



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Tomás Torres Padilha Dias Cravo

**O REGIME JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS PARA AS
INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-
CIRÚRGICOS**

**O ASPETO DO DIREITO AO CONSENTIMENTO LIVRE
E INFORMADO**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela
Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Tomás Torres Padilha Dias Cravo

**O Regime Jurídico-Penal Português Para as Intervenções e Tratamentos
Médico-Cirúrgicos – O Aspeto do Direito ao Consentimento Livre e
Informado**

The Portuguese Criminal Legal Regime for Medical-Surgical Interventions and
Treatments – The Aspect of The Right to a Free and Informed Consent

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências
Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)

Orientadora: Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo

Coimbra, 2022

Agradecimentos:

Aos meus pais, por todo o apoio incondicional. A vocês devo, eternamente, tudo.

À Professora Doutora Sónia Fidalgo, por toda a sua disponibilidade e aconselhamentos ao longo da realização desta dissertação.

“É parte da cura o desejo de ser curado.”

- Sêneca

Resumo

Procurou-se na presente dissertação fazer uma análise interpretativa do regime jurídico-penal português para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Resultando este regime de um sistema de complementaridade normativa dos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal Português, procedeu-se a uma análise individual de cada norma e a respetiva função de integração que assume no regime.

Concluiu-se resultar da conjugação dos preceitos que compõem este regime a concretização da proteção penal do bem jurídico "liberdade de dispor do corpo e da própria vida" (enquanto expressão do direito à autodeterminação que é reconhecido como um direito fundamental nos artigos 25.º, 26.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa) através do reconhecimento e proteção do direito do paciente ao consentimento livre e informado relativamente à sua submissão a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Contudo constatou-se não ser o direito ao consentimento livre e informado um direito absoluto, existindo exceções resultantes do ordenamento jurídico-penal e de outras regulamentações legais relativamente quer apenas ao dever de esclarecimento do médico, quer ao integral dever de obter o consentimento informado do paciente.

Apurou-se ainda que a existência de certas situações de incapacidades para consentir configuram também uma limitação ao exercício deste direito pelo paciente, pelo que procurou-se averiguar qual a forma que o sistema normativo português oferece para ultrapassar essas incapacidades para consentir.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários; Dever de esclarecimento; Direito ao consentimento livre e informado; Exceções ao direito ao consentimento livre e informado; Incapacidades para consentir em ato médico.

Abstract

The present dissertation aimed to do an interpretive analysis to the portuguese criminal legal regime for medical-surgical interventions and treatments. Resulting this regime from a normative complementarity system of the articles 150.º, 156.º and 157.º of the Portuguese Penal Code, an individual analysis of each article and the respective integration function that they assume in the regime was carried out.

It was concluded to result from the conjugation of the articles that make up this regime the realization of the criminal protection of the legal interest “freedom to self-determination over the body and over the own life” (as na expression of the right to self-determination that is recognized as a fundamental right in the articles 25.º, 26.º and 27.º of the Constitution of the Portuguese Republic) through the recognition and protection of the patient’s right to a free and informed consent regarding his submission to medical-surgical interventions and treatments. However due to the existing of exceptions either for only the duty of clarification or either for the integral duty to obtain the patient’s informed consent that result from the criminal legal system and from other legal regulations, it was found that this right to a free and informed consent is a not an absolute right.

It was yet found that the existing of certain situations of incapacities to consent also configure a limitation to the exercise of this right by the patient and because of that it was looked for to find out which ways does the portuguese normative system offers to overtake those incapacities to consent.

KEY WORDS: Criminal Law; Medical-surgical interventions and treatments; Arbitrary medical-surgical interventions and treatments; Duty of clarification; Right to a free and informed consent; Exceptions to the right to a free and informed consent; Incapacities to consent in medical act.

Lista de abreviaturas e siglas

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

BGH - Bundesgerichtshof

CC - Código Civil

CDHBio - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CDOM - Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Cfr. - Conforme

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto Lei

ERS - Entidade Reguladora da Saúde

n.º - número

ob. cit - obra citada

p. - página

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	10
Capítulo 1: O artigo 150.º do Código Penal (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos).....	11
1.1 A evolução do regime português.....	11
1.2 O regime atual para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.....	13
1.3 Elementos que compõem o conceito do artigo 150.º	15
1.3.1 A indicação médica	15
1.3.2 A realização segundo as <i>leges artis</i>	19
1.3.3 A qualidade do agente	20
1.3.4 A finalidade terapêutica.....	22
1.4 Alguns exemplos de intervenções excluídas do conceito do artigo 150.º.....	24
Capítulo 2: A incriminação do artigo 156.º do Código Penal (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgico arbitrários)	26
2.1 O caminho percorrido até esta incriminação autónoma	26
2.2 O bem jurídico protegido.....	28
2.3 A remissão para o artigo 150.º	30
2.4 A fragmentaridade da tutela penal deste regime	31
2.5 A ação típica.....	33
2.6 O tipo subjetivo.....	37
2.7 As formas especiais do crime e o procedimento criminal	37
Capítulo 3: O artigo 157.º do Código Penal (Dever de esclarecimento).....	39
3.1 O consentimento esclarecido	39
3.2 A evolução legislativa desta norma	40
3.3 O conteúdo do dever de esclarecimento.....	41
3.4 O modo de prestar o dever de esclarecimento	43
Capítulo 4: O direito ao consentimento livre e informado	45
4.1 O reconhecimento do direito ao consentimento livre e informado	45
4.2 Exceções ao dever de esclarecimento	48
4.2.1 O direito a não saber	49
4.2.2 O privilégio terapêutico	51
4.3 Exceções ao dever de obter o consentimento.....	54
4.3.1 As situações de urgência.....	54
4.3.2 As intervenções expandidas	55
4.3.3 Limite às alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 156.º	56
4.3.4 As autorizações legais	57
4.4 Incapacidades para consentir	58
4.4.1 Menores.....	58

4.4.2 Adultos submetidos ao regime jurídico do maior acompanhado.....	61
Conclusão.....	63
Bibliografia.....	65
Jurisprudência.....	67

Introdução

É de forma incontestável que todos reconhecemos a extrema importância do fim terapêutico alcançado pela medicina, seja na prevenção, seja no diagnóstico ou no tratamento de enfermidades a que todos, incontornavelmente, nos encontramos sujeitos.

Contudo, a prática da medicina materializada na sua vertente terapêutica suscita, na ótica do Direito Penal, importantíssimas questões de natureza axiológico-normativa. Como sabemos o Direito Penal encontra a sua finalidade na proteção de bens jurídicos fundamentais, criminalizando as condutas que lesem ou ameacem esses bens jurídicos. Assumindo assim uma relação de complementaridade com a Constituição da República Portuguesa, o Direito Penal materializa então a proteção dos bens jurídicos definidos como fundamentais pela nossa Constituição e, por consequência, dignos de proteção penal.

A atividade médica na forma de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos compreende uma efetiva intromissão por parte do médico em bens jurídicos fundamentais do paciente: a sua integridade física, a sua vida e em alguns casos a sua própria liberdade/autodeterminação, com respetiva proteção constitucional nos artigos 24.º, 25.º, 26.º e 27.º. É em face desta referida intromissão que se revela pertinente realizar uma análise à forma como o Direito Penal disciplina e conseqüentemente concretiza a proteção penal da vida, integridade física e liberdade dos pacientes e desse modo disciplina a atividade médica no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas.

É sob este mote que a presente dissertação consiste numa decomposição-interpretativa do atual regime jurídico-penal português positivado para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, designadamente através de uma exposição e interpretação dos preceitos que compõem este regime e da respetiva evolução histórica, axiológica e legislativa até ao regime atual que vigora entre nós.

Capítulo 1: O artigo 150.º do Código Penal (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos)

A atividade médica pressupõe uma interação com bens jurídicos fundamentais do paciente, nomeadamente a sua vida, a sua integridade física e a sua própria liberdade, pelo que uma atuação negligente do médico poderá acarretar a sua punição a título de ofensa à integridade física negligente (art. 148.º do CP) ou mesmo a sua punição a título de homicídio por negligência (art. 137.º do CP). Contudo, o Direito Penal reconhece a avultada importância do ponto de vista social da atividade médica, pelo que o nosso CP através do regime consagrado no art. 150.º do CP estabelece um tratamento diferenciado e, por conseguinte, privilegiado para a atividade médica ¹.

1.1 A evolução do regime português

Até à entrada em vigor do CP de 1982, que positiva pela primeira vez o atual regime das intervenções médico-cirúrgicas, a ausência de um regime nesta matéria originava que as intervenções médicas fossem, na vigência do antigo código de 1852, qualificadas como ofensas corporais típicas pela doutrina e jurisprudência ². A sua ilicitude poderia contudo ser afastada, na vigência do CP de 1852, invocando-se o exercício de um direito (n.º 4 do art. 44.º) sendo esta uma causa de justificação dependente do consentimento do paciente ³.

É então com a aprovação do CP de 1982 que o legislador penal, nos arts. 150.º, 158.º e 159.º de tal diploma, adota e consagra a tese defendida, na primeira metade do séc. XX, por MEZGER, o qual sustentava que *“As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da atividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidos como tratamentos arbitrários”* ⁴. Por sua vez CAVALEIRO DE FERREIRA, já em respeito às soluções do Código de 1982, conclui então ser o

¹ Neste sentido, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coleção do Centro de Direito Biomédico 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.37.

² Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora 1999, p. 304 §6.

³ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal, (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, 1991, p. 451.

⁴ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º, n.º 1, Do Código Penal – Uma Jóia Preciosa no Direito Penal Médico*, in *JULGAR – N.º 21 – 2013*, Coimbra Editora, p. 12.

consentimento do paciente uma condição do exercício da medicina no concreto caso e não uma causa de justificação ⁵.

A consagração deste regime pelo CP de 1982 surge assim como uma solicitada e aclamada solução para a problemática que até então se verificava. Problemática esta despertada pela ausência de uma qualificação e regulamentação jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas que, até à entrada em vigor do CP de 1982, motivava diversas críticas, na medida em que esta ausência legislativa revelava-se inaceitável por não ser capaz de oferecer uma digna proteção ao médico que, no decorrer da sua atividade profissional, interage diretamente com a integridade física dos seus pacientes. Como ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES afirma: *“A não existir uma barreira de contenção, uma fortaleza que isole o médico do campo das eventuais agressões à sua dignidade pessoal e profissional, ele inexoravelmente cairá nas malhas jurídicas das ofensas à integridade física”* ⁶.

Por sua vez também a Reforma de 1995 (operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março) introduziu significativas modificações ao regime estabelecido para as intervenções médico-cirúrgicas pelo CP de 1982, nomeadamente a revogação do n.º 2 e 3 do art. 150.º anteriormente estabelecidos pela versão de 1982 ⁷.

Por sua vez elogiava COSTA ANDRADE estas modificações, criticando o autor a opção do legislador penal do CP de 1982 em introduzir, no art. 150.º, uma incriminação autónoma sendo este um preceito puramente definitório. Evidenciava ainda o autor ser esta norma desnecessária, tendo em conta que, por força do n.º 1 do art. 150.º, a violação da *leges artis* já remeteria, por si, os factos para o âmbito das lesões corporais típicas ⁸. Contudo, as modificações operadas pela reforma de 1995 acabariam por ser repristinadas pelo legislador penal através das modificações produzidas pela Lei n.º 65/98, de 02 de Setembro, mediante a introdução do atual n.º 2 do art. 150.º.

Por fim, importa ainda assinalar que o atual modelo normativo português apresentado pelos arts. 150.º, 156.º e 157.º do CP face às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos no sentido da proclamação da sua atipicidade na perspetiva das ofensas corporais e da sua

⁵ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 304 §6.

⁶ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 12.

⁷ O n.º 2 preceituava que *“Se da violação das leges artis resultar um perigo para o corpo, a saúde ou a vida do paciente, o agente será punido com prisão até 2 anos”*, estipulando o n.º 3 que o procedimento criminal desta infração estava dependente de queixa.

⁸ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 304,305 §7.

punição como crime autónomo contra a liberdade quando realizadas de forma arbitrária resultou, em larga medida, dos contributos e influências prestados pela experiência doutrinal e jurisprudencial germânica na criação deste modelo normativo ⁹. Foram de facto os dois projetos da reforma do Código Penal Alemão que na década de sessenta propuseram uma modificação relativa à matéria das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, assentando essa modificação na consagração de um novo regime que realizava uma proteção diferenciada de dois autónomos e distintos bens jurídicos: por um lado a integridade física (vida e saúde) e por outro lado a autodeterminação pessoal no sentido da liberdade de dispor do corpo e da própria vida ¹⁰, pelo que entendia a doutrina germânica não restar outra solução que não a de efetuar uma separação em sede da tipicidade da tutela da integridade física da tutela do direito à autodeterminação, criando então um novo tipo de crime relativo às intervenções arbitrárias que não integrasse os tipos das ofensas corporais ¹¹.

1.2 O regime atual para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

É no Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal (CP) que se encontram tipificados os crimes contra a integridade física, onde encontramos então o ponto de partida de todo este regime jurídico-penal a cuja análise se vai proceder, surgindo então o art. 150.º do CP que por sua vez não só apresenta o conceito de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos como determina a atipicidade de tais intervenções no que aos crimes contra a integridade física diz respeito.

O que esta norma consagra é então uma causa de exclusão da tipicidade e não uma causa de exclusão da ilicitude. Não estamos aqui perante uma justificação à posteriori da ilicitude e muito menos da culpa, mas sim de logo à priori determinar que tal conduta nem típica é ¹².

Relativamente a esta proclamação de atipicidade começamos por sublinhar que esta atipicidade se verificará independentemente do sucesso ou fracasso da intervenção médico-cirúrgica, mesmo que o fracasso implique um agravamento do estado de saúde do paciente ou até mesmo que provoque a sua morte ¹³, da mesma forma sustentava ENGLISH não poder

⁹ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 303 §4.

¹⁰ Assim, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.40,41.

¹¹ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 304 §5.

¹² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal Português*, *in Revista Peruana de Ciencias Penales*, Tomo 26, 2013, p. 3.

¹³ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 450.

esta atipicidade ficar dependente da aléa dos resultados, entendendo o autor ser esta uma atipicidade determinada ex ante ^{14 15} . Concluímos assim ter a lei portuguesa adotado a solução de colocar a intervenção médico-cirúrgica fora da área da tutela típica das ofensas corporais e do homicídio, só relevando os resultados indesejáveis da intervenção (agravamento da doença ou morte) quando representem uma consequência adequada da violação das *leges artis*, afastando então nesse caso a aplicação do regime do n.º 1 do art. 150.º e, por conseguinte, a proclamada atipicidade na perspectiva das ofensas corporais ¹⁶ .

Importa também sublinhar que para a determinação desta atipicidade será também irrelevante a existência de um eventual consentimento por parte do paciente ¹⁷ . Nas palavras de BELING: “*uma acção que não configura qualquer lesão corporal não se converte em tal pelo facto de o interessado protestar contra ela*” ¹⁸ . Neste mesmo sentido se pronuncia a nossa jurisprudência ¹⁹ .

Assim sendo, por força do disposto no n.º 1 do art. 150.º do CP, as intervenções médico-cirúrgicas que integrem o conceito apresentado por esta norma estarão, imperativamente, revestidas de uma atipicidade na perspectiva das ofensas corporais e do homicídio, pelo que a realização sem o consentimento do paciente de uma intervenção médico-cirúrgica que integre o conceito do art. 150.º do CP nunca constitui um crime contra a integridade física do paciente, mas sim um crime contra a sua liberdade pessoal (liberdade de dispor do corpo e da própria vida) previsto no art. 156.º do CP (intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário) ²⁰ , sobre o qual mais tarde versaremos.

Na minha opinião, esta solução adotada pela lei portuguesa parece ser a mais justa e que melhor se coaduna com os riscos inerentes à atuação médica. A medicina está longe de ser considerada uma ciência exata, justificando o médico a sua atuação não com certezas exatas, mas sim com altas probabilidades. Acresce ainda a esta incerteza a problemática da

¹⁴ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 305 §8.

