbito de proteção da norma⁴⁸⁶.

A essência do ilícito negligente reside "na forma descuidada como o agente pratica a ação, e não na ação abstratamente considerada"⁴⁸⁷.

Sendo o ilícito típico negligente caracterizado pela violação do dever objetivo de cuidado, importa saber se, para determinar esse dever, se deverá utilizar um critério objetivo

⁴⁸³FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 243, ISBN 978-972-40-7688-1.

⁴⁸⁴FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 272, ISBN 978-972-40-7688-1.

⁴⁸⁵CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p. 526, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁴⁸⁶Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p. 527, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁴⁸⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p. 527, ISBN 978-989-8835-09-3.

generalizador, que tenha apenas em conta o “homem médio”, ou se, pelo contrário, deverão ser consideradas as capacidades pessoais do agente concreto.

Vem sendo entendido que "se as capacidades do agente concreto se situarem abaixo da média, nem por isso a sua conduta deixará de integrar o ilícito negligente"⁴⁸⁸.

Porém, no caso de as capacidades do agente serem especiais ou superiores à média "não pode deixar de conduzir à afirmação da tipicidade do facto negligente, mesmo quando não se revele violado o cuidado "objetivamente" devido (isto é: adequado às capacidades do "homem médio"). Seria incompreensível e inaceitável que se não imputasse (...) um comportamento tipicamente negligente ao cirurgião magistral que, por não estar para maçadas ou por estar com pressa, deixa morrer um paciente na sala de operações por ter utilizado no caso apenas as capacidades correspondentes ao cirurgião médio e não aqueles de que pessoalmente dispõe e que está em condições de empregar"⁴⁸⁹.

A negligência é um tipo especial de ação punível que apresenta uma estrutura própria tanto no âmbito do ilícito como no da culpa e que é determinada segundo um duplo critério; de acordo com Jescheck, “De um lado, verifica-se qual o comportamento que seria objetivamente devido, para evitar a violação involuntária do bem jurídico, numa concreta situação de perigo; e, de outro lado, se tal comportamento poderá ser pessoalmente exigido ao autor, segundo as suas características e capacidades individuais”⁴⁹⁰.

A negligência caracteriza-se, segundo Paula Ribeiro de Faria, pela "violação de um dever de cuidado"⁴⁹¹. “Violação de um dever de cuidado que não permite, ao contrário da realização dolosa, que é uma realidade linear, a sua definição em pressupostos definidos.

Assim, o intérprete, quando aprecia uma conduta terá de ponderar a "imagem global da conduta, e a sua comparação com o modelo do comportamento cuidadoso que devia ter sido adoptado"⁴⁹².

A contrariedade da conduta pressupõe que "a violação de um dever de cuidado só pode ser imputada a quem, com ela, criou um risco não permitido que se concretizou no resultado

⁴⁸⁸FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 262, ISBN 978-972-40-7688-1.

⁴⁸⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, p. 874, ISBN 978-972-32-2108-4.

⁴⁹⁰JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta Edición, Editorial Comares – Granada, 1993, p. 512, ISBN 84-87708-79-X.

⁴⁹¹FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCE, Porto, 2017, p. 50, ISBN 978-989-8835-21-5.

⁴⁹²FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCE, Porto, 2017, p. 51, ISBN 978-989-8835-21-5.

típico"⁴⁹³.

Sucedo, porém, que "na violação do dever de cuidado está pressuposta a criação de um risco não permitido; e na exigência de que o resultado possa ser reconduzido à contrariedade do dever encontra-se o requisito de que no resultado se tenha materializado o risco em virtude da qual a conduta está proibida"⁴⁹⁴.

Assim, se o médico não esclarecer devidamente o paciente, quer porque não lhe prestou os necessários esclarecimentos, quer porque não verificou se o paciente se encontrava já, ou não, devidamente esclarecido, prestando-lhe novos e melhores esclarecimentos se necessário, cria um risco não permitido.

Contudo o resultado (o não esclarecimento do paciente) pode ou não verificar-se.

Se se tiver verificado, isto é, se a intervenção/tratamento for realizada sem que o paciente estivesse devidamente esclarecido, nos termos exigidos pelo art.º 157.º do CP, importa determinar se esse resultado foi causado pela conduta do médico e, ainda, se esta conduta do médico deverá ou não ser considerada como contrária ao dever de cuidado, que lhe é imposto pelo art.º 157.º do CP.

A violação do dever de cuidado, "há-de pressupor a criação de um perigo não tolerado: a conduta só violará o cuidado devido se superar o limite do risco permitido"⁴⁹⁵.

Por sua vez, Figueiredo Dias defende que a violação do cuidado devido, como elemento do tipo de ilícito negligente, quer designar "a violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respetiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo subjectivo de ilícito"⁴⁹⁶.

A noção de tipo negligente é dada pelo art.º 15.^º⁴⁹⁷ do CP, que, no seu proémio, começa por definir a negligência de modo unitário - quem, por não proceder com o cuidado a que segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz- para de seguida, distinguir as

⁴⁹³DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 876, ISBN 978-972-32-2108-4.

⁴⁹⁴FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 328, ISBN 978-972-40-7688-1.

⁴⁹⁵FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018, p. 332, ISBN 978-972-40-7688-1.

⁴⁹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 870, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁹⁷Art.º 15.º do CP "Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) Representar como possível a realização de um fato que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou, b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do fato".

duas formas de negligência, a) a negligência consciente; e, b) a negligência inconsciente.

O proémio "contém o tipo de ilícito (a violação do cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado, isto é, a violação do cuidado objetivamente devido) e o tipo de culpa (a violação do cuidado que o agente, segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais, está em condições de prestar)"⁴⁹⁸.

Embora se discuta se no tipo de ilícito negligente é possível distinguir entre tipo objetivo e tipo subjetivo⁴⁹⁹, é possível distinguir no tipo de ilícito negligente elementos objetivos e elementos subjetivos constitutivos do tipo de ilícito, sendo que esse elemento subjetivo consiste na relação entre o agente e a ação realizada "porque o agente pratica a ação de modo indevido, com desprezo ao cuidado objetivamente devido nas circunstâncias da situação e pessoais porque não representou ou representou imperfeitamente a realização do tipo quando devia e podia representá-lo ou representá-lo perfeitamente, ou porque embora o tivesse representado não o quis realizar"⁵⁰⁰.

Para evitar a prática de atos ilícitos, a lei exige que as pessoas desenvolvam as suas ações com o cuidado e a devida atenção, evitando distrações suscetíveis de as levarem a praticar atos ofensivos de bens jurídicos.

Nas palavras de Germano Marques da Silva, "a lei exige esforço positivo da vontade e da atenção para que se não pratiquem factos típicos. Esta concentração das energias morais do homem tendentes a evitar a prática de actos ilícitos é a *diligência* – no sentido subjectivo ou moral. É a esta atitude de espírito, de agir mal por distração, de falta de diligência, que se chama negligência"⁵⁰¹.

O dever objetivo de cuidado, que recai sobre o médico no exercício da sua atividade clínica, afirma-se em três patamares, o dever de *omitir ações perigosas*, o dever de

⁴⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 869, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁴⁹⁹FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, 2005, p. 901, entende que "não é de admitir um tipo subjetivo de ilícito negligente", considerando a "natureza rigorosamente objetiva do ilícito negligente, que se deixa assim deduzir a partir de um critério puramente geral e abstrato de cuidado". Em sentido contrário, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 887,888, ISBN 978-972-32-1523-6., entende que "a não observância do cuidado objetivamente devido não torna perfeito, por si própria, o tipo de ilícito negligente, antes importa que ela conduza – como expressamente afirma o art.º 15.º do CP – a uma representação imperfeita ou a uma não representação da realização do tipo". Concluindo que "é possível divisar "na ausência de uma realidade psíquica" que deveria intervir e não interveio um "substrato normativamente relevante", que, de um ponto de vista material, se revela análogo àquela realidade.

⁵⁰⁰SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 128, ISBN 9789725404584.

⁵⁰¹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p.s 126,127, ISBN 9789725404584.

*preparação e de informação prévia e o dever de executar de forma cuidadosa a atividade*⁵⁰².

O médico, no cumprimento do dever de esclarecimento, não poderá deixar de considerar o paciente concreto, designadamente, se tem baixo ou elevado nível cultural, se é novo ou idoso, o seu estado psicológico e, nomeadamente, a sua eventual ansiedade ou perturbação e adequar os esclarecimentos a prestar a esse paciente concreto.

Por outro lado, não deverá ser considerado que sobre o paciente recai, também, um dever de se auto-informar, que, de algum modo, possa reduzir ou excluir o dever de informar do médico.

Não só porque nenhuma norma impõe ao paciente tal dever, mas também porque tal entendimento retiraria qualquer sentido útil à norma do art.º 157.º do CP, que impõe ao médico o dever de esclarecer *devidamente* o paciente sobre os *itens* nele referidos⁵⁰³.

Por outro lado, não pode deixar de considerar-se que a generalidade dos pacientes não dispõe de informação médica que lhe permita saber se está já devidamente esclarecido, não só acerca da doença de que padece, como também sobre as consequências para o seu corpo e saúde da intervenção ou tratamento proposto pelo médico, e das alternativas de tratamento, se as houver.

Só o médico poderá saber se o paciente está ou não devidamente esclarecido.

A essência do ilícito negligente está assim na forma descuidada como o agente pratica a conduta, no caso concreto, e não na conduta abstratamente considerada.

Como no crime doloso, o essencial do crime negligente é uma ação ou omissão humana voluntária.

A diferença reside na estruturação do tipo: no crime doloso pune-se a ação ou omissão dirigida objetivamente ao fim ilícito (o agente representou e quis, ou conformou-se, com o facto típico ilícito); no crime negligente pune-se a ação ou omissão mal dirigida, por falta de

⁵⁰²Neste sentido, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCE, Porto, 2017, p. 68, ISBN 978-989-8835-21-5.

⁵⁰³A doutrina e jurisprudência maioritária nesta matéria é clara. O dever de esclarecer o paciente incide sobre o médico. Nesse sentido quer a doutrina, cfr. André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, p.s 444 e ss., quer as mais recentes decisões jurisprudenciais proferidas pelos Tribunais Superiores, em matéria cível, são no sentido de que a prova do devido esclarecimento do paciente compete ao médico. Nesse sentido se pronunciaram vários Acórdãos: da Relação de Coimbra de 11.11.2014, no qual foi decidido que o *onus da prova do consentimento e da prestação da informação necessária à emissão de consentimento informado incide sobre o médico*; do STJ, de 16.06.2015, no qual foi decidido que *é sobre o médico, enquanto devedor da obrigação de informar, que recai o onus probandi do cumprimento do dever de informar correspondente*; e da Relação de Coimbra de 13.10.2015, no qual foi entendido que o *onus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou instituição de saúde*.

cuidado do agente, para um fim objetivo lícito ou ilícito, mas o facto ilícito (típico) que é realizado, ainda quando previsto como possível, não é querido pelo agente.

Quanto ao modelo padrão de comportamento exigível deverá corresponder ao comportamento do ser humano médio, mas considerando que este ser humano médio é um ser humano “idealizado em termos de equilíbrio entre qualidades e defeitos, ou seja, um ser humano razoável, ou o profissional *sensato, ponderado e providente*”⁵⁰⁴, em suma, um ser humano *consciente e cuidadoso*⁵⁰⁵.

O crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários configura "um crime de dano (quanto ao bem jurídico) e de resultado (quanto ao objeto da ação)"⁵⁰⁶.

Quanto ao dano, porque o crime pressupõe a verificação da lesão do bem jurídico protegido – a liberdade de decisão da pessoa submetida a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

Quanto ao resultado, porque o crime pressupõe a verificação de uma relação de causalidade adequada entre a conduta típica – a omissão do devido esclarecimento do paciente – e o resultado – o não esclarecimento do paciente; podendo dizer-se também que "a imputação objetiva supõe um processo causal dominável pela ação humana"⁵⁰⁷.

O médico tem o dever (de ação) de, previamente à realização de intervenção ou tratamento médico cirúrgico, esclarecer devidamente o paciente sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP.

É o resultado, o não esclarecimento do paciente, que o médico deve prevenir prestando ao paciente o devido esclarecimento sobre a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto.

Entendemos, assim, dever considerar-se que o *tipo de ilícito negligente é preenchido* pela ação violadora do dever de cuidado (desvalor da ação) e pela ocorrência do resultado típico (desvalor do resultado), exigindo-se a verificação de uma relação de adequação entre a ação e o resultado, de modo a que o resultado possa ser objetivamente imputado à ação descuidadamente praticada e, por outro lado, ainda, que o resultado desvalioso ocorrido caia

⁵⁰⁴FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCE, Porto, 2017, p. 79, ISBN 978-989-8835-21-5.

⁵⁰⁵ O ser humano médio não corresponde a uma média estatística, antes deverá ser considerado, de acordo com CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p.s 528, 529, ISBN ISBN 978-989-8835-09-3, o ser humano "consciente e cuidadoso do setor de atividade a que pertence o agente".

⁵⁰⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ªED., UCE, Lisboa 2015, p. 615, ISBN 9789725404898.

⁵⁰⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ªED., UCE, Lisboa 2015, p. 116, ISBN 9789725404898.

dentro do âmbito de proteção da norma.

Na apreciação da conduta do médico deverá ponderar-se não apenas a imagem global da conduta mas, essencialmente, a sua comparação com o modelo do comportamento cuidadoso que devia ter sido adotado no caso, por um médico com a experiência e especialização do médico concreto.

O cumprimento de dever de esclarecimento exige que o médico esclareça o paciente por forma a colocá-lo na situação de poder ponderar as vantagens e os inconvenientes da intervenção ou tratamento.

O que se exige do médico, em matéria de cumprimento do dever de esclarecimento, é que forneça ao paciente uma informação base que lhe transmita a noção da gravidade da doença e da intervenção proposta, que compreenda o tipo de danos que podem afetar a sua integridade física e psíquica, que inclua as hipóteses de sucesso e de insucesso e os riscos da intervenção em termos gerais, informação que deverá considerar o paciente concreto a quem é dirigida por forma a habilitá-lo a exercer o seu direito à autodeterminação em matéria de saúde.

Só deste modo ficará o paciente em condições de fazer uma escolha, devidamente informada, entre os vários tratamentos possíveis, e aceitar que o tratamento proposto seja realizado no seu próprio corpo.

Na informação exigível deverão estar incluídos os riscos de verificação mais provável e os riscos cuja concretização implique consequências particularmente graves.

Assim, exemplificando, não tendo o médico informado o paciente de que, para resolução de um concreto problema de saúde, havia a alternativa de se sujeitar a uma intervenção cirúrgica ou de alterar os seus hábitos alimentares, como o teria feito um médico consciente e cuidadoso, na situação concreta, tendo apenas informado o paciente da necessidade/adequação da intervenção cirúrgica, a que este se sujeitou, para tratamento da doença de que sofria, constata-se que foi violado o direito de autodeterminação do paciente em matéria de cuidados de saúde, a sua liberdade de decisão de escolher entre a intervenção cirúrgica ou a alteração dos seus hábitos alimentares.

De igual modo, não tendo o médico, violando o dever de cuidado, informado o paciente, a quem propõe uma intervenção com recurso *a laser* aos olhos, para resolução da doença de que padecia, da possibilidade de cegueira, ainda que reduzida, como o teria feito um médico consciente e cuidadoso, na situação concreta, consequência que é muito grave e se

veio a verificar, violou o dever de cuidado e o direito de autodeterminação do paciente em matéria de cuidados de saúde, a sua liberdade de decisão de escolher a intervenção/tratamento a que deseja, ou não, ser submetido, assumindo o risco grave dela recorrente.

Nestas situações o médico atua, pelo menos, de forma negligente.

Também, mesmo tendo prestado os esclarecimentos necessários ao esclarecimento de um paciente normal, mas sem verificar se o paciente concreto se encontra ou não devidamente esclarecido e sem lhe prestar novos esclarecimentos, mas sem se conformar com a possibilidade de o paciente não se encontrar devidamente esclarecido, pratica a intervenção ou tratamento proposto, poderá atuar apenas, se não tiver logrado esclarecer devidamente o paciente, com negligência consciente (quando represente a possibilidade de o paciente não se encontrar devidamente esclarecido) ou com negligência inconsciente (quando nem sequer represente essa possibilidade).

Nestas situações o médico atua de forma negligente se fosse cognoscível (previsível) que o doente não se encontrava devidamente esclarecido

De facto, a prática de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com erro sobre a factualidade típica, por desconhecimento de que o paciente não se encontra devidamente esclarecido, embora o erro exclua o dolo do tipo, pode fazer o médico incorrer no tipo de ilícito negligente, que se encontra expressamente previsto no tipo legal (art.º 156.º, n.º 3, do CP).

Porém, para haver punição da conduta negligente terá a negligência de ser grosseira (por ex., quando seria claramente evidente para um médico razoável que o doente não estava devidamente esclarecido), porque só a conduta praticada com negligência grosseira é punida – art.º 156.º, n.º 3 do CP, conforme será melhor explicitado *infra* .

Por outro lado, porque se mostra previsível que o paciente não tenha compreendido os esclarecimentos prestados, importa saber se o médico está ou não, ainda, obrigado a verificar e confirmar se o paciente compreendeu os esclarecimentos prestados, e se encontra devidamente esclarecido.

Importa, averiguar se será suficiente que o médico preste as informações normalmente adequadas ao esclarecimento de um paciente "normal" ou ""médio", ou, pelo contrário,

deverá, verificar e assegurar-se de que o paciente concreto se encontra devidamente esclarecido.

X.1.3. A previsibilidade objetiva do perigo e a não aceitação do facto típico:

A previsibilidade do facto típico constitui elemento essencial da negligência.

Assim é porque não basta a causação de um resultado típico, no caso a lesão da autonomia do paciente que não se encontra devidamente esclarecido; necessário se torna que tenha havido a violação, por parte do agente, de um dever de cuidado que sobre ele impendia e que conduziu à produção do resultado típico.

Consequentemente, é pressuposto que o resultado fosse previsível e evitável, para o ser humano prudente, dotado das capacidades que detém o ser humano médio, consciente e cuidadoso, pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente⁵⁰⁸.

De acordo com a doutrina do “duplo escalão”, preenchido o tipo de ilícito, “importa indagar se o mandato geral de cuidado e previsão podia ter sido cumprido pelo agente concreto, de acordo com as suas capacidades individuais, a sua inteligência e a sua formação, a sua experiência de vida e a sua posição social”⁵⁰⁹.

Indagação que ultrapassa o nível do tipo de ilícito e situa-se já no tipo de culpa do facto negligente.

No que respeita ao elemento intelectual ou cognoscitivo, o seu objeto, diferentemente do que sucede no dolo, é “a ação ou omissão perigosas que consubstanciam a violação do dever de cuidado e bem assim a violação desse dever de cuidado. Além disso o agente deve prever ou poder prever que à violação do dever de cuidado se siga como consequência a realização do facto típico”⁵¹⁰.

Também, quanto ao elemento volitivo, diferentemente do que sucede no dolo, “o querer do agente não se dirige directamente ao facto ilícito, mas é uma voluntariedade indirecta, consistente na omissão do dever”⁵¹¹.

⁵⁰⁸Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 864, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁰⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 864, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵¹⁰SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p.s 135-136, ISBN 9789725404584.

⁵¹¹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 136, ISBN 9789725404584.

O agente não quer realizar o facto ilícito, ainda quando o tenha previsto como possível consequência da sua conduta imprudente.

É o que resulta do art.º 15.^o⁵¹² do CP, no qual se dispõe que age com negligência quem, "por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz", "representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização" ou "não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto".

A verificação do facto típico pressupõe que o médico "tenha previsto ou podido prever uma série encadeada de acontecimentos desde que afrouxou a sua diligência até ao momento em que praticou o facto criminoso"⁵¹³.

O tipo de ilícito do facto negligente é preenchido por um comportamento "sempre que este discrepa daquele que era objectivamente devido em uma situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes"⁵¹⁴.

Não basta, contudo, a mera produção de um resultado – realização de intervenção/tratamento médico-cirúrgico, sem o devido esclarecimento do paciente -, necessário se torna que tenha ocorrido a violação do dever objetivo de cuidado que impende sobre o médico e que conduziu à produção do resultado típico.

É indispensável que o resultado, o não esclarecimento do paciente, tenha sido causado pela violação por parte do médico do dever de cuidado, que sobre ele impende, de esclarecer devidamente o paciente.

Consequentemente, é necessário que esse resultado, o não esclarecimento do paciente, "fosse previsível e evitável para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o "homem médio" pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente"⁵¹⁵.

É preciso que um médico, prudente, tivesse podido prever, no momento em que age, que a sua ação ou omissão poderia ofender bens jurídicos tutelados pelos tipos penais, no caso, o bem jurídico autonomia do paciente.

Temos assim que a previsibilidade do facto típico "condiciona o dever objectivo de

⁵¹²Dispõe o art.º 15.º do CP que, "age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou, b) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto".

⁵¹³SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 136, ISBN 9789725404584.

⁵¹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 864, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵¹⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 864, ISBN 978-972-32-1523-6.

cuidado, pois se o facto não pode ser previsto não pode haver dever de cuidado para o evitar e não pode violar-se um dever que não existe"⁵¹⁶.

Sucedem que, frequentemente, são imprevisíveis determinadas consequências ou reacções do paciente, designadamente, as chamadas "reacções idiossincrásicas (ou idiossincráticas)"⁵¹⁷, isto é, que traduzem uma suscetibilidade particular, em geral inata, que o indivíduo apresenta relativamente a certos fatores físicos ou químicos e se manifesta por uma reacção semelhante à alergia ou anafilaxia.

A própria tolerância medicamentosa ou o estado orgânico depauperado ou imunodeprimido do paciente e até o seu estado anímico podem condicionar ou determinar reacções adversas, como é sabido.

