Bárbara Sofia Brito da Silva Roque

OS ATOS MÉDICOS NA PERSPETIVA JURÍDICO-PENAL: O CONSENTIMENTO DO PACIENTE E O DEVER DE ESCLARECIMENTO DO MÉDICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no âmbito do Mestrado em Direito Forense, sob orientação do

Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Março de 2016

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO……...3

II – O CONSENTIMENTO INFORMADO…….7

1. Enquadramento histórico……...……...…7
2. A consagração legal do consentimento informado no Ordenamento Jurídico Português…….10
3. O Consentimento informado para o ato médico no Código Penal…….….12
4. O Parecer n.º 57 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida……13
5. A forma do consentimento…….…….16
6. As modalidades de declaração do consentimento……...16
   6.1 Consentimento efetivo……...16
   6.2 Consentimento presumido…….17
   6.3 Consentimento hipotético…….…….19
7. Exceções ao consentimento informado……...20
   7.1 O privilégio terapêutico…….....21
   7.2 Situação de urgência…….…….22
   7.3 O direito a não saber…….…….……24
   7.4 As autorizações legais……..…….26
8. Requisitos de validade do consentimento……27
   8.1 A atualidade……...27
   8.2 A capacidade……..28
   8.3 A liberdade……29
   8.4 O esclarecimento……...29

III – O DEVER DE ESCLARECIMENTO……...….30

1. O artigo 157.º do Código Penal……..31
2. O dever de colaboração do paciente……...……31
3. A atual relação entre médico e paciente…….……32
4. O conteúdo da informação……..34
5. A revelação dos efeitos secundários e dos riscos do tratamento……35

6. O modo de transmissão da informação……...39
7. A atitude do médico perante a recusa do paciente……..40

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS……..43

V – BIBLIOGRAFIA……..45

I – INTRODUÇÃO

Os Atos Médicos sempre foram olhados com respeito e admiração ao longo dos séculos. A Medicina é conhecida como sendo uma arte sagrada, que não está ao alcance de todos, mas só dos "especiais", os que se mostram dignos de tal saber. O Médico foi sempre visto como um sábio, um ser superior e dotado de "poderes mágicos", apelidado por muitos como um representante de Deus na terra. É que, se Deus é o único capaz de dar e tirar a vida, podemos muito bem dizer que o Médico pode dar uma grande ajuda. Afinal, que mais restará ao doente, prestes a entrar na sala de cirurgias, aterrorizado com o desfecho final da intervenção a que decidiu submeter-se, senão confiar no médico, o único capaz, com os seus conhecimentos, de salvaguardar a sua saúde e a sua vida? E difícil se torna para o paciente compreender quando nada há a fazer para assegurar que a doença chega ao fim[1].

E porque este é o capítulo adequado para familiarizar o leitor com os conceitos próprios do tema que se propôs tratar, vejamos algumas noções fundamentais.
A verdade é que não encontramos uma definição legal do conceito de ato médico. Apesar de ter sido essa a intenção da lei, ao impor expressamente, no número 2 da Base XXXII da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º48/90, de 24 de Agosto) que fosse definido na lei o conceito de ato médico, ainda hoje tal propósito não foi cumprido.
Não que não tivesse tido lugar uma tentativa, pelo menos, nesse sentido. Em 1999, a Assembleia da República aprovou um projeto de lei[2] que definia a noção. Logo no número 1 do artigo 1.º podia ler-se o seguinte: "Constitui ato médico a atividade de avaliação diagnóstica, prognóstica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa à saúde das pessoas, grupos e comunidades." E o número 2 do artigo acrescentava que "constituem ainda atos médicos os exames de perícia médico-legal e respetivos relatórios, bem como os atos de declaração do estado de saúde, de doença ou de óbito de uma pessoa." Contudo e devido ao veto do Presidente da República, tal diploma nunca chegou

[1] MAGALHÃES, José Calvet de, *A responsabilidade penal do médico em caso de morte do doente*, Dissertação para licenciatura em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940: "Ai do médico que não domine a morte ou não avassale a dor, que lhe choverão os insultos de desespero de quantos insensatamente creem na ação providencial dos homens, culpando quantas vezes o médico, com a mais grave injustiça, da obra inelutável da natureza!", p. 2.