¹⁵ Ao contrário do entendimento defendido por autores como BELING e BOCKELMANN que, apoiando-se na teoria do resultado, sustentavam que a intervenção preencheria a factualidade típica das ofensas corporais caso a intervenção não fosse bem sucedida [Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 305 §8].

¹⁶ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 305 §8.

¹⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 306 §9.

¹⁸ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 306 §9.

¹⁹ Cfr., *inter alia*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5, consultável em www.dgsi.pt.

²⁰ Neste sentido, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.42.

singularidade de cada caso concreto e também a constante evolução da ciência médica. Por força disto não seria justo condenar um médico, por ofensas corporais ou mesmo por homicídio, que de forma competente, munido de intenção terapêutica, em respeito pela indicação médica e de acordo com as *leges artis* acaba por não curar ou mesmo por agravar a doença ou até provocar a morte do paciente.

Também razões de índole dogmática e político-criminal, na ótica de COSTA ANDRADE, justificam esta solução de atipicidade existente no regime português. Na verdade, o autor defende que, dogmaticamente, o entendimento das intervenções médicas como preenchendo, sem mais, a factualidade típica dos crimes de ofensas corporais ou homicídio não faria de todo jus ao importante sentido simbólico-social inerente ao ato médico. Do ponto de vista político-criminal, sustenta ainda COSTA ANDRADE que caso as intervenções médicas integrassem o tipo objetivo das ofensas corporais tal iria provocar uma sobrecarga do âmbito de proteção das ofensas corporais com a proteção de valores (a liberdade de dispor do corpo e da própria vida) que lhes são estranhos, mitigando-se assim a diferença entre os crimes contra a integridade física e os crimes contra a liberdade ²¹.

1.3 Elementos que compõem o conceito do artigo 150.º

Como referido, o n.º 1 do art. 150.º do CP determina que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que, por sua vez, integrem o conceito concebido no mencionado preceito não preenchem o tipo das ofensas corporais. Por seu turno este conceito compreende um conjunto de elementos, dois subjetivos e dois objetivos, de verificação obrigatoriamente cumulativa, face ao que a subsunção de determinada intervenção ao conceito está dependente ^{22 23}. Pelo que importa agora analisar os elementos que compõem este referenciado conceito.

1.3.1 A indicação médica

Começa o n.º 1 do art. 150.º do CP por estipular que “*As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados (...)*” enunciando assim o primeiro elemento/requisito objetivo.

²¹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 306 §11.

²² Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 307 §13.

²³ Neste sentido, o ponto VI do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5, já precedentemente citado.

Trata-se da indicação médica, definida pelo texto da lei como as intervenções e tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrem indicados para o concreto caso. De acordo com o referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), este elemento exige que a intervenção ou o tratamento seja considerado idóneo ao fim pretendido - debelar ou minorar a doença - segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina ²⁴ .

No entender de TERESA QUINTELA DE BRITO, esta alusão ao estado dos conhecimentos e experiência da medicina remetia a indicação médica somente para a medicina académica ou institucional, originando assim o afastamento dos métodos naturalistas, homeopáticos e afins do regime do art. 150.º ²⁵ . No entanto este entendimento que remetia o requisito da indicação médica somente à medicina académica ou institucional foi, contudo, ultrapassado através da Lei n.º 45/2003 que por sua vez estabelece o enquadramento base das terapêuticas não convencionais. Através deste diploma foram reconhecidas como terapêuticas não convencionais as praticadas pela acupuntura, homeopatia, osteopatia, naturopatia, fitoterapia e quiropraxia (n.º 2 do art. 3.º do diploma), contudo o art. 18.º da presente lei determinou que “*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 artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, em igualdade de circunstâncias com os demais profissionais de saúde*”. Concluimos assim que apesar de serem consideradas terapêuticas não convencionais, resulta deste diploma legal que as intervenções e os tratamentos realizados no âmbito destas terapias integram também o regime do art. 150.º do CP ²⁶ .

Por sua vez ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES sustenta decorrer deste elemento, prima facie, a exclusão dos métodos terapêuticos ou cirúrgicos não cientificamente convalidados ²⁷ .

É relativamente a este primeiro requisito objetivo que emerge, no plano doutrinal, a pertinente questão de como solucionar o caso de o médico que numa situação de perigo

²⁴ Cfr. ponto V do sumário do dito Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5, consultável em www.dgsi.pt

²⁵ Assim, BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 3, Coimbra Editora, 2002, p. 375.

²⁶ Neste sentido, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.47.

²⁷ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 14.

urgente de vida do seu paciente decide fazer uso de um método não suficientemente convalidado como última solução para salvar a vida do paciente ²⁸. Ora, à priori, a resposta a esta questão passaria por integrar a atuação do médico na área típica de ofensas à integridade física visto que neste específico caso houve um desrespeito pelo mencionado requisito objetivo da indicação médica não integrando então a dita intervenção o conceito do art. 150.º. Contudo a resposta a este problema não será assim tão clara e uniforme quanto à partida demonstra ser, divergindo por sua vez a doutrina na sua resposta. Ora vejamos:

Por um lado entende FIGUEIREDO DIAS que constituirão sempre ofensas corporais as intervenções realizadas em áreas não cobertas pelos conhecimentos e experiência da medicina, especialmente intervenções terapêuticas de índole experimental ou não suficientemente comprovadas independentemente de serem realizadas de forma técnica e cientificamente irrepreensível, podendo contudo a sua justificação emanar de uma eventual causa de justificação nos termos gerais, sobretudo do consentimento do ofendido ou do estado de necessidade ²⁹. Também neste sentido entende PAULA RIBEIRO DE FARIA que, por sua vez, sustenta que independentemente da intenção curativa e da preocupação com o benefício próprio do paciente jamais um determinado tratamento não cientificamente consolidado poderá ser objetivamente indicado e por consequência entendido como um tratamento médico curativo aos olhos da nossa lei, fundamentando o seu entendimento, a mencionada autora, com a preocupação do legislador em estabelecer e garantir um *“terreno seguro, no qual se possa afirmar um regime específico mais favorável porque subtraído ao alcance do tipo legal de ofensas corporais”* ³⁰. Por sua vez ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES condena este tipo de solução, entendendo o autor que a exigência de um nível demasiado elevado de consolidação do meio terapêutico representa uma *“insuportável exigência da Ordem Jurídica à Vida, em nome da certeza”*, reconhecendo o autor que numa situação de extremo, tal como a do nosso caso, o interesse de preservação da vida do doente deve prevalecer sobre a certeza do direito ³¹.

Por outro lado, defende COSTA ANDRADE a inclusão no regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos destes casos em que o método não suficientemente convalidado se revele como a última solução para fazer recuar uma morte que se prevê

²⁸ Assim, *Ibidem*.

²⁹ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit*, p. 14.

³⁰ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit*, p. 15.

³¹ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit*, p. 15.

iminente, entendendo o autor configurarem estes casos a chamada experimentação terapêutica que por sua vez ocorre quando por falta de método/tratamento cientificamente convalidado, o médico utiliza no interesse do paciente meios terapêuticos cujas consequências não sejam possível antecipar e controlar com segurança ³². Neste mesmo sentido sustenta BOCKELMANN que *“Aplicar o único meio que garante alguma esperança face à ameaça da morte será melhor do que não fazer nada. Este juízo, ex ante tido por correcto, permanece intocado quando ex post se verifica que a utilização do meio, em vez de um adiamento do fim, teve como consequência a sua precipitação. A ordem jurídica não exige que se evite a última oportunidade pelo facto de a tentativa de a utilizar poder falhar. Espera, pelo contrário, que ela seja utilizada”* ³³. Destacamos ainda neste sentido uma importante declaração proferida pelo Papa Pio XII em um congresso de médicos em 1954, onde o Pontífice proclamava que *“em casos desesperados, quando o paciente parece perdido e existe apenas um tratamento com algumas possibilidades de êxito, deve admitir-se que o médico proceda a tal tratamento, desde que se verifiquem três condições indispensáveis: a urgência do tratamento, algumas perspectivas de sucesso e o consentimento do paciente”* ³⁴.

Na minha opinião há que reconhecer o mérito a esta solução de integrar estes casos de experimentação terapêutica no regime do art. 150.º pois claramente que esta solução, em prejuízo da inflexibilidade e objetividade do nosso sistema legal, opta pela primazia do interesse vida do paciente que numa situação de desespero logicamente procure esgotar todas as suas hipóteses de cura independentemente da falta de comprovação pela medicina de determinado método/tratamento terapêutico que possa constituir uma hipótese para si, concebendo esta solução um caso excepcional em que a atipicidade das intervenções se mantém intacta apesar do elevado perigo e incerteza que acompanham a experimentação terapêutica.

³² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 309 §18.

³³ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 309 §18.

³⁴ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 17.

1.3.2 A realização segundo as *leges artis*

O segundo elemento objetivo decorre da expressão “*e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*”*”. Trata-se aqui da realização da intervenção ou tratamento segundo as *leges artis* (regras da arte médica).

À luz da jurisprudência este elemento compreende a realização de uma intervenção “segundo as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica e ainda segundo os demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico”³⁵. Na perspectiva de TERESA QUINTELA DE BRITO estas regras e deveres referem-se “tanto ao diagnóstico e escolha de terapia (indicação médica) quanto à execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica”, sustentando ainda a autora serem estes deveres de cuidado determinados em referência a cada caso concreto³⁶, contudo a determinação de quais os deveres de cuidado associados à realização segundo as *leges artis* revela-se, em função do concreto caso, especialmente difícil, visto que a singularidade de cada concreto caso, a contínua evolução da ciência médica e a própria liberdade de escolha da terapia utilizada tornam complicado aferir qual a atuação adequada relativamente ao caso concreto³⁷.

Noutro aresto jurisprudencial pormenoriza-se a compreensão deste elemento, afirmando-se que “Entre os deveres médicos avultam o de tratar em conformidade com as *leges artis*, isto é, respeitando as regras técnicas adequadas ao procedimento exigível. Contudo, em regra, as sequelas desta actuação técnica não têm de forçosamente conduzir ao resultado pretendido, o diagnóstico pode não ser atingido, a terapia pode falhar. Ao médico basta-lhe medicar. Exige-se-lhe que empregue os meios correctos para a finalidade, incluindo neste processo a ponderação de alternativas, dos riscos e dos efeitos em ordem a obter a prevenção e o diagnóstico a diminuição ou extinção de um sofrimento ou perturbação física ou mental ou de um estado doentio”³⁸.

Frequentemente à violação das *leges artis* era correspondentemente atribuído o termo de erro médico. Contudo discordamos desta correspondência, pois como ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, na linha de pensamento de SCHWALM, sustenta: “a área

³⁵ Cfr. ponto V do sumário do já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5.

³⁶ Assim, BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal...*, *ob. cit.*, p. 376.

³⁷ Neste sentido, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.48,49.

³⁸ Cfr. ponto III do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-10-2014, Relator: FILOMENA LIMA, Processo: 6180/11.2 TDLSB. L1-5, também ele consultável em www.dgsi.pt.

da violação das leges artis não é inteiramente coincidente com a do erro médico, pois pode haver violação das leges artis sem que, necessariamente, ocorra um Kunstfehler (erro médico) e nem todo o erro médico há-de ser consequência necessária de uma violação das leges artis” ³⁹ .

Por outro lado, discutível questão se coloca quanto ao aspeto de a violação da *leges artis* corresponder à violação do dever de cuidado. Por um lado entende BOCKELMANN ser possível indicar violações dos deveres de cuidado que não representem uma violação das *leges artis*, concluindo o autor que nem todo o erro médico configura necessariamente uma violação do dever de cuidado tendo em conta a liberdade de escolha do método terapêutico utilizado ⁴⁰ . Por outro lado sustenta ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES não ser este o entendimento defendido pela generalidade da doutrina que, por sua vez, “*considera a violação das leges artis como «inobservância de qualquer dos diferentes deveres de cuidado que impendem sobre o médico na diversidade das circunstâncias, modalidades de acção e sucessivos estádios do iter terapêutico»*” ⁴¹ , com o qual concordamos visto que, como referido anteriormente, é o entendimento maioritário da nossa doutrina e também do citado aresto jurisprudencial que a realização da intervenção segundo as *leges artis* compreende a realização de uma intervenção segundo as regras e deveres de cuidado inerentes à arte médica.

1.3.3 A qualidade do agente

No que diz respeito aos elementos subjetivos do regime em apreço, começamos agora por abordar o requisito relativo ao agente. O n.º 1 do art. 150.º do CP condiciona também a atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas à qualidade do agente que as pratica. Diz-nos o referido preceito que apenas as intervenções levadas a cabo “*por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, (...) não se consideram ofensa à integridade física*”. Assim, relativamente à qualificação do agente exige-se ou que o agente seja um médico inscrito na respetiva Ordem dos Médicos ou que seja outra pessoa legalmente autorizada, nomeadamente técnicos de saúde e pessoal de enfermagem ⁴² , pelo que um tratamento realizado por um leigo ou por um curandeiro jamais será incluído no conceito e

³⁹ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 23.

⁴⁰ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 23.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Neste sentido, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 24.

consequentemente no regime jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos ⁴³ .

No que a este elemento diz respeito realçamos a seguinte afirmação de RUI PEREIRA: *“Se alguém levar a cabo a intervenção ou tratamento sem a necessária autorização legal mas com fim curativo o seu comportamento não será típico desde que o fim prosseguido haja sido alcançado. Nessa hipótese, o agente terá provocado uma diminuição de risco e a sua conduta será atípica. O que não obsta, evidentemente, a que seja punível pela comissão do crime de usurpação de funções previsto no n.º 2 do art. 400.º do Código Penal”* ⁴⁴ . Através desta afirmação concluímos que RUI PEREIRA entende ser apenas o requisito do fim curativo condição de exclusão da tipicidade, com o qual não podemos concordar visto que a lei (art. 150.º) foi bastante nítida ao descrever os requisitos cuja verificação é necessária para que determinada intervenção integre o conceito e regime positivado para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, nomeadamente a qualidade do agente, a finalidade terapêutica, a indicação médica e a realização segundo as *leges artis* ⁴⁵ . Por sua vez, também TERESA QUINTELA DE BRITO defende a admissibilidade desta exceção ao requisito subjetivo da qualidade do agente, sustentando esta autora que não constitui um tratamento realizado por um leigo um crime contra a integridade física desde que exista uma diminuição do risco em que incorre o paciente. Isto, no entendimento da autora, *“não por a intenção curativa ser o elemento decisivo para a exclusão da intervenção do âmbito das lesões da integridade física – como sustenta RUI PEREIRA - mas por força do princípio geral da diminuição do risco como causa de exclusão da própria tipicidade da conduta ou, apenas, da imputação objectiva do resultado à actuação diminuidora do risco”* ⁴⁶ .

No entanto, autores como ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES entendem ser importante clarificar tal situação através de uma breve reflexão sobre ela. Sustenta então este autor que, em princípio, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico realizado por um leigo, mesmo que provida de intenção curativa, preencherá sempre o tipo de ofensas à integridade física, podendo contudo ver excluída a sua ilicitude através do consentimento do ofendido ou, eventualmente, pelo direito de necessidade (estado de necessidade justificante), contudo no caso de situações de pequena gravidade o tratamento aplicado por não médico

⁴³ Assim, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.43.

⁴⁴ Apud RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 24.

⁴⁵ Assim, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.51,52.

⁴⁶ Cfr. BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal...*, *ob. cit.*, p. 372,373.

ou por pessoa não legalmente autorizada será atípico por força da própria adequação social, desde que, naturalmente, com o consentimento do próprio paciente, concluindo então o autor que apenas para os defensores da teoria do resultado seria a consecução do fim prosseguido bastante só por si para afastar a tipicidade penal da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico em causa, contudo não parece ser esse o entendimento da generalidade da doutrina nacional ⁴⁷. No mesmo sentido entende TERESA QUINTELA DE BRITO que “*A ilicitude da intervenção de pessoa não legalmente autorizada poderá ser afastada por consentimento sério, livre e esclarecido do paciente*” ⁴⁸. Entendemos então que nestas situações a atipicidade da intervenção exige não só a adequação social da intervenção ou tratamento, mas também o consentimento do próprio paciente.