Um simples comprimido de aspirina pode, em certos casos de propensões hemorrágicas, influir no mecanismo de coagulação sanguínea dada a característica anticoagulante do ácido acetilsalicílico ou perturbar o estômago de um portador de gastrite, o que pressupõe desde logo que o médico tenha conhecimento dessa coagulopatia ou do estado inflamatório gástrico do paciente, antes de prescrever o referido apirético/analgésico⁵¹⁸.

Necessariamente, a previsibilidade só é possível se o médico tiver conhecimento do problema do doente.

Em matéria de cumprimento do dever de esclarecimento, salvo verificando-se uma das exceções ao dever de informar, haverá de considerar-se, e revelar-se ao paciente, aqueles riscos, benefícios e consequências, da intervenção ou tratamento proposto, que são previsíveis e que são necessários ao exercício do direito à autodeterminação do paciente concreto.

A previsibilidade significa a possibilidade de conhecer, antecipadamente, a probabilidade de suceder um certo facto futuro.

⁵¹⁶SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 136, ISBN 9789725404584.

⁵¹⁷RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, «A Negligência Médica à Luz do Direito Penal», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2016, II, pag. 79.

⁵¹⁸Como refere RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, «A Negligência Médica à Luz do Direito Penal», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2016, II, pag. 79, nota 5, "Está atualmente fora de qualquer dúvida a íntima relação existente entre os estados anímicos ou psicológicos e as manifestações somáticas ou orgânicas, como úlceras gástricas e duodenais, os problemas entéricos, as manifestações asmáticas e a própria facilidade de contrair doenças (depressão imunológica) obrigaram a reconhecer não ser o organismo humano constituído, como se pensava ainda há pouco tempo, por dois compartimentos estanques, ou quase, o *soma* e a *psiqué*, mas uma entidade holística (total), em permanente relação biunívoca entre o fisiológico e o psicológico, onde o espiritual marca presença indelével, num todo que se pretende harmónico.

Por isso mesmo, se diz que sendo a entropia sinónimo de desorganização, a entropia do corpo é doença, que reflete os *estados da alma*, na sábia expressão popular, e daí, a cada vez mais afirmada proposição de que *não há doenças, mas doentes*".

É pois necessário à verificação de uma conduta negligente, que o médico tenha "previsto ou podido prever uma série encadeada de acontecimentos desde que afrouxou a sua diligência até ao momento em que praticou o facto criminoso", e que o médico tenha tido a possibilidade de "prever ou poder prever todos os elementos essenciais objectivos do facto e ainda a sua significação como elementos objectivos da ilicitude"⁵¹⁹.

De facto, haverá de considerar-se que "a previsão ou a previsibilidade do resultado típico, que também constituem elementos da negligência, só podem ser apreciados casuisticamente em matéria médica. De resto, é justamente em função dessa previsibilidade que se poderá falar de imputação subjectiva nos crimes negligentes de resultado (...) só havendo tal imputação nos casos em que o resultado típico seja previsível por um médico com a qualificação do agente e colocado nas mesmas circunstâncias deste"⁵²⁰.

O resultado, de que depende o preenchimento do crime do art.º 156.º do CP, consiste no facto de o paciente não se encontrar devidamente esclarecido, razão porque deverá o médico assegurar o devido esclarecimento do paciente.

É conhecido o caso em que o ato cirúrgico foi executado de acordo com as regras técnicas. Porém, o médico não avisou o doente de que a intervenção proposta, operação à coluna, gera um risco de paralisia total, estimado em 1% dos casos. O paciente queixa-se de que não lhe foi dada informação suficiente para fundamentar o seu consentimento para a intervenção.

Deve-se procurar saber se um médico ideal (ou razoável), colocado nas circunstâncias do caso, daria essa informação? Ou, antes, deve-se averiguar se um doente ideal ou razoável, colocado nessas circunstâncias, precisa dessa informação para decidir?

A preferência pelo critério técnico, que averigua qual seria a atitude típica do corpo médico, representa a escolha tradicional do paternalismo clínico e da beneficência pura.

Pelo contrário, a preferência pelo critério do doente médio (ou razoável) representa a mudança de atitude contemporânea em favor do respeito pela autonomia dos indivíduos doentes.

Deverá concluir-se que "o médico tem a obrigação de prestar os esclarecimentos que são imprescindíveis para um doente vulgar fazer um juízo sobre o seu estado e consentir na execução de uma terapêutica. Sendo assim, o médico que omite estas informações actua com

⁵¹⁹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 136, ISBN 9789725404584.

⁵²⁰RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, "A Negligência Médica à Luz do Direito Penal", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2016, II, pag. 79, 80.

negligência", pelo menos. "A não ser que, em casos excepcionais, a revelação das informações agrave tanto as condições do doente que acabe obviamente por ser prejudicial; o médico invocará então o chamado *privilégio terapêutico*"⁵²¹.

A extrema gravidade para o paciente, que o risco de paralisia total representa, mesmo com probabilidade muito reduzida, impõe que dele seja informado o paciente.

Só na posse de tal informação poderá o paciente, exercendo o seu direito à autodeterminação, consentir ou recusar a intervenção proposta, fazendo-o então devidamente esclarecido.

Não prestando tal informação, o médico omitiu informação essencial ao devido esclarecimento do paciente, podendo, por isso, se se considerar que o paciente não foi devidamente esclarecido, como tudo indica que não foi, ser considerado ineficaz o consentimento.

A negligência pressupõe uma conduta voluntária do agente.

Porém, no problema que ora nos ocupa, o não esclarecimento do paciente, esclarecimento a que o paciente tem direito e lhe é devido por imposição dos art.ºs 156.º e 157.º do CP, a negligência pressupõe não uma vontade do médico dirigida à prática do facto ilícito típico, mas antes que o não esclarecimento do paciente resulte de uma ação praticada pelo médico sem querer, por falta de cuidado.

Essa falta de cuidado faz com que o médico "ou não preveja a realização do tipo de crime ou prevendo-o actue mesmo assim na esperança leviana de que o facto típico não se realizará"⁵²², isto é, o médico pratica o ato médico - intervenção ou tratamento médico-cirúrgico -, ou sem ponderar na necessidade e dever de esclarecer devidamente o paciente, dever que lhe é imposto pelos art.ºs 156.º e 157.º do CP, ou, mesmo prestando esclarecimentos, sem se assegurar de que o paciente se encontra devidamente esclarecido, sobre a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto, atuando, por falta de cuidado, com a esperança imprudente de que o paciente se encontre devidamente esclarecido.

No caso referido, da operação à coluna com risco de paralisia total em 1% dos casos, mostra-se que o médico, omitindo tal informação, omitiu uma informação essencial para o exercício do direito à autodeterminação do paciente concreto.

Sendo, como era, previsível tal risco, que é muito grave, embora raro, se o médico

⁵²¹OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – O Fim da Arte Silenciosa*, FDUC-CDB, 1, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 111, ISBN 972-32-1316-8.

⁵²²SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 137, ISBN 9789725404584.

tivesse agido como o teria feito um médico consciente e cuidadoso, teria informado o paciente desse risco.

O médico agiu sem o cuidado devido, não atuou como o teria feito um médico consciente e cuidadoso e, omitindo a informação sobre o previsível risco de paralisia total em 1% dos casos como consequência da intervenção proposta, violou o direito à autodeterminação do paciente.

Concluimos assim que a previsibilidade objetiva do perigo, enquanto elemento pressuposto do ilícito negligente, só se afirma quando a ação praticada aparecer, à pessoa consciente e cuidadosa como suscetível de provocar um resultado desvalioso – no caso de que curamos, o não esclarecimento do doente, violando assim a sua autodeterminação⁵²³.

X.1.4. A violação do dever objetivo de cuidado ou a diligência objetiva:

O dever objetivo de cuidado, ou a diligência objetiva, consiste no comportamento adequado a evitar que a conduta seja típica, “quer porque constitui perigo para os bens jurídicos protegidos pelo tipo quer porque lhes provoca dano”⁵²⁴.

O conteúdo desse dever objetivo de cuidado pode coincidir com o comando de normas legais ou regulamentares, destinadas precisamente a prevenir a ofensa aos bens jurídicos.

Só pode ser determinado por meio de “comparação do facto concreto com o comportamento que teria adoptado, se estivesse no lugar do agente, um homem comum inteligente e prudente”⁵²⁵.

Se o tipo de ilícito se integra pela causação de um resultado (p. ex., pela realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico sem o devido esclarecimento do paciente), necessário se torna que tal resultado tenha sido provocado pela violação de um dever de cuidado que sobre o médico impendia - de esclarecer devidamente o paciente sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, e, por outro lado, que esse resultado fosse previsível e evitável, para um homem prudente, consciente e cuidadoso.

⁵²³Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 3.ª edição, 2016, p. 527, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵²⁴SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 130, ISBN 9789725404584.

⁵²⁵SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 130, ISBN 9789725404584.

Sendo objetivamente previsível o risco, “então o agente tem de atuar com o cuidado objectivamente exigível, i. é, com o cuidado que, apesar dos riscos inerentes à acção em causa, será, no geral, adequado a evitar que tais riscos se concretizem”⁵²⁶.

A redação do art.º 15.º, do CP, “age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz”, mostra que “o cuidado exigível não pode ser determinado em abstrato, nem sequer pode ser determinado de forma esgotante, pela lei ou regulamentos dos vários setores da atividade humana (p. ex. médica, empresarial, laboral, rodoviária)”⁵²⁷.

Deve considerar-se como critério padrão o cuidado que seria adotado pelo “homem consciente e cuidadoso” do setor de atividade a que pertence o agente, ou seja, do setor de actividade onde ocorreu o fato”. A “expressão “homem consciente e cuidadoso” é mais adequada do que a tradicional designação homem comum ou homem médio, pois que pode acontecer que o comportamento corrente, isto é adoptado pela maioria dos agentes de determinado sector seja descuidado e imprudente, não deixando, contudo, tais comportamentos de serem considerados negligentes”⁵²⁸.

O médico que num hospital ou clínica adota um procedimento, que é normal nessa instituição, mas que não cumpre todas as exigências e regras da arte, designadamente não observando os procedimentos do médico consciente e cuidadoso, atua sem o cuidado objetivamente exigível.

O conteúdo do dever objetivo de cuidado pode coincidir, ou não, com o comando de normas legais, destinadas a prevenir a ofensa dos bens jurídicos, como sucede no art.º 150.º do CP, ao exigir do médico que, nas suas intervenções e tratamentos, atue de acordo com as *leges artis*.

O art.º 157.º do CP não prescreve um determinado comportamento a adotar pelo médico, contudo faz depender a eficácia do consentimento do facto de o paciente ter sido devidamente esclarecido.

O aludido preceito legal, dispondo que o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido, impõe ao médico o dever de garantir e de se assegurar, previamente a qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, que o paciente

⁵²⁶CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 528, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵²⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 528, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵²⁸CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 528-529, ISBN 978-989-8835-09-3.

compreendeu as explicações que lhe foram dadas, sobre os diferentes *itens* nele referidos, e se encontra devidamente esclarecido, salvo verificando-se alguma das exceções ao dever de esclarecer.

Sem essa diligência, de verificar se o paciente compreendeu, ou não, as explicações dadas, não pode o médico aquilatar da necessidade de fornecer ao paciente novas explicações e esclarecimentos, no caso de concluir que o paciente não se encontra devidamente esclarecido, e desse modo não cumpre o dever de esclarecimento, que sobre ele recai, quando não tenha logrado esclarecer devidamente o paciente.

Do não cumprimento de tal dever, poderá resultar a ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo de ilícito, previsto no art.º 156.º do CP – a liberdade individual face ao tratamento médico, o direito do ser humano à livre autodeterminação sobre o seu copo.

Pelo contrário, se o médico proceder com o cuidado exigível, prestando as informações que o caso requerer e cumprindo o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas, como teria feito, se estivesse no seu lugar, um médico inteligente e prudente, com idêntica formação/especialização e experiência profissional, constatando que o paciente se encontra devidamente esclarecido, e obtido o necessário consentimento para a intervenção ou tratamento proposto e realizado, não se verifica o desvalor da ação, nem de resultado.

Quanto às capacidades pessoais do médico:

A punibilidade da conduta do médico, por negligência (art.º 156.º/3), depende, por um lado, de este ter violado o cuidado objetivamente imposto (de prestar os esclarecimentos necessários ao paciente e, depois, verificar que o doente se encontrava esclarecido) e, por outro lado, de não evitar o resultado (o não esclarecimento do paciente) apesar de aquele se apresentar como pessoalmente cognoscível e este como pessoalmente evitável.

O critério para aferir da responsabilidade do médico, que não representou ou não evitou (o não esclarecimento do paciente), é um *critério subjetivo* (Figueiredo Dias) “não é o tipo médio, mas o tipo de homem (de médico) da espécie (da especialidade) e com as qualidades e capacidades do agente”⁵²⁹.

Taipa de Carvalho, referindo que, relativamente às capacidades e conhecimentos

⁵²⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 899, ISBN 978-972-32-1523-6.

acima da média, um amplo setor da doutrina defende que tais *supra* capacidades não devem ser tidas em conta para afirmar um ilícito negligente, sustenta porém que “a não utilização das capacidades superiores à média relevam na afirmação do ilícito negligente. Isto, desde que, obviamente, se trate de capacidades, conhecimentos ou técnicas cuja eficácia já foi comprovada, embora desconhecida da maioria dos agentes do respectivo setor de atividade”⁵³⁰.

Também Sema Santana considera que "vale um critério generalizador, referentemente aos indivíduos possuidores de capacidades iguais ou inferiores à média, e um critério individualizador, relativamente a outros indivíduos dotados de especiais capacidades, superiores à média"⁵³¹.

Assim, entende-se que o cuidado devido, que é requerido no tipo de ilícito negligente, deve estabelecer-se segundo um critério objetivo, tendo embora em conta a situação concreta e as condições do agente.

Devendo a não utilização, pelo médico, das capacidades, conhecimentos ou técnicas superiores à média, cuja eficácia já foi comprovada, relevar na afirmação do ilícito negligente.

Como salienta Figueiredo Dias, “as maiores capacidades pessoais, superiores à média, devem ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito da negligência”⁵³².

Sendo normalmente diferentes os conhecimentos e experiência profissional de um médico especialista de um hospital central, relativos às situações de doença abrangida na área da sua especialidade, comparativamente com um médico, de clínica geral, de um serviço de saúde regional ou local, será exigível a um médico especialista de um hospital central, em razão dos seus conhecimentos e experiência profissional, em situações de doença abrangida na área da sua especialidade, que preste os esclarecimentos, nos termos e sobre os tópicos referidos no art.º 157.º do CP, bem como se assegure, previamente a qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, de que o paciente compreendeu as explicações que lhe foram dadas, de uma forma mais completa e eficaz do que um médico de um serviço de saúde regional ou local.

Este maior grau de exigência relativamente ao médico especialista de um hospital

⁵³⁰CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.ª edição, 2016, p. 530, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵³¹SANTANA, Selma Pereira de, *Negligência Grosseira, a sua autonomia material*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2005, p. 154, ISBN 972-724-259-6.

⁵³²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 873, ISBN 978-972-32-1523-6.

central, decorrerá, normalmente, quer da sua maior experiência profissional, quer da sua maior especialização, relativamente à situação de doença que o paciente apresenta.

X.1.4.1. A imputação do resultado típico (desvalor do resultado) à ação violadora do dever objetivo de cuidado (desvalor da ação):

Nos crimes negligentes de resultado, como sucede no crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, exige-se que haja "violação das exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo de ilícito"⁵³³.

Para concretização da norma de cuidado objetivo – que exige que o *paciente seja prévia e devidamente esclarecido* - "torna-se indispensável o apelo aos costumes profissionais comuns ao profissional prudente, ao profissional padrão"⁵³⁴.

O critério a considerar, na não observância da norma de cuidado objetivo, será o da não correspondência do comportamento àquele que em idêntica situação, teria um homem fiel aos valores protegidos.

No crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, negligente (art.º 156.º/3, do CP), que deverá ser considerado como crime negligente de resultado (sendo que o resultado consiste no facto de o doente não ficar devidamente esclarecido, ou melhor, prestar o seu acordo sem se encontrar esclarecido), "a violação do dever de cuidado só pode ser imputada a quem com ela, criou um risco não permitido que se concretizou no resultado típico"⁵³⁵, risco que é criado, quer pela omissão da prestação dos devidos esclarecimentos ao paciente, quer pela omissão de verificação de que o paciente se encontra já devidamente esclarecido.

Por outro lado, deverá ponderar-se na relação que tem de existir entre o resultado típico e a conduta humana (ação ou omissão) para que possa atribui-se (normativamente) o resultado à ação (ou à omissão), de forma a poder afirmar-se que o agente cometeu o tipo de

⁵³³DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, p. 870, ISBN 978-972-32-2108-4.

⁵³⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 876, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵³⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 876, ISBN 978-972-32-1523-6.

ilícito de resultado.

Para os defensores da teoria da causalidade adequada ou da adequação, prevista no art.º 10.º, n.º 1, do CP⁵³⁶, "um resultado só deve ser imputado a uma ação, quando esta for considerada, segundo as regras da experiência, idónea (adequada) a produzir o resultado ocorrido"⁵³⁷.

O consentimento, com vista à realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, só é eficaz se o paciente tiver sido prévia e *devidamente esclarecido*, sobre os itens referidos no art.º 157.º do CP, salvo se se verificar uma das exceções ao dever de esclarecer.

O juízo sobre a idoneidade ou adequação da ação deverá ser feito considerando a situação concreta que se verificava no momento em que a ação foi praticada. Se era previsível que o paciente não tivesse compreendido os esclarecimentos prestados, por exemplo.

Tendo, pois, em atenção, não apenas os esclarecimentos efetivamente prestados pelo médico ao paciente, mas também a situação concreta em que foram prestados, tendo em atenção o paciente concreto, o seu nível cultural, o seu estado de ansiedade, a capacidade para apreender as explicações prestadas, etc..

Terá, sempre, de fazer-se um juízo de prognose póstuma, considerando todos os fatores com os quais o médico se viu confrontado.

O erro do médico sobre a factualidade típica - desconhecimento de que o paciente não se encontra devidamente esclarecido - embora exclua o dolo do tipo, permite o preenchimento do tipo de ilícito negligente, que se encontra expressamente previsto no tipo legal.

Necessário é que se verifique a conexão entre a conduta e o resultado, isto é, o risco por ele criado e vazado no resultado que fundamenta a imputação objetiva, risco que é criado pela não prestação dos necessários esclarecimentos e/ou, pela não verificação de que o paciente se encontrava, ou não, devidamente esclarecido.

⁵³⁶Art.º 10.º, do CP, dispõe, no n.º 1, que "*quando um tipo legal de crime compreende um certo resultado o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei*", e no n.º 2, que "*a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado*".

⁵³⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCP Porto, 3.ª edição, 2016, p. 313, ISBN 978-989-8835-09-3.

X.1.5. O erro que exclui o dolo. Pressupostos do art.º 156.º, n.º 3.

Quando o agente atua erroneamente convencido da existência de uma situação de justificação, *um erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto* (art.º 16.º/2, CP), está excluído o dolo do tipo.

Está porém *ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais* (art.º 16.º/3, CP).

O erro do art.º 16.º/2, do CP, é um erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação. Este erro “é equiparado ao erro sobre os elementos do facto típico, pois que o agente representa o facto e uma circunstância de modo que o facto a ser praticado naquela circunstância não seria ilícito ou seria desculpável”⁵³⁸.

Figueiredo Dias considera que tal erro exclui o dolo, feita uma dupla prevenção; “a de que o termo erro não está aqui tomado apenas no sentido de uma representação positiva errada, mas também no sentido de uma falta de representação; (...) e, em segundo lugar, a de que a expressão “exclui o dolo” não significa que um dolo já existente foi eliminado, mas sim (...) que o dolo do tipo não chegou a constituir-se quando faltam os seus pressupostos”⁵³⁹.

Embora no crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, o consentimento do paciente surja, não como uma causa de justificação, mas sim como um acordo que exclui o tipo, o enquadramento da questão não é diverso.

No que ao crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* respeita, “o dolo exige a representação por parte do agente de que actua sem consentimento ou que o consentimento está inquinado por circunstâncias (v. g., erro) capazes de determinar a sua ineficácia”. “O erro sobre qualquer pressuposto da factualidade típica - v. g., a convicção de que há consentimento ou de que não é necessário esclarecimento (porque o paciente renunciou a ele ou é uma pessoa, à partida, esclarecida) – exclui o dolo”⁵⁴⁰.

Porém, a conduta negligente é punível, embora, por decisão legislativa, somente as manifestações desta forma de ilícito que atinjam a intensidade ou grau que permitam qualificá-las como grosseiras (art.º 156.º/3, CP).

Temos assim que o erro do médico sobre a factualidade típica – desconhecimento de

⁵³⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 122 ISBN 9789725404584.

⁵³⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p.s 356, 357, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁴⁰ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Tomo I, p. 610, ISBN 978-972-32-2061-2.

que o paciente não se encontra devidamente esclarecido – embora exclua o dolo do tipo, permite o preenchimento do tipo de ilícito negligente, que se encontra expressamente previsto no tipo legal.

Pressupostos do art.º 156.º n.º 3, do CP.

O preenchimento do tipo de ilícito negligente do crime de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, porque praticado sem consentimento (acordo) eficaz do paciente, pressupõe:

Por um lado, que se verifique “o conhecimento pelo agente da conexão entre a ação e o resultado, isto é, do risco por ele criado e vazado no resultado que fundamenta a imputação objectiva”⁵⁴¹, risco que é criado pela não prestação dos esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento de um paciente normal;

Por outro lado, é necessário verificar e concluir se o médico, mesmo prestando os esclarecimentos geralmente necessários e suficientes ao devido esclarecimento de um paciente normal, “poderia ter evitado o erro através de uma cuidadosa comprovação da situação justificadora, (em caso afirmativo) então (...) fica fundada uma sua eventual condenação pelo facto a título de negligência”⁵⁴².