[2] Projeto de lei.º 91/VIII, com o título "O Ato Médico". Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c315a4a53556b766447563464473397a4c33427162446b784c565a4a53556b755a47396a&fich=pjl91-VIII.doc&Inline=true.

a ser publicado. Ainda assim, ausência legal não nos impede de definir o conceito. Seguindo de perto a redação do projeto de lei, podemos dizer que os atos médicos são constituídos "pelo diagnóstico, prognóstico e prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades"[3].

O Código Penal, no seu artigo 150.º, utiliza a expressão "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos", referindo-se a todos aqueles que são praticados por "médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, de acordo com as *leges artis*, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental". A definição legal de intervenção médico-cirúrgica integra um conjunto de elementos subjetivos e objetivos, de verificação necessariamente cumulativa. Do lado subjetivo exige-se, para além da específica qualificação do agente, a intenção terapêutica, que abrange tanto o diagnóstico como a prevenção. Do lado objetivo, impõe-se a indicação médica e a realização segundo as *leges artis*[4].

Como nos adverte Manuel da Costa Andrade[5], o artigo 150.º do Código Penal deve ser lido numa "relação de integração sistemática e de complementaridade normativa" com os artigos 156.º ("Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*"*) e 157.º ("Dever de esclarecimento"). São, pois, estes os três preceitos que, no seu conjunto, dão corpo positivado ao regime jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.

Em primeiro lugar, o artigo 150.º proclama a *atipicidade* das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de Ofensas corporais e de Homicídio ("não se consideram ofensa à integridade física"). Em segundo lugar e por força do disposto no artigo 156.º, o legislador pune a prática dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico crime contra a liberdade, no caso de serem realizadas intervenções e tratamentos sem consentimento do paciente. Na síntese de Mezger: "As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da atividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidos como tratamentos arbitrários"[6]. A diferença comprova-se facilmente ao atentar no elemento sistemático: o artigo 150.º está inserido no Capítulo dos crimes contra a integridade física. Por sua vez,

[3] PINA, J.A. Esperança, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, p.136.
[4] ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, 2012, anotação ao artigo 150.º, § 14, p. 463.
[5] *Ibidem*, §1 p. 457.
[6] *Apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit*., anotação ao artigo 150.º, § 1, p.457.

o artigo 156.º e o artigo 157.º encontram-se incluídos no Capítulo referente aos crimes contra a liberdade pessoal[7].

O trabalho que se decidiu levar a cabo assenta justamente na questão da possibilidade de as intervenções médico-cirúrgicas, ainda que não constituam ofensas corporais, poderem ser punidas autonomamente, como crimes contra a liberdade, nos casos em que o médico não cumpre o seu dever de esclarecimento e, consequentemente, o doente não presta o seu consentimento. Com efeito, além de o consentimento ser uma causa de exclusão da ilicitude em geral, prevista no artigo 38.º do Código Penal, o seu desrespeito é também elemento constitutivo do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Trata-se, como, mais uma vez, nos alerta Costa Andrade, recorrendo à formulação do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, do "livre direito à autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo", que colide, em casos como este, com o dever do médico de curar e diminuir o sofrimento do seu paciente. Ressalvadas determinadas situações, nas quais, excecionalmente, o médico está dispensado de informar o paciente, a eficácia da prestação do consentimento pressupõe um prévio dever de esclarecimento, exigido reforçadamente pelo artigo 157.º.

Lançando mão dos ensinamentos de Orlando de Carvalho, "podemos afirmar que consentimento significa o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral"[8].

Porém, como veremos[9], nem sempre foi consagrada a exigência de um consentimento livre e esclarecido. Tempos houve em que a relação entre médico e paciente era em tudo desigual e, como tal, a lei não exigia que o primeiro atuasse com o consentimento do segundo. Foram os tempos de auge do chamado paternalismo clínico, herdado de

[7] *Ibidem*, anotação ao artigo 156.º, § 9, p.599.
[8] Noção inspirada na preleção proferida a 13 de Janeiro de 1996, na aula inaugural do Curso de Pós-Graduação em Direito da Medicina, promovido pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *apud* RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2001, p. 24, nota de rodapé n.º7.
[9] *Vide infra*, capítulo II, pp. 7 e seguintes.