1.3.4 A finalidade terapêutica

O segundo requisito subjetivo decorre da exigência de uma “*intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, (...)*” por parte do agente. Trata-se assim da imposição de uma finalidade/intenção terapêutica. Em aresto jurisprudencial já foi entendido que este requisito “*traduz os objectivos do tratamento ou intervenção cirúrgica, que tem de ser levada a cabo com «intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental»*” ⁴⁹. Decorre assim da letra da lei que a finalidade terapêutica compreende não só o tratamento da doença, mas também a prevenção e o próprio diagnóstico da doença, sendo então este requisito entendido pela lei portuguesa de forma ampla ⁵⁰.

Contudo, no âmbito de uma intervenção médico-cirúrgica concorrem, frequente e simultaneamente, finalidades curativas e finalidades de experimentação. Pelo que entendemos que de forma a verificar-se a atipicidade de determinada intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, em caso de concorrência de ambas as finalidades, terá obrigatoriamente a finalidade curativa/terapêutica de ser prevalecente no concreto caso, constituindo-se assim, claramente, o paciente como beneficiário direto e principal da

⁴⁷ Cfr. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 24,25.

⁴⁸ BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal...*, *ob. cit.*, p. 373.

⁴⁹ Cfr. ponto IV do sumário do já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5.

⁵⁰ Neste sentido, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, *ob. cit.*, p.43.

determinada intervenção ⁵¹ . De igual forma sustenta TERESA QUINTELA DE BRITO que “*A intenção curativa significa que o móbil terapêutico tem que ser preponderante, e não mera consequência acessória de uma conduta primordialmente orientada para a experimentação*” ⁵² . No mesmo sentido sustenta também COSTA ANDRADE que “*A concorrência de uma finalidade científica não prejudica a qualificação de uma intervenção como médico-cirúrgica desde que: por um lado, se trate de tratamento objetivamente indicado; e por outro lado, se assegure o primado da finalidade terapêutica*” ⁵³ .

Assim, em face de tudo o que foi dito e em modo conclusivo, incontestavelmente se reconhece a extrema importância prática que este regime do art. 150.º oferece aos variados intervenientes que figuram nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, seja do lado ativo, seja do lado passivo. Do lado ativo, nomeadamente para os médicos e os profissionais de saúde, representa assim este regime um “escudo protetor” que lhes garante, sob condição da verificação/obediência dos respetivos requisitos, a atipicidade penal (em relação às ofensas à integridade física) das suas atuações que, como todos sabemos, estão repletas de riscos e incertezas. Por sua vez do lado passivo, especificamente para o doente/paciente, o presente regime oferece também uma especial proteção pelo facto de que ao declarar a tipicidade penal (no sentido de uma ofensa à integridade física) em caso de violação de qualquer requisito reforça ainda que indiretamente o cuidado e especial atenção que os agentes ativos devem ter no exercício da sua profissão, sancionando penalmente as suas condutas não em função do resultado da sua atuação mas sim em função do modo pelo qual esse resultado foi alcançado.

Contudo, apesar de evidenciarmos o mérito da solução da lei portuguesa de definir, em abstrato, os requisitos exigidos para que uma intervenção integre o conceito e regime do art. 150.º, nem sempre será fácil, no caso concreto, determinar de acordo com estes critérios a decisão de inclusão (ou de exclusão) de uma intervenção nesse conceito e regime. Através dos critérios/requisitos apresentados pelo legislador deve o jurista proferir a sua decisão de incluir ou não determinada intervenção nesse conceito e regime, revelando-se essa decisão na prática de avultada importância visto que em caso de morte do paciente ou agravamento da doença, a solução do caso passa pela decisão de ou considerar a intervenção atípica de um tipo de homicídio ou de ofensa à integridade física ou de considerar que a intervenção

⁵¹ Assim, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O artigo 150.º...*, *ob. cit.*, p. 22.

⁵² BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal...*, *ob. cit.*, p. 373.

⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 309 §18.

efetivamente preenche o tipo de homicídio ou de ofensa à integridade física por não integrar o conceito e regime do art. 150.º ⁵⁴ .

1.4 Alguns exemplos de intervenções excluídas do conceito do artigo 150.º

Em função de tudo o que foi dito relativamente ao conceito e regime consagrado no art. 150.º do CP surge agora a necessidade de realizar uma breve reflexão a respeito de certas condutas que, por sua vez, levantam dúvidas quanto à sua inclusão [ou inversamente, exclusão] na categoria das intervenções médico-cirúrgicas e respetivo regime jurídico-penal.

Na verdade, a exclusão converterá uma certa conduta em uma ofensa corporal típica. No entanto esta exclusão não implica, sem mais, a respetiva ilicitude da conduta. Tratam-se de lesões corporais suscetíveis de serem justificadas por força do consentimento nos termos gerais, designadamente os arts. 38.º e 149.º do CP ⁵⁵ .

Relativamente às intervenções meramente experimentais, sendo a finalidade terapêutica um dos requisitos subjetivos exigidos para a declaração de atipicidade penal de certa intervenção, naturalmente que, à partida, as intervenções meramente experimentais se encontrarão excluídas da categoria e respetivo regime previsto no art. 150.º. Em relação à experimentação pura sustenta também COSTA ANDRADE não subsistirem dúvidas quanto à sua exclusão pelo facto de tais intervenções prosseguirem fins exclusivamente científicos, figurando o paciente não como beneficiário directo delas mas sim como um mero objecto, sendo tais intervenções puramente motivadas por interesses comunitários e supra-individuais ⁵⁶ .

Em relação às operações cosméticas dúvidas se levantam quanto à sua inclusão no respetivo regime das intervenções médico-cirúrgicas. Por um lado, certamente que no âmbito destas surge o paciente como beneficiário directo das mesmas pelo que no entender de COSTA ANDRADE *“não podem deixar de levar-se à categoria e ao regime das intervenções médico-cirúrgicas as intervenções cosméticas que constituam «correções do foro ortopédico».* Ou mesmo das intervenções destinadas a eliminar a causa de limitações pessoais a nível da comunicação intersubjetiva, superando as correspondentes fontes de sofrimento” ⁵⁷ . Por outro lado autores como FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO

⁵⁴ Assim, FIDALGO, Sónia Mariza Florêncio, *Responsabilidade penal por negligência...*, ob. cit, p.53.

⁵⁵ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 308 §15.

⁵⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 308 §16,17.

⁵⁷ Neste sentido, ANDRADE in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 309 §19.

entendem existir uma importante distinção entre as operações cosméticas destinadas à correção de deformidades ortopédicas e as operações cosméticas de finalidade puramente cosmética, recusando estes autores a tese que considere ambas como intervenções médico-cirúrgicas, concluindo assim que não se devam considerar as de teor puramente cosmético como intervenções médico-cirúrgicas ⁵⁸. De igual forma defende TERESA QUINTELA DE BRITO a exclusão das intervenções puramente cosméticas do regime do art. 150.º do CP, sustentando a autora que estas intervenções configuram ofensas típicas à integridade física, podendo a sua ilicitude ser excluída através do consentimento (prestado a partir de um esclarecimento especialmente completo) do ofendido ⁵⁹.

No meu entendimento parece ser a tese inicialmente defendida por COSTA ANDRADE, que defendia também a inclusão das intervenções puramente cosméticas, a solução que mais respeita o sentido do regime previsto no art. 150.º do CP. Isto porque decorre expressamente de a letra da lei termos como “sofrimento” e “perturbação mental” e na minha perspetiva também uma insatisfação pessoal por parte do paciente com certa característica da sua própria fisionomia, ainda que puramente de natureza cosmética, pode provocar certo “sofrimento” ou “perturbação mental” existindo assim esta finalidade terapêutica, podendo então resultar esta intervenção de uma indicação médica face a este descontentamento do paciente. Pelo que será assim justificável a inclusão de alguns casos de uma operação puramente cosmética no regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas.

Da mesma forma merece a *esterilização* uma ponderação relativamente à sua inclusão ou exclusão no respetivo regime. Parece ser o entendimento geral que a esterilização motivada por indicação médica deva ser qualificada de intervenção médico-cirúrgica ⁶⁰. Contudo, dúvidas se impõem quanto à esterilização realizada quer por indicação económica ou social quer à realizada sem aparente indicação. Por um lado entende KUNZ como intervenção médico-cirúrgica “*toda a esterilização levada a cabo por um médico, segundo as leges artis*” ⁶¹. Entende contudo COSTA ANDRADE que, relativamente à esterilização por indicação económica ou social ou mesmo no caso de não existir indicação, “*Todos estes*

⁵⁸ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 310 §19.

⁵⁹ Assim, BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal...*, *ob. cit.*, p. 374.

⁶⁰ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 310 §20.

⁶¹ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 310 §20.

casos hão-de, pelo contrário, levar-se à conta de lesões corporais típicas como uma importante limitação da pessoa enquanto unidade físico-psíquica” ⁶².

Parece-nos ser esta a solução que mais se coaduna com o requisito objetivo da indicação médica previsto no regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas. Deste modo, entendemos que apenas as esterilizações realizadas sob *indicação médica* devem integrar este regime ⁶³.

Capítulo 2: A incriminação do artigo 156.º do Código Penal (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgico arbitrários)

2.1 O caminho percorrido até esta incriminação autónoma

A criminalização das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados de forma arbitrária, isto é, sem o prévio consentimento do paciente é tanto no panorama nacional como no internacional relativamente recente.

No século XIX não existia a consciência quer do bem jurídico protegido pela incriminação quer da dignidade penal da conduta que só era punida quando alcançasse o limiar do crime de coação ou de sequestro, e mesmo nestes casos seria o tratamento arbitrário considerado legítimo caso fosse indispensável para salvar a vida do paciente ⁶⁴. De facto, mesmo no início do século XX sustentava BELING 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”* ⁶⁵. Pelo que até aqui claramente que a doutrina e o próprio quadro legislativo propendiam no sentido de atribuir prevalência ao interesse de preservação da saúde e vida dos pacientes em detrimento da sua própria autodeterminação pessoal, legitimando assim os tratamentos coercivos quando necessários para salvar a vida do paciente.

Na ótica de COSTA ANDRADE duas importantes linhas de pensamento merecem destaque pelo contributo realizado na afirmação do bem jurídico que, por sua vez,

⁶² Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 310 §20.

⁶³ Neste mesmo sentido sustenta TERESA QUINTELA DE BRITO a inclusão apenas das esterilizações realizadas por *indicação médica* - assim na obra já citada, *Responsabilidade penal...*, p. 374.

⁶⁴ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 378 §3.

⁶⁵ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 378 §3.

fundamenta a criminalização das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários: por um lado as experiências totalitárias emergidas na metade do século XX que, por sua vez, “trouxeram com elas a ideia da «totale Inpflichtnahme» dos cidadãos e da redução da pessoa a uma mera função ao serviço dos interesses comunitários, e, por via disso, a defesa de programas de tratamento coactivo” foram contestadas por limitarem assim a liberdade individual-pessoal de cada cidadão face a eventuais tratamentos médicos coativos motivados pelo interesse comunitário de preservação da vida e integridade física de cada membro da comunidade, por outro lado os avanços das ciências médico-cirúrgicas que, por sua vez, “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”⁶⁶. Concluindo assim COSTA ANDRADE estarem reunidos os pressupostos para a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos realizados de forma arbitrária, seja em razão da incapacidade de se proteger a liberdade no quadro das ofensas corporais, seja na discordância quer dos autores que entendiam que só quando atinge a integridade física ou a saúde deve o tratamento arbitrário ter dignidade penal, quer ainda relativamente aos autores que sustentavam proteger a incriminação das ofensas corporais, conjuntamente, os distintos bens jurídicos-penais integridade física e autodeterminação⁶⁷.

No nosso ordenamento jurídico-penal, foi o CP de 1982 com a introdução do, na altura, art. 158.º que pela primeira vez implementa a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Decorre ainda do art. 159.º do mencionado diploma penal os requisitos exigidos para a validade do consentimento, nomeadamente os tópicos sobre que versam o dever de esclarecimento do médico ao seu paciente sob pena da invalidade do consentimento. Assim, o CP de 1982 representa um importante marco na evolução ocorrida no regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, nomeadamente quer na consagração da ilicitude penal das intervenções realizadas de forma arbitrária, quer ainda na implementação de determinados requisitos exigidos para a validade do consentimento do paciente.

⁶⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 378 §4.

⁶⁷ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 379 §5.

2.2 O bem jurídico protegido

A introdução do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários levantou, no plano doutrinal e jurisprudencial, a questão da definição do bem jurídico que esta nova incriminação pretendia tutelar. Se de uma forma era evidente estar presente a proteção do bem jurídico vida ou saúde do paciente, também de outra forma parecia ser o bem jurídico liberdade do paciente alvo de tutela através desta nova e autónoma incriminação.

Na conflitualidade assim surgida entre estes bens jurídicos, a opinião dos diversos autores, seja no plano nacional seja no plano internacional, parece estar em sintonia quanto à sua resposta. Por exemplo KIENAPFEL surge, no que a este debate doutrinal diz respeito, como uma importante voz ao afirmar que *“O bem jurídico protegido é a livre decisão sobre a realização ou a permissão de um tratamento, e não a integridade física como tal”*⁶⁸. Neste mesmo sentido sustentava ZIPF que *“A inclusão sistemática (...) entre os crimes contra a liberdade põe claramente em evidência a natureza do bem jurídico protegido, isto é: o direito à autodeterminação do paciente, a que, no exercício da sua profissão, o médico está vinculado”*⁶⁹. Na mesma linha entende FIGUEIREDO DIAS ser o bem jurídico protegido *“a liberdade de «dispor do corpo e da própria vida»”*⁷⁰. Concluindo por sua vez COSTA ANDRADE que *“Bem jurídico protegido só pode ser a autonomia ou liberdade pessoal numa sua particular expressão ou dimensão”*⁷¹.

Relativamente à afirmação do bem jurídico protegido destacamos ainda o contributo de uma decisão do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH) relativamente a uma operação realizada para a remoção de um mioma (tumor uterino) sem o prévio consentimento da paciente, afirmando assim este Tribunal que estamos perante uma proteção do *“livre direito à autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo”*, sustentando ainda este Supremo Tribunal ter o médico como *“seu direito por excelência, e mesmo indeclinável dever, curar e na medida do possível, libertar o paciente do sofrimento. Simplesmente, este direito e este dever encontram a sua fronteira no direito do Homem à*

⁶⁸ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, ob. cit, p. 452.

⁶⁹ Apud *Ibidem*.

⁷⁰ Apud *Ibidem*.

⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, ob. cit, p. 452.

livre auto-determinação sobre o seu corpo”, pelo que uma intervenção não consentida constituirá “*uma agressão ilícita contra a liberdade e dignidade da pessoa humana*”^{72 73}.

Em face de tudo o que foi dito e por atualmente, no nosso ordenamento jurídico-penal, o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários estar inserido no Capítulo IV - relativo aos crimes contra a liberdade pessoal - do nosso CP, parece-nos não restarem dúvidas quanto ao entendimento que o bem jurídico aqui protegido é o direito à autodeterminação do paciente, no sentido da sua liberdade pessoal de dispor do seu corpo ou da própria vida.

Esta liberdade pessoal - de dispor do corpo e da própria vida - aqui tutelada pode contudo ser entendida numa dupla dimensão: positiva e negativa⁷⁴. Mais concretamente e como sustenta ESER, este direito de autodeterminação pode ser atingido de duas formas: por um lado tendo em conta que pode ser realizada uma intervenção sem ou contra a vontade do paciente, este necessita de proteção contra a actuação arbitrária do médico; por outro lado as intervenções realizadas com o consentimento do paciente devem ficar impunes para o médico, respeitando-se assim a decisão/vontade do paciente enquanto causa de exclusão da punibilidade⁷⁵.