Ora, será que o médico que presta os esclarecimentos geralmente necessários e suficientes para um doente “médio” pode vir a ser responsabilizado?

Será que violou o dever de cuidado por não ter comprovado se o paciente concreto estava devidamente esclarecido?

Sendo previsível que o paciente não tenha ficado devidamente esclarecido, ainda que lhe tenham sido prestados os esclarecimentos normalmente necessários ao devido esclarecimento de um paciente "normal" ou "médio", necessário se torna que o médico verifique se esse resultado, o devido esclarecimento do paciente, foi alcançado.

Sendo cognoscível que o paciente poderia não se encontrar devidamente esclarecido, o médico, praticando a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto sem verificar se o paciente se encontra já devidamente esclarecido, viola o dever de cuidado, quando o paciente não tenha ficado devidamente esclarecido, se poderia ter evitado o erro através da aludida

⁵⁴¹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 358, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁴²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 399, ISBN 978-972-32-1523-6.

verificação.

Essa verificação, sobre se o paciente se encontra ou não devidamente esclarecido, poderá e deverá resultar da própria relação de esclarecimento no decurso da qual o médico, através das reações e perguntas colocadas pelo paciente, se apercebe de que este compreendeu, ou não compreendeu, os esclarecimentos prestados.

Importa, pois, demonstrar que o médico, embora tenha prestado os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento de um paciente “normal” ou “médio”, mas não tenha logrado esclarecer devidamente o paciente concreto, poderia ter evitado o seu erro caso tivesse efetuado uma cuidadosa comprovação da situação justificadora.

De facto, a não verificação/confirmação pelo médico de que o paciente se encontra, ou não, devidamente esclarecido, e o preenchimento do tipo objetivo de ilícito, que resulta da realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário, quando e porque realizada sem consentimento eficaz do paciente, surgirá então como realização própria do médico, salvo verificando-se uma exceção ao dever de esclarecer.

Entende-se ficar assim demonstrado que o médico, previamente à prática de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, tem o dever de, não só esclarecer o paciente, sobre os itens a que alude o art.º 157.º do CP, mas, também, de verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido, devendo, no caso de concluir que o paciente não se encontra esclarecido, prestar-lhe novos esclarecimentos até alcançar tal resultado.

Para aferir da intensidade ou grau da negligência, relativamente ao crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, pois punível é apenas a conduta negligente do médico quando praticada com negligência grosseira – art.º 156.º/3, CP, importa determinar, de acordo com a doutrina do “duplo escalão”, as exigências de tal conceito, quer ao nível do tipo de ilícito quer ao nível do tipo de culpa.

Mais adiante, apreciaremos a negligência grosseira.

X.1.6. Sobre o conceito jurídico-penal de culpabilidade, culpa ou censurabilidade:

Não há responsabilidade penal sem culpa.

O ser humano só existe enquanto age e, no plano da ação, é-lhe oferecida uma série de possibilidades que parecem ser indiferentes.

Mas a eleição da ação concreta tem de ser reconduzida a uma decisão através da qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência.

O ser humano “determina a sua acção através da sua livre decisão sobre si mesmo”. (...). “Ele, no concreto existir, é sempre ser-livre. Daqui derivará a legitimidade de uma aceção material de culpa jurídico-penal como violação pelo homem do dever de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens jurídico-penais”⁵⁴³.

De modo que aquilo que, no plano da ação, parece ser liberdade de indiferença, livre arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da vida.

A culpa jurídico-penal é, segundo o seu conteúdo material, “o ter de responder pela personalidade ética (jurídico-penalmente censurável) que fundamenta um facto ilícito típico”⁵⁴⁴.

A culpa não reside apenas nas qualidades do carácter do agente, que se exprimem no facto, reside sim “na totalidade da personalidade do agente, ético juridicamente relevante, que fundamenta o facto, e portanto *também* na liberdade pessoal e no uso que dela se fez”⁵⁴⁵.

Taipa de Carvalho, referindo ser esta a forma mais correta de apreciação da culpa considera que “não pode deixar de se ter em conta as circunstâncias em que se realiza a “socialização primária” do ser humano, pois sendo esta socialização que determina, em grande medida, a estruturação da personalidade do (...) (ser humano) adulto, ela é, porém, em grande parte, da responsabilidade da própria sociedade”⁵⁴⁶.

Não deixa porém de salientar que a censura ao agente do facto ilícito é essencialmente dirigida à sua personalidade ético-jurídica, “por não ter cumprido, ao longo da sua existência comunitária, o mandato existencial de conformação/construção do seu ser, da sua pessoa, de acordo com as exigências ético-sociais consideradas fundamentais e indispensáveis à vida em

⁵⁴³DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 524, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁴⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1969, p. 188-189.

⁵⁴⁵DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade Culpa Direito Penal*, Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1983, p. 184.

⁵⁴⁶CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p. 468, ISBN 978-989-8835-09-3.

comunidade"⁵⁴⁷.

O juízo de culpa pressupõe “a consciência ética do agente, a capacidade prática da pessoa de dominar e dirigir os próprios impulsos psíquicos, de ser motivado por valores e a liberdade de agir em conformidade. Por isso que a exigência constitucional da culpabilidade se deduz da dignidade da pessoa humana”⁵⁴⁸.

Dignidade da pessoa humana que tem por finalidade a não instrumentalização das pessoas em nome de outros fins que lhes sejam extrínsecos, visa "conferir um carácter referencial e polarizador, um estatuto prioritário, à pessoa humana" e, tem como função específica "fazer prevalecer sobre os bens, valores e interesses objectivos, que a Constituição protege e garante nas suas diversas disposições, a pessoa como "*sujeito e polo de referência de todos os valores*"⁵⁴⁹.

A culpa respeita não a uma característica intrínseca do facto, mas, antes, à atitude do seu autor refletida na prática do facto.

Pode haver facto ilícito e não haver crime.

Para haver crime é necessário que o facto seja típico, ilícito e culposo, pelo que a culpa ou culpabilidade é um elemento essencial do crime.

Aliás, só o ser humano, enquanto pessoa, dotado de razão e vontade, pode ser sujeito de culpa.

A culpa significa que o facto típico e ilícito que se reprova – p. ex. a realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário, porque realizado sem consentimento eficaz, por falta do devido esclarecimento do paciente – revela que o seu autor (o médico) é merecedor de um juízo de reprovação jurídica, de censura jurídica, por ter cometido o facto ilícito, doloso, por revelar nele uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal, e, no facto ilícito, negligente, por revelar nele uma atitude de descuido ou leviandade, perante o dever-ser jurídico-penal.

Pode afirmar-se que “toda a culpa é materialmente, em direito penal, o ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico e nele se exprime”⁵⁵⁰.

Incorrerá no crime de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários o

⁵⁴⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª edição, UCEPorto, 2016, p. 467, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵⁴⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 226, ISBN 9789725404584.

⁵⁴⁹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.ª edição, UCE, 2017, p. 67, ISBN 9789725405413.

⁵⁵⁰DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 525, ISBN 978-972-32-1523-6.

médico que viole o cuidado de esclarecer devidamente o paciente e de se certificar que esse resultado foi alcançado, apesar de o não esclarecimento do paciente se apresentar como pessoalmente cognoscível e como pessoalmente evitável.

X.1.7. Sobre o tipo de culpa dolosa e negligente

São duas as atitudes ético-pessoais do agente para com o seu facto ilícito e, portanto, duas as espécies de culpa jurídico-penal: a culpa dolosa e a culpa negligente.

Realizada a ação ilícita-típica, a culpa negligente revela-se pela atitude interna, de descuido ou leviandade que naquela se exprime e a fundamenta.

"O conteúdo material da culpa dolosa ou dolo ético está na *atitude ético-pessoal de oposição ou de indiferença* perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pela conduta ilícita. O conteúdo material da culpa negligente consiste na *atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade* manifestada na prática de uma conduta perigosa para determinado bem jurídico-penal"⁵⁵¹.

O elemento material da culpa negligente é (Figueiredo Dias) “não apenas violar o cuidado objectivamente imposto, mas ainda de não afastar o perigo ou evitar o resultado, apesar de aquele se apresentar como pessoalmente cognoscível e este como pessoalmente evitável”⁵⁵².

São assim pressupostos da culpa negligente a *previsibilidade subjetiva do perigo* e a *possibilidade de o agente ter cumprido* o dever objetivo de cuidado⁵⁵³.

Elemento essencial da culpa é o facto de o agente ter a possibilidade de omitir a conduta ilícita.

A *culpa* significa que o agente (o médico) é merecedor de um juízo de reprovação jurídica, de censura jurídica, por ter cometido o facto ilícito, por revelar nele uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal, ou de descuido ou leviandade.

Reprovação que, no que respeita à culpa dolosa, resulta do facto de o médico realizar intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sabendo que o faz sem consentimento eficaz (ou,

⁵⁵¹CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.^a edição, UCEPorto, 2016, p. 468, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵⁵²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 898, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁵³Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p. 533, ISBN 978-989-8835-09-3.

no mínimo, conformando-se com essa hipótese), por falta do devido esclarecimento do paciente e querendo, apesar disso, realizá-lo.

Reprovação que, no que respeita à culpa negligente, resulta, de o médico agir sem o cuidado devido, apesar de lhe ser exigível que naquelas circunstâncias tivesse adotado um comportamento diligente para não infringir o seu dever jurídico.

Verifica-se o tipo de culpa negligente quando o médico pratica um ilícito típico negligente e se comprove que tal conduta deverá ser imputada a uma atitude de descuido ou leviandade.

Nalguns casos, como sucede com o crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, a conduta negligente é punida apenas se praticada com *negligência grosseira*.

O cumprimento do dever de esclarecimento, que incide sobre o médico, exige, como *condição da eficácia do consentimento*, que o paciente tenha sido *devidamente esclarecido*, como resulta da letra do art.º 157.º do CP.

Para que tal resultado possa ser assegurado é indispensável, não apenas que sejam prestados os esclarecimentos necessários, mas também que o médico se certifique que o paciente compreendeu os esclarecimentos prestados e se encontra devidamente esclarecido.

O médico age, pelo menos, de forma negligente quando, ou não presta os esclarecimentos que o caso e o paciente exigirem, ou, mesmo prestando esclarecimentos, não afasta o perigo nem evita o resultado desvalioso – a falta do devido esclarecimento do paciente – sendo previsível o perigo e evitável o resultado, designadamente, através da verificação de que o paciente se encontra já, ou não, devidamente esclarecido e prestando-lhe novos esclarecimentos, se necessários.

Poderá assim afirmar-se que o agente (o médico), se não prestar os esclarecimentos que sejam necessários ao caso e paciente concretos, revelou, pelo menos, qualidades pessoais de descuido ou leviandade pelas quais poderá ter de responder, se se afirmar um grau qualificado de negligência, ou seja, a negligência grosseira.

A negligência, enquanto elemento constitutivo do tipo de culpa negligente, resulta da manifestação de uma "atitude pessoal (...) de descuido ou leviandade perante o dever ser jurídico-penal"⁵⁵⁴, que se revela sempre que o médico não presta os esclarecimentos devidos

⁵⁵⁴RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *A Negligência Médica à Luz do Direito Penal*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2016, II, pag. 78.

e/ou não verifica se o paciente se encontra, ou não, devidamente esclarecido.

O dever objetivo de cuidado "é, no fundo, o dever de actuar com a diligência adequada a evitar a produção do evento danoso"⁵⁵⁵, isto é, prestando, o médico, os esclarecimentos que o paciente e o caso exigirem e verificando e confirmando se o paciente se encontra devidamente esclarecido.

Contudo, o erro de conhecimento, designadamente, nas situações em que o médico presta os esclarecimentos que são geralmente adequados e suficientes àquele tipo de situação, verifica o esclarecimento e se convence de que o paciente está devidamente esclarecido impede que o médico apreenda o significado desvalioso do comportamento, no caso de não ter conseguido esclarecer devidamente o paciente.

Importa ainda determinar qual o grau de exigência que incide sobre o agente (o médico), tendo em atenção as suas capacidades pessoais.

Sobre este ponto importa assinalar que não está em causa determinar se o médico poderia ou não atuar de outro modo, na situação, mas sim apurar se "os outros agindo em condições e sob pressupostos fundamentalmente iguais àqueles que presidiram à conduta do agente, teriam previsto a possibilidade de realização do tipo de ilícito e tê-la-iam evitado"⁵⁵⁶.

O critério para determinar o grau de exigência que incide sobre o médico é o denominado *critério subjetivo*, segundo o qual, não está em causa o tipo "médio", mas sim o tipo de ser humano "da espécie e com as qualidades e capacidades do agente"⁵⁵⁷.

Deverá pois ser apurado qual teria sido o comportamento de um médico, consciente e cuidadoso, com os conhecimentos, especialização e experiência profissional do agente.

A falta ou insuficiência de esclarecimentos e/ou a não verificação de que o paciente se encontra devidamente esclarecido, sobre os tópicos referidos no art.º 157.º do CP, é reveladora de violação do dever objetivo de cuidado, se não se verificar qualquer das exceções ao dever de esclarecer, podendo por isso a conduta do médico, que pratica a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sem consentimento eficaz do paciente, ser considerada como integrando, pelo menos, o conceito de negligência.

⁵⁵⁵RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *A Negligência Médica à Luz do Direito Penal*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2016, II, pag. 80.

⁵⁵⁶DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 899, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁵⁷DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 899, ISBN 978-972-32-1523-6.

X.1.8. Sobre o tipo de justificação e o tipo de desculpa:

As anteriormente designadas causas de justificação que o atual CP, no capítulo III, do título II, do Livro I, designa como *causas que excluem a ilicitude e a culpa*, são circunstâncias que, a verificarem-se, excluem a ilicitude ou a culpa do agente.

X.1.8.1. Sobre a atipicidade e o tipo de justificação

O art.º 31.º, n.º 1, do CP, dispõe que *o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade*.

O n.º 2 dispõe que, *nomeadamente, não é ilícito o facto praticado*, nas circunstâncias nele referidas, das quais se salientam as als. c) *no cumprimento de um dever imposto por lei (...)*, e d), *com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado*.

Do n.º 1, da aludida norma, reforçado pelo termo *nomeadamente*, utilizado no n.º 2, resulta que não existe um *numerus clausus* de causas que excluem a licitude do facto, podendo a justificação resultar de circunstâncias não expressamente previstas no n.º 2. Necessário é que resultem da "ordem jurídica considerada na sua totalidade e a ordem jurídica não é apenas constituída pelas normas expressas da lei, mas também pelas normas implícitas e por princípios jurídicos gerais"⁵⁵⁸.

Os princípios jurídicos gerais "são exigências feitas a todo e qualquer ordenamento jurídico se este quer ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade, são transcendentais às decisões positivadoras do legislador e por isso mesmo são válidas de *per se* num Estado de Direito porque representam postulados eliciados da própria "ideia de Direito". (...) São princípios que não podem ser derogados sem perversão da própria ordem jurídica e do "sentimento jurídico" da comunidade, sem perda do fundamento da legitimidade e, portanto, da validade por parte das leis que os desrespeitam. (...) Entre estes princípios está desde logo (...) o princípio democrático que atribui o poder constituinte ao povo e princípios materiais que impõem limites ao exercício desse poder (...) em nome da "dignidade da pessoa humana" (art.º 1.º da Constituição) e, conseqüentemente, em nome do respeito dos direitos e

⁵⁵⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 156, ISBN 9789725404584.

liberdades fundamentais"^{559, 560}.

Aliás, em matéria de causas de justificação, é permitido o recurso à analogia, "por não estar aqui em causa a tutela da liberdade que o princípio *nullum crime sine lege* consagra"⁵⁶¹.

Defendeu-se a existência, nas causas de justificação, de dois elementos subjetivos: um *elemento subjetivo comum* a toda e qualquer causa de justificação e um *elemento subjetivo específico* de cada causa de justificação; deverá, contudo, entender-se que "necessário é apenas o elemento subjetivo comum. Este consiste no conhecimento (representação) existente no momento em que se pratica o facto típico, da situação objectiva justificante, ou seja, de todos os pressupostos objetivos da respectiva causa de justificação"⁵⁶².

⁵⁵⁹MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina Coimbra, 1983, p.s 163, 164. Saliencia o referido autor, ainda, que "há certos princípios fundamentais expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem aos quais se deve conformar a interpretação e a integração dos preceitos da lei interna relativos aos direitos fundamentais (art.º 16.º, n.º 2, da Constituição). Por outro lado, nos termos do art.º 8.º, n.º 1, da Constituição, os princípios de direito internacional geral ou comum "fazem parte integrante do direito português". Trata-se aqui dos "princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas" que também são fontes de Direito Internacional, nos termos do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Para além destes princípios *universais*, podemos considerar ainda os princípios gerais do ordenamento interno, como princípios de direito aos quais pode ser reconduzida uma pluralidade de normas dispersas pelos textos legais ou cuja adoção pelo ordenamento positivo vigente se pode por vezes induzir do seu afloramento numa ou noutra solução estabelecida pela lei (...) (cfr. art.º 10.º, n.º 3," do CC), *ob. cit.* pag. 164.

⁵⁶⁰O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.º 1.º da Constituição, diz-nos que "para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa, polo de referência de todos os sistemas de direitos. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O "homem situado" no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação no nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma a unidade de vida e de destino". Do princípio podem retirar-se as seguintes notas: "a) a dignidade é pessoal, mas, por isso mesmo, universal. Todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade. Ora precisamente por isso o princípio da dignidade da pessoa humana tem um carácter essencialmente "*contrafactual*": é precisamente àqueles cuja dignidade é mais suscetível de ser posta em causa que o princípio primordialmente se dirige. O princípio da dignidade é o correlativo normativo do "paradoxo da autonomia em face da vulnerabilidade". Ele exige *respeito pela autonomia*, mas também *preocupação em face da vulnerabilidade*. (...). b) A dignidade é dignidade de todos e de cada um, enquanto ser em relação com os demais, mas é, muito em especial, dignidade daqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa. O princípio da dignidade implica uma especial protecção das pessoas mais idosas, daqueles que vivem na miséria, dos que são portadores de deficiência física ou mental ou, ainda, das crianças – ou seja, de todas aquelas pessoas que são, por força da sua menor autonomia factual, mais vulneráveis. (...). c) A dignidade da pessoa humana é da pessoa de *qualquer dos géneros, masculino e feminino*. (...). d) Por definição a dignidade da pessoa, sendo de todas as pessoas, refere-se *quer a portugueses quer a estrangeiros*. (...). e) A dignidade da pessoa permanece, independentemente dos seus comportamentos, mesmo quando ilícitos e sancionados pela ordem jurídica. (...). f) A dignidade da pessoa coloca, deste modo, a pessoa acima de qualquer preço. (...)", MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.ª edição, 2017, UCE, p. 64 a 66, ISBN 9789725405413.

⁵⁶¹SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 156, ISBN 9789725404584.

⁵⁶²CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª edição, UCP, Porto, 2016, p. 346, ISBN 978-989-8835-09-3.

O *consentimento* do ofendido tanto pode assumir relevância como elemento do crime como causa de justificação.

O crime previsto pelo art.º 156.º do CP (*crime contra a liberdade pessoal*), como vimos, está estruturado na base do dissentimento do ofendido, dissentimento que constitui o elemento essencial do tipo, pelo que "a sua falta faz com que seja a própria tipicidade que não exista"^{563, 564}.

Porém, pode o médico agir pensando, erroneamente, que se verificam os pressupostos objetivos de uma causa de atipicidade - o consentimento eficaz do paciente, quando na realidade não se verificam.

Por outro lado, considerando o dever de esclarecimento que incide sobre o médico e que lhe impõe, como condição da eficácia do consentimento, que o paciente tenha sido *devidamente esclarecido*, importa ponderar se será ou não exigível ao médico que atue sempre ao seu melhor nível, assegurando, sempre, o devido e completo esclarecimento do paciente e a verificação de que este se encontra devidamente esclarecido.

Recentemente, durante o inverno de 2017/2018, a comunicação social relatou a situação dos principais serviços de urgência dos hospitais portugueses, com enorme afluência de doentes, o que determinou que os doentes urgentes tivessem de esperar cerca de 5 horas, e os não urgentes cerca de 20 horas, para serem observados por um médico.

Nesse circunstancialismo, os médicos encontravam-se numa situação de conflito de deveres: por um lado, o dever de esclarecer devidamente cada paciente sobre a intervenção/tratamento proposto e, por outro lado, o dever de assegurar a assistência médica aos diferentes doentes que dela careciam, e por ela aguardavam, e remover o perigo para a vida ou integridade física destes.

Impõe-se, nesse caso, uma ponderação dos deveres em conflito⁵⁶⁵, desde logo, para

⁵⁶³SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 216, ISBN 9789725404584.

⁵⁶⁴O princípio da "*dignidade da pessoa humana*" (art.º 1.º da Constituição) deve ser especialmente considerado em relação àqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa, pela menor autonomia factual e maior vulnerabilidade em que se encontram, como sucede com os doentes. Quando se avaliam as condutas eventualmente integradoras do crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, para decidir sobre a eficácia do consentimento, deve ser ponderado se os esclarecimentos efetivamente prestados, foram ou não suficientes para esclarecer o concreto paciente, e se este ficou ou não *devidamente esclarecido*, para que possa considerar-se, ou não, atípica a conduta (intervenção/tratamento) do médico.

⁵⁶⁵CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida contra Vida, Conflitos Existenciais e Limites do Direito penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 159 e ss., ISBN 978-972-32-1752-0, pronunciando-se sobre os deveres de valor equivalente, e por isso imponderáveis, conclui que o comportamento do

decidir sobre a sua igualdade, superioridade ou inferioridade dos deveres em conflito.