Hipócrates[10], que traduzia a ideia de que a relação entre médico e paciente deveria ser como a de um pai e de um filho, como a de um incapaz e do seu representante legal.

Perspetivadas as coisas desta maneira, não havia motivos para questionar a existência, ou não, de consentimento por parte do paciente ou de um dever de esclarecimento do médico. Porém, os tempos mudaram. E, com eles, também a mentalidade da Sociedade[11]. Os cidadãos exigem mais do que nunca participar no processo de decisão que envolve o seu corpo. Hoje, a saúde é um dos centros de discussão nacional. As críticas ao funcionamento dos hospitais e de outras instituições de saúde são galopantes. Os casos de responsabilidade médica e de intervenções levadas a cabo sem o consentimento do paciente chegam constantemente às salas dos tribunais. O estudo do consentimento informado e do correspondente dever de esclarecimento do médico parece-me, deste modo, justificado.

Mas em que termos se deu a consagração do consentimento informado no Código Penal português? E quais as modalidades de declaração do consentimento, qual o momento adequado para o prestar e quais são os seus requisitos de validade? E no que diz respeito ao dever de esclarecimento do médico, como deve ser perspetivada a relação entre este e o doente? Qual o conteúdo e o modo de transmissão da informação?

São a estas e outras questões que se procurará responder ao longo desta dissertação, na esperança de que o trabalho que se introduz sirva de reflexão sobre esta temática, que o leitor nele encontre as informações que procura e que seja uma contribuição para o estudo do tema que se apresenta.

[10] Hipócrates é considerado o Pai da Medicina. Considera-se que viveu entre 460 a 377 a. C. e deixou um legado ético e moral válido até hoje. Dá nome ao Juramento que todo o médico faz no momento de ser admitido como membro da profissão. Existem duas versões do Juramento de Hipócrates: a original, escrita em Lausanne em 1771 e uma outra, a versão adaptada da Fórmula de Genebra e adotada pela Associação Médica Mundial em 1983. Eis dois excertos, o primeiro da versão de 1771, o segundo resultante da Fórmula de Genebra: *"Juro por Apolo Médico, por Esculápio por Higí por Panaceia e por todos os Deuses e Deusas que acato este juramento e que o procurarei cumprir com todas as minhas forças físicas e intelectuais."; "Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade. Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra."*

[11] Em sentido idêntico, PEREIRA, André Dias: "O modelo paternalista já não satisfazia o paciente, nem os médicos.", *ob. cit.*, 2014, p.28.

II. O CONSENTIMENTO INFORMADO

1. Enquadramento histórico

Até há relativamente pouco tempo, os médicos podiam decidir, sem que lhes fosse exigida a vontade do paciente na mesma direção, a terapêutica que considerassem mais adequada ao tratamento do enfermo. Porém, o problema do consentimento informado não é recente. Na verdade, desde muito cedo que a questão é abordada. As Leis Talmúdicas, do povo Hebraico, mais precisamente o Tratado Baba Kamma, impunham que o médico não executasse qualquer operação sem o consentimento do doente[12].
No mundo ocidental, a primeira sentença conhecida relativa ao direito ao consentimento foi enunciada no ano de 1767, em Inglaterra. Tratou-se do caso *Slatter v. Baker & Stapletton*, em que dois médicos foram responsabilizados por, sem o consentimento do paciente, terem voltado a quebrar um osso de uma perna já parcialmente recuperado, quando apenas lhes tinha sido solicitado que removessem as ligaduras que a cobriam[13].
Em 1914, no caso *Schloeendorff v. Society of New York Hospital*, foi proferida a sentença que veio a ficar conhecida como o "embrião da doutrina do consentimento informado", ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autónomo, a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões[14]. No decorrer de um exame invasivo, com finalidade diagnóstica, o médico extraiu um tumor identificado, mesmo depois de a paciente ter afirmado que não desejava ser operada.
Ficou célebre a afirmação proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo: "*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages*".