Entendemos ainda que o consentimento do paciente de que aqui tratamos jamais pode ser concebido como uma renúncia a este bem jurídico aqui protegido⁷⁶. Muito pelo contrário, a atribuição do consentimento pelo paciente para a realização de uma intervenção exercita o próprio bem jurídico protegido na incriminação - a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida⁷⁷. Como entende BENINCASA, o paciente que opta por se submeter a um tratamento curativo não autoriza uma violação da sua liberdade, mas sim exerce o seu direito de liberdade; da mesma forma que o médico que realiza tratamentos no paciente não viola a sua liberdade, mas sim realiza a liberdade do paciente⁷⁸. Concluindo por sua vez COSTA ANDRADE que, através da constituição desta liberdade em bem jurídico penal protegido, o médico vê-se agora vinculado não só ao antigo mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* - a segurança do paciente encarada como lei suprema - mas também

⁷² Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 380 §7.

⁷³ Aresto do BGH, de 28-11-1957, Arquivo: 4 StR 525/57, consultável em <https://opiniojuris.de/>

⁷⁴ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 380 §8.

⁷⁵ Apud *Ibidem*.

⁷⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 380 §8.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Apud *Ibidem*.

ao novo mandamento imperativo decorrente desta nova incriminação: *voluntas aegroti suprema lex esto* - a vontade do paciente como lei suprema - ⁷⁹ .

Assim, em modo conclusivo, retiramos claramente deste regime a consagração da proteção do bem jurídico direito à autodeterminação do paciente e não a proteção do bem jurídico vida ou saúde do mesmo, concluindo-se então COSTA ANDRADE que “*será punido pelo crime - contra a liberdade - de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários o médico que, contrariando vontade expressa, livre, esclarecida e actual do paciente, leve a cabo tratamento mesmo que indispensável (e como tal sucedido) para salvar a vida do paciente*” ⁸⁰ . A vontade/liberdade do paciente é aqui imperativamente protegida e priorizada, pelo que o dever de garante que sobre o médico impende termina com a recusa expressa do paciente em ser tratado ⁸¹ .

2.3 A remissão para o artigo 150.º

A incriminação do art. 156.º do CP, por sua vez, pressupõe uma remissão/conjugação para/com o conceito do art. 150.º do mesmo normativo. Esta remissão decorre diretamente da letra da lei ao estabelecer que “*As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*”. Assim, a incriminação presente neste preceito diz respeito às intervenções e tratamentos, realizadas sem o consentimento do paciente, que integrem o conceito apresentado pelo regime do art. 150.º.

No entanto importa sublinhar que o consentimento do paciente não será apenas exigido para as intervenções e tratamentos que integrem o conceito do art. 150.º. Pelo contrário, também para as intervenções e tratamentos excluídos do conceito do art. 150.º deverá existir um prévio consentimento do paciente. A diferença, contudo, encontra-se no sentido que esse consentimento assume e também na consequência provocada pela sua falta. Relativamente à incriminação do art. 156.º e, portanto, às intervenções que integrem o conceito do art. 150.º o consentimento atuará no sentido de excluir a tipicidade penal da incriminação do art. 156.º. Por outro lado, em relação às intervenções excluídas do conceito do art. 150.º o

⁷⁹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 381 §9.

⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 455.

⁸¹ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 456.

consentimento atuará no sentido de excluir a ilicitude da ofensa corporal de acordo com os arts. 38.º e 149.º do CP ⁸².

VERA LÚCIA RAPOSO refere então que as intervenções que não integrem o conceito do art. 150.º “*não configuram condutas atípicas, cuja ausência de consentimento do paciente remeta para um crime autónomo de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (artigo 156.º do CP), mas sim para condutas típicas e ilícitas, como são as ofensas corporais (artigos 143.º e seguintes do CP), cuja ilicitude é excluída mediante o consentimento do paciente, mas que, na falta deste, serão sancionadas a título de ofensas corporais*” . Concluindo assim a autora que “*o consentimento é um requisito ineliminável de qualquer intervenção médica, esteja ou não abrangida pelo artigo 150.º do CP, variando, porém a consequência resulta da sua ausência: em alguns casos será de uma ofensa corporal que se trata, noutros de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária*” ⁸³.

Conclusivamente, entendemos também por aqui a extrema importância do regime contido no artigo 150º do CP que ao proclamar a atipicidade na ótica das ofensas corporais de determinadas intervenções abre caminho, na falta de consentimento do paciente, a uma nova e autónoma incriminação (art. 156.º do mesmo CP) que, por sua vez, se caracteriza por ser mais ténue no que toca à sua moldura penal em comparação à generalidade dos crimes contra a integridade física, reforçando assim o espírito protetor, em relação ao médico, associado a este regime.

2.4 A fragmentaridade da tutela penal deste regime

Decorre do regime contido no art. 156.º do CP uma clara fragmentaridade da tutela penal do bem jurídico - direito à autodeterminação do paciente - subjacente a este regime. A fragmentaridade desta tutela penal materializa-se, desde logo, no facto de a tutela em causa ser restringida apenas à dimensão negativa da liberdade. Ou seja, em princípio só haverá punição na eventualidade de ser realizada uma intervenção sem o prévio consentimento do paciente, não sendo então admitida a punição pelo fracasso de uma intervenção realizada com o consentimento do paciente visto este consentimento excluir a punibilidade do ato médico (frustração da dimensão positiva) ⁸⁴.

⁸² Assim, RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime...*, *ob. cit.*, p. 4.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 382 §11.

Sucedem que inclusive a tutela da dimensão negativa se revela fragmentária ou descontínua. Esta fragmentaridade é justificada, no entendimento de COSTA ANDRADE, pela conflitualidade de bens jurídicos em causa no âmbito destas intervenções. Isto é, a tutela do bem jurídico tipicamente protegido - liberdade de dispor do corpo e da própria vida - é feita em detrimento e, por vezes, sacrifício de outro bem jurídico de extrema importância como a vida e a saúde do paciente. Sem embargo, a descontinuidade da tutela penal, na ótica do autor, “*obedece, assim, a uma intencionalidade clara: in dubio pro vita (ou pro salute)*”⁸⁵.

COSTA ANDRADE afirma, assim, que “*Este favor vitae (ou salutis) espelha-se e actualiza-se tanto no regime material-substantivo como no plano adjectivo-processual*”⁸⁶.

No plano substantivo esta descontinuidade da tutela penal materializa-se quer ao nível da tipicidade, quer ao nível da ilicitude / justificação. Relativamente à tipicidade, o autor destaca o relevo prático-jurídico da existência de quatro situações típicas: a dispensa de consentimento para as duas hipóteses previstas nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 156.º do CP; as situações em que haja uma incapacidade para consentir por parte do paciente (menores ou incapazes) e os tratamentos nos estádios terminais⁸⁷. Refletem assim estas quatro situações a mencionada descontinuidade da tutela penal do direito de autodeterminação do paciente no sentido da citada intencionalidade *in dubio pro vita (ou pro salute)*. No que diz respeito à justificação da ilicitude, esta fragmentaridade no sentido de favorecer o bem jurídico vida ou saúde decorre ainda da existência de certas autorizações legais que figuram como eventuais dirimentes da ilicitude das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários⁸⁸. Sobre todas estas situações versaremos e desenvolveremos, mais adiante, quando iniciarmos uma abordagem ao regime do consentimento nas intervenções médico-cirúrgicas.

No plano processual destaca-se desde logo o carácter semi-público do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários resultante do disposto no n.º 4 do art. 156.º (“*O procedimento criminal depende de queixa*”). Também a admissibilidade da realização de certas intervenções sem o prévio consentimento do paciente (alíneas a) e b) do n.º 2), como referido, evidencia a descontinuidade da tutela. Contudo, a parte final do n.º 2

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit*, p. 382 §12.

⁸⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit*, p. 382 §13.

⁸⁸ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit*, p. 390 §34.

ressalva a prevalência da tutela do bem jurídico direito à autodeterminação do paciente sobre o bem jurídico vida e saúde ao condicionar a admissibilidade da realização dessas intervenções sem o prévio consentimento do paciente ao facto de “*não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”⁸⁹.

Assim, apesar de não restarem dúvidas que o bem jurídico tutelado pela incriminação do art. 156.º do CP será o direito à autodeterminação do paciente (no sentido da sua liberdade de dispor do seu corpo ou vida relativamente à decisão de submeter-se ou não a determinada intervenção ou tratamento), evidenciamos contudo ser esta tutela penal fragmentária no sentido de este regime se revelar descontinuado na realização desta tutela ao admitir em certos casos a realização de uma intervenção ou tratamento de forma arbitrária, privilegiando nestes casos quer indireta ou diretamente (em casos de dúvida ou na impossibilidade de aferir a concreta decisão/vontade do paciente) o bem jurídico vida ou saúde do paciente.

Na síntese de COSTA ANDRADE: “*Com esta fórmula, o legislador pôs nas mãos do intérprete e aplicador do direito uma malha manifestamente alargada de que só pode esperar-se a redução considerável das expressões concretas a punir como tratamento arbitrário*”, configurando esta redução/limitação da punibilidade desta forma uma clara fragmentaridade ou descontinuidade da tutela penal⁹⁰.

2.5 A ação típica

A ação que o art. 156.º do CP tipifica como crime é então a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico [no sentido do conceito apresentado pelo art. 150.º do mesmo normativo] realizada sem o consentimento do paciente.

De sublinhar que esta tipicidade subsiste mesmo quando a recusa do consentimento constitua uma recusa irracional do paciente na medida em que se releve claramente prejudicial para o mesmo⁹¹. Da mesma forma entende GIESEN que tem de ser concedido ao paciente o direito de decidir mesmo que de forma errada ou irracional do ponto de vista médico ou do público em geral, contudo deve o médico respeitar a decisão do paciente por mais irracional que seja⁹², pelo que uma visão diferente que concedesse ao médico um

⁸⁹ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 382 §12.

⁹⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 456,458.

⁹¹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 385 §22.

⁹² Apud *Ibidem*.

estatuto de soberania ao lhe permitir ter a decisão final relativamente à realização ou não de determinada intervenção estaria a promover, na perspectiva de KAUFMANN, uma agressão ao direito de autodeterminação do paciente que não seria tolerável numa sociedade livre ⁹³ .

Face a isto concluímos não estar a recusa do tratamento limitada pela cláusula dos bons costumes, sustentando neste mesmo sentido COSTA ANDRADE que “*a concordância do paciente configura (tanto em termos doutrinários como prático-jurídicos) um acordo-que-exclui-a-tipicidade*” ⁹⁴ , pelo que é a cláusula dos bons costumes estranha ao regime geral do acordo, ao invés do regime geral do consentimento (como causa de justificação que exclui a ilicitude) como resulta do art. 38.º do CP ^{95 96} .

No plano jurisprudencial destacamos ainda uma decisão do BGH (1984) em que este tribunal confirma uma decisão de absolvição de um médico de uma acusação de homicídio e de uma acusação de não prestar auxílio/assistência. Tratava-se de um caso em que o médico numa visita a casa de uma paciente se depara com esta deitada inconsciente (ainda respirando) no sofá após uma overdose de morfina e comprimidos para dormir. Sabendo o médico das intenções suicidas da sua paciente (em face quer do falecimento do seu marido quer das suas debilidades físicas) e encontrando uma carta de suicídio escrita pela paciente em que pedia ao médico que não a salvasse, este médico acabou por não prestar auxílio nem levar a paciente para o hospital, acabando esta por falecer. O BGH confirmou assim a decisão de absolvição do tribunal inferior sustentando que “*Mesmo em caso de intervenção indicada para salvar a vida, o direito de autodeterminação de um paciente exige que o médico lhe deixe a possibilidade de ser ele próprio a decidir sobre a operação e, sendo caso disso, de recusá-la*” ^{97 98} .

Retomando ao panorama nacional, mas ainda relativamente ao paciente suicida, sustenta por sua vez COSTA ANDRADE ser o tratamento arbitrário típico quer relativamente ao paciente normal quer relativamente ao paciente “suicida”, designadamente o paciente que após uma tentativa falhada de suicídio se colocou em perigo de vida, contudo em relação ao “suicida” salienta o autor a particularidade da existência de mais amplas possibilidades de justificação, nomeadamente o consagrado na alínea b) do n.º 3 do art. 154.º do nosso CP que

⁹³ Apud *Ibidem*.

⁹⁴ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 386 §25.

⁹⁵ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 389 §31.

⁹⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 537,559.

⁹⁷ Apud ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 386 §23.

⁹⁸ Aresto do BGH, de 04-07-1984, Arquivo: 3 StR 96/84, também ele consultável em <https://opiniojuris.de/>

prevê que não seja punível por Coação o agente que atua para “evitar suicídio”⁹⁹. Acompanhando a opinião maioritária da doutrina austríaca em face de um idêntico direito positivo vigente, entende então COSTA ANDRADE que “No contexto do direito vigente - sc., depois da reforma de 1995 - não parece que deva negar-se a eficácia justificativa do art. 154.º, n.º3, al. b), ao médico que, contrariando a vontade expressa do “suicida”-paciente, leva a cabo tratamentos para lhe salvar a vida”, no entanto ressalva o autor que não deve confundir-se esta solução com a imposição ao médico de um dever jurídico de intervenção, no sentido da omissão deste dever implicar a punição do médico a título de eutanásia passiva¹⁰⁰. No mesmo sentido defende JOSÉ SAMPAIO DA SILVA a eficácia justificativa da alínea b) do n.º 3 do art. 154.º perante a incriminação do art. 156.º, afirmando então o autor que o art. 156.º do CP “exige o consentimento do paciente para a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Mas, em função do princípio da indisponibilidade da vida, sem prejuízo da sua dispensa no caso de tentativa de acção letal da própria vítima, atento o disposto no art.º 154º, n.º 3, al.ª b), do mesmo Código”¹⁰¹.

Assim, através da consagração de dito regime e da respetiva interpretação no sentido de COSTA ANDRADE, parece-nos evidente que a lei penal portuguesa implementa deste modo um tratamento diferenciado ao “suicida” em relação ao paciente “normal”.

Em sentido contrário VERA LÚCIA RAPOSO defende uma interpretação diferente para este preceito, não lhe atribuindo a autora uma eficácia justificativa relativamente ao crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários ou, mesmo quando o médico acabe por lesar a saúde ou vida do paciente por força de uma violação culposa das *leges artis*, em relação a um crime de ofensas à vida ou integridade física do paciente. Sustenta então a autora que “O artigo 154.º/3/b) apenas pretende esclarecer que a pessoa (médico ou outra) que coaja outrem para evitar que este se suicide, ou que cometa qualquer outro facto ilícito, não comete o crime de coação, mas sem que daqui decorra a obrigação de atuar em tal sentido”, concluindo assim que “será uma conduta criminosa aquela do médico que salva a vida do paciente agindo contra o consentimento expresso deste, sem o devido consentimento, sem que este seja informado dos aspetos do ato médico considerados relevantes no caso concreto ou então, estando o paciente inconsciente, quando haja motivos

⁹⁹ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 386 §24.

¹⁰⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 391 §35.

¹⁰¹ Cfr. SILVA, José Sampaio da, *O Poder de Dispor da Própria Vida (Suicídio e Eutanásia)* in *Revista Online Julgar*, Fevereiro 2010, disponível em julgar.pt, p. 52.

fundados que impeçam que se presuma o consentimento do paciente” ¹⁰² . Neste mesmo sentido BERTEL defende a não aplicação da justificação decorrente deste regime ao médico que, em face de uma tentativa falhada de suicídio por parte do paciente, realiza contra a vontade do mesmo tratamentos para lhe salvar a vida, advogando assim a continuação da sua punição por tratamento arbitrário ¹⁰³ .