Assim, perante um anormal afluxo de doentes, importando assegurar a assistência médica a outros doentes não deverá ser considerada ilícita a conduta do médico que opta por prestar assistência a outros pacientes em detrimento do devido esclarecimento de cada paciente, quando o cumprimento do dever de esclarecimento impossibilite o cumprimento do dever de assistência a outros pacientes (art.º 36.º do CP).

X.1.8.2. Sobre o tipo de desculpa

A distinção entre causas de justificação e causas de desculpa pressupõe a distinção entre ilicitude e culpa. "O juízo de ilicitude ou de justificação tem por objecto o facto humano em si mesmo considerado, enquanto o juízo de culpa ou de desculpa tem por objecto o próprio agente do facto ilícito"⁵⁶⁶.

A culpa pressupõe um "juízo de reprovação do agente por ter voluntariamente desobedecido ao comando legal, por ter consciente e livremente perpetrado o ilícito"⁵⁶⁷.

Contudo, circunstâncias exteriores podem suprimir ou debilitar a vontade do agente, podendo constituir causas de exclusão da culpa ou causas de desculpa.

De facto, "para a formulação de um juízo de culpa importa um duplo procedimento: averiguar se ocorrem os pressupostos e elementos da culpa e alguma causa de exclusão (desculpa). Se nesse procedimento a primeira pesquisa der resultado positivo e a segunda negativo, teremos então a culpa e o facto ilícito será qualificado de culpável, isto é, teremos então o crime"⁵⁶⁸.

O art.º 35.º/1, do CP, dispõe que *age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.*

agente que escolhe um dos deveres deverá ser considerado lícito (p. 254). Contudo salienta que "só se poderá chegar a uma verdadeira imponderabilidade de deveres, após uma análise cuidadosa da situação concreta global" (p. 259).

⁵⁶⁶CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª edição, UCP, Porto, 2016, p. 492, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵⁶⁷SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 272, ISBN 9789725404584.

⁵⁶⁸SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 273, ISBN 9789725404584.

No caso de o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes, verificados os restantes pressupostos, pode a pena ser especialmente atenuada ou o agente dispensado da pena⁵⁶⁹.

Os estados de necessidade desculpantes pressupõem, contudo, a inexigibilidade de conduta diversa do agente.

Assim, "é exigível que o agente suporte o perigo quando sobre ele impendem deveres especiais de suportá-lo e o perigo seja um desses que o agente tem de enfrentar por força da sua condição profissional"⁵⁷⁰, como sucede com os soldados, os bombeiros ou os polícias.

Do mesmo modo, o perigo de contágio da doença de que sofre o paciente, considerando que esse é um risco inerente à condição de médico, não justifica nem desculpa que o médico se escuse a observar e tratar o doente.

Contudo, em alguns serviços de saúde, designadamente nos serviços de urgência, os médicos trabalham sem descanso um número de horas muito elevado, anteriormente de 24H00 e mais recentemente de 12H00.

Se for muito elevada a afluência de doentes, nomeadamente resultante de epidemia ou catástrofe, tal situação provoca um elevado *stress* pela necessidade de assumir, devido à insuficiência de médicos, o tratamento de um número de pacientes claramente acima do desejável, o que poderá conduzir a que se considere a falta do devido esclarecimento como desculpável, devido à exaustão do médico (art.º 35.º/1, CP).

X.1.9. Intensidade ou graus de negligência: A negligência grosseira.

São reconhecidas diferentes situações de intensidade ou graus de negligência; negligência levíssima leve, grave, e grosseira.

Normalmente, no tipo legal não há distinção quantitativa da negligência, sendo apenas de considerar na determinação da medida da pena, como dispõe o art.º 71.º, n.º 2, als. a) e b), do CP, em atenção ao facto concreto.

Nalguns casos, porém, o tipo legal exige uma especial intensidade da negligência, para que a conduta possa integrar o facto típico ou para que seja mais gravemente punida.

⁵⁶⁹Art.º 35.º, n.º 2, se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

⁵⁷⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição, UCE, 2015, p. 256, ISBN 9789725404898.

É o que sucede com o art.º 137.º, n.º 2, do CP, no qual se prevê a agravação do crime de homicídio negligente, quando praticado com negligência grosseira, e com o art.º 351.º do CP relativo à negligência na guarda, no qual se dispõe que o funcionário encarregado da guarda, de pessoa legalmente privada da liberdade, só é punido quando, por negligência grosseira, permitir a evasão.

No crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no art.º 156.º do CP, o n.º 3 dispõe que "se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido (...)".

Exige-se, assim, uma especial intensidade da negligência, para que a conduta possa integrar o facto típico.

Tradicionalmente considerava-se que a distinção entre crime doloso e crime negligente operava só no plano da culpa.

Atualmente, porém, defende-se que a diferença entre um e outro se verifica não só no plano da culpa mas também no plano do ilícito.

A negligência grosseira constitui, assim, um grau essencialmente aumentado de negligência, não só ao nível do ilícito, mas também da culpa⁵⁷¹.

Figueiredo Dias salienta que, "ao nível do ilícito torna-se indispensável que se esteja perante um comportamento particularmente perigoso e um resultado de verificação altamente provável à luz da conduta adoptada.

Mas daqui não pode concluir-se sem mais que também o tipo de culpa resulta, nestes casos, inevitavelmente aumentado, antes tem de alcançar-se a prova autónoma de que o agente revelou no facto uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, plasmando nele qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez"^{572, 573}.

A negligência grosseira corresponde à negligência temerária, à omissão das precauções ou cautelas mais elementares.

⁵⁷¹Acórdão do STJ de 11.12.2002, SASTJ, n.º 66, 48. No Ac. do TRE, de 19.11.91, CJ, ano XVI, t. 5, p. 260, entendeu-se que "a expressão negligência grosseira corresponde na nossa tradição à figura da culpa temerária ou esquecimento de deveres e, em caso de acidente de viação só se verifica quando o condutor se demite dos mais elementares cuidados na condução, por temeridade, leviandade, ou total ausência de atenção ou de cuidados, em termos de, através dela, criar alto perigo de acidente".

⁵⁷²DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 903, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁷³Exemplo: um polícia que, tendo filhos pequenos, deixa, num guarda roupa não fechado à chave, a sua arma carregada, comete uma negligência; mas se deixa a mesma arma, não só carregada, mas pronta a disparar, em cima da mesa de jantar, já a sua negligência será grosseira (Carvalho, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª ed., 2008, p.536, ISBN 978-972-32-1618-9).

“A intensidade da negligência é graduada em função do *quantum* de inobservância do dever objectivo de cuidado, da previsão ou previsibilidade e em função da segurança ou simples probabilidade de evitar o facto ilícito se o agente tivesse agido como devia e lhe era possível”⁵⁷⁴.

O tipo de ilícito negligente "é formado pela ação violadora do dever objectivo de cuidado (desvalor de ação) e pela ocorrência do resultado típico (desvalor de resultado), *i. é*, do resultado cuja evitação constitui a *ratio* do dever objetivo de cuidado ou, por outras palavras, a *ratio* da norma do cuidado que o agente deve ter, quando pratica uma ação que pode conter perigos para os bens jurídico-penais”⁵⁷⁵.

A que acresce, necessariamente, uma relação de causalidade adequada entre a ocorrência do resultado típico – a realização de intervenção médico-cirúrgica, arbitrária, porque realizada sem consentimento eficaz do paciente, e a ação violadora do dever objetivo de cuidado - a falta do devido esclarecimento do paciente ou a não verificação de que o paciente se encontrava, ou não, devidamente esclarecido.

Aludindo à posição de Mir Puig, Selma Santana considera que a estrutura do tipo negligente se compõe de duas partes: "uma parte objetiva, que supõe a infração da norma de cuidado (desvalor da ação), e uma determinada lesão ou exposição ao perigo de um bem jurídico-penal (desvalor do resultado); e uma parte subjetiva do tipo, que requer o elemento positivo de haver o agente querido a conduta descuidada, seja com conhecimento do perigo (negligência consciente), ou sem ele (negligência inconsciente), acrescido do elemento negativo de não haver ele querido o resultado”⁵⁷⁶

O desvalor da ação, no ilícito negligente, é constituído pela violação do dever objetivo de cuidado.

Ou seja, “a essência do ilícito negligente está na forma descuidada com que o agente pratica a ação, e não na ação abstractamente considerada”⁵⁷⁷.

Embora, em princípio, se atribua menor gravidade à negligência inconsciente do que à negligência consciente, "pode haver situações em que o grau de perigo associado ao

⁵⁷⁴SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015, p. 169, ISBN 9789725404584.

⁵⁷⁵CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCE Porto, 3.^a edição, 2016, p.s 526, 527, ISBN 978-989-8835-09-3.

⁵⁷⁶Apud, SANTANA, Selma Pereira de, “A Negligência Grosseira: Contributo para a Discussão Sobre a Sua Autonomia Material”, *in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p.s 590,591, ISBN 972-32-1193-9.

⁵⁷⁷CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, UCP Porto, 3.^a edição, 2016, p. 527, ISBN 978-989-8835-09-3.

desempenho de uma actividade e os bens jurídicos envolvidos levem a considerar a negligência inconsciente particularmente ilícita e reprovável"⁵⁷⁸.

Nesse sentido o "pensamento de autores como Jescheck, Roxin e Maurach (...) que consideram que a maior gravidade destes casos se relaciona com a natureza particularmente perigosa da conduta que comporta um elevado grau de previsibilidade de afectação de bens jurídicos fundamentais, e que envolve uma violação de cuidado particularmente intensa, devendo ser tida em conta nesta ponderação a maior ou menor utilidade social da actuação em causa"⁵⁷⁹.

O tipo de negligência grosseira integra, assim, a negligência consciente e inconsciente, sendo que, esta supõe a omissão da própria representação do resultado típico.

O carácter grosseiro da negligência inconsciente resulta de "o facto do agente revelar uma especial aptidão, um perigo intolerável, de ocorrência do resultado e, portanto, desde logo, uma ilicitude mais gravosa, a que acresce concomitantemente uma atitude particularmente censurável de descuido ou leviandade"⁵⁸⁰.

A verificação da negligência grosseira exige, ao nível do tipo de ilícito, segundo Selma Santana "que estejamos diante de uma acção particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável. Ao nível de tipo de culpa (...) de estar configurado que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade, ou de descuido, perante o comando jurídico penal (...)"⁵⁸¹.

Também a jurisprudência⁵⁸² vem considerando que "a negligência grosseira (...) é uma negligência qualificada que consiste num comportamento de clara irreflexão ou ligeireza; ou na falta de precauções exigidas pela mais elementar prudência ou das cautelas aconselhadas pela previsão mais elementar que devem ser observadas nos actos correntes da vida. Consiste no esquecimento das precauções exigidas pela mais vulgar prudência, ou omissão das precauções ou cautelas mais elementares".

Do n.º 3, do art.º 156.º, resultam duas consequências:

⁵⁷⁸FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCP, Porto, 2017, p. 113, ISBN 978-989-8835-21-5.

⁵⁷⁹FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCE, Porto, 2017, p. 114, ISBN 978-989-8835-21-5.

⁵⁸⁰ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição, UCE, 2015, p.156, 157, ISBN 9789725404898.

⁵⁸¹SANTANA, Selma Pereira de, "A Negligência Grosseira: Contributo para a Discussão Sobre a Sua Autonomia Material", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p.s 574,575, ISBN 972-32-1193-9.

⁵⁸²Acórdão do STJ, de 27.05.93, JP, p. 47.

A primeira, é a de que a conduta negligente, do facto típico descrito no n.º 1⁵⁸³, só é punida quando praticada por negligência grosseira.

A segunda, é a de que este preceito (interpretado conjuntamente com o art.º157.º) impõe ao médico a obrigação de, não só prestar os esclarecimentos que o caso e o paciente exigem, mas também verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido.

Assim é, porque o médico pode atuar, violando o dever de cuidado, com conhecimento do perigo, ou sem conhecimento do perigo (se a negligência for inconsciente), porquanto não pode deixar de ponderar e considerar, ou poderia ter ponderado e considerado, que o paciente poderá não se encontrar devidamente esclarecido, o que lhe impõe o dever de verificar se o paciente se encontra ou não devidamente esclarecido e, não estando esclarecido, de lhe prestar os esclarecimentos que sejam devidos no caso, e, por outro lado, porque o médico atua, no plano subjetivo, querendo realizar a conduta descuidada, quer porque não prestou os necessários esclarecimentos, quer porque não verificou se o paciente se encontrava devidamente esclarecido, embora não tenha querido o resultado.

De facto, da interpretação conjugada do art.º 157.º, do CP, no qual se dispõe que "o consentimento só é eficaz se o paciente tiver sido devidamente esclarecido", com o n.º 3, do art.º 156.º, no qual se dispõe que o agente (o médico) "é punido", quando "por negligência grosseira (...) representar falsamente os pressupostos do consentimento", resulta que sobre o médico incide a obrigação de verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido.

Guilherme de Oliveira defende que "entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas; sem a satisfação deste dever, nada garante que o consentimento foi realmente esclarecido, embora o médico tenha aparentemente cumprido a obrigação de informar"⁵⁸⁴.

Também João Vaz Rodrigues defende que, "a par dos deveres de tratar, de agir segundo as *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar o sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento"⁵⁸⁵.

O dever de verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido, que é imposto

⁵⁸³ Dispõe o art.º 156.º, n.º 1, do CP, que "as pessoas indicadas no art.º 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas (...)"

⁵⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, FDUC-CDB, 1, 2.ª ed., 2005, 68, ISBN 972-32-1316-8.

⁵⁸⁵ RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para Acto Médico No Ordenamento Jurídico Português*, FDUC-CDB, 3, Coimbra Editora, 2001, p.s 23-24, ISBN 972-32-1013-4.

ao médico pelos art.ºs 156.º, n.º 3, e 157.º do CP, é a única forma de o médico se assegurar de que o consentimento é eficaz, porque devidamente esclarecido.

Deverá pois o médico, previamente a qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sob pena de poder incorrer na prática de um crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no art.º 156.º do CP, não só prestar os esclarecimentos que o caso e o paciente exigirem, como também verificar e certificar-se de que o paciente compreendeu as explicações prestadas e se encontra devidamente esclarecido.

Efetivamente, o médico só pode considerar eficaz o consentimento que lhe é prestado quando o paciente está "na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção" (Hirsch)⁵⁸⁶, e quando "está esclarecido sobre a espécie, dimensão e necessidade do tratamento, bem como sobre os demais factos a que ele consabidamente atribui significado para aquela decisão" (Engisch/Hallermann)⁵⁸⁷ e, ainda, quando se encontra esclarecido sobre "a necessidade (relativa) da intervenção, o que implica a informação sobre a existência (ou não) bem como sobre as vantagens relativas dos meios alternativos de diagnóstico ou terapia"⁵⁸⁸.

Só dessa forma, depois de verificar que o paciente se encontra devidamente esclarecido, poderá considerar válido e eficaz o consentimento, para a intervenção ou tratamento proposto, garantindo desse modo, verificados que sejam os restantes elementos subjetivos (qualificação do agente e intenção terapêutica) e objetivos (indicação médica e realização segundo as *leges artis*), a atipicidade da sua conduta, em direção ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, e a sua não condenação.

Se o médico não cumprir essa obrigação - de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas - não poderá saber se o paciente se encontra ou não devidamente esclarecido e, conseqüentemente, se é, ou não, válido o consentimento prestado.

Importa agora questionar se, apesar de ter prestado os esclarecimentos adequados ao esclarecimento de um paciente normal, mas não tendo conseguido esclarecer devidamente o paciente concreto, poderá ou não a conduta do médico, que pratica a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto, mas arbitrário, por falta do devido esclarecimento, ser considerada como praticada, pelo menos, com negligência grosseira.

⁵⁸⁶Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁵⁸⁷Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-2.

⁵⁸⁸ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 635-636 ISBN 978-972-32-2061-2.

Já foram referidos alguns exemplos suscetíveis de integrar o conceito de negligência grosseira, como seja o caso de o médico que, fora de uma situação de urgência, por falta do cuidado exigível, omite qualquer esclarecimento ao paciente sobre a intervenção ou tratamento proposto.

Também, o médico que, por falta do cuidado exigível, omite a informação sobre riscos muito graves da intervenção ou tratamento proposto, ou aquele que omite a informação sobre alternativas de intervenção ou tratamento, designadamente, se menos intrusivas e limitadoras das funções vitais e/ou profissionais do paciente, retirando-lhe a liberdade de escolher e decidir qual o tratamento a que deseja ou não submeter-se, viola o bem jurídico protegido pela norma (art.º 156.º/3 e 157.º do CP),

Nestes casos, não parecem existir grandes dúvidas de que estaremos perante situações em que a conduta do médico deverá ser considerada como praticada com negligência grosseira.

Dúvidas suscitam-se perante os casos em que o médico presta os esclarecimentos adequados ao esclarecimento de um paciente "normal", "médio", atendendo ainda, designadamente, à sua cultura, idade e nível social, mas não consegue esclarecer devidamente o paciente concreto e pratica, com o consentimento do paciente, mas ineficaz, a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto que, por isso, é arbitrário.

Ora, o esclarecimento deve ser realizado num processo de diálogo entre o médico e o paciente no decurso do qual o médico presta os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento do caso e paciente concreto, e o paciente, através das reações e perguntas (troca de dados), fornece sinais ao médico de que compreendeu, ou não, os esclarecimentos prestados.

Constatando-se a presença de tais sinais, e sendo eles no sentido do não esclarecimento do paciente, que pode resultar da idade e nível cultural do paciente ou da linguagem desadequada do médico, *torna-se cognoscível e previsível*, para o médico, que o paciente não se encontra devidamente esclarecido.

Neste caso, sendo *cognoscível e previsível* que o paciente não esteja devidamente esclarecido, o comportamento do médico que omite a verificação e confirmação do devido esclarecimento do paciente, e pratica a intervenção/tratamento proposto, assume um

comportamento particularmente perigoso para o bem jurídico protegido pela norma, sendo que o resultado típico, a realização de intervenção/tratamento médico-cirúrgico, arbitrário (sem consentimento eficaz), se apresenta como altamente provável, atenta a conduta adotada.

Deste modo, mostra-se particularmente intensa a negligência ao nível do tipo de ilícito.

Por outro lado, a referida situação revela também que a conduta do médico poderá corresponder a uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico penal, e poderá revelar, também, qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez.

Verificados os referidos pressupostos, mostrar-se-á, também, particularmente intensa a negligência ao nível do tipo de culpa.

Se o médico não atende a tais sinais, não verifica e confirma o esclarecimento do paciente, nem lhe presta novos e melhores esclarecimentos, se necessários, omite a conduta adequada a evitar a produção do resultado típico, o não esclarecimento do paciente, atuando sem o cuidado, a diligência e cautela exigidas, de modo que a sua conduta poderá ser considerada como integrando, pelo menos, o tipo de ilícito, com negligência grosseira, previsto no art.º 156.º/3, do CP.

A conduta omissiva do médico surge como causadora do resultado – a falta de esclarecimento do paciente – e como causadora de dano – a lesão da autonomia do paciente face ao tratamento médico.

A verificação do crime em apreço depende, ainda, de se poder concluir que, ao nível de tipo de culpa, com a sua conduta omissiva, nas palavras de Selma Santana "o agente revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade, ou de descuido, perante o comando jurídico penal"⁵⁸⁹. Ou que a censurabilidade da conduta ilícita-típica é reveladora, segundo Figueiredo Dias, "da atitude interna juridicamente desaprovada que naquela se expressa e fundamenta"⁵⁹⁰.

Com a sua conduta omissiva o médico violou o cuidado objetivamente imposto, não afastou o perigo nem evitou o resultado, a falta do devido esclarecimento do paciente, apesar

⁵⁸⁹ SANTANA, Selma Pereira de, "A Negligência Grosseira: Contributo para a Discussão Sobre a Sua Autonomia Material", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p.s 574,575, ISBN 972-32-1193-9.

⁵⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 896, ISBN 978-972-32-1523-6.

de aquele se apresentar como pessoalmente cognoscível e este como pessoalmente evitável⁵⁹¹.

Esta conduta do médico constitui um grau essencialmente aumentado ou intensificado de negligência, que se funda numa característica da atitude do agente, operando preferencialmente ao nível da culpa, mas tendo também por fundamento uma maior graduação do ilícito, em função do especial dever de cuidado que concretamente recai sobre o médico, quer por força do perigo aumentado, quer ainda por força da especial frequência da verificação do resultado⁵⁹².

Porém, para que se possa concluir que o tipo de culpa resulta igualmente aumentado, é, ainda, necessária a prova autónoma de que o médico revelou no facto uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, plasmando nele qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez⁵⁹³.

Por exemplo, o médico presta os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento de um paciente "normal", "médio", nos termos do art.º 157.º do CP, sobre a doença e tratamento proposto.

Porém, o paciente concreto conta já mais de 50 anos e tem dificuldades de audição e compreensão, que são patentes.

Mostra-se por isso claramente cognoscível e previsível que o paciente concreto poderá não estar devidamente esclarecido, tanto mais que, durante as explicações do médico, mais de uma vez, manifestou dificuldades em ouvir e compreender as explicações do médico. Por isso, não ficou devidamente esclarecido.

O não cumprimento pelo médico do dever de verificar e confirmar o esclarecimento deste paciente concreto, mostra que a sua conduta revela uma maior graduação do ilícito, em função do especial dever de cuidado que concretamente sobre ele recai e do perigo aumentado de violação do dever de esclarecimento, por ser altamente previsível que o paciente não havia ficado devidamente esclarecido, e por outro lado, mostra que o médico revelou no facto uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, mostrando qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez.