Todavia, a expressão "consentimento informado", no inglês "informed consent", só veio a ser introduzida em 1957, numa decisão proferida por um Tribunal da Califórnia no caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*. O paciente, Martin Salgo, não foi informado dos riscos da paralisia, que acabou por lhe sobrevir da intervenção cirúrgica a que foi submetido[15]. Mesmo antes desta decisão, já o consentimento do paciente havia

[12] PEREIRA, André Dias, *op. cit.*, 2004, p.26.
[13]RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, 2001, p. 33, nota de rodapé n.º 31.
[14]*Ibidem*, p.30.
[15]*Ibidem*, pp. 29 e 30, em especial nota de rodapé n.º 20.

sido previsto num diploma legal. Em 1947, como reação às cruéis experimentações realizadas em seres humanos nos campos de concentração nazis, durante a II Guerra Mundial, o Código de Nuremberga veio estabelecer a essencialidade do consentimento voluntário do ser humano no âmbito da investigação clínica.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, foi também um marco fundamental na evolução da consagração legal do direito ao consentimento do paciente. Logo no preâmbulo da Declaração se assinala que "o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem". Foi, no entanto, preciso esperar até 1964, com a Declaração de Helsínquia, da Associação Médica Mundial, para que um texto internacional de ética médica impusesse a exigência de consentimento e, ainda assim, apenas para o domínio da experimentação médica. Aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, parte integrante da Carta Internacional dos Direitos Humanos. O artigo 7.º do diploma constitui a primeira norma internacional de carácter vinculativo, com vista à proteção do consentimento informado: "Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento".[16]
Em 1981, a Associação Médica Mundial proclamou a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente, prevendo, entre outros, o direito do paciente ao acesso a cuidados médicos de boa qualidade, o direito de escolher o seu médico e o direito à autodeterminação. Merece destaque a consagração do direito de recusa do paciente de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento, previsto na alínea c) do terceiro princípio consagrado (direito à autodeterminação).
O ano de 1994 assinala a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, no âmbito da Organização Mundial de Saúde.

[16] PEREIRA, André Dias, *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 350.

Seguiu-se a adoção e abertura à assinatura, em 1997, dos Estados-membros do Conselho da Europa (e também dos Estados Unidos da América, da Austrália, do Japão e do Vaticano) da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. É um documento fundamental no caminho que os direitos humanos, o direito médico e o respeito pela autodeterminação do paciente e têm percorrido. No texto do Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida português, de 2000, sobre a ratificação da Convenção por Portugal, que veio a acontecer em 2001[17], pode ler-se que " a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina é um marco importantíssimo na história universal dos Direitos Humanos pois que pela primeira vez se consegue reunir, num texto consensual, princípios gerais e disposições específicas relativas à proteção do ser humano face à possível utilização indevida da Biologia e da Medicina. Pela primeira vez num texto de uma Convenção, tenta-se estabelecer os equilíbrios justos mas difíceis entre os direitos e os interesses do indivíduo, da sociedade, da ciência e da espécie humana." Com efeito, a preocupação do documento em regular o consentimento é clara e facilmente se constata pela leitura do artigo 5.º, inserido no capítulo II, relativo ao consentimento: "Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento."

Em 2000, cumpre realçar a consagração expressa do direito ao consentimento livre e esclarecido da pessoa, no artigo 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Finalmente, em Outubro de 2005, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura adotou, por aclamação, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. De acordo com o prefácio do diploma, pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética, condensados num texto único. Nos termos do preceituado no número 1 do artigo 6.º, "qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a

[17] Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001.

pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo."

Uma conquista árdua de obter, demorada e gradual na história da Humanidade e do Direito, a consagração do direito ao consentimento informado do paciente, não obstante as diferentes posições quanto ao seu alcance prático, é hoje perfeitamente visível no Mundo. Prova disso mesmo são os documentos internacionais acima mencionados e também a legislação especial de cada país. Ao paciente está, portanto, legalmente assegurado o direito a ser informado para que, seguidamente, possa consentir ou, ao invés, recusar o tratamento proposto pelo médico.

2. A consagração legal do consentimento informado no Ordenamento Jurídico Português

No direito interno português, o consentimento informado e esclarecido do destinatário do ato médico encontra-se previsto em diversas normas.

No plano do direito civil, cumpre trazer à colação o artigo 70.º do Código Civil. Nos termos do n.º 1 do preceito