No meu entender parece ser a interpretação de VERA LÚCIA RAPOSO a que mais se coaduna quer com a letra da nossa lei, quer com o sentido subjacente ao regime do art. 156.º. Na verdade, decorre precisamente do regime contido na alínea b) do n.º 3 do art. 154.º que “*O facto não é punível: Se visa evitar suicido ou a prática de facto ilícito típico*”, referindo-se então exclusivamente à não punição do facto a título de um crime de coacção. Pelo que não parece decorrer deste preceito nenhuma possibilidade de interpretação extensiva no sentido de estender a sua eficácia justificativa a outras incriminações para além da incriminação do art. 154.º. Também o próprio sentido do regime do art. 156.º parece fundamentar esta interpretação. Ou seja, defender a interpretação de COSTA ANDRADE equivale a defender uma exceção e limitação à tutela do direito de autodeterminação consagrada pelo regime do art. 156.º, pelo que advogar este desigual tratamento entre o paciente “normal” e o paciente “suicida” será ir contra o sentido deste regime que, como vimos, tem como fundamento a proteção do bem jurídico liberdade pessoal do paciente de dispor do corpo e da vida. Assim, a interpretação de COSTA ANDRADE amplia a referida fragmentaridade da tutela penal deste regime no sentido do seu excecional *favor vitae* (ou *salutis*). Também motivos axiológicos parecem justificar este meu entendimento. No fundo a recusa de consentimento do “suicida” caracteriza-se pela autodeterminação da pessoa em desfavor da sua vida, pelo que legitimar uma justificação para um tratamento arbitrário em relação a este tipo de pacientes será legitimar uma agressão ao seu direito de autodeterminação tutelado pela incriminação do art. 156.º. Até que ponto parece ser justificável um tratamento diferente e, por consequente, uma compreensão diferente do sentido e extensão do direito de autodeterminação de que também o paciente “suicida” será titular? Não será a recusa de tratamentos também ela uma plena realização do direito de autodeterminação de dispor do corpo e da própria vida? Qual a diferença entre o paciente “suicida” e aquele paciente que não consente na realização de uma intervenção que muito

¹⁰² Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime...*, *ob. cit.*, p. 6.

¹⁰³ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 391 §35.

provavelmente lhe garantiria o prolongamento da sua vida como representando a plena realização do seu direito de autodeterminação?

2.6 O tipo subjetivo

Relativamente ao tipo subjetivo desta incriminação entendemos que o crime será punível a título de dolo, contudo salienta COSTA ANDRADE ser suficiente a existência de dolo eventual. O autor sustenta ainda que *“O dolo exige a representação, por parte do agente, de que actua sem consentimento ou de que o consentimento está inquinado por circunstâncias (v. g., erro) capazes de determinar a sua ineficácia”*, ressaltando contudo o autor que *“À semelhança do que em geral acontece (cf. Art. 16º), também aqui 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”*. Por sua vez a negligência só será punível nos termos do n.º 3 do art. 156.º (*“Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento (...)”*)¹⁰⁴.

2.7 As formas especiais do crime e o procedimento criminal

A incriminação prevista no art. 156.º do CP configura um crime específico próprio, uma vez que a qualificação do agente da infração está condicionada ao disposto no preceito legal, ou seja, apenas *“As pessoas indicadas no artigo 150º”* poderão figurar como autores do mesmo. Pelo que concluí COSTA ANDRADE estarmos perante *“Uma qualificação que, naturalmente, condiciona o regime da participação nos termos gerais”*. O autor realça ainda que *“A separação das águas operada pelo legislador português entre as Ofensas corporais e as Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários afasta a ocorrência de concurso ideal entre as duas infracções. Uma acção que realiza o tipo do art. 156º não pode preencher o tipo das Ofensas corporais. Isto vale tanto para as Ofensas corporais dolosas como para as Ofensas corporais negligentes, sc., provocadas por violação das *leges artis*”*, justificando o autor o seu entendimento com o facto de a violação das *leges artis* afastar, por si, a subsunção ao regime do art. 156.º, convertendo, em princípio, o facto em

¹⁰⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 390 §32,33.

ofensa corporal negligente, à qual se aplicará o disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 148.º do CP ¹⁰⁵.

Em sentido inverso VERA LÚCIA RAPOSO defende a admissibilidade de um concurso efetivo entre o tipo do art. 156.º e o tipo das ofensas corporais, na eventualidade de existir uma violação das *leges artis*, sustentando a autora estarem em causa bens jurídicos distintos pelo que a sua violação pode coexistir na mesma situação concreta ¹⁰⁶.

Na minha perspetiva será o entendimento de COSTA ANDRADE o que melhor se coaduna com o sentido do conceito e regime concebido pelo art. 150.º visto que uma violação das *leges artis* acarreta a exclusão do regime do art. 150.º e conseqüentemente do tipo objetivo da incriminação do art. 156.º, convertendo a conduta em uma ofensa corporal típica. Da mesma forma entendeu um acórdão do TRL ao afirmar que “*A pretensão da assistente de ver pronunciados os arguidos simultaneamente pelo crime de Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e pelo crime de Ofensa à integridade física por negligência sempre estaria votada ao fracasso*” fundamentando o TRL a sua decisão com o entendimento, anteriormente citado, de COSTA ANDRADE ¹⁰⁷.

Relativamente ao procedimento criminal, como mencionado anteriormente, por força do n.º 4 do art. 156.º do CP ele está dependente de queixa. No que diz respeito à titularidade do direito de queixa, importa mencionar o art. 113.º do CP que no seu n.º 1 dispõe que “*Quando o procedimento criminal depender de queixa, tem legitimidade para apresentá-la, salvo disposição em contrário, o ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação*”, entendendo-se assim ser o paciente o titular do direito de queixa, contudo em caso de morte do paciente estipula o n.º 2 do referido preceito que “*Se o ofendido morrer sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela, o direito de queixa pertence às pessoas a seguir indicadas (...)*”, prevendo-se assim no nosso ordenamento jurídico-penal a transmissão por morte do direito de queixa do paciente, ao contrário do ordenamento jurídico-penal austríaco que, por sua vez, como

¹⁰⁵ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in* *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 393 §39,40.

¹⁰⁶ Neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 170.

¹⁰⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-12-2007, Relator: EMÍDIO SANTOS, Processo: 5965/2007-5, consultável em www.dgsi.pt

afirma COSTA ANDRADE, “*prescreve o direito de queixa como exclusivo do paciente, sendo como tal intransmissível*”¹⁰⁸ .

Capítulo 3: O artigo 157.º do Código Penal (Dever de esclarecimento)

3.1 O consentimento esclarecido

O art. 157.º do CP surge como a norma que encerra o regime jurídico-penal para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. A sua complementaridade para com o art. 156.º resulta diretamente da letra do art. 157.º (“*Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz (...)*”). Consagrando-se então a exigência de consentimento no art. 156.º naturalmente que faz sentido disciplinar, do ponto de vista legal, os requisitos exigidos para que este seja um consentimento eficaz no sentido de excluir a tipicidade da incriminação do art. 156.º. Concluimos então que a exigência do art. 156.º de obter o prévio consentimento do paciente para a realização de uma intervenção médico-cirúrgica é complementada pela exigência cumulativa do art. 157.º de o médico esclarecer o paciente através da comunicação das informações consideradas relevantes no concreto caso¹⁰⁹ . Neste mesmo sentido alinha um particular acórdão do TRC ao afirmar que “*É condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes, que estes consentam nessa ingerência e que esse consentimento seja prestado de forma esclarecida, isto é, cientes dos dados relevantes em função das circunstâncias do caso*”¹¹⁰ . Da mesma forma defende BOCKELMANN que a eficácia do consentimento do paciente exige o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a sua decisão de submissão a uma intervenção do género da que lhe foi proposta¹¹¹ . Será então este um esclarecimento para a autodeterminação do paciente, dando assim o art. 157.º continuidade à tutela penal da sua liberdade de dispor o corpo e a sua própria vida prevista no art. 156.º¹¹² . É assim através da

¹⁰⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 393 §41.

¹⁰⁹ Assim, RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime...*, *ob. cit.*, p. 8.

¹¹⁰ Cfr. ponto IX do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-02-2020, Relator: MOREIRA DO CARMO, Processo: 3670/18.0T8VIS.C1, também ele consultável em www.dgsi.pt.

¹¹¹ Apud ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 396 §6.

¹¹² Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 395 §3.

referida conjugação dos regimes dos arts. 156.º e 157.º que alcançamos a figura do consentimento esclarecido e conseqüentemente eficaz.

3.2 A evolução legislativa desta norma

Relativamente à evolução legislativa desta norma, realçamos a relevância da reforma de 1995 ao CP Português que por sua vez estabeleceu importantes modificações em relação ao respetivo art. 159.º do CP de 1982.

Começando desde logo pela epígrafe atribuída ao preceito, convertendo a fórmula *Requisitos do Consentimento* para o atual *Dever de esclarecimento*. Esta reforma introduziu ainda o *diagnóstico* à lista de tópicos adstritos ao esclarecimento e alterou também a redação atribuída à figura do *privilégio terapêutico* sobre a qual versaremos mais adiante nesta dissertação. Sublinhamos ainda que a ausência, até esta reforma de 1995, do *diagnóstico* nos tópicos do esclarecimento despertava no plano doutrinal fortes críticas. Nomeadamente COSTA ANDRADE, já em 1991, sustentava que pressupondo o regime do esclarecimento um esclarecimento-para-a-autodeterminação, não faria então sentido a ausência do diagnóstico cujo conhecimento se revelava indispensável para o pleno exercício da liberdade erigida em bem jurídico ¹¹³.

Em termos de direito comparado destaca COSTA ANDRADE que o CP austríaco por sua vez não só não contém nenhum preceito semelhante ao nosso como também não faz qualquer alusão às exigências do esclarecimento. Contudo, salienta o autor que não é por isso que a doutrina e jurisprudência austríaca não deixem de convergir no reconhecimento de um dever de esclarecimento com um sentido e extensão essencialmente sobreponíveis às que a lei penal portuguesa lhe adscrive, aplaudindo no entanto o autor a solução legislativa portuguesa de autonomizar a consagração do *dever de esclarecimento* tendo em conta a sua avultada relevância, designadamente no confronto que suscita entre o bem jurídico autodeterminação do paciente e o bem jurídico vida ou saúde do mesmo ¹¹⁴. Da mesma forma defende KIENAPFEL a extrema importância do *dever de esclarecimento*, entendendo inclusive o autor constituir a problemática do dever de esclarecimento a questão central e principal de todo o regime das intervenções médico-cirúrgicas ¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 459.

¹¹⁴ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 394 §1,2.

¹¹⁵ Apud *Ibidem*.

3.3 O conteúdo do dever de esclarecimento

A respeito do conteúdo do dever de esclarecimento, sustentava HIRSCH que “o esclarecimento deve ser de molde a colocar o paciente na situação de poder ponderar correctamente os prós e os contras da intervenção” ¹¹⁶. Neste sentido e de forma mais pormenorizada, resulta do 44º Congresso dos Juristas alemães (1962) o entendimento de que a eficácia do consentimento pressupunha que “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” ¹¹⁷. Por sua vez, o legislador penal português, de forma a evitar eventuais ambiguidades no que ao conteúdo deste dever diz respeito, decidiu listar expressamente na norma do art. 157.º os tópicos a que este dever de esclarecimento respeitava. Estipula então este preceito que “(...) o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”. Contudo os tópicos sobre que o dever de esclarecimento deve versar não se esgotam nos que se encontram tipificados no art. 157.º, entendendo COSTA ANDRADE que o médico deve, por exemplo, esclarecer também o paciente sobre a necessidade da realização da intervenção, que por sua vez implica a informação sobre a eventual existência e vantagens de eventuais meios alternativos de diagnóstico ou terapia ¹¹⁸.

Relativamente ao *diagnóstico*, introduzido através da Reforma de 1995 como anteriormente mencionado, à partida parece ser de louvar a sua inclusão nos tópicos do esclarecimento por naturalmente contribuir para um mais completo esclarecimento do paciente, reforçando assim a proteção do seu direito à autodeterminação. Contudo esta inovação legislativa suscitou no plano doutrinal e jurisprudencial larga discussão quanto ao seu mérito e conveniência. Por um lado evidencia COSTA ANDRADE a conveniência do diagnóstico no quadro de um esclarecimento para a autodeterminação, sustentando o autor que “Na mesma linha consideram KERN / LAUFS que «o primeiro pressuposto da autodeterminação do paciente é precisamente saber que está doente e conhecer o essencial da sua doença»”, concluindo assim este autor que por estas razões se impôs o entendimento da doutrina maioritária e, de forma geral, da jurisprudência, no sentido de aprovação da

¹¹⁶ Apud ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 396,397 §7.

¹¹⁷ Apud *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 397 §7.

incorporação do *diagnóstico* nos tópicos do esclarecimento ¹¹⁹. Por outro lado, destaca ainda COSTA ANDRADE que inversamente “*não têm deixado de se ouvir vozes a pôr em evidência as contra-indicações duma comunicação generalizada e irrestrita do diagnóstico. E a advogar soluções mais mitigadas e compromissórias que, em maior ou menor medida, sacrificam à ideia de privilégio terapêutico. Isto na linha do Strahlen-Urteil do BGH (1959) segundo o qual será lícito ocultar o diagnóstico nos casos - e só neles - em que a sua comunicação pudesse causar «dano grave e irreversível para a saúde do paciente»*” ¹²⁰.

Concluimos então que a controvérsia suscitada pela inclusão do *diagnóstico* no esclarecimento tinha na sua génese um considerável confronto entre dois significativos bens jurídicos: de um lado, o direito à plena autodeterminação do paciente que impunha que o paciente estivesse na posse de todas as informações relativas ao seu estado de saúde, nomeadamente o conhecimento do *diagnóstico* que se revela neste sentido essencial para o paciente; de outro lado, o bem jurídico vida e saúde do paciente arrisca-se, eventualmente, a ser danificado através da ilimitada e absoluta comunicação do *diagnóstico* ao paciente, designadamente nas situações de doença grave ou em função das próprias características do paciente.

O conteúdo do dever de esclarecimento revela-se ainda em termos práticos especialmente importante no que diz respeito à averiguação da eventual relevância de um *erro-vício* que possa afetar a eficácia do acordo (consentimento) prestado pelo paciente ¹²¹. Na verdade, a eficácia do consentimento do paciente está ainda dependente, além do prévio esclarecimento, da inexistência de qualquer *erro* que possa afetar o processo de decisão do paciente de se submeter a determinada intervenção ou tratamento. Como afirma VERA LÚCIA RAPOSO: “*O consentimento que materializa o pressuposto da atuação lícita do médico deverá ser livre, esclarecido e sem erros, aquilo a que na doutrina do direito médico se designa de consentimento informado*” ¹²². Da mesma forma sustenta COSTA ANDRADE que “*O acordo só será eficaz se for esclarecido e não estiver inquinado por erro-vício, nomeadamente por erro fraudulentamente induzido*” ¹²³. No mesmo sentido entende também BOCKELMANN que “*só à margem de erro o consentimento representa*

¹¹⁹ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 398 §10.

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*.

¹²¹ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 387 §27.

¹²² RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime...*, ob. cit, p. 8.

¹²³ ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 387 §26.

um acto de livre autodeterminação e só como tal ele pode ser eficaz”¹²⁴. Contudo nem todo e qualquer *erro* determina a ineficácia do consentimento/acordo, apenas o *erro* que afete concretamente a liberdade de dispor o corpo e a vida do paciente, pelo que nem sempre será fácil distinguir a figura de um *erro* irrelevante de um *erro* relevante que por sua vez implica a ineficácia do consentimento¹²⁵, pelo que assume aqui então o art. 157.º um importante papel, visto que ao determinar os tópicos sobre que o dever esclarecimento deve versar estabelece também manifestações de casos de *erro* relevante.

Desta forma, será ineficaz o acordo inquinado por um *erro* relativo a qualquer um dos tópicos de esclarecimento prescritos no art. 157.º, salvo se o *erro* for justificado pela exceção terapêutica prevista na parte final deste preceito sobre a qual mais adiante versaremos¹²⁶. Neste mesmo sentido propugna a nossa jurisprudência, nomeadamente um aresto do TRL, onde se afirma que “*O consentimento do lesado, neste caso, não é válido, porque enfermava de erro na declaração, motivado pelo incumprimento devido do dever de esclarecimento por parte do médico, que lhe permitiria decidir de forma livre, consciente e esclarecida sobre a intervenção a que foi sujeito*”¹²⁷. Em contraponto, um *erro* relativo ao preço, data, implicações sociais ou económico-profissionais da intervenção deverá ser entendido como *erro* irrelevante¹²⁸. Contudo, a figura do *erro* relevante não se esgota no *erro* sobre os tópicos de esclarecimento: também o *erro* sobre as necessidades e natureza da intervenção determinam a ineficácia do acordo; de igual forma o *erro* sobre a identidade do médico que realiza a intervenção ou o tratamento será, à partida, considerado um *erro* relevante¹²⁹.