Assim, poderá concluir-se, neste caso, que a conduta do médico foi praticada com negligência grosseira.

⁵⁹¹ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 898, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁹² Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 903, ISBN 978-972-32-1523-6.

⁵⁹³ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2012, Coimbra Editora, p. 903, ISBN 978-972-32-1523-6.

XI. O ónus da prova do cumprimento do dever de esclarecimento:

Em matéria cível, vem sendo reconhecido na maioria dos países europeus, designadamente, na Áustria, Alemanha, França, Bélgica, Itália e Espanha⁵⁹⁴, que a prova de que foram transmitidas ao paciente as informações adequadas, para que ele pudesse dar um consentimento informado, recai sobre o prestador dos cuidados de saúde.

Em matéria cível, "se o médico não conseguir provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, bem como os fracassos da intervenção, os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção"⁵⁹⁵.

Em Portugal, quer a doutrina⁵⁹⁶, quer as mais recentes decisões jurisprudenciais proferidas pelos Tribunais Superiores, em matéria cível, são, também, no sentido de que a prova do devido esclarecimento do paciente compete ao médico⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴Cfr. Parte 6, relativa ao consentimento hipotético.

⁵⁹⁵PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexos de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, em 18.07.2008, in <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

⁵⁹⁶PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, FDUC-CDB, 22, Coimbra Editora, 2015, p.s 444 e ss., ISBN 978-972-32-2309-5.

⁵⁹⁷Acórdão do TR de Coimbra, Coletânea de Jurisprudência, ano XXXIX, tomo VI/2014, p. 5 e ss., proferido em acção declarativa de condenação, no qual foi entendido, designadamente, que "o ónus da prova do consentimento e da prestação da informação necessária à emissão de consentimento informado incide sobre o médico ou a instituição prestadora dos cuidados de saúde, porque o consentimento funciona como causa da exclusão da ilicitude e a adequada informação é um pressuposto da validade do consentimento prestado, logo matéria de excepção, como facto impeditivo, devendo ainda atender-se ao princípio da "distribuição dinâmica da prova".

Acórdão do STJ, Coletânea de Jurisprudência, ano XXIII, tomo II/2015, p. 118 e ss., datado de 16.07.2015, proferido em acção declarativa de condenação, foi entendido que "I - Como qualquer intervenção cirúrgica comporta a possibilidade de ocorrência de situações não desejadas ou desejáveis, deve ser transmitida ao paciente uma informação simples e aproximativa, e sobretudo leal, que compreenda os riscos normalmente previsíveis e sérios, informação que deve ser mais exigente e rigorosa no caso de intervenções não necessárias. II - Uma intervenção médico-cirúrgica não autorizada ou não validamente informada - consequentemente ilícita - constitui tout court e independentemente de outros danos ressarcíveis, um dano não patrimonial autónomo indemnizável. III - É sobre o médico, enquanto devedor da obrigação de informar, que recai o onus probandi do cumprimento do dever de informar correspondente".

Acórdão do TR de Coimbra, Coletânea de Jurisprudência, ano XL, tomo IV/2015, p. 23 e ss., de 13.10.2015, proferido em acção declarativa de condenação foi entendido, designadamente, que "no caso de se fundar na violação do consentimento informado, o ónus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou instituição de saúde". Embora se saliente, neste Acórdão, não ser exigível uma informação sobre a probabilidade de obtenção do resultado desejado porque a obrigação do médico é de meios e não de resultado.

No sumário do Acórdão do TR de Lisboa, de 27.11.2018, proc. 18450/16.9T8LSB, refere-se que "3 - o dever do médico de registar as observações clínicas efectuadas no paciente reduz os riscos de erro e as falhas de comunicação (...). 4 - a não apresentação do processo clínico pelo médico terá as consequências previstas no art.º 430.º, ex vi 417.º/2, do CPC, designadamente (...) à inversão do

De facto, "o consentimento é uma causa de justificação⁵⁹⁸ e a informação adequada constitui um pressuposto da sua validade"⁵⁹⁹, devendo por isso o consentimento ser considerado, em termos probatórios, um facto impeditivo. A prova dos factos impeditivos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, o médico (art.º 342.º, n.º 2, do CC).

Em direito penal, diferentemente, vigora o princípio processual da *presunção de inocência* do arguido, previsto no art.º 32.º, n.º 2, da Constituição (assim como na Declaração Universal do Direitos Humanos (art.º 11.º) e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art.º 6.º)).

Ao princípio da *presunção de inocência* é aplicável o regime dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição (art.ºs 17.º e 32.º/2 da CRP), e tem aplicabilidade direta, vinculando quer as entidade públicas quer as privadas (art.º 18.º/1, da CRP).

O domínio dos direitos fundamentais é definido "em primeiro lugar, pela importância do seu radical subjectivo. O núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjectivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos"⁶⁰⁰.

Este princípio da *presunção de inocência*, que assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural, como fundamento da sociedade⁶⁰¹, representa hoje, essencialmente, "um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre, democrática"⁶⁰².

A estrutura do processo penal deverá assentar na ideia de que "o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado"⁶⁰³.

ónus da prova (...)".

⁵⁹⁸Importa salientar, contudo, que o consentimento a que se refere o art.º 156.º do CP, é um verdadeiro "acordo", que exclui o tipo, sendo por isso causa de atipicidade, como se referiu *supra*.

⁵⁹⁹PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, em 18.07.2008, in <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

⁶⁰⁰ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5.ª edição, 2012, p.s 79, ISBN 978-972-40-4669-3.

⁶⁰¹Neste sentido SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Verbo, 6.ª edição, p. 97, ISBN 978-972-22-3011-7.

⁶⁰²MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.º edição, UCE, 2017, p. 524, ISBN 9789725405413.

⁶⁰³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.º edição, UCE, 2017, p. 524, ISBN 9789725405413.

Assim é porque "a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem *uma intenção específica*, que justifica a sua primaridade: explicitar uma ideia de *ser humano* decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos *seres humanos* que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de *ser humano* que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da *dignidade da pessoa humana*"⁶⁰⁴.

Aliás, o princípio da *presunção de inocência*, como direito fundamental, deve ser interpretado e integrado de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.º 16.º/2 da CRP).

O art.º 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, estabelece o princípio da *presunção de inocência*, normalmente articulado com os princípios *in dubio pro reo* e *nulla pena sine culpa*, assegurando, designadamente, a "proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido" e a "proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal"⁶⁰⁵.

Deve por isso o Tribunal pronunciar-se de forma favorável ao réu, quando não tiver alcançado a *verdade processual*, que não é senão "o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como pressuposto da decisão"⁶⁰⁶.

Constituindo os princípios da *presunção de inocência* e *in dubio pro reo* "a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena"⁶⁰⁷.

A *presunção de inocência* implica, em matéria de ónus da prova, que "a prova da culpa recaia sobre o Ministério Público ou o assistente; no sistema inquisitorial, onde a procura da verdade incumbe ao juiz, este princípio reclama para o acusado o benefício da dúvida"⁶⁰⁸.

Aliás, como vem sendo entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, "em processo penal, contrariamente ao que se verifica no processo civil, não existe a figura do ónus da

⁶⁰⁴ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5.ª edição, 2012, p.s 79-80, ISBN 978-972-40-4669-3.

⁶⁰⁵CANOTILHO, J.J.Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, vol I, 4.ª edição, 2007, p. 518, ISBN 978-972-32-1462-8.

⁶⁰⁶SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, Verbo, 2008, 4.ª ed., p. 130.

⁶⁰⁷CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, vol I, 4.ª edição, 2007, p. 525, ISBN 978-972-32-1462-8.

⁶⁰⁸BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Anotada, Almedina, 2016, 5.ª edição, p. 205, ISBN 978-972-40-6193-7.

prova sobre as "partes", até porque, nesse tipo de processo, não há "partes", e tão-somente "intervenientes processuais", e o único ónus que existe é o da averiguação oficiosa da verdade, embora dentro dos limites postos pelo âmbito da acusação ou da pronúncia"⁶⁰⁹.

"Esta ideia político-jurídica tem consequências para toda a estrutura do processo penal que, assim, há-de assentar na ideia-força de que o processo deve assegurar todas as necessárias garantias de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem ainda não foi solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada"⁶¹⁰.

O princípio da presunção de inocência projeta-se no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e até no direito penal.

O Tribunal Constitucional reconhece ao princípio este âmbito genérico, como resulta da "inadmissibilidade da exclusão do princípio do *in dubio pro reo* na valoração da prova que subjaz à decisão de pronúncia, porque assim se reduz desproporcionada e injustificadamente as garantias de defesa, nomeadamente a presunção de inocência do arguido (Ac- 439/02)"⁶¹¹.

A presunção de inocência impõe que toda a decisão condenatória deve ser precedida sempre de uma suficiente atividade probatória, impedindo a condenação sem provas.

Por outro lado, "o arguido não pode ser onerado com qualquer ónus probatório: a não comprovação de qualquer facto relevante para a aplicação da sanção ou a sua demonstração incompleta deve necessariamente resolver-se a favor do arguido"⁶¹².

Sucedem que, "os pressupostos e as regras da responsabilidade penal são muito diferentes das que regem a responsabilidade civil. E mais claras também, como seria de exigir a um mecanismo legal de coacção que acaba por impor castigos graves, medidas privativas da liberdade. As condutas ilícitas que podem suscitar uma reacção sancionatória do direito penal estão descritas na lei - tipificadas – e não resta margem de liberdade para os juristas ou para os tribunais para alargar os casos que são puníveis, de acordo com uma exigência maior ou menor do intérprete ou do julgador"⁶¹³.

O bem jurídico protegido, no crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

⁶⁰⁹Ac. do STJ de 13.05.1999, processo 98P248 (380/96 do TJ de Aveiro), de que foi relator Sá Nogueira, in www.dgsi.pt/stj.nsf.

⁶¹⁰SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Verbo, 6.ª edição, p. 98, ISBN 978-972-22-3011-7.

⁶¹¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol I, 2.º edição, UCE, 2017, p. 525, ISBN 9789725405413.

⁶¹²SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, Editorial Verbo, 4.ª ed., 2008, p. 122.

⁶¹³OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina – O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, FDUC-CDB, 1, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 233, ISBN 972-32-1316-8.

arbitrários (art.º 156.º do CP), é a *liberdade de decisão do paciente* em submeter-se a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

Contudo, em matéria penal, não recai qualquer ónus probatório sobre o arguido, no que ora importa, sobre o médico, no sentido de que cumpriu o dever de esclarecimento do paciente, para que este possa exercer o seu direito e liberdade de decidir se quer ou não submeter-se à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto (pelo médico), já que o arguido beneficia da presunção de inocência prevista no art.º 32.º/2 da CRP e no art.º 6.º/2 da CEDH.

Pelo que a apreciação da prova, em processo penal, é feita de acordo com o *princípio da livre apreciação da prova*, como veremos a seguir.

XII. O princípio da livre apreciação da prova

Em matéria de julgamento da prova a nossa lei processual penal consagrou o *princípio da livre apreciação*, de acordo com o qual *a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente* - artigo 127º, do CPP.

Na expressão "regras da experiência" incluem-se, obviamente, as deduções e induções que o julgador realiza a partir dos factos probatórios, as quais se devem basear na correção de raciocínio, bem como as regras da lógica, os princípios da experiência e os conhecimentos científicos a partir dos quais o raciocínio deve ser orientado e formulado.

A Constituição da República Portuguesa, referindo-se à função jurisdicional (art.º 202.º/2), estabelece que aos Tribunais incumbe, designadamente, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

No seu art.º 32.º, n.º1, a Constituição contém uma expressão condensada das normas restantes deste artigo - *o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso* - normas que são, todas elas, garantias de defesa – estabelecendo, designadamente, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

A exigência de fundamentação das decisões dos Tribunais (art.º 205.º/1 da Constituição) "cumpre, simultaneamente, uma função de carácter objectivo – pacificação social, legitimidade e auto-controlo das decisões – e uma função de carácter subjectivo –

garantia do direito ao recurso, controlo da correção material e formal das decisões pelos seus destinatários"⁶¹⁴.

O conteúdo essencial do dever de fundamentação "analisa-se na comunicação das razões que justificam a decisão", devendo, a fundamentação, ser "expressa, clara e coerente e suficiente"⁶¹⁵.

Os motivos da decisão não podem ser obscuros ou de difícil compreensão, nem padecer de vícios lógicos, que tornem o raciocínio que lhe está subjacente em algo imprestável para a inteligibilidade da decisão.

Por outro lado, para que a fundamentação seja suficiente, dela devem constar os motivos, de facto e de direito, que justificam o sentido da decisão, de modo a que o seu destinatário a possa compreender e, sobretudo, apreciá-la criticamente.

O julgador tem a liberdade de formar a sua convicção, sobre os factos submetidos a julgamento, com base apenas no juízo que se fundamenta "no mérito objectivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo". Porém, a liberdade de que aqui se fala "não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação"⁶¹⁶.

De facto, esta liberdade, na apreciação da prova, não pode contudo ser entendida como "uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão"⁶¹⁷.

A livre convicção do juiz, sob pena de a atividade de julgar se tornar um exercício puramente subjetivo ou voluntarístico, "deve ser objectivada através da exposição das razões pelas quais se aderiu a uma determinada versão da realidade"⁶¹⁸.

O princípio da livre apreciação, de acordo com o qual a prova é apreciada segundo as

⁶¹⁴MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, notas ao art.º 205.º, p.s 72 e 73, ISBN 978-972-32-1541-0.

⁶¹⁵MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, notas ao art.º 205.º, p. 70, ISBN 978-972-32-1541-0.

⁶¹⁶NEVES, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal* (ed. Policopiada), Coimbra 1968, p. 48.

⁶¹⁷Apud, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao CPP*, UCE, 3.ª edição, 2009, 328, ISBN 978-972-54-0228-3, citando os Acórdãos do STJ n.ºs 1165/96 e 464/97.

⁶¹⁸MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, notas ao art.º 205.º, p. 74, ISBN 978-972-32-1541-0.

regras da experiência e a livre convicção da entidade competente “não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivada e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral suscetível de motivação e de controlo”⁶¹⁹.

A livre ou a íntima convicção do juiz não poderá ser uma convicção puramente subjetiva, emocional e, portanto, imotivável.

De facto, é a motivação da decisão que permite avaliar e controlar, em sede de recurso, se foi ou não cumprido o dever de perseguir a verdade material.

Por outro lado, “uma das funções primaciais de toda a sentença (*maxime* da penal) é a de convencer os interessados do bom fundamento da decisão, a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal – até porque nele desempenha um papel de relevo não só a atividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (*v.g.* a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas em todo o caso, também ela uma convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros”⁶²⁰.

“Uma tal convicção existirá quando e só quando – parece-nos este um critério prático adequado (...) – o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável”⁶²¹.

Efetivamente, é hoje reconhecido que a convicção íntima não é por si só critério de verdade e também constitui erro grosseiro pensar que as regras legais quanto ao valor das provas são necessariamente arbitrárias.

De facto, as regras legais quanto ao valor das provas “assentam na experiência comum e representam a estratificação de conhecimento empírico obtido através dos séculos”. Aliás, “a própria lei manda atender na apreciação da prova às regras da experiência (art.º 127.º do CPP). Este princípio – o da livre convicção ou da prova moral – significa que o julgador tem a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos submetidos a julgamento com base no

⁶¹⁹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I vol., Cimbra Editora, 1974, p.s 202-203.

⁶²⁰DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I vol., Cimbra Editora, 1974, p.s 204-205.

⁶²¹DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I vol., Cimbra Editora, 1974, p. 205.

juízo que se fundamenta no mérito objetivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo (pelas alegações, respostas e meios de prova utilizados, etc.)”⁶²².

Com a exigência de fundamentação das decisões (art.º 374.º/2, CPP) estabelecem-se limites ao exercício do poder de livre apreciação da prova, limites que dizem respeito: ao grau de convicção requerido para a decisão; à proibição de meios de prova; à observância do princípio da presunção de inocência; e, à observância do princípio *in dubio pro reo*.

Quanto ao grau de convicção requerido para a decisão:

Na fundamentação de facto da sentença penal assume um papel essencial a demonstração dos factos provados e não provados efetuada pelo Tribunal na audiência de julgamento, obedecendo aos princípios ordenadores do processo penal, nomeadamente, o princípio da presunção de inocência, o princípio da imediação e o princípio da oralidade.

O critério fundamental, no domínio do processo penal, que nesse sentido é identificado, traduz-se no princípio da assunção da prova para além de toda a dúvida razoável ou, na sua versão original, *proof beyond any reasonable doubt*⁶²³.

Quanto à proibição de meios de prova:

A Constituição (art.º 32.º/8) e o CPP (art.º 126.º/1) declaram que são nulas, não podendo ser utilizadas, todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

O direito processual penal é, assim, nesta parte, "direito constitucional aplicado, porque anda estreitamente associado às normas constitucionais na medida em que é a Constituição que define a estrutura do Estado, as relações entre o Estado e os cidadãos e os direitos e garantias fundamentais das pessoas"⁶²⁴.

Por outro lado, nada parece impor a conclusão de que no art.º 126.º do CPP se contenha uma enumeração taxativa dos métodos proibidos de prova.

⁶²²SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Verbo, 6.ª edição, p. 99-100, ISBN 978-972-22-3011-7.

⁶²³LOPES, José António Mouraz, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português, Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Teses, Almedina, 2011, 227-236.

⁶²⁴MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I, UCE, 2017, notas ao art.º 32.º, p. 515, ISBN 9789725405413.

Como métodos proibidos de prova “hão-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física e moral das pessoas”⁶²⁵.

Pronunciando-se sobre os meios de prova admissíveis, o Tribunal da Relação de Lisboa⁶²⁶ entendeu que *I. A prova não se resume à directa. Relevantes neste ponto, para além dos meios de prova directos, são os procedimentos lógicos para prova indirecta, de conhecimento ou dedução de um facto desconhecido a partir de um facto conhecido: as presunções. II. Entre os meios de prova admissíveis em processo penal, o tribunal pode socorrer-se de presunções judiciais ou máximas da experiência inspiradas nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana.*

O princípio da livre apreciação da prova encontra no princípio *in dubio pro reo* o seu limite normativo, impondo a orientação vinculativa – a absolvição do arguido - para os casos de dúvida sobre os factos⁶²⁷.

Quanto à observância do princípio da presunção de inocência:

O princípio da presunção de inocência, previsto no art.º 32.º, n.º 2, da Constituição e no art.º 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, significa, essencialmente, que não há razão para não considerar inocente quem ainda não foi solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado. Decorre deste princípio a inexistência de um ónus probatório sobre o arguido. O arguido não tem de provar a sua inocência para ser absolvido.

De acordo com o referido princípio, não pode haver "pré-juízo", antes do início da

⁶²⁵ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2006, p. 216, ISBN 972-32-0613-7.

⁶²⁶No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.05.2015, entendeu-se que *I. A prova não se resume à directa. Relevantes neste ponto, para além dos meios de prova directos, são os procedimentos lógicos para prova indirecta, de conhecimento ou dedução de um facto desconhecido a partir de um facto conhecido: as presunções. II. Entre os meios de prova admissíveis em processo penal, o tribunal pode socorrer-se de presunções judiciais ou máximas da experiência inspiradas nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana. III. Deste modo, na passagem do facto conhecido para a aquisição (ou para a prova) do facto desconhecido, têm de intervir, pois, juízos de avaliação através de procedimentos lógicos e intelectuais, que permitam fundadamente afirmar, segundo as regras da experiência, que determinada facto, não anteriormente conhecido nem directamente provado, é a natural consequência, ou resulta com toda a probabilidade próxima da certeza, ou para além de toda a dúvida razoável, de um facto conhecido.*

⁶²⁷Crf. Acórdãos do STJ, de 04.10.2001, in CJACSTJ, IX, T.III, pag. 182.

audiência de julgamento, porque ele influenciará a interpretação de tudo o que aí se passar, determinando a convicção do julgador, na apreciação da prova, e determinando também a interpretação do direito⁶²⁸.

De facto, os "pré-juízos", se orientados no sentido da tese da acusação, podem conduzir à violação do princípio *in dubio pro reo* e "em última análise, numa violação (...) do princípio da presunção de inocência"⁶²⁹.

O princípio da presunção de inocência do arguido não é uma presunção no sentido técnico-jurídico é, sim, "um direito do arguido – e por conseguinte um comando, dirigido ao legislador, impondo-lhe que legisle no sentido de que não saia diminuído, directa ou indirectamente, o princípio da presunção de inocência do arguido"⁶³⁰ e "assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia"⁶³¹.

Quanto à observância do princípio *in dubio pro reo*:

O princípio *in dubio pro reo* significa que um *non liquet* na questão da prova tem de ser sempre valorado a favor do arguido.

As provas, para além da presunção da inocência, são as razões que sustentam e revelam uma convicção indubitável de que, de acordo com os elementos conhecidos no momento da prolação da sentença, um facto se verifica.

Somente quando, “finda a apreciação da prova, o Juiz se depara com uma dúvida insanável sobre factos, deverá aplicar o princípio *in dubio pro reo*”⁶³².

O princípio *in dubio pro reo*, que decorre do princípio da culpa e, em última instância, do princípio do Estado de Direito (art.º 2.º da CRP), só intervém depois de concluída a tarefa da valoração da prova e quando o resultado da valoração da prova não é conclusivo.

⁶²⁸ Neste sentido, PATRÍCIO, Rui, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas*, Almedina, 2019, p. 62, ISBN 978-972-40-7850-2.

⁶²⁹ PATRÍCIO, Rui, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas*, Almedina, 2019, p. 77, 78, ISBN 978-972-40-7850-2.

⁶³⁰ PATRÍCIO, Rui, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas*, Almedina, 2019, p. 97, ISBN 978-972-40-7850-2.

⁶³¹ APUD, SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Verbo, 6.ª edição, p. 99, ISBN 978-972-22-3011-7, citando GOMES, D. António Ferreira, “A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz”, *Direito e Justiça*, vol I, 1980, 7.

⁶³² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao CPP*, UCP, 3.ª edição, 2009, 329, 330, 337, ISBN 978-972-54-0228-3.

Sobre a aplicação do princípio *in dubio pro reo* o Tribunal da Relação de Coimbra⁶³³, em Acórdão de 03.06.2015, entendeu que; *"II. Quando a prova pessoal produzida aponta em dois sentidos ou direcções completamente distintas, o tribunal deve recorrer às regras de experiência e apreciar a prova de forma objectiva e motivada, expondo de forma clara e segura as razões que fundamentam a sua opção, justificando os motivos que levaram a dar credibilidade à versão dos factos constante da acusação e a não dar credibilidade à versão dos factos apresentada pelo arguido, (...) V. O princípio in dubio pro reo encerra uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa, pelo que a sua violação exige que o juiz tenha ficado na dúvida sobre factos relevantes e, nesse estado de dúvida, tenha decidido contra o arguido."*

*

Em regra, impõe-se ponderar sobre a prova das circunstâncias justificativas ou de desculpa:

Na verdade, o arguido (o médico) pode defender-se alegando que prestou todas as informações normalmente necessárias e adequadas ao devido esclarecimento do paciente e que efetuou diligências no sentido verificar se o paciente se encontrava devidamente esclarecido, sobre a intervenção ou tratamento proposto, tendo concluído que o paciente se

⁶³³O Tribunal da Relação de Coimbra, em Acórdão de 03.06.2015, entendeu que; *I. Se a decisão factual do tribunal recorrido se baseia numa livre convicção objectivada numa fundamentação compreensível e naquela optou por uma das soluções permitidas pela razão e pelas regras de experiência comum, a fonte de tal convicção - obtida com o benefício da imediação e da oralidade - apenas pode ser afastada se ficar demonstrado ser inadmissível a sua utilização pelas mesmas regras da lógica e da experiência comum. II. Quando a prova pessoal produzida aponta em dois sentidos ou direcções completamente distintas, o tribunal deve recorrer às regras de experiência e apreciar a prova de forma objectiva e motivada, expondo de forma clara e segura as razões que fundamentam a sua opção, justificando os motivos que levaram a dar credibilidade à versão dos factos constante da acusação e a não dar credibilidade à versão dos factos apresentada pelo arguido, permitindo aos sujeitos processuais e ao tribunal de recurso proceder ao exame do processo lógico ou racional que subjaz á convicção do julgador. III. No que respeita ao erro notório na apreciação da prova, tal vício verifica-se quando um homem médio, perante o teor da decisão recorrida, por si só ou conjugada com o senso comum, facilmente se dá conta que o tribunal violou as regras da experiência ou de que efectuou uma apreciação manifestamente incorrecta, desadequada, baseada em juízos ilógicos, arbitrários ou mesmo contraditórios. IV. O apontado vício é aquele que é evidente, que não escapa ao homem comum, de que um observador médio se apercebe com facilidade, que é patente, só podendo relevar se for ostensivo, inquestionável e perceptível pelo comum dos observadores ou pelas faculdades de apreciação do «homem médio». V. O princípio in dubio pro reo encerra uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa, pelo que a sua violação exige que o juiz tenha ficado na dúvida sobre factos relevantes e, nesse estado de dúvida, tenha decidido contra o arguido.*

encontrava devidamente esclarecido.

Embora alguns entendam pertencer ao arguido (ao médico) a prova das circunstâncias justificativas ou de desculpa, tal entendimento viola o princípio da presunção da inocência.

De facto, a presunção de inocência opera também nos casos em que subsista dúvida acerca da concorrência de um facto impeditivo ou extintivo da responsabilidade e, por consequência, o arguido (o médico) deve também nestes casos ser absolvido.

Contudo, importa salientar que, segundo Germano Marques da Silva "isso não significa que o tribunal tenha de desmontar uma por uma todas as circunstâncias ou que a mera alegação das mesmas pelo arguido implique a necessidade de prova da sua ausência. (...) Com efeito, só se for introduzida no processo uma qualquer prova atinente a um facto excludente da responsabilidade é que o juiz tem o dever de se pronunciar sobre ela em conformidade com o princípio da presunção de inocência"⁶³⁴.

Sobre o valor probatório do documento escrito, contendo informação/ esclarecimento sobre a intervenção ou tratamento proposto, através do qual tenha sido prestado o consentimento para a aludida intervenção ou tratamento, importa considerar que o valor probatório desse documento estará diretamente relacionado com o conteúdo concreto da informação que dele conste e da sua aptidão para esclarecer devidamente o paciente.

Nesse sentido, refira-se o Acórdão, do STJ, de 09.10.2014⁶³⁵, proferido em ação declarativa de condenação, no qual foi entendido, designadamente, que "II -(...) o conteúdo do dever de informação, abrange sempre o diagnóstico e as consequências do tratamento, suas prováveis vantagens e riscos. III – Para esse efeito, por não permitir ajuizar da adequação e inteligibilidade dos riscos concretamente indicados, é insuficiente a menção num documento assinado por médico e doente, em que aquele explica a este, de forma "adequada e inteligível", "os riscos e as complicações da cirurgia".

Não basta, pois, uma mera referência de que foram prestadas as necessárias informações de forma adequada e inteligível, sobre os riscos e complicações da intervenção

⁶³⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, Verbo, 4.ª edição, 2008, p.s 126, 127.

⁶³⁵Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ, ano XXII, tomo III/2014, p. 47 e ss., no Acórdão do STJ, de 09.10.2014, proferido em ação declarativa de condenação, foi entendido que: I - Não obstante constituir um direito disponível, o doente tem direito à informação médica necessária a decidir se quer ou não submeter-se ao acto médico. II - Sendo elástico o conteúdo do dever de informação, abrange sempre o diagnóstico e as consequências do tratamento, suas prováveis vantagens e riscos. III – Para esse efeito, por não permitir ajuizar da adequação e inteligibilidade dos riscos concretamente indicados, é insuficiente a menção num documento assinado por médico e doente, em que aquele explica a este, de forma "adequada" e inteligível", "os riscos e as complicações da cirurgia". IV - Constando de documento que o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido, deve entender-se que ele abdicou do direito a ser informado em termos detalhados.

ou tratamento proposto, *terá de ser concretizada a informação efetivamente prestada*, designadamente, no que respeita ao diagnóstico e às consequências do tratamento, suas prováveis vantagens e riscos.

De facto, se o documento escrito, assinado por médico e doente, não contiver uma descrição das informações que foram efetivamente prestadas, não pode o Tribunal avaliar e concluir, unicamente através desse documento, sobre a suficiência e adequação das informações prestadas no sentido do esclarecimento do paciente, como também não pode avaliar se o paciente concreto foi, e ficou, ou não, devidamente esclarecido.

Salienta-se, também, no aludido Acórdão, que *o conteúdo do dever de informação é elástico*, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação.

Como já defendemos, o esclarecimento deverá ser feito de forma progressiva, com troca de dados entre o médico e o paciente, sendo que a intervenção do paciente determina a maior ou menor extensão do esclarecimento, sem prejuízo de a eficácia do consentimento estar dependente de a informação abranger os *itens* a que alude o art.º 157º do CP – o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento.

Contudo, deverá o esclarecimento ser adequado às exigências de compreensão e de informação de cada paciente.

No aludido Acórdão, de 09.10.2014, o STJ concluiu ainda que, *constando de documento que o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido, deve entender-se que ele abdicou do direito a ser informado em termos detalhados*.

Deste entendimento parece resultar que o cumprimento do dever de esclarecimento se basta com uma informação escrita que transfere para o paciente o dever de assegurar o seu próprio e completo esclarecimento, *se não estiver completamente esclarecido*.

Creemos, contudo, sem prejuízo de sempre dever ser ponderada e considerada a gravidade e urgência da intervenção e o concreto paciente, que tal entendimento, que foi utilizado no domínio de ação declarativa cível, não parece que deva ser considerado no domínio jurídico-penal.

De facto, o art.º 157.º do CP impõe que o paciente seja devidamente esclarecido, sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do

tratamento, para que seja eficaz o consentimento.

Este dever de esclarecimento, que recai sobre o médico, visa o *devido esclarecimento* do paciente para que este possa autodeterminar-se e exercer livremente, depois de ter sido devidamente informado, o direito de dispor do corpo e da própria vida.

O paciente, em regra, não possui conhecimentos na área da medicina, não podendo por isso saber se a informação que recebeu contém ou não já todos os elementos necessários ao seu esclarecimento, sobre os *itens* a que alude o art.º 157.º do CP, designadamente, sobre outros riscos e consequências da intervenção ou tratamento, que lhe não foram comunicados, bem como sobre as alternativas de tratamento.

Aliás, dispondo a referida norma que o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido, mostra-se, por um lado, que o esclarecimento há de ser dado pelo médico (tiver sido) e, por outro lado, que se impõe ao médico, previamente à realização de qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, que se assegure de que o paciente se encontra devidamente esclarecido, sobre os *itens* referidos no aludido art.º 157.º do CP, sob pena de o consentimento poder ser considerado ineficaz.

Só o médico, face à concreta situação que observou, relativamente à situação de doença do paciente, pode saber quais as informações de que este necessita para exercer o seu direito à autodeterminação, em matéria de cuidados de saúde, de modo a que o paciente tenha "uma representação adequada da intervenção", o que implica a "representação correcta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção do género da indicada"⁶³⁶.

Não cremos, por isso, que possa transferir-se para o paciente, *em matéria penal*, qualquer obrigação de se autoinformar, sobre os *itens* referidos no art.º 157.º do CP, não só porque da interpretação conjugada dos art.ºs 157.º e 156.º, n.º 1, do CP, resulta que tal obrigação impende sobre o médico, mas também porque o paciente, que por norma não tem conhecimentos de medicina, não tem possibilidade de saber se se encontra, ou não, já devidamente esclarecido sobre os *itens* referidos no art.º 157.º do CP.

Só quando tiver logrado esclarecer devidamente o paciente poderá o médico assegurar-se de que a intervenção ou tratamento, proposto e realizado, não será considerado arbitrário e punível, constituindo a assinatura pelo paciente de um qualquer documento, designadamente,

⁶³⁶Apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 635, ISBN 978-972-32-2061-2.

de documento no qual conste que o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido, apenas mais um elemento a considerar no sentido da decisão sobre se o paciente foi ou não devidamente esclarecido, sobre a intervenção ou tratamento proposto e realizado.

A norma do art.º 157.º do CP, que exige que o paciente seja devidamente esclarecido sobre os *itens* nela referidos, em matéria criminal, é imperativa para o médico, não se encontrando na disponibilidade deste, sem prejuízo de o procedimento criminal depender de queixa do paciente, e de ser reconhecido ao paciente o direito à recusa do esclarecimento, direito de recusa que resulta, além do mais, do art.º 10.º/2 da CDHBio, e do art.º 25.º/3 do CD dos médicos, que consagram o “direito a não saber” do paciente.

A manifestação de vontade do paciente, de não pretender receber a informação a que alude o art.º 157.º do CP, deverá ser expressa e pode ser prestada em qualquer momento, designadamente no decurso do processo de esclarecimento.

Esta norma (art.º 157.º do CP), por um lado, impõe ao médico o dever de esclarecer devidamente o paciente e, por outro lado, impede que o médico, por sua iniciativa, modifique ou reduza o conteúdo desse dever de esclarecimento, que lhe compete, designadamente impondo ao paciente o dever de solicitar mais informações, se não estiver completamente esclarecido.

Assim é porque, "o paciente, hoje, não é um incapaz. É um centro autónomo de decisão, tem o direito de recusar um tratamento por mais recomendável que ele seja. E para recusar, ou admitir, um tratamento, precisa de obter a informação relevante. Se o médico não lhe dá actua com negligência, e lesa o *direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde*"⁶³⁷.

Quando o médico omite uma informação relevante, isto é, uma informação capaz de alterar o sentido da decisão de consentir no tratamento, acaba por agir sem ter obtido um consentimento esclarecido da parte do doente. Isto é o mesmo que dizer-se que o médico, ao decidir fazer a intervenção, está a substituir-se ao doente, está a decidir por ele. E viola o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde, lesando a sua autonomia individual.

A necessidade de "prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado não é apenas um aspecto de boa prática clínica, dos deveres gerais do médico, mas sobretudo o

⁶³⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – O Fim da Arte Silenciosa*, FDUC-CDB, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 113, ISBN 972-32-1316-8.

cumprimento do dever de respeitar um direito autónomo do doente à livre determinação em matéria de saúde, qualquer que seja o quadro clínico e, principalmente, qualquer que tenha sido o resultado técnico da intervenção médica⁶³⁸.

Nos casos de crime por provocação de lesões na grávida, pode admitir-se que o médico incorra no crime de "intervenção arbitrária" (art.º 156.º e 157.º do CP) "sempre que ele realize o DPN sem ter pedido um consentimento informado à mulher, nos termos gerais do direito. Não se trata de um crime previsto para o caso específico do DPN, mas antes uma regra que vale para qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico. A preocupação do direito penal é a de defender a livre determinação do paciente, neste caso da grávida. E, como é próprio do direito penal, exige-se que o médico tenha omitido deliberadamente o consentimento da mulher ou, na dúvida, se tenha conformado com a hipótese de ele não ter sido prestado; no mínimo, pressupõe-se que o médico se tenha convencido, por negligência grosseira, de que a mulher consentira, livre e esclarecidamente, na intervenção"⁶³⁹.

As eventuais dificuldades na apreciação da prova, sobre se o paciente foi, ou não, *devidamente esclarecido* sobre a intervenção ou tratamento proposto, quanto aos *itens* a que alude o art.º 157.º do CP, não obstam a que o Tribunal possa chegar a uma decisão segura e devidamente fundamentada, da qual constem os motivos de facto e de direito que justificam o sentido da decisão, de modo a que, por um lado, seja compreensível o raciocínio que lhe está subjacente e, por outro lado, o seu destinatário a possa compreender e, sobretudo, apreciá-la criticamente.

Essa apreciação da prova, pelo Tribunal, importará uma ponderação de todos os elementos disponíveis, designadamente, as declarações dos pacientes, e acompanhantes, se os houver, as declarações do arguido (o médico), se as quiser prestar, os elementos que constarem da ficha clínica do paciente (o art.º 40.º do CD impõe ao médico o registo dos resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo), o teor do documento escrito, contendo informações sobre a intervenção ou tratamento proposto, se o consentimento para a intervenção tratamento tiver sido prestado dessa forma, etc.

É com base em todos os elementos disponíveis que o Tribunal formará a sua convicção, sobre se o paciente foi ou não devidamente informado, nos termos determinados pelo art.º 157.º do CP, não podendo deixar de ponderar nos esclarecimentos efetivamente

⁶³⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – O Fim da Arte Silenciosa*, FDUC-CDB, 1, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p.s 113 e 114, ISBN 972-32-1316-8.

⁶³⁹ OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina – o direito do diagnóstico pré-natal*, FDUC-CDB, 1, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 233, ISBN 972-32-1316-8.

prestados ao paciente, se o médico diligenciou no sentido de confirmar o efetivo esclarecimento do paciente e se a conduta deste é, ou não, reveladora de que compreendeu as explicações que lhe foram fornecidas pelo médico.

XIII. Proposta de agravamento da medida abstrata da pena quanto ao crime doloso de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º, n.º 1, do CP).

O crime doloso de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários é atualmente punível com pena de prisão até três anos ou pena de multa (156.º, n.º 1).

Contudo, as molduras penais previstas para os crimes simples de coação (art.s 154.º, n.º 1) e de sequestro (art.º 158.º, n.º 1), que igualmente tutelam a liberdade, são agravadas, designadamente com fundamento no facto de o ofendido dever ser considerado "pessoa particularmente indefesa", "*em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*" (art.ºs 155.º, n.º 1, al. b) (1 a 5 anos de prisão), e 158.º, n.º 2, al e) (2 a 10 anos de prisão).

É a especial fragilidade da vítima (pessoa particularmente indefesa), que pode resultar de qualquer dos referidos *itens - idade, deficiência, doença ou gravidez*), que exige e justifica a sua reforçada defesa mediante a previsão do tipo agravado.

Ora, os doentes, por força dessa mesma condição, encontram-se, frequentemente, numa situação de especial fragilidade, traduzida na diminuição da sua capacidade física e/ou psicológica e em sofrimento que lhes retira a capacidade para enfrentarem e se defenderem das agressões e violações dos seus direitos, designadamente, do direito a serem devidamente esclarecidos, nos termos prescritos pelo art.º 157.º do CP, pelo que poderão (deverão) ser considerados pessoas particularmente indefesas.

Nesse caso, o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários deverá ser considerado praticado contra pessoa particularmente indefesa, com a previsão de um tipo legal agravado e moldura penal correspondente àquele crime de coação agravado, conforme é exigido pelo "acrescido desvalor da acção"⁶⁴⁰.

Afigura-se-nos justificar-se a criação de um novo tipo legal, semelhante ao do tipo legal do art.º 155.º do CP, prevendo a punição agravada do crime doloso de intervenções e

⁶⁴⁰ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 589, ISBN 978-972-32-2061-2.

tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, quando praticado "contra pessoa particularmente indefesa, *em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*".

De facto, a dignidade da pessoa humana, na qual se baseia a República Portuguesa (art.º 1.º da CRP), deve ter especial proteção quando se trate da "dignidade daqueles cuja dignidade mais facilmente poderá ser posta em causa"⁶⁴¹.

Consideramos assim inteiramente justificado o agravamento da medida abstrata da pena prevista para o crime doloso de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, contra pessoa particularmente indefesa, *em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*, que deveria passar a ser punível com uma pena de 1 a 5 anos de prisão.

A alteração ora proposta, para além de harmonizar as punições dos crimes de coação e de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, quando praticados contra pessoa particularmente indefesa, *em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*, permitirá, ainda, evitar a impunidade dos agentes do crime, de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários doloso, quer nos casos em que venha a considerar-se ser aplicável o consentimento hipotético, quer nos casos em que a conduta criminosa não ultrapasse a fase da tentativa, quer ainda nos casos em que o médico atue com desconhecimento do consentimento.

⁶⁴¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, vol. I, 2.ª ed., 2017, UCE, p. 66, ISBN 9789725405413.

CONCLUSÕES:

1 - A Constituição da República Portuguesa consagra, no seu art.º 1.º, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, do qual decorre a especial proteção de pessoas em situações de vulnerabilidade, como sucede com a generalidade dos pacientes.

2 – Diferentes instrumentos internacionais, em vigor na ordem interna Portuguesa, designadamente a Convenção do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 1997, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, a Diretiva CE sobre as boas práticas clínicas na realização de ensaios clínicos de 2001 e a Convenção de Istambul, de 11.05.2011, preveem e reforçam o entendimento de que qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser realizada depois de a pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida.

3 – Estes instrumentos revelam uma evolução significativa no sentido da autodeterminação do paciente, contra o paternalismo anteriormente vigente, consagrando a liberdade de decisão do paciente para a prática de ato médico, através da exigência do consentimento informado. Ao paciente é hoje reconhecido o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

4 - O direito penal português possui, sobre a matéria da atuação médica, uma regulamentação integrada e complementar, cujo resultado se manifesta num triângulo normativo constituído pelos art.º s 150.º sobre as *intervenções e tratamentos médico cirúrgicos*; 156.º sobre as *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*; e 157.º, sobre o *dever de esclarecimento*, todos do CP, que, designadamente, garantem, sob a ameaça da sanção penal, o direito ao *consentimento informado* do paciente.

5 – O bem jurídico protegido pelo crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* é a liberdade de decisão do doente em ser submetido a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico. O doente tem a liberdade de dispor do corpo e da própria vida, liberdade que se verifica quer na aceitação ou recusa do início do tratamento proposto, quer, também, naquelas situações em que o doente pede para que determinado tratamento seja

interrompido ou para que o tratamento cesse.

6 – Porém, porque a liberdade de dispor do corpo e da própria vida, quando se manifeste na recusa de tratamento, coloca em risco a vida ou a saúde, valores cuja dignidade importa assegurar, a lei portuguesa optou por soluções de *favor vitae vel salutis* consagrando, quer um regime privilegiado do consentimento presumido, menos exigente do que o regime geral (cfr. art.ºs 156.º/2, e 39.º, do CP), quer a figura do privilégio terapêutico, que pode justificar a ausência ou redução do esclarecimento, quando do mesmo possa resultar perigo para a vida ou grave dano para a saúde do paciente (cfr. art.º 157.º do CP).

7 – O consentimento para a realização de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico pode ser definido como o ato autorizando o médico a praticar a intervenção ou tratamento, com observância dos requisitos a que alude o art.º 150.º do CP, tratamento esse que foi anteriormente explicado ao paciente. Constitui um "*acordo*", que exclui a tipicidade do crime de tratamentos médicos arbitrários, enquanto o cumprimento dos requisitos do art. 150º exclui a tipicidade na direção dos crimes de ofensas corporais e homicídio. O consentimento compreende três elementos fundamentais: a capacidade, a voluntariedade e o esclarecimento prévio do paciente.

8 - O conteúdo do dever de esclarecimento deve ser interpretado com a exigência que decorre do termo *devidamente* que consta do texto legal, atendendo-se aos princípios e/ou exigências mais amplas subscritos pela doutrina e jurisprudência. Pressupõe a representação correta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa da intervenção. Essencial é que o médico esclareça o paciente sobre a necessidade (relativa) da intervenção, bem como o informe sobre a existência (ou não), bem como sobre as vantagens relativas, dos meios alternativos de diagnóstico ou terapia. O paciente deve também ser informado sobre as razões que militam a favor da intervenção médica, sua urgência, bem como sobre as consequências da não realização do tratamento da doença diagnosticada.