3.4 O modo de prestar o dever de esclarecimento

No que se refere ao modo de prestar o dever o esclarecimento, realça COSTA ANDRADE que “*o esclarecimento deve privilegiar a orientação para o caso concreto*”¹³⁰. De facto, a singularidade de cada concreto caso influencia todo o regime subjacente ao dever

¹²⁴ Apud *Ibidem*.

¹²⁵ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 387 §26,27.

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. ponto V do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-02-2018, Relator: CARLOS OLIVEIRA, Processo: 1889/15.4T8CSC.L1-7, também ele consultável em www.dgsi.pt.

¹²⁸ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 387 §27.

¹²⁹ Assim e de modo mais desenvolvido, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I..., ob. cit, p. 388 §28,29.

¹³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 397 §8.

de esclarecimento, seja refletindo-se no modo de realizar este dever, seja na medida dos respetivos tópicos de esclarecimento, pelo que, um conjunto de diversos fatores devem ser tidos em conta no sentido e extensão referentes à concretização deste dever, nomeadamente as particularidades e gravidade do concreto quadro clínico do paciente; a necessidade ou urgência da intervenção/tratamento assim como os seus riscos e taxa de sucesso; as características pessoais do paciente, como por exemplo a sua capacidade de compreensão da situação, a sua robustez física e psíquica, a sua personalidade, a sua profissão, os seus hábitos de vida e também as dúvidas que este levante quanto à intervenção/tratamento ¹³¹ .

Este dever de esclarecimento, entendido como uma obrigação jurídica na perspetiva de DIAS PEREIRA ¹³² , recairá sobre o médico assistente em primeiro plano, contudo na hipótese de intervenção de um médico especialista também sobre este, no âmbito e medida da sua especialização, se estende o dever de esclarecimento ¹³³ . Por outro lado, igualmente o enfermeiro “*pode ser um auxiliar no processo de esclarecimento terapêutico e de “defensor” do consentimento informado*” ¹³⁴ . Regra geral o cumprimento deste dever exige um diálogo pessoal entre o médico e o paciente, sustentando ainda DIAS PEREIRA que “*As informações devem ser fornecidas em uma linguagem compreensível e com tempo suficiente para que o paciente possa fazer uma escolha informada*” ¹³⁵ .

Em aresto jurisprudencial entendeu o STJ que “*A violação do dever de informação pode constituir o médico em responsabilidade civil*” ¹³⁶ , contudo sustenta COSTA ANDRADE que “*O médico pode não cumprir integralmente as exigências do dever de esclarecimento (art. 157.º) por estar erradamente convencido quanto ao alcance desde dever*”, apontando o autor o caso de o médico que não dê conhecimento do *diagnóstico* ao paciente por tal ser a *praxis* na clínica ou hospital em que trabalha. Nestes casos entende então o autor que “*Trata-se de erro sobre a ilicitude, que excluirá a culpa se não for censurável, nos termos gerais*” ¹³⁷ .

¹³¹ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p. 439,440.

¹³² Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 410.

¹³³ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 415,416.

¹³⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 420.

¹³⁵ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 466.

¹³⁶ Cfr. ponto II do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26-11-2020, Relator: FERREIRA LOPES, Processo: 21966/15.0T8PRT.P2.S1, também ele consultável em www.dgsi.pt.

¹³⁷ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 393 §38.

Concluimos então revelar-se de extrema importância também o art. 157.º na composição do regime-jurídico penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, assumindo uma função de complementaridade com o que se encontra estabelecido nos arts. 150.º e 156.º, designadamente ao estabelecer as condições exigidas para que o consentimento prestado pelo paciente seja eficaz no sentido de excluir a tipicidade da incriminação do art. 156.º, dando assim continuidade à tutela penal do bem jurídico liberdade do paciente presente no art. 156.º no sentido de reforçar a proteção do seu direito à autodeterminação, especificamente na consagração do seu direito ao consentimento esclarecido relativamente à decisão de se submeter a uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico.

Capítulo 4: O direito ao consentimento livre e informado

4.1 O reconhecimento do direito ao consentimento livre e informado

Como sabemos o Direito Penal encontra a sua finalidade na proteção de bens jurídicos definidos como fundamentais pela nossa Constituição e por conseguinte dignos de proteção penal, criminalizando então o Direito Penal as condutas que lesem ou ameacem esses bens jurídicos fundamentais cujas ofensas se revelam carecidas de pena.

Reconhecendo a CRP o direito à autodeterminação da pessoa nos artigos 25.º, 26.º e 27.º, compete assim ao Direito Penal materializar e concretizar a proteção penal desse direito fundamental, pelo que concluimos então que o regime jurídico-penal para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (arts. 150.º, 156.º e 157.º) através da criminalização das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (realizadas sem o consentimento informado do paciente) realiza a proteção penal do bem jurídico liberdade pessoal do paciente de dispor do corpo e da própria vida enquanto expressão do seu direito à autodeterminação. Através da proteção penal deste bem jurídico é simultaneamente reconhecido e protegido o direito do paciente ao consentimento livre e informado relativamente à sua submissão a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos enquanto expressão da sua liberdade de dispor do corpo e da própria vida.

Foi por sua vez o CP de 1982 que positivou pela primeira vez esta proteção penal do bem jurídico liberdade pessoal do paciente de dispor do corpo e da própria vida no âmbito das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos através dos respetivos arts. 150.º, 158.º e

159.º de tal diploma, resultando, no entanto, o atual regime das posteriores alterações operadas ao CP de 1982 pela reforma de 1995.

O reconhecimento do *direito ao consentimento livre e informado* resulta assim da conjugação da criminalização das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados de forma arbitrária/sem o prévio consentimento do paciente (art. 156.º) [cabendo então exclusivamente ao paciente o direito de decidir (ou não) submeter-se a determinada intervenção ou tratamento (daí o termo *consentimento livre*)], com a exigência de esclarecimento (art. 157.º) a que o médico está obrigado a prestar ao paciente, nomeadamente que ao paciente seja atribuída toda a informação relativa quer ao seu estado saúde quer ao objetivo, natureza e consequências da intervenção ou tratamento proposto [daí o termo *consentimento informado*], alcançando-se assim um consentimento livre e informado assente numa decisão pessoal e autónoma, feita de forma consciente e auto-responsável por parte do paciente, e consequentemente considerada eficaz no sentido de afastar a tipicidade da incriminação do art. 156.º.

O reconhecimento deste direito foi por sua vez influenciado por todo um caminho percorrido a nível mundial relativamente à evolução da conceção atribuída à relação médico-paciente.

Esta evolução resulta em primeiro plano da “*superação do paternalismo clínico herdado de Hipócrates pelo primado do princípio da autonomia do paciente*” no âmbito da Bioética e da Ética Médica ¹³⁸. Com efeito, consistia o paternalismo hipocrático na primazia do princípio da beneficência na atividade médica que impunha que o médico devesse determinar e realizar o tratamento que se revelasse ser mais benéfico para o paciente, não se admitindo que paciente participasse na decisão do tratamento ou que recusasse a realização do mesmo, agindo então o médico unilateralmente e limitando-se o paciente a submeter-se ao que o médico determinasse ser melhor para si ¹³⁹, pelo que afirmando-se a primazia do princípio da autonomia do paciente afirma-se a compreensão do paciente como um ser dotado de liberdade e racionalidade sendo então capaz de se autodeterminar autonomamente relativamente à atuação médica ¹⁴⁰. No seguimento deste primeiro plano da evolução da

¹³⁸ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 397.

¹³⁹ Cfr. BEIER, Mônica e IANNOTTI, Giovano de Castro, *O paternalismo e o juramento hipocrático* in Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Volume 10 Suplemento 2, Dezembro de 2010, disponível em scielo.br

¹⁴⁰ Cfr. CAMPOS, Adriana e OLIVEIRA, Daniela Rezende de, *A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica* in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 115, Julho/Dezembro de 2017, p. 27.

conceção da relação médico-paciente, surgem assim importantes reflexões especialmente em matéria de direitos dos pacientes, pelo que o florescimento jurisprudencial e doutrinário que se sucedeu nesta matéria impulsionou a constituição de um novo e autónomo ramo do direito: o Direito da Medicina ¹⁴¹ . Impulsionadas por diversas contribuições jurisprudenciais, pelo mundo inteiro emergem consagrações dos direitos dos pacientes, no contexto do que, nomeadamente, surgem inúmeras referências ao direito ao consentimento livre e informado, revelando-se o século XX (especialmente após a Segunda Guerra Mundial) como o núcleo cronológico de toda a evolução da teoria do consentimento informado ¹⁴² .

De destacar ainda o papel vanguardista de diversas declarações internacionais na afirmação do *direito ao consentimento livre e informado*, pelo que designadamente e de forma cronológica se podem indicar: o ponto 1 do Código de Nuremberga (1948) ; itens 25. a 32. da Declaração de Helsínquia (1964) ; art. 7.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) ; princípio 3 e 7 da Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente (1981) ; direito 6 e 8 da Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes (1994) que por sua vez contém anexa a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes ; art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (1997) ; art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e os arts. 5.º e 6.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005) ¹⁴³ .

No plano legislativo português, a doutrina do consentimento livre e informado encontra ainda a sua consagração legal, além do CP, em diversas normas. Também a alínea e) e f) do art. 1.º da Base 2 da atual Lei de Bases da Saúde (aprovada em 19 de julho de 2019) afirmam este direito ao consentimento livre e informado. Da mesma forma o n.º 1 do art. 44.º e o n.º 1 do art. 45.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos reconhecem este direito.

O reconhecimento do *direito ao consentimento livre e informado* do paciente no nosso regime jurídico-penal para as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos pressupõe então a necessidade de o profissional de saúde, regra geral, obter o consentimento – e cumulativamente prestar o dever de esclarecimento ao paciente – antes de realizar qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, determinando a incriminação do art. 156.º e o

¹⁴¹ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 371,372,373.

¹⁴² Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 398,399,400,401.

¹⁴³ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 401,402,403,404.

disposto no art. 157.º do CP a punição do médico (pena de prisão até três anos ou pena de multa) que realize uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico sem o consentimento (livre) e esclarecido do paciente.

Em sintonia entende o STJ ao afirmar em aresto jurisprudencial que “*Sobre o médico recai um dever de informação e de obtenção de consentimento informado, deveres estes que surgem para neutralizar (ainda que sem eliminar) a assimetria de informação que tipicamente caracteriza a relação médico-paciente*”¹⁴⁴.

Ressalvamos, no entanto, a existência de situações que configuram quer uma exceção/limitação ao dever de esclarecimento quer uma exceção ao integral dever de obter o consentimento (informado) do paciente, sobre as quais de seguida versaremos.

4.2 Exceções ao dever de esclarecimento

Na verdade, o dever de esclarecer não se revela como um dever absoluto, compreendendo assim também este dever determinadas exceções ou apenas limitações. DIAS PEREIRA evidencia a existência de cinco situações que configuram verdadeiras exceções a este dever. Começa o autor por apontar as situações de urgência que, como anteriormente mencionadas, constituem uma exceção ao dever de obter o consentimento do paciente em face da urgência da necessidade de realizar a intervenção, pelo que, dispensando-se a exigência de consentimento nestes casos, naturalmente que também o dever de esclarecimento será aqui dispensado. Seguidamente indica o autor a possibilidade de o paciente renunciar ao direito a ser informado, concebendo-se assim um *direito a não saber* de que goza o paciente. Em terceiro lugar menciona o autor a existência de uma figura desenvolvida pela doutrina germânica: a situação do paciente resoluto, isto é, a situação daquele paciente que está de tal maneira decidido quanto à sua decisão de se submeter (ou não) a determinada intervenção que dispensa qualquer esclarecimento. Em quarto lugar refere o autor o caso do paciente que já está informado, seja por virtude da sua profissão na área da medicina ou devido ao aprofundado conhecimento que adquiriu sobre a sua doença em virtude do extenso tempo de que a padece (exemplo dos doentes crónicos). Por último indica o autor o instituto do *privilégio terapêutico*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. ponto III do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-01-2022, Relator: PEDRO DE LIMA GONÇALVES, Processo: 19473/17.6T8LSB.L1.S1, também ele consultável em www.dgsi.pt.

¹⁴⁵ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente - Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico 9, Coimbra 2004, p. 285.

Importa ressaltar que nestes casos o dever de obter o consentimento do paciente mantém-se, sendo, contudo, apenas limitado ou extinguido o dever de esclarecimento precedente ao dever de obter o consentimento do paciente.

Versaremos de seguida de forma mais desenvolvida, dada a sua especial complexidade, as exceções representadas pelo *direito a não saber* e pelo *privilégio terapêutico*. Sublinhamos desde já que os bens jurídicos protegidos por estas duas figuras são diferentes, uma vez que a exceção do *direito a não saber* protege o direito à autodeterminação do paciente enquanto uma nova expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto a limitação do *privilégio terapêutico* protege o direito à integridade física e à saúde do paciente ¹⁴⁶.

4.2.1 O direito a não saber

Como afirmado, a exceção ao dever de esclarecer materializada pelo *direito a não saber* traduz-se na possibilidade conferida ao paciente de renunciar ao seu direito a ser informado como pressuposto do seu direito ao consentimento livre e informado. Esta possibilidade foi também defendida em aresto jurisprudencial do STJ ao afirmar que “*Com ressalvas que aqui não importam, o doente tem direito a ser informado, pelo médico, em ordem a poder decidir sobre se determinado ato médico que o vise deve ou não ser levado a cabo. Tal direito é disponível*” ¹⁴⁷. Dispensa-se assim o dever de esclarecimento exigido ao médico, devendo, contudo, registar o médico no processo clínico esta decisão do paciente ¹⁴⁸. *O direito a não saber* apresenta-se ainda expressamente consagrado quer no n.º 2 do art. 10.º da CDHBio, quer no n.º 3 do art. 50.º do CDOM.

Em termos de direito comparado, destacamos o reconhecimento deste direito por diversos sistemas normativos jurídicos europeus, designadamente em Espanha (n.º 1 do art. 9 da Ley 41/2002), França (art. L1111-2 do Code de la santé publique) e na Bélgica (§3 do art. 7.º da Lei 22 de Agosto de 2002) ¹⁴⁹.

Relativamente ao modo de exercer este *direito a não saber* entende-se que pode ser a renúncia ao direito de ser informado expressa ou tácita, contudo exige-se que seja uma

¹⁴⁶ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 510,511.

¹⁴⁷ Cfr. ponto I e II do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-10-2014, Relator: JOÃO BERNARDO, Processo: 3925/07.9TVPRT.P1.S1, também ele consultável em www.dgsi.pt.

¹⁴⁸ Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de e PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Livro prático sobre Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra 2006, p. 61

¹⁴⁹ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 515.

renúncia clara e inequívoca ¹⁵⁰ , afirmando DIAS PEREIRA que “*pois como julgou o Supremo Tribunal austríaco (OGH, 1983), não é correto «que o médico, só com base na ausência de perguntas por parte do paciente, deduza, de forma concludente, um desejo de não receber mais informações»*” ¹⁵¹ . Assim, apenas em situações excepcionais se admite que o médico presuma o exercício deste *direito a não saber* pelo paciente nomeadamente “*quando com base na atitude e concepção vitais do afectado noutros campos ou em virtude de manifestações expressas feitas no passado que indicem claramente uma vontade de defesa que se refira, inclusivamente, às informações de carácter básico*” ¹⁵² . Concluimos assim ser necessário, regra geral, que o paciente ative de forma explícita este *direito a não saber* podendo então à partida o médico divulgar as informações ao paciente ¹⁵³ .

Por outro lado, o exercício do *direito a não saber* pressupõe “*o conhecimento da possibilidade de conhecimento*” , ou seja, só sabendo o paciente que dispõe da possibilidade de conhecer determinadas informações pode ele efetivamente decidir não querer saber ¹⁵⁴ . Deve então o médico assegurar-se que o paciente conheça esta sua possibilidade de forma a que o mesmo decida de forma adequada se deseja ou não obter o conhecimento dessas informações.

A fundamentação jurídica deste direito resulta, desde logo, do princípio da autonomia da pessoa humana. Decorre ainda do direito à reserva da vida privada, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à integridade e autodeterminação (arts. 25.º e 26.º da CRP) ¹⁵⁵ .

Ao contrário do que defendia o filósofo Gilbert Hottois ao afirmar que “*A pretensão de defender um direito a não saber e valorizar o não saber fatalista, reivindicando o princípio da autonomia do sujeito, constitui uma contradição e um contrassenso, uma utilização abusiva e inclusivamente absurda do conceito de autonomia. (...) Só o direito de saber e o dever de saber se articulam positivamente com o princípio da autonomia, já que o poder de autodeterminação deve exercer-se com conhecimento de causa, isto é, baseando-se em toda a informação pertinente disponível que possa aumentar a capacidade de escolha de um*

¹⁵⁰ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 516.

¹⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵² Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 517.

¹⁵³ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 516.

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 517.

sujeito.”¹⁵⁶, é o entendimento da doutrina majoritária, segundo a qual o *direito a não saber* concretiza o princípio da autonomia do sujeito, configurando esta decisão de vontade uma manifestação do direito à autodeterminação que por sua vez se apresenta como uma dimensão do princípio da autonomia. Assim também a decisão de não querer saber materializa o direito de autonomia do paciente devendo essa vontade ser respeitada¹⁵⁷.

Por fim importa salientar que também o *direito a não saber* pode conter restrições justificadas pelo interesse do próprio paciente ou em razão da proteção de terceiros, conforme estipula o n.º 3 do art. 10 e o art. 26.º da CDHBio. No interesse do paciente destacamos a indispensabilidade de comunicar a necessidade de adotar certas medidas preventivas perante a descoberta de uma predisposição do paciente para uma doença grave, como por exemplo aconselhar um paciente a deixar de fumar após teste genético que revele predisposição para contrair cancro do pulmão. Por motivos de proteção de terceiros apontamos a obrigação de informar o paciente que foi detetada uma doença infectocontagiosa no seu organismo de forma a evitar que contagie outras pessoas, como será o caso do teste positivo à COVID-19 que acarreta um dever de isolamento.¹⁵⁸

4.2.2 O privilégio terapêutico

Decorre do n.º 3 do art. 10º da CDHBio a possibilidade de as leis nacionais estabelecerem restrições ao direito a ser informado no interesse da saúde do paciente. Entendemos assim estar na génese da admissibilidade desta possibilidade o eventual confronto entre o direito à informação reconhecido ao paciente (como dimensão do seu direito à autodeterminação) e o dever de proteção do bem jurídico vida ou saúde do paciente incumbido, por seu turno, ao Estado.

É em razão da previsão desta possibilidade que o CP Português na parte final do art. 157.º estipula expressamente a figura do *privilégio terapêutico*. Pelo que será dispensada “a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”, concebendo-se desta forma uma efetiva limitação ao dever de esclarecimento do médico. Atualmente encontramos também alusões indiretas a esta figura em diversos textos

¹⁵⁶ Apud *Ibidem*.

¹⁵⁷ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 518.

¹⁵⁸ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 518,519.

normativos, por exemplo no n.º 1 e 2 do art. 50.º do CDOM e no n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 12/2005, de 26 Janeiro.

Relativamente ao sentido do *privilégio terapêutico* importa indicar a existência de determinados cânones a respeitar em relação à utilização desta figura:

Primeiramente sublinhamos o caráter restritivo desta figura, sustentando DIAS PEREIRA que só haverá “*privilégio para as intervenções terapêuticas, isto é, aquelas que passam no apertado crivo do art. 150.º CP*”¹⁵⁹. Desta forma não será admissível a invocação do *privilégio terapêutico* em relação às intervenções médicas que caiam fora do conceito de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos apresentado pelo art. 150.º e que consequentemente sejam consideradas ofensas corporais. DIAS PEREIRA fundamenta este entendimento quer pelo elemento sistemático concebido, ou seja, o dever de esclarecimento e o respetivo *privilégio terapêutico* (art. 157.º) complementam a exigência de consentimento prevista na incriminação do art. 156.º que por sua vez pressupõe uma remissão para o art. 150.º; quer ainda pelo argumento teleológico, sustentando o autor que “*Só face a intervenções terapêuticas se justifica este instituto de cunho paternalista, visto que está em causa a salvaguarda da saúde do doente*”¹⁶⁰. Afirma ainda o autor ser este o mesmo entendimento defendido, em regra, pela doutrina dos países que não efetuaram uma tão inequívoca distinção entre as intervenções médicas terapêuticas e não terapêuticas como a realizada pela lei portuguesa¹⁶¹.

De seguida realçamos não substanciar o *privilégio terapêutico* um direito à mentira por parte do médico¹⁶² em sentido inverso ao que defendia GREGORIO MARANÓN em 1952 ao afirmar que “*devemos declarar heroicamente que o médico não só pode, mas que deve mentir*”¹⁶³. Ressalvamos ainda que não será admissível omitir uma informação importante, invocando o *privilégio terapêutico*, a fim de evitar que o paciente se recuse submeter a determinada intervenção, como será o caso da não comunicação dos riscos da intervenção¹⁶⁴.

Concluimos então que a não comunicação de determinadas informações ao paciente através da figura do *privilégio terapêutico* configura uma situação indiscutivelmente

¹⁵⁹ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 512.

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 513.

¹⁶² Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 514.

¹⁶³ Apud PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...*, *ob. cit.*, p. 286.

¹⁶⁴ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 514.

excepcional apenas sendo admitida quando o conhecimento dessas informações suscite a possibilidade de colocar em perigo ou causar dano à vida ou saúde do paciente, refletindo mais uma vez a descontinuidade da tutela penal do bem jurídico direito à autodeterminação do paciente no sentido do mencionado *favor vitae vel salutis*.^{165 166}

Entendemos contudo que esta possibilidade de colocar em perigo ou causar dano disposta no art. 157.º se revela como um requisito incontestavelmente subjetivo, pelo que em face de cada concreto caso (nomeadamente em face da conexão entre o perfil físico e psíquico do paciente e o concreto conteúdo da informação a transmitir) deverá o médico realizar uma cuidada ponderação entre dois distintos interesses: a salvaguarda do direito à informação (como dimensão da plena autodeterminação do paciente) e a proteção da vida ou saúde do paciente, atribuindo então o médico primazia ao interesse que no concreto caso se mostre ser mais benéfico ao paciente. Como ainda afirma COSTA ANDRADE “*Além do mais, 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)*”, ressaltando também o autor a necessidade de que esta possibilidade de perigo seja fundada em pontos concretos e não em suposições vagas ou genéricas¹⁶⁷.

A título de exemplo de uma situação que à partida legitime a utilização do *privilégio terapêutico* podemos indicar o caso dos doentes cardíacos onde a comunicação do seu diagnóstico, na circunstância de desconhecerem que padecem de tal patologia, poderá revelar-se fatal¹⁶⁸. Destacamos ainda, em casos como este, a importância que pode assumir a família na função de “filtro” da comunicação da informação ao paciente¹⁶⁹.

Por fim, importa ainda referir a relevância da reforma do CP operada em 1995. Através desta reforma o legislador reduziu a admissibilidade do *privilégio terapêutico*. A antiga redação do art. 159.º do CP de 1982 legitimava na sua parte final a não comunicação de determinadas informações ao paciente quando essa informação implicasse “*o esclarecimento de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, seriam susceptíveis de lhe provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada*”

¹⁶⁵ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 399 §12.

¹⁶⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo...*, *ob. cit.*, p. 458,461.

¹⁶⁷ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 399 §13.

¹⁶⁸ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, *ob. cit.*, p. 514.

¹⁶⁹ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...*, *ob. cit.*, p. 287.

representando assim uma admissibilidade da exceção terapêutica ainda mais ampla e subjetiva do que a concebida pela versão atual do art. 157.º.

4.3 Exceções ao dever de obter o consentimento

Evidenciamos ainda a existência de determinadas situações que configuram uma exceção ao integral dever de obter o consentimento (informado) do paciente, nomeadamente as situações de urgência, os casos das intervenções expandidas e os casos que decorrem de autorizações legais com vista à proteção de interesses de terceiros ou de saúde pública ¹⁷⁰ .

Pelo que entendemos ser agora de notória relevância proceder a uma análise pormenorizada do conteúdo e sentido destas exceções.

4.3.1 As situações de urgência

A primeira exceção deriva da alínea a) do n.º 2 do art. 156.º. Trata-se aqui de um desvio à regra geral de exigência de obter o consentimento livre e esclarecido do paciente em face de uma situação de urgência. Esta urgência é entendida como *“a situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais e quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em perigo a vida ou leve a um agravamento do estado de saúde do doente”* ¹⁷¹ . Também o art. 8.º da CDHBio fundamenta legalmente esta exceção.

Por sua vez o CP austríaco contém uma semelhante disposição (n.º 2 do §110), face ao qual entende KIENAPFEL estarmos perante *“uma causa de justificação sui generis, dogmaticamente assente numa combinação de elementos do estado de necessidade justificante e do consentimento presumido”* ¹⁷² .

Logo que seja possível deve, contudo, o paciente ser informado das intervenções realizadas, devendo ainda ser obtido o consentimento deste para posteriores tratamentos e cuidados médicos que sejam necessários realizar. Importa também ressaltar que esta exceção não legitima a realização de intervenções desnecessárias e irreversíveis, não

¹⁷⁰ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 520.

¹⁷¹ *Entidade Reguladora da Saúde, Consentimento Informado – Relatório Final*, p. 40.

¹⁷² Apud ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 384 §17.

podendo estas ser realizadas numa situação de urgência sem o consentimento informado mesmo que a intervenção seja necessária para salvar a vida do paciente ¹⁷³ .

A instituição desta exceção aplica-se, em termos práticos, essencialmente ao tratamento de doentes inconscientes, não sendo assim possível determinar nestes casos de forma segura a sua real vontade em ser ou não ser submetido a determinada intervenção. Como refere COSTA ANDRADE “*Basta ter presentes os contingentes de sinistrados da estrada que quotidianamente chegam aos bancos dos hospitais e cujo tratamento e respectivas modalidades terão de decidir-se à margem da vontade real ou presumida*” ¹⁷⁴ .

4.3.2 As intervenções expandidas

A segunda exceção decorre da alínea b) do nº 2 do art. 156.º. Estamos aqui no contexto das intervenções expandidas, ocorrendo um alargamento do âmbito da operação. Nesta situação, ao contrário da primeira exceção em que não existe de todo um prévio consentimento, houve efetivamente um prévio consentimento por parte do paciente que, no entanto, se revelou ser insuficiente/incompleto face ao que no decorrer dessa concreta intervenção o médico entendeu ser necessário realizar.

COSTA ANDRADE sustenta ser esta uma situação muito frequente no âmbito das cirurgias, entendendo que “*Muitas vezes, com efeito, só depois de iniciada a intervenção e com o paciente já anestesiado, é que o médico verifica a necessidade de tratamentos não cobertos pelo consentimento a seu tempo dado pelo paciente*” ¹⁷⁵ .

Relativamente à admissibilidade desta exceção, entendemos que a ordem jurídica não exige que a intervenção vise evitar um perigo grave ou iminente, sendo suficiente que evite um perigo para a vida, o corpo ou a saúde como resulta da letra da lei. Por outro lado, um perigo meramente potencial não justificará a realização de uma intervenção não abrangida pelo consentimento do paciente ¹⁷⁶. Entende ainda DIAS PEREIRA que “*O médico deve interromper a operação quando a sua continuação acarrete consequências tão negativas quanto a sua repetição*”, privilegiando-se nesta situação a possibilidade de escolha do paciente ¹⁷⁷ .

¹⁷³ Assim, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 522.

¹⁷⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 384 §18.

¹⁷⁵ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, ob. cit, p. 384 §19.

¹⁷⁶ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 521.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*.

4.3.3 Limite às alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 156.º

Apesar da descontinuidade da tutela penal do bem jurídico autodeterminação do paciente em prol da proteção do bem jurídico vida ou saúde do mesmo que decorre das alíneas a) e b), a parte final do n.º 2 ressalva contudo a prevalência da tutela do bem jurídico direito à autodeterminação do paciente ao consagrar um limite à dispensa de consentimento prevista para as situações descritas nas alíneas a) e b) da presente norma (“*e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”).

Relativamente a este limite sustenta DIAS PEREIRA que “*para se punir um médico não será bastante supor razoavelmente (art. 39.º, 2) que o consentimento seria recusado, antes terá de se produzir prova que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”¹⁷⁸, acrescentando VERA LÚCIA RAPOSO que “*em caso de dúvida, deve decidir-se a favor da atuação do médico*” espelhando assim esta solução a referida intencionalidade *in dubio pro vita ou pro salute* subjacente à fragmentaridade da tutela penal presente frequentemente neste regime¹⁷⁹. Deste modo as duas exceções contidas no n.º 2 do art. 156.º encontram a vontade hipotética do paciente como um limite à sua admissibilidade. Entende assim DIAS PEREIRA assumir aqui elevada importância “*o conhecimento do sistema de valores do paciente para que o médico possa formular um juízo que com ele se adequa*”, sustentando ainda o autor que “*se o médico souber que o doente não quereria o tratamento em qualquer caso, deve abster-se de o fazer: e se o doente for portador de um testamento vital que recuse um determinado tratamento, deve o médico abster-se, mesmo que isso implique um desfecho fatal*”, concluindo então que “*Os princípios do consentimento presumido (maxime, o respeito pela vontade hipotético-conjectural) devem, pois, ser respeitados nesta sede*”¹⁸⁰.

Por sua vez COSTA ANDRADE salienta que o testamento de paciente (definido como uma declaração escrita do paciente em que expressa a sua vontade, no caso de ser encontrado inconsciente, de não querer ser submetido a qualquer intervenção ou tratamento com fim de salvar a sua vida) não será suficiente para alegar este limite. Justificando o autor esta ideia com o facto de “*O testamento de paciente só permite saber o que o paciente queria*

¹⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 521.

¹⁷⁹ Cfr, RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico...*, ob. cit, p. 172.

¹⁸⁰ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes...*, ob. cit, p. 521,522.

*no momento em que o redigiu; mas não permite referenciar com segurança o que ele quer no momento do tratamento. Por vias disso, não pode adscrever-se ao testamento de paciente mais do que um valor indiciário, não podendo ser assumido em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade criminal do médico”, acrescentando ainda o autor que “Muitas vezes nem sequer será possível lançar mão dos (já de per si precários) testamentos de paciente nem das informações trazidas por familiares”*¹⁸¹.

4.3.4 As autorizações legais

Por último, também a existência de certas autorizações legais representa uma exceção ao dever de obter o consentimento na medida em que possibilitam a realização de intervenções ou tratamentos sem ou contra a vontade do paciente.

Nomeadamente no âmbito do combate preventivo de epidemias e doenças contagiosas COSTA ANDRADE afirma que *“As autorizações legais podem ainda justificar as acções médicas que, embora portadoras de uma finalidade mais ou menos directa de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente preordenadas à promoção de interesses jurídicos supra-individuais”*¹⁸². A título de exemplo indicamos o estabelecimento da vacinação obrigatória que por sua vez *“constitui uma importante limitação ao princípio da autonomia, justificado na medida em que tem em vista a salvaguarda de prementes interesses de saúde do próprio corpo e de saúde pública”*¹⁸³ estabelecida por certos decretos-lei tais como o Decreto-Lei n.º 413/71, de 27 de Setembro e o Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de Setembro.

Acrescenta ainda COSTA ANDRADE que o mesmo valerá para os tratamentos compulsivos prescritos quer para pessoas com certos estatutos profissionais, como o caso de militares, quer para os reclusos prisionais¹⁸⁴. Relativamente aos estabelecimentos prisionais destacamos a Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro que no n.º 2 do seu art. 35.º legitima a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos sem o consentimento dos reclusos em face de um perigo grave para o corpo ou saúde dos mesmos ou de terceiros.

¹⁸¹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 384,385. §18,20.

¹⁸² ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 391 §36.

¹⁸³ *Entidade Reguladora da Saúde, Consentimento Informado – Relatório Final*, p. 42.

¹⁸⁴ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa *in Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 392 §36.

4.4 Incapacidades para consentir

Ainda relativamente ao direito ao consentimento livre e informado, revela-se de considerável interesse uma abordagem à temática da capacidade para consentir.

Logicamente que a titularidade e exercício do direito ao consentimento livre e informado por parte do paciente pressupõe a sua plena capacidade para consentir. Deste modo, a capacidade para consentir que aqui aludimos é entendida não só como a capacidade para compreender a informação que lhe é transmitida pelo médico no cumprimento do seu dever de esclarecimento, mas também como a capacidade de discernimento do paciente em decidir, de forma ponderada, a sua submissão ou não ao tratamento apresentado. Nas palavras de DIAS PEREIRA: *“Para que seja plenamente eficaz o consentimento deve não só ser suficientemente informado, mas o sujeito deve possuir a necessária capacidade para autonomamente tomar decisões”*¹⁸⁵.

No entanto, nem todos os pacientes possuem esta capacidade, existindo determinadas situações que configuram uma manifesta incapacidade para consentir. Nomeadamente o caso dos menores e dos adultos submetidos ao regime jurídico do maior acompanhado que de seguida versaremos.

4.4.1 Menores

Relativamente à incapacidade de consentir dos menores começamos por destacar a relevância de duas distintas situações. Por um lado, o regime para os menores de 16 anos e, por outro lado, o regime para os menores entre os 16 e 18 anos.

Relativamente aos menores de 16 anos, a sua incapacidade para consentir resulta inequivocamente da lei. Seja por força do disposto nos arts. 122.º e 123.º do CC, seja em consequência do requisito de idade estabelecido para o consentimento no n.º 3 do art. 38.º do CP. Pelo que a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos no menor de 16 anos necessita então de uma prévia autorização pelos pais ou representantes legais como resulta do art. 124.º do CC, do n.º 1 do art. 46.º do CDOM e também do n.º 2 do art. 6.º da CDHBio. Entende no entanto VERA LÚCIA RAPOSO que *“deve o menor ser envolvido na decisão e, se possível prestar igualmente o seu consentimento, especialmente tratando-se de menores com capacidade de compreender a situação”*¹⁸⁶, sustentando a autora decorrer de

¹⁸⁵ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...*, ob. cit, p. 83.

¹⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime...*, ob. cit, p. 9.

igual forma esta solução do n.º 3 do art. 46.º do CDOM e dos arts. 12.º e 13.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Também o n.º 2 do art. 6.º da CDHBio estabelece por sua vez a importância e o dever de ter em consideração a opinião do menor.

Em relação aos menores entre os 16 e 18 anos, encontramos no ordenamento jurídico português uma notória desarmonia legislativa ¹⁸⁷. Por um lado, decorre do ordenamento civil (referidos arts. 122.º, 123.º e 124.º) a incapacidade de consentir de todos os menores de 18 anos, sendo esta incapacidade suprida pelo poder paternal e subsidiariamente pela tutela. Por outro lado, resulta do CP (referido art. 38.º/3) a eficácia do consentimento, como causa de exclusão da ilicitude criminal, por quem tenha mais de 16 anos e possua o discernimento necessário para avaliar o respetivo sentido e alcance do seu consentimento. Posto isto, face à ausência de uma solução por parte do nosso legislador impõe-se agora a questão de determinar quem deve prestar o consentimento para intervenções médico-cirúrgicas realizadas em menores entre os 16 e 18 anos. Em resposta a esta questão entende VERA LÚCIA RAPOSO que *“bons motivos despontam para que a idade do consentimento se fixe nos 16 anos, tanto mais que se trata aqui de uma decisão com íntimas repercussões sobre as convicções mais íntimas e pessoais, que pode inclusivamente ser considerada uma questão de liberdade de consciência”*, salientando a autora ser esta liberdade de consciência um direito fundamental da pessoa com respetiva proteção constitucional (art. 41.º), contudo conclui a autora que *“esta opinião, que defendemos de iure condendo, ainda não tem sustento suficiente no atual quadro legal, pelo que se considera mais prudente, à luz da lei vigente, que o profissional de saúde procure obter um consenso entre o menor (dos 16 aos 18 anos) e o pais ou outros representantes legais”* ¹⁸⁸.

Solução idêntica resulta do Relatório Final sobre o Consentimento Informado elaborado pela Entidade Reguladora da Saúde ao afirmar *“que se deve dar um revelo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com dezasseis anos e com discernimento suficiente”* relativamente à aplicação da incriminação do art. 156.º do CP, entendendo ainda estar esta solução em sintonia com o disposto no n.º 2 do art. 1878.º do CC, concluindo-se contudo que *“o médico deverá chamar os pais a colaborar no esclarecimento, na formação da vontade do menor, quando este aponta para uma solução*

¹⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

com resultados graves e irreversíveis para a sua saúde ou vida” de igual forma ao previsto em outros regimes jurídicos, entre os quais Áustria e Espanha.¹⁸⁹

A necessidade de autorização dos pais ou, subsidiariamente, dos representantes legais para a realização de atos médicos no menor compreende por sua vez algumas exceções:

A primeira exceção resulta das situações de urgência, não conseguindo o médico em tempo útil obter a autorização/consentimento dos pais ou representantes legais, provocando o consequente adiamento da realização da intervenção um perigo para a saúde ou vida do menor. Portanto, nesta situação o interesse do menor em ser tratado urgentemente legitima a intervenção médica necessária que, apesar de arbitrária, se considera lícita¹⁹⁰.

A segunda exceção relaciona-se com a eventual recusa de autorização dos pais ou representantes legais para a realização de uma intervenção em claro prejuízo para saúde ou vida do menor¹⁹¹. Um exemplo de escola desta situação será a recusa de transfusões sanguíneas, por razões de natureza religiosa, por parte dos pais do menor. Em face desta hipótese qual será a solução apresentada pelo direito português? COSTA ANDRADE, em 1999, criticava a ausência de um mecanismo legal que permitisse ultrapassar esta oposição dos pais, inversamente ao que acontecia no direito austríaco que por sua vez previa o apelo à intervenção direta do tribunal¹⁹². Entendia então o autor que *“Não consignando o direito português a superação do problema pela via do apelo ao tribunal, é nossa convicção que o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica: se o fizer - como deve - não incorrerá em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário. A liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante”*¹⁹³. No entanto, nesse mesmo ano (1999) é aprovada e publicada a Lei de proteção de crianças e jovens em perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro) que estabelece nos arts. 91.º e 92.º um procedimento de urgência onde se prevê a intervenção do tribunal, em substituição aos pais do menor, a fim de autorizar a intervenção necessária. Concluindo então o Relatório Final sobre o Consentimento Informado elaborado pela Entidade Reguladora da Saúde que relativamente a estas situações de recusa de consentimento/autorização dos pais em prejuízo

¹⁸⁹ Cfr. Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado – Relatório Final*, p. 53,54.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Assim, ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 383 §14.

¹⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa in *Comentário Conimbricense...*, *ob. cit.*, p. 383 §15.

do saúde do menor justifica-se assim “a limitação do poder paternal, para que o tribunal se substitua aos pais na autorização necessária”, estando esta solução em sintonia com o disposto no art. 1918.º do CC, com o estabelecido no n.º 6 do art. 46.º da CDOM e também com o n.º 1 do art. 69.º da CRP ¹⁹⁴. Concluímos então que nesta situação é atribuída ao médico a possibilidade de requerer esta intervenção judicial de forma a proteger os interesses do menor. Contudo, existindo perigo para o menor em face da demora em requerer esta intervenção judicial, entendemos que o médico possa e deva realizar a intervenção necessária.

4.4.2 Adultos submetidos ao regime jurídico do maior acompanhado

Relativamente aos adultos submetidos ao regime jurídico do maior acompanhado (Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto), a sua eventual incapacidade para prestar consentimento em intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos decorre do conteúdo e extensão das medidas de acompanhamento que a decisão judicial entenda serem necessárias determinar para o concreto caso (arts. 138.º, 139.º, 140.º e 145.º do CC). Fazemos aqui uso da palavra eventual visto que a sujeição de um maior ao regime de acompanhamento nem sempre implica automaticamente a sua incapacidade para consentir em ato médico, preservando-se dentro de cada caso a respetiva autonomia e autodeterminação do maior na medida do possível, limitando-se as medidas de acompanhamento ao estritamente necessário em função de uma avaliação das suas capacidades e, conseqüentemente, necessidades de proteção como resulta do regime do art. 145.º do CC ¹⁹⁵.

Na referida eventualidade de se concluir pela incapacidade do maior acompanhado de consentir em ato médico surge então a questão de como se ultrapassará esta incapacidade. Por sua vez o CC na subsecção relativa aos Maiores Acompanhados lamentavelmente não apresenta uma solução para esta questão. Da mesma forma a CDHBio não resolve o problema, referindo simplesmente no n.º 3 do art. 6.º a necessidade de autorização de um representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei, remetendo assim para o direito interno que por sua vez se revela insuficiente. Refere, contudo, este preceito da Convenção que o maior acompanhado deva, na medida do possível,

¹⁹⁴ Cfr. *Entidade Reguladora da Saúde, Consentimento Informado – Relatório Final*, p. 55.

¹⁹⁵ Assim, MONTEIRO, António Pinto, *Das Incapacidades ao maior acompanhado – Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018 in O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Fevereiro 2019, disponível em cej.justica.gov.pt, p. 35,36.

participar neste processo de autorização ¹⁹⁶ . A melhor solução possível parece decorrer do art. 46.º do CDOM que primeiramente dispõe que o consentimento deva ser solicitado ao representante legal do maior acompanhado (n.º 1); estabelece também este preceito a importância da eventual existência de uma diretiva escrita que exprima a vontade do doente (n.º 2); estipula de igual forma à CDHBio a possibilidade de o maior acompanhado participar no processo de autorização (n.º 3); afirma ainda o respeito e proteção do consentimento presumido do paciente (n.º 4), assumindo os representantes legais e os familiares um papel de auxiliar o médico no alcance do sentido deste consentimento presumido (n.º 5); e, por último, consagra a possibilidade de o médico, no interesse e defesa do doente, requerer o suprimento judicial do consentimento quando entender que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do paciente (n.º 6) .

¹⁹⁶ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...*, *ob. cit.*, p. 152,153.

Conclusão

É possível concluir em face tudo o que foi dito que o regime jurídico-penal português das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos é representando essencialmente por um sistema de complementaridade normativa entre os arts. 150.º, 156.º e 157.º do CP. Sistema este positivado pelo CP de 1982, e subsequentemente aprimorado pelas reformas produzidas em 1995 e 1998, que por sua vez se deve em grande medida às influências doutrinárias e jurisprudenciais austríacas e germânicas na construção axiológico-normativa deste sistema.

Um regime que se caracteriza fundamentalmente pela proclamação da atipicidade das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos integradas no conceito do art. 150.º na perspectiva dos crimes contra a integridade física e vida e pela punição dessas intervenções e tratamentos quando realizadas de forma arbitrária como uma incriminação que implementa autonomamente a tutela penal do bem jurídico liberdade do paciente, sendo a arbitrariedade suprida através do consentimento livre e informado do paciente.

Resulta assim deste regime a concretização da proteção penal do bem jurídico fundamental e, por conseguinte, digno de proteção penal - liberdade de dispor do corpo e da própria vida - como expressão do direito à autodeterminação da pessoa reconhecido pelos arts. 25.º, 26.º e 27.º da Constituição da República Portuguesa, pelo que o reconhecimento do direito do paciente ao consentimento livre e informado materializa a proteção penal desse direito através da criminalização das intervenções realizadas sem o consentimento informado do paciente, cabendo assim aos profissionais de saúde não só o dever de obter o consentimento do paciente, mas também o dever de esclarecer o mesmo de forma a que este preste um consentimento livre e informado e nesta medida auto-responsável e consciente.

Evidenciamos contudo ser um regime que apesar de assente na afirmação e proteção da liberdade e autodeterminação do paciente como dimensão da sua própria autonomia se revela em vários aspetos fragmentário na medida em que do frequente confronto entre a proteção da sua autodeterminação e a proteção da sua própria vida e saúde em certos aspetos deste regime resulta uma opção do legislador pela prevalência da proteção da vida e saúde do paciente concebendo-se assim algumas exceções ao direito ao consentimento livre e informado, seja na admissibilidade de situações que limitam apenas o dever de esclarecimento do médico (privilégio terapêutico) seja na admissibilidade de situações que extinguem o integral dever de obter o consentimento informado do paciente (situações de

urgência, intervenções expandidas e as autorizações legais), privilegiando-se nesses casos o interesse de proteger o bem jurídico penal vida ou saúde do paciente ou de terceiros em detrimento de proteger o bem jurídico penal liberdade/autodeterminação do paciente.

Por último, também uma abordagem à matéria das incapacidades para consentir em ato médico revela uma limitação deste direito ao consentimento livre e informado concebendo-se situações em que ao paciente é negado a possibilidade de exercer o seu direito em face da sua incapacidade de discernimento/autonomia, retirando-lhe a sua autodeterminação face ao ato médico em prol do interesse de proteger a sua vida e saúde.

Bibliografia

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

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

Beier, Mônica e Iannotti, Giovano de Castro. *O paternalismo e o juramento hipocrático* in Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Volume 10 Suplemento 2, Dezembro de 2010, disponível em scielo.br

Brito, Teresa Quintela de. *Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal n.º12, Ano 2002

Campos, Adriana e Oliveira, Daniela Rezende de. *A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica* in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 115, Julho/Dezembro de 2017, disponível em pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep

Entidade Reguladora da Saúde – Consentimento Informado – Relatório Final, Maio de 2009

Fidalgo, Sónia Mariza Florêncio. *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coleção do Centro de Direito Biomédico 13, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

Monteiro, António Pinto. *Das Incapacidades ao maior acompanhado – Breve Apresentação da Lei N.º 49/2018*, in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, Fevereiro 2019, disponível em cej.justica.gov.pt

Oliveira, Guilherme de e Pereira, André Gonçalo Dias. *Livro prático sobre Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra 2006

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

Pereira, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente - estudo de direito civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico 9, Coimbra 2004

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

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

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes. *O artigo 150.º, N.º 1, Do Código Penal – Uma Jóia Preciosa no Direito Penal Médico*, in JULGAR – N.º 21 – 2013, Coimbra Editora

Silva, José Sampaio da. *O Poder de Dispor da Própria Vida (Suicídio e Eutanásia)*, in Revista Online Julgar, Fevereiro 2010, disponível em julgar.pt

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-01-2007, proferido no âmbito do processo n.º 5335/2006-5, relatado por José Adriano. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-10-2014, proferido no âmbito do processo n.º 6180/11.2 TDLSB.L1-5, relatado por Filomena Lima. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) de 28-11-1957, proferido no âmbito do processo n.º 4 StR 525/57. Disponível em www.opiniojuris.de.

Acórdão do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof) de 04-07-1984, proferido no âmbito do processo n.º 3 StR 96/84. Disponível em www.opiniojuris.de.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-12-2007, proferido no âmbito do processo n.º 5965/2007-5, relatado por Emídio Santos. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-02-2020, proferido no âmbito do processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1, relatado por Moreira do Carmo. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-02-2018, proferido no âmbito do processo n.º 1889/15.4T8CSC.L1-7, relatado por Carlos Oliveira. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-11-2020, proferido no âmbito do processo n.º 21966/15.0T8PRT.P2.S1, relatado por Ferreira Lopes. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2022, proferido no âmbito do processo n.º 19473/17.6T8LSB.L1.S1, relatado por Pedro de Lima Gonçalves. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2014, proferido no âmbito do processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, relatado por João Bernardo. Disponível em www.dgsi.pt.