9 - Necessário é que se forneça ao paciente uma informação base que lhe transmita a noção da gravidade da doença e da intervenção proposta, que compreenda o tipo de danos que podem afetar a sua integridade física e/ou psíquica e que inclua as hipóteses de sucesso e os

riscos da intervenção. Deverão estar incluídos os riscos de verificação mais provável e os riscos cuja concretização implique consequências particularmente graves. A informação, que deverá considerar o paciente concreto a quem é dirigida por forma a habilitá-lo a exercer o seu direito à autodeterminação em matéria de saúde, será considerada adequada e suficiente quando o paciente tenha aquela noção, tanto quanto possível precisa, do tipo e da severidade da intervenção e da sua previsível condição física e psíquica subsequente a tal intervenção.

10 - Para concretização da norma de cuidado objetivo – que exige que o *paciente seja prévia e devidamente esclarecido*, torna-se indispensável o apelo aos costumes profissionais comuns ao profissional prudente, ao profissional padrão, ao cuidado objetivamente imposto pelo concreto comportamento socialmente adequado. Em suma, o critério a considerar na não observância da norma de cuidado objetivo será o da não correspondência do comportamento àquele que, em idêntica situação, teria um médico, com a especialidade e experiência profissional do médico interveniente, fiel aos valores protegidos pelo direito.

11 - Em regra, não se exige qualquer formalismo para que o consentimento traduza um ato autêntico de autodeterminação, basta que ele exista e seja manifestado, podendo ser expresso ou tácito, embora neste caso deva decorrer de factos concludentes. Normalmente é válido o consentimento oral, embora nalguns caso seja exigido o consentimento escrito.

12 - Havendo declaração de consentimento escrita, para impedir que a declaração de consentimento seja obtida por funcionário administrativo, designadamente em documento no qual conjuntamente com a recolha de dados relativos à situação e história clínica do paciente se obtém uma declaração de consentimento para intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, sem o devido esclarecimento do paciente, importa exigir, como sucede já no consentimento para a esterilização voluntária - art.º 10.º da Lei 3/84, de 24/03 - a identificação do médico que prestou as informações necessárias ao devido esclarecimento do paciente e, ainda, que o termo de consentimento escrito traduza a informação transmitida.

13 – O consentimento só é válido e eficaz quando traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido. Porém, só pode falar-se de consentimento como expressão da autonomia, quando ao respetivo autor assiste a

possibilidade fáctica de controlar a dimensão da renúncia ao bem jurídico. Tal possibilidade não existe quando a vontade do autor do consentimento está inquinada por erro *referido-ao-bem-jurídico*.

14 - Excepcionalmente, quando a informação a prestar seja suscetível de por em risco a vida do paciente ou de lhe causar grave dano à saúde física ou psíquica, pode e deve o médico restringir o âmbito das informações transmitidas, ou mesmo omitir essas informações, visando o interesse do paciente. Invocará então o *privilégio terapêutico*.

15 - Em situações de urgência, havendo perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde, com uma aplicabilidade restringida às intervenções médicas indispensáveis e que não toleram qualquer atraso, *estando o doente incapacitado de receber o esclarecimento e dar o consentimento*, e inexistindo indicação de que o paciente se oporia à intervenção, pode o médico presumir o consentimento, dispensar o esclarecimento, e realizar, imediatamente, a intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde do paciente (art.ºs 156.º, n.º 2, do CP, 47.º do CD e 8.º da CEDHBio).

16 - Ao equiparar o consentimento presumido (art.º 39.º-CP) ao consentimento efetivo (art.º 38.º-CP), o legislador está a dizer que o que releva, em definitivo, é a vontade (o que segundo o juízo *ex ante*, é suposto corresponder à vontade) e não o interesse. Portanto o interesse apenas constituirá um indício da vontade, mas não o seu critério definitivo (art.º 21.º/5-CD).

17 – O tipo legal do art.º 156.º/2, revela uma intencionalidade clara - *in dubio pro vita (ou salutis)*. De facto, do confronto entre o art.º 156.º/2 e o art.º 39.º/2, do CP, verifica-se haver, no âmbito das intervenções médicas, como que uma inversão das regras do consentimento presumido, no sentido de permitir a intervenção necessária para salvar a vida ou a saúde essencial do doente. Defende-se a ideia de benefício terapêutico e o princípio "*in dubio pro vita*", só se impondo a abstenção da intervenção médica, como se refere na parte final do n.º 2, do art.º 152.º, quando se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

18 - O consentimento pressupõe a capacidade (jurídico-penal) para consentir. Não dispõe dessa capacidade o menor de 16 anos e o que não possui o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta – art.º 38.º-3, CP. O consentimento, para a realização de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico de paciente menor (de 16 anos) ou incapaz, a prestar pelos pais ou representante legal (acompanhante, de acordo com a lei 49/2018 de 14/08), funda-se essencialmente num dever de assistência que tem como objetivo assegurar a saúde, o bem estar e a recuperação do paciente. Devendo conformar-se com a vontade real ou presumida do representado e orientar-se de acordo com os seus interesses, tendo em atenção as finalidades terapêuticas da intervenção/tratamento proposto.

19 - Não havendo possibilidade de, em tempo útil, contactar os representantes do menor ou maior incapaz deverá apelar-se ao "interesse do doente", por ser nesse sentido que deveria manifestar-se o representante do menor ou maior incapaz, devendo o médico intervir na medida e de acordo com o "interesse do doente-incapaz". Sendo que o melhor interesse do doente deverá ser a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade.

20 - A Lei 25/2012, de 16/07, regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde, que são formalizadas através de documento escrito perante o funcionário do registo nacional do testamento vital (RENTEV) ou notário. O médico deverá respeitar as orientações escritas num testamento vital ou as instruções do procurador de cuidados de saúde, como é imposto pelo art.º 6.º e era já defendido anteriormente pela maioria da doutrina.

21 – Contudo, a lei portuguesa não prevê a intervenção obrigatória de um médico, como sucede na Áustria, onde se distingue entre as declarações antecipadas de vontade vinculativas e as declarações antecipadas de vontade indicativas e onde se exige, para as primeiras, entrevista prévia com um médico.

22 – Afigura-se-nos que, também em Portugal, deveria ser exigida a intervenção obrigatória de um médico, no processo de elaboração do testamento vital e no processo de

nomeação do procurador de cuidados de saúde, porque permitirá, não só avaliar a capacidade do outorgante, mas essencialmente assegurar o seu esclarecimento sobre as consequências da sua decisão para o seu corpo, saúde e vida, no momento em que assume uma decisão tão importante para o seu futuro.

23 - Deste modo garantir-se-ia não só o controlo jurídico da diretiva antecipada de vontade, mas também a informação clínica indispensável a uma decisão livre, consciente e esclarecida, assegurando-se o equilíbrio entre o carácter vinculativo da declaração antecipada e o respeito pelos princípios do consentimento informado, permitindo uma melhor defesa das pessoas em situações de vulnerabilidade.

24 - Recentemente, uma terceira figura, a do *consentimento hipotético*, vem sendo considerada pela jurisprudência e parte da doutrina, como categoria autónoma a acrescer às duas formas tradicionais de consentimento; o *efetivo* (expresso ou concludente) e o *presumido*. No entanto, uma parte importante da doutrina é contra a aplicabilidade deste conceito como forma de desresponsabilizar os médicos.

25 - Existirá consentimento hipotético quando, apesar da insuficiência do esclarecimento, se possa sustentar que, também na hipótese de esclarecimento conforme ao direito, o paciente teria dado o seu consentimento à intervenção efetivamente levada a cabo. O comportamento hipotético do paciente deve ser analisado não de acordo com o paciente razoável mas sim tendo em conta a situação de *decisão pessoal*, ou seja, prevalece o critério do *paciente concreto*. Não basta a prova de que um paciente razoável aceitaria a intervenção, antes se exige a prova de que o *paciente concreto*, com a sua especificidade, naquele momento, naquela concreta situação, teria consentido na intervenção/tratamento proposto pelo médico.

26 – Situações há, porém, que revelam não dever ser admitido o consentimento hipotético por estarem em causa violações graves dos deveres de conduta do médico, quer seja pelo grau de culpa, quer seja por terem sido violadas formalidades essenciais, quer seja por terem sido omitidas informações fundamentais para que o doente se autodeterminasse.

27 - A figura do consentimento hipotético, que determina a quebra de conexão do risco entre um comportamento contrário ao dever (violação do dever de esclarecimento) e o resultado lesivo, não afasta a ilicitude, apenas impede a punição do agente pelo ilícito consumado. Porém, a aplicação da doutrina do consentimento hipotético ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º do CP), considerando que a pena máxima do crime não excede o limite de 3 anos, e que não está especialmente prevista a punição da tentativa, terá como consequência a não punibilidade da conduta .

28 – Sucede que os tipos legais dos crimes que igualmente tutelam a liberdade, como é o caso da coação (art.s 154º e 155.º) e do sequestro (art.º 158.º), preveem penas mais graves, designadamente, com fundamento no facto de o ofendido dever ser considerado "pessoa particularmente indefesa", "*em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez*" (art.ºs 155.º, n.º 1, al. b) (1 a 5 anos de prisão), e 158.º, n.º 2, al e) (2 a 10 anos de prisão). Sendo a especial fragilidade da vítima, que pode resultar de qualquer dos referidos itens, que justifica a sua especial defesa.

29 - A prática do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, doloso, contra pessoa particularmente indefesa, em razão da *idade, deficiência, doença ou gravidez*, revela um acrescido desvalor da ação, devendo por isso exigir-se que a pena, como sucede com a coação (art.s 154 e 155.º), seja agravada para a medida de 1 a 5 anos de prisão, solução que, para além de harmonizar a punição dos crimes de coação e de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, quando praticados contra pessoa particularmente indefesa, permitirá ainda evitar a impunidade do agente do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários doloso, contra pessoa particularmente indefesa, quer nos casos em que venha a considerar-se ser aplicável o *consentimento hipotético*, quer nos casos em que a conduta criminosa não ultrapasse a fase da tentativa, quer ainda nos casos em que o médico atue com desconhecimento do consentimento (art.ºs 23.º/1, e 38.º/4, do CP).

30 - O art.º 156.º, que pune a conduta do médico que proceda a intervenções ou tratamentos *sem consentimento eficaz do paciente*, consagra um tipo legal complexo, que contém, simultaneamente, tipos-incriminadores e tipos justificadores ou contra tipos, referindo que a ação, a realização de intervenções ou tratamentos, é típica, apenas, quando praticada *sem consentimento*, sendo então *arbitrária*. A conduta típica é preenchida com

qualquer das formas de dolo (direto, necessário ou eventual) e, ainda, quando, por *negligência grosseira*, o agente represente falsamente os pressupostos do consentimento.

31 - Haverá dolo sempre que o médico, ou não presta esclarecimentos ou, prestando os esclarecimentos a que está obrigado, sobre os diferentes itens referidos no art.º 157.º do CP, se apercebe, e sabe, que o paciente não compreendeu as explicações dadas e não se encontra devidamente esclarecido, ou pelo menos admite que o paciente não compreendeu as explicações dadas e não se encontra devidamente esclarecido, e conforma-se com essa possibilidade, e, sem lhe prestar outros esclarecimentos, obtém uma declaração de consentimento que utiliza para realizar uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, revelando uma atitude pessoal de *contrariedade ou indiferença* perante o dever ser jurídico-penal.

32 - O dolo exige a representação por parte do médico de que atua sem consentimento ou que o consentimento está inquinado por circunstância (v. g., erro) capaz de determinar a sua ineficácia. O erro sobre qualquer pressuposto da factualidade típica - v.g., a convicção de que há consentimento, de que não é necessário o esclarecimento (porque o paciente renunciou a tal esclarecimento ou é uma pessoa, à partida, esclarecida) ou que o paciente ficou devidamente esclarecido – exclui o dolo.

33 - A conduta negligente é uma ação ou omissão voluntária que realiza um facto típico não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto ou era previsível e que podia ser evitado se o agente atuasse com o devido cuidado, com a devida diligência.

34 - A essência do ilícito negligente está na forma descuidada com que o agente (o médico) pratica a ação. A violação do dever objetivo de cuidado pressupõe a previsibilidade objetiva do perigo para determinado bem jurídico e a não observância do cuidado objetivamente adequado a impedir a ocorrência do resultado típico, sendo que a previsibilidade objetiva do perigo só se afirma quando a ação praticada aparecer, à pessoa consciente e cuidadosa, como suscetível de provocar um resultado desvalioso.

35 - O erro do médico sobre a factualidade típica - desconhecimento de que o paciente

não se encontra devidamente esclarecido - embora exclua o dolo do tipo, permite o preenchimento do tipo de ilícito negligente, que se encontra expressamente previsto no tipo legal. Para tal é necessário que se verifique (Figueiredo Dias) *o conhecimento pelo agente da conexão entre a ação e o resultado, isto é, do risco por ele criado e vazado no resultado que fundamenta a imputação objetiva*, risco que é criado pela não prestação dos necessários esclarecimentos e/ou, pela não verificação de que o paciente se encontra, ou não, devidamente esclarecido, sendo que, quando não tenha logrado esclarecer devidamente o paciente, porque *poderia ter evitado o erro através de uma cuidadosa comprovação da situação justificadora, então, fica fundada uma sua eventual condenação pelo facto a título de negligência*.

36 – Entende-se ficar assim demonstrado que o médico, previamente à prática de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, tem o dever de, não só esclarecer o paciente, sobre os itens a que alude o art.º 157.º do CP, mas, também, de verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido, devendo, no caso de concluir que o paciente não se encontra esclarecido, prestar-lhe novos esclarecimentos até alcançar tal resultado.

37 - Para aferir da intensidade ou grau da negligência, relativamente ao crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, pois punível é apenas a conduta negligente do médico quando praticada com *negligência grosseira* – art.º 156.º/3, CP - importa determinar, de acordo com a doutrina do "duplo escalão", as exigências de tal conceito, quer ao nível do tipo de ilícito quer ao nível do tipo de culpa.

38 - O juízo sobre a idoneidade ou adequação da conduta do médico (intervenção ou tratamento médico-cirúrgico) deverá ter em atenção a situação concreta que se verificava no momento em que foi praticada. Terá de fazer-se um juízo de prognose póstuma, considerando todos os fatores com os quais o médico se viu confrontado.

39 - A estrutura do tipo negligente pressupõe uma parte objetiva - a infração da norma de cuidado (desvalor da ação), e uma determinada lesão ou exposição ao perigo de um bem jurídico-penal (desvalor do resultado); e uma parte subjetiva do tipo, que requer o elemento positivo de haver o agente querido a conduta descuidada, seja com conhecimento do perigo (negligência consciente), ou sem ele (negligência inconsciente), acrescido do elemento

negativo de o agente não haver querido o resultado.

40 - A intensidade da negligência é graduada em função do *quantum* de inobservância do dever objetivo de cuidado, do grau de previsão ou previsibilidade e em função da segurança ou simples probabilidade de evitar o facto ilícito se o agente tivesse agido como devia e lhe era possível.

41 - O tipo de negligência grosseira integra, quer a negligência consciente, quer a inconsciente, sendo que, esta, supõe a omissão da própria representação do resultado típico.

A verificação da negligência grosseira exige, ao nível do tipo de ilícito, que estejamos diante de uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável e, ao nível de tipo de culpa, a conduta deverá revelar uma atitude do agente particularmente censurável de leviandade, ou de descuido, perante o comando jurídico-penal.

42 - O dever de verificar se o paciente se encontra devidamente esclarecido, que é imposto ao médico pelos art.ºs 156.º, n.º 3, e 157.º do CP, é a única forma de o médico se assegurar de que o consentimento é eficaz, porque devidamente esclarecido. Se o médico não cumprir essa obrigação - de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas - não poderá saber se o paciente se encontra ou não devidamente esclarecido e, conseqüentemente, se é, ou não, válido o consentimento prestado.

43 - Nas situações em que o médico, por falta do cuidado exigível, fora de uma situação de urgência, omite qualquer esclarecimento ao paciente sobre a intervenção ou tratamento proposto, ou omite a informação sobre riscos muito graves da intervenção ou tratamento proposto, ou omite a informação sobre alternativas de intervenção ou tratamento, designadamente, se menos intrusivas e limitadoras das funções vitais, e/ou das funções sociais ou profissionais do paciente, não parece existirem grandes dúvidas de que se estará perante condutas praticadas com negligência grosseira.

44 - Importa questionar se, apesar de ter prestado os esclarecimentos adequados ao esclarecimento de um paciente “normal” ou paciente “médio”, mas não tendo conseguido esclarecer devidamente o paciente concreto, poderá ou não a conduta do médico, que pratica a

intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto, mas arbitrário, por falta do devido esclarecimento, ser considerada como praticada, pelo menos, com negligência grosseira.

45 - Dúvidas suscitam-se perante os casos em que o médico presta as informações adequadas ao esclarecimento de um paciente "normal", "médio", atendendo, designadamente, à sua cultura, idade e nível social, mas não consegue esclarecer devidamente o paciente concreto e pratica, com o consentimento do paciente, mas ineficaz, a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico proposto que, por isso, é arbitrário.

46 – O esclarecimento deve ser realizado num processo de diálogo entre o médico e o paciente no decurso do qual o médico presta os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento do caso e paciente concreto, e o paciente, através das reações e perguntas (troca de dados), fornece sinais ao médico de que compreendeu, ou não compreendeu, os esclarecimentos prestados.

47 - Constatando-se a presença de tais sinais, e sendo eles no sentido do não esclarecimento do paciente, o que poderá resultar da idade e nível cultural do paciente ou da linguagem desadequada do médico, *torna-se cognoscível e previsível*, para o médico, que o paciente não se encontra devidamente esclarecido.

48 - Neste caso, sendo *cognoscível e previsível* que o paciente não esteja devidamente esclarecido, o comportamento do médico que omite a verificação e confirmação do devido esclarecimento do paciente, e pratica a intervenção/tratamento proposto, assume particular perigosidade para o bem jurídico protegido pela norma, sendo que o resultado típico, a realização de intervenção /tratamento médico-cirúrgico arbitrário (sem consentimento eficaz) se apresenta como altamente provável, atenta a conduta adotada. Neste caso, mostra-se particularmente intensa a negligência ao nível do tipo de ilícito.

49 - Se o médico não atende a tais sinais, não verifica e confirma o esclarecimento do paciente, nem lhe presta novos e melhores esclarecimentos, se necessários, omite a conduta adequada a evitar a produção do resultado típico, o não esclarecimento do paciente, atuando sem o cuidado, a diligência e cautela exigidas, de forma a que a sua conduta poderá ser

considerada como integrando, pelo menos, o tipo de ilícito, com negligência grosseira, previsto no art.º 156.º/3, do CP.

50 - A conduta omissiva do médico surge como causadora do resultado – a falta de esclarecimento do paciente – e como causadora de dano – a lesão da autonomia do paciente face ao tratamento médico.

51 - A verificação do crime em apreço depende, ainda, de se poder concluir, ao nível do tipo de culpa que, com a sua conduta omissiva, o médico revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade, ou de descuido, perante o comando jurídico penal, violando o cuidado objetivamente imposto, não afastando o perigo nem evitando o resultado, a falta do devido esclarecimento do paciente, apesar de aquele se apresentar como pessoalmente cognoscível e este como pessoalmente evitável.

52 – Ora, se o médico não atende a tais sinais, a sua conduta revela, também, uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico penal, e poderá revelar, ainda, qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez e, assim, deverá considerar-se especialmente intensa a negligência ao nível do tipo de culpa.

53 - Por exemplo, o médico presta os esclarecimentos necessários ao devido esclarecimento de um paciente "normal", "médio", nos termos do art.º 157.º do CP, sobre a doença e tratamento proposto. Porém, o paciente concreto conta já mais de 50 anos e tem dificuldades de audição e compreensão, que são patentes. Mostra-se, por isso, cognoscível e previsível que o paciente concreto poderá não estar devidamente esclarecido, tanto mais que, durante o esclarecimento, mais de uma vez, manifestou dificuldades em ouvir e compreender as explicações do médico. Por isso, não ficou devidamente esclarecido. Apesar disso, o médico praticou a intervenção ou tratamento proposto.

54 – A conduta do médico, ao não cumprir o dever de verificar e confirmar o esclarecimento deste paciente concreto, revela uma maior graduação do ilícito, em função do especial dever de cuidado e do perigo aumentado de violação do dever de esclarecimento, por

ser altamente previsível que o paciente não havia ficado devidamente esclarecido; por outro lado, o médico revela, com a sua conduta, uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido perante o comando jurídico-penal, mostrando qualidades particularmente censuráveis de irresponsabilidade e insensatez. Deve, assim, considerar-se que a conduta foi praticada com negligência grosseira.

55 - O consentimento informado é, precisamente, o objeto de tutela da norma penal. A violação do dever de cuidado, que pode resultar quer da ausência/insuficiência da informação, quer da omissão de verificar se o interessado compreendeu a informação prestada, é determinante da prática do facto ilícito - intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário – pois a falta de esclarecimento do paciente foi causada pela referida violação do dever de cuidado.

56 - Em direito penal vigora o princípio processual da *presunção de inocência* do arguido (do médico) do qual decorre que o processo penal deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado. De acordo com o referido princípio, não pode haver "pré-juízos", antes do início da audiência de julgamento, porque, se orientados no sentido da tese da acusação, podem conduzir à violação do princípio *in dubio pro reo* e, em última análise, a uma violação do princípio da *presunção de inocência*. A *presunção de inocência* implica, em matéria de ónus da prova, que a prova da culpa recaia sobre o Ministério Público ou o assistente; no sistema inquisitorial, onde a procura da verdade incumbe ao juiz, este princípio reclama para o acusado o benefício da dúvida.

57 - Em matéria de julgamento da prova a nossa lei processual penal consagrou o *princípio da livre apreciação*, de acordo com o qual *a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente*. Esta liberdade na apreciação da prova não pode contudo conduzir a uma operação puramente subjetiva, emocional e, portanto, imotivável. Há de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objetivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efetiva motivação

da decisão. A livre convicção do juiz deve ser objetivada através da exposição das razões pelas quais se aderiu a uma determinada versão da realidade.

58 - Uma tal convicção existirá quando, e só quando, o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável.

59 - As eventuais dificuldades na apreciação da prova, sobre se o paciente foi, ou não, *devidamente esclarecido* sobre a intervenção ou tratamento proposto, quanto aos itens a que alude o art.º 157.º do CP, não obstam a que o Tribunal possa chegar a uma decisão segura e devidamente fundamentada, da qual constem os motivos de facto e de direito que justificam o sentido da decisão, de modo a que, por um lado, seja compreensível o raciocínio que lhe está subjacente e, por outro lado, o seu destinatário a possa compreender e, sobretudo, apreciá-la criticamente.

60 - Essa apreciação da prova pelo Tribunal importará uma ponderação de todos os elementos disponíveis, designadamente, as declarações dos pacientes e acompanhantes, se os houver, as declarações do arguido (o médico), se as quiser prestar, os elementos que constarem da ficha clínica do paciente, o teor do documento escrito, contendo informações sobre a intervenção ou tratamento proposto, se o consentimento para a intervenção tratamento tiver sido prestado dessa forma. É com base em todos os elementos disponíveis que o Tribunal formará a sua convicção, sobre se o paciente foi ou não devidamente informado, não podendo deixar de ponderar se o médico diligenciou no sentido de confirmar o efetivo esclarecimento do paciente e se a conduta deste é, ou não, reveladora de que compreendeu as explicações que lhe foram fornecidas pelo médico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AFONSO, Luís Fernando Barateiro, *Dever de Esclarecimento do Médico e Dever de não Esclarecer, na perspetiva jurídico-penal* – art.º 157.º do Código Penal, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, in <http://hdl.handle.net/10400.14/27144>.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, 3.ª edição, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde*, Direito da Saúde e da Bioética, Lisboa, 1996.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5.ª edição, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 1999.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *O Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, reimpressão, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *O Consentimento em Direito Penal Médico – o Consentimento Presumido*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano14, Janeiro - Junho 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, reimpressão, Coimbra Editora 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo*

Penal, Coimbra Editora, Reimpressão, 2006.

– ANDRADE, Manuel Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, com a colaboração do Prof. Antunes Varela, nova edição revista e atualizada pelo Dr. Herculano Esteves.

– BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Anotada, Almedina, 2016, 5.^a edição.

– BRITO, Teresa Quintela de, *A Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002.

– CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, Coimbra Editora, vol. 1.º, 4.^a edição, 2007.

– CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 3.^a edição, 2016.

– CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, para uso dos alunos do 2.º ano do curso jurídico de 1980/81.

– CASTRO, Jorge Rosas de, *Consentimento Informado – Consentimento Informado e Medicina Defensiva*, Revista Julgar, Número Especial, 2014.

– COSTA, José de Faria, – “O Fim da Vida e o Direito Penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueireco Dias*, Coimbra Editora, 2003.

– CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime, Uma Perspetiva da Ciminalização e da Descriminalização*, UCP Editora, 1995.

– CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Algumas considerações sobre a

responsabilidade médica por omissão”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

– CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Vida Contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal (conflito entre o dever de salvar ou o interesse em sobreviver)*, Coimbra Editora, 2009.

– CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Das Omissões Ilícitas no Exercício da Medicina”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal* –Coimbra Editora, 2010.

– CUNHA, J.M. Damião da, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, (tomo II – art.º 283.º), Coimbra Editora, 1999.

– DIAS, Jorge de Figueiredo/Monteiro, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental*, *Scientia Iuridica*, XXXIII, 8-9, 1984.

– DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Problema da Ortotanásia, Introdução à sua Consideração Jurídica”, in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológico, Morais e Jurídicos*, Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, Porto, 1973.

– DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra 1974.

– DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, 2.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

– DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1969.

– ESCOBEDO, Crisol, GUERRERO, Javier, LUJAN, Abril Ramirez, SERRANO, Diana, *Ethical Issues with Informes Consent* (University of Texas at el Paso),

Fall 2007, <http://cstep.cs.utep.edu/research/Ezine-EthicalIssueswithInformedConsent.pdf>, consultado em 03/Dez/2016.

– FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal Por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 13, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005.

– FIDALGO, Sónia, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018.

– FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Aspectos Jurídico Penais dos Transplantes*, Universidade Católica Portuguesa, Editora, 1995.

– FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, Univerddidade Católica Editora Porto, 2017.

– FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, 2005.

– FARIA, Maria Paula Leite Ribeiro de, “A Responsabilidade Penal do Médico Pelo seu Erro”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010.

– FRAGATA, José, MARTINS, Luís, *Temas de Direito da Medicina – O Erro em Medicina. Perspectiva do Indivíduo*, FDUC-CDB, 1, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2005, p.s 289 e ss..

– FRISCH, Wolfgang, “Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico Cirúrgicas”, tradução, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano14, Janeiro - Junho 2004.

– GARCIA, Diego, *Consentimento Informado* – “La Construcción de la

Autonomia Moral”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

– GASPAR, António Henriques, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Colectânea de Jurisprudência, 1978, ano III, t. 1.

– GODINHO, Inês Fernandes, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Autodeterminação e Morte Assistida na Relação Médico-Paciente*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013.

– GOMES, D. António Ferreira, “A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz”, *Direito e Justiça*, 1980.

– GOMES, Joaquim Correia, “Consentimento Informado – Constituição e Consentimento informado: Portuga”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

– GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa - Direitos Fundamentais*, Quid Juris, 2013.

– JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta Edición, Editorial Comares – Granada, 1993.

– LAGO, José Manuel Busto, *Consentimento Informado – Consentimiento Informado y Responsabilidad Civil*, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

– LLERENA, Viviana García, “Consentimento Informado – Decisiones de Representación em España”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

– LOPES, José António Mouraz, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português, Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Teses, Almedina, 2011.

– MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina Coimbra, 1983.

- MALANDA, Sergio Romeo, “Consentimento Informado – Consentimiento Informado y Responsabilidad Penal”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- MATOS, Mafalda Francisco, *O problema da (Ir)relevância do Consentimentos dos Menores em Sede de Cuidados Médicos Terapêuticos*, FDUC,CDB, 21, Coimbra Editora 2013.
- MELIÁ, Manuel Cancio, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana – Consentimiento en el Tratamiento Médico y Autonomía*, Coordenação José Faria Costa; Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Universidade Católica Editora, 2.^a edição, 2017.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007.
- MONTE, Mário Ferreira, “Da Relevância Penal de Aspectos Onto-axiológico-normativos na Eutanásia – Análise Problemática”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010.
- MONTEIRO, Filipe, *Acto Médico: Os Condicionismos e os Preceitos*, in *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 75, Janeiro de 2007.
- NEGRI, Stefania, *Consentimento Informado – “El Consentimiento Informado en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo dos Derechos Humanos”*, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- NEVES, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal* (ed. Policopiada), Coimbra 1968.

- NEVES, António Brito, “Terapêuticas não Convencionais: Responsabilidade Jurídico-Penal, Anatomia do Crime”, *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, Julho/Dezembro 2014.
- NICOLAS, Guy, *A Responsabilidade Médica*, Instituto Piaget, tradução, Lisboa 1990.
- NUNES, Rui, *Consentimento Informado – Consentimento Informado na Prática Clínica*, Revista Julgar, Número Especial, 2014.
- OLIVEIRA, Edmundo de, *Deontologia, erro Médico e Direito Penal*, E. Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – O fim da arte silenciosa*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 1, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2005.
- OLIVEIRA, Guilherme, *Temas de Direito da Medicina - O Direito do Diagnóstico Pré-Natal*, FDUC-CDB, 1, Coimbra Editora, 2005, 2.ª edição, p.s 217 e ss., ISBN 972-32-1316-8.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina – Recensão de José Fragata e Luís Martins – O erro em Medicina: Perspectiva do indivíduo, da organização e*

da sociedade, FDUC-CDB, 1, Coimbra Editora, 2.^a edição, 2005.

– OTERO, Paulo, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, coord. Jorge B. Gouveia e Francisco P. Coutinho, Quid Juris, 2013.

– PATRÍCIO, Rui, *A presunção de inocência no julgamento em processo penal. Alguns problemas*, Almedina, 2019.

– PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestadas em Formulários: Uma Proposta Para o seu Controle Jurídico*. Boletim da Faculdade de Direito, de Coimbra, 76, 2000.

– PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, 2005.

– PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Civil dos Médicos - O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 11, Coimbra Editora, 2005.

– PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, em 18.07.2008, in <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

– PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte*, Coimbra Editora, 2010.

– PEREIRA, André Dias, “Consentimento Informado – Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

- PINA, J. A. Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.º ed., Lidel, 2003.
- PINTO, Carlos da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão básica das lições do ano letivo de 1972-73, na Faculdade de Direito de Coimbra, composição dactilográfica e impressão em offset, João Abrantes, 1973.
- RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Acto Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Internamento “Voluntário” de Interditos: Os Poderes do Representante Legal”, *Revista do Ministério Público*, n.º 138, Abr-Jun 2014.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 6, Coimbra Editora, 2002.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, 2007;
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *A Negligência Médica à Luz do Direito Penal*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2016, II.
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado Para o Acto Médico, no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra Editora, 2001.
- SÁEZ, Carolina Pereira, “Consentimento Informado – Constitucion y Consentimiento Informado. España”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- SANTANA, Selma Pereira de, “A Negligência Grosseira: Contributo para a Discussão Sobre a Sua Autonomia Material”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

- SANTANA, Selma Pereira de, *Negligência Grosseira, a sua autonomia material*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2005.
- SANTOS, M. Simas/ HENRIQUES, M. Leal, *Noções Elementares de Direito Penal*, 2.^a ed., 2003, Rei dos Livros.
- SEOANE, José António, “Consentimento Informado – Apresentação”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- SEOANE, José António, “Consentimento Informado – Planificación Antecipada de la Atención e Instruciones Previas en Espanha”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II, 4.^a edição, Editorial Verbo, 2008.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, I, Verbo, 6.^a edição.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, 2015.
- SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, Anotada*, Edições Cosmos, 1997.
- SILVA, Paula Martinho da, “A Relevância Ético-Jurídica do Consentimento Informado”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte* Coimbra Editora, 2010.
- SOARES, Jorge, “Mors Certa, Hora Incerta (ou hora certa?) Valores, Direitos, Escolhas”, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2010.

- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1984.
- VIDAL, Azucena Couceiro, “Consentimento Informado – Constitucion y Consentimiento Informado. España”, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.
- VÍTOR, Paula Távora, *Consentimento Informado – “O Apelo de Ulisses – O Novo Regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa”*, *Revista Julgar*, Número Especial, 2014.

Principal Jurisprudência consultada:

Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. STJ, de 2015.06.16 (Mário Mendes), proc. 308/09.0TBCBR (CJ, STJ, 2015, II, p. 118 e ss.).
- Ac. STJ, de 2015.06.02 (Maria Clara Sottomayor), proc. 1263/06.3TVPRT (CJ, STJ, 2015, II, p. 102 e ss.).
- Ac. STJ, de 2015.05.28 (Abrantes Geraldés), (CJ, STJ, 2015, II, p. 269 e ss.).
- Ac. STJ, de 2015.10.29 (Tomé Gomes), (CJ, STJ, 2015, III, p. 265).
- Ac. STJ, de 2015.03.12 (Hélder Roque), proc. 1212/08.4TBBCL (CJ, STJ, 2015, I, p. 160 e ss.).
- Ac. STJ, de 2017.11.02 (Maria dos Prazeres Beleza), proc. 23592/11.4T2SNT.L1S1, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.
- Ac. STJ, de 2014.10.09 (João Bernardo), proc. 3925/07.9TVPRT (CJ, STJ, 2014, III, p. 47 e ss.).
- Ac. STJ, de 18.03.2010 (Pires da Rosa), proc. 301/06.4TVPRT.P1.S1, in <http://www.djsi.pt/jstj.nsf>.
- Ac. STJ, de 15.10.2009 (Rodrigues dos Santos), proc. 08B1800, in <http://www.djsi.pt/jstj.nsf>.
- Ac. STJ, de 04.10.2001 (Carmona da Mota), proc. 1801/01 (CJ, STJ, 2001, III, p. 182 e ss.).

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Ac. da Relação de Coimbra, de 2015.10.13 (Jorge Arcanjo), proc. 920/11.7TBCBR (CJ, 2015, IV, p. 23 e ss.).
- Ac. da Relação de Coimbra, de 2014.11.11 (Jorge Arcanjo), proc. 308/09.0TBCBR (CJ, 2014, V, p. 5 e ss.).

Tribunal da Relação de Évora:

- Ac. da Relação de Évora, de 2010.04.08 (Correia Pinto), proc. 683/05.5TAPTG.E1, in <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf>.
- Ac. da Relação de Évora, de 2007.04.19 (Abrantes Mendes), proc. 322/04.1TBPTM, (CJ, 2007, II, p. 247 e ss.).

Tribunal da Relação de Guimarães:

- Ac. da Relação de Guimarães, de 2011.06.27 (Nazaré Saraiva), proc. 667/08.1TEVCT (CJ, 2011, III, p. 303 e ss.).
- Ac. da Relação de Guimarães, de 2012.09.27 (Rita Romeira), proc. 330/09.6TBPTL.G1, in <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf>.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. da Relação de Lisboa, de 2015.12.02 (Maria Rosário Morgado), proc. 633/12.2TVLSB (CJ, 2015, V, p. 107 e ss.).
- Ac. da Relação de Lisboa, de 2018.11.27 (Micaela Sousa), proc. 18450/16.9T8LSB.L1, in <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur>.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 2007.01.30 (José Adriano), proc. 5335/2006-5, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 2007.12.18 (Emídio Santos), proc. 5965/2007-5, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 2011.12.15 (Pedro Martins), proc. 5485/09.7TVLSB.L1-2, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 2008.06.26, (Ezaguy Martins), proc. 4450/2008.2, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>.

Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. da Relação do Porto, de 2011.02.24 (Filipe Carço), proc. 674/2001.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>.
- Ac. da Relação do Porto, de 2012.03.01 (Filipe Carço), proc. 9434/06.6TBMTS.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>.

ÍNDICE:

A responsabilidade criminal do médico pela realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.....	1
Epigrafe.....	4
Dedicatória.....	5
Agradecimentos.....	6
Nota prévia: Problema central da dissertação.....	7
Lista das principais siglas e abreviaturas utilizadas.....	8
Resumo/Abstract.....	9
Parte 1.....	12
Introdução.....	13
I. Evolução histórica da relação entre médico e doente e a doutrina do consentimento informado.....	13
II. A defesa da dignidade dos doentes e o direito à sua autodeterminação.....	16
III. O consentimento informado no ordenamento jurídico internacional.....	23
IV - O bem jurídico protegido no crime de "intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários" - art.º 156.º do CP.....	26
Parte 2.....	37
O consentimento e acordo.....	38
V. O consentimento.....	38
V.1. O consentimento enquanto causa de exclusão da ilicitude e enquanto causa de atipicidade (acordo).....	39
V.1.1. O consentimento que exclui a ilicitude.....	39
V.1.1.1. Fundamento da relevância jurídico-penal do consentimento que exclui a ilicitude.....	40
V.1.1.2. Pressupostos de eficácia do consentimento justificante.....	

V.1.1.3. O carácter pessoal. A capacidade e a falta de liberdade da vontade. A disponibilidade do bem jurídico.....	42
V.1.1.4. O conteúdo do conceito “bons costumes”.....	43
V.1.1.5. Quanto às lesões ligeiras.....	45
V.1.1.6. Quanto às lesões graves. A eutanásia passiva e ativa.....	47
V.1.2. O acordo que afasta a tipicidade. Posição adotada.....	49
	57
Parte 3.....	
Autodeterminação e dever de esclarecimento.....	61
VI. A autodeterminação do doente.....	62
VI.1. O ato de autodeterminação.....	62
VI.2. A capacidade, a incapacidade e a representação.....	62
VI.2.1 A capacidade.....	62
VI.2.2. A incapacidade. O paciente com capacidade diminuída.....	62
VI.2.3. A representação.....	65
VI.2.4. A falta de liberdade da vontade.....	70
VI.2.5. Exceções à liberdade individual ao tratamento médico.....	71
VI.2.5.1. Os cuidados de saúde coativamente impostos a reclusos.....	72
VI.2.5.2. Os cuidados de saúde aos portadores de anomalia psíquica.....	72
VI.3.O dever de esclarecimento, art.º 157.º do CP.....	77
VI.3.1. O dever de esclarecimento como dever profissional.....	78
VI.3.2. O dever de esclarecimento enquanto questão central do regime das intervenções médico-cirúrgicas.....	80
VI.3.2.1. O dever de esclarecimento dos profissionais que apliquem as terapêuticas não convencionais.....	81
VI.3.3. Ausência de regra geral sobre o modo de cumprir o dever de esclarecimento.....	85
VI.3.4. Finalidade do esclarecimento.....	87

VI.3.5. Destinatário do esclarecimento.....	90
VI.3.6. O esclarecimento bastante. Intensidade do esclarecimento.....	92
VI.3.7. Dever de verificar o esclarecimento do doente.....	96
VI.3.8. O esclarecimento da equipa médica.....	108
VI.3.9. O formalismo.....	109
VI.3.9.1. O consentimento documentado como mecanismo da medicina defensiva.....	116
VI.3.10. Exceções ao dever de informar.....	118
a) Situações de urgência.....	120
b) Renúncia ao direito de esclarecimento.....	120
c) Paciente já informado, em razão da sua profissão ou da sua experiência com a doença.....	123
d) Dever de não esclarecer. “O privilégio terapêutico”.....	125
VI.4. A falta de conhecimento do consentimento.....	125
VI.4.1. Elementos subjetivos dos tipos justificadores. O art.º 38.º, n.º 4, do CP..	129
VI.4.2.A prática de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos por médico que desconhece o consentimento.....	129
	131
Parte 4.....	
VII – O Consentimento e Acordo Inquinados por Erro do Portador do Bem Jurídico. Diferenças de Regime.....	133
VII.1. Generalidades.....	134
VII.2. A autonomia referida ao bem jurídico, como critério de enquadramento do erro.....	134
VII.2.1. O erro referido ao bem jurídico.....	136
VII.2.2. O erro não referido ao bem jurídico.....	139
VII.3. Acordo e erro do titular do bem jurídico. No crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.....	141
VII.4.O erro sobre a identidade e a qualificação do agente, no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.....	142

PARTE 5.....	146
O consentimento presumido.....	
VIII. O consentimento presumido.....	149
VIII.1. O consentimento presumido. Noção.....	150
VIII.2. Fundamento do consentimento presumido.....	150
VIII.2.1. O consentimento presumido, no art.º 39.º do CP.....	150
VIII.2.2. O consentimento presumido, no art.º 156.º, n.º 2, do CP.....	151
VIII.2.3. Características do consentimento presumido: <i>A subsidiariedade e o</i> <i>favor vitae vel salutis</i>	152
VIII.3. Requisitos de eficácia do consentimento presumido. Presunção referida ao momento do facto e o primado da autonomia do paciente.....	157
VIII.4. As diretivas antecipadas de vontade e o paciente com capacidade diminuída.....	160
VIII.4.1. As diretivas antecipadas de vontade, sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde.....	163
VIII.4.1.1. O testamento do paciente e a procuração de cuidados de saúde.....	
VIII.4.1.2. Apreciação crítica da solução da lei portuguesa.....	163
	170
Parte 6.....	172
O consentimento hipotético.....	
IX - O consentimento hipotético.....	175
IX.1. O consentimento hipotético. Noção.....	176
IX.2. O consentimento hipotético no direito alemão.....	176
IX.3. O consentimento hipotético noutros ordenamentos jurídicos.....	176
IX.4 O consentimento hipotético no direito português.....	177
IX.5. Diferenças entre o consentimento presumido e o consentimento hipotético.....	182
	186
Parte 7.....	191
Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.....	
X – Sobre o conceito e elementos do crime.....	

X.1. O tipo subjectivo.....	
X.1.1. Sobre o conceito jurídico-penal de dolo do tipo.....	193
X.1.2. Sobre o conceito jurídico-legal de tipo negligente.....	194
X.1.3. A previsibilidade objetiva do perigo e a não aceitação do facto típico.....	194
X.1.4. A violação do dever objetivo de cuidado ou a diligência objetiva.....	197
X.1.4.1.	197
X.1.5. O erro que exclui o dolo. Pressupostos do art.º 156.º, n.º 3.....	199
X.1.6. Sobre o conceito jurídico-penal de culpabilidade, culpa ou censurabilidade.....	208 213
X.1.7. Sobre o tipo de culpa dolosa e negligente.....	217
X.1.8. Sobre o tipo de justificação e o tipo de desculpa.....	219
X.1.8.1. Sobre a atipicidade e o tipo de justificação.....	
X.1.8.2. Sobre o tipo de desculpa.....	221
X.1.9. Intensidade ou graus de negligência: A negligência grosseira.....	224
XI. O ónus da prova do cumprimento do dever de esclarecimento.....	227
XII. O princípio da livre apreciação da prova.....	227
XIII. Proposta de agravamento da medida abstrata da pena, quanto ao crime doloso de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º, n.º 1, do CP.....	230 231 240 244
Conclusões.....	
Referências Bibliográficas.....	
Principal Jurisprudência consultada.....	256
Índice.....	258
	272
	283
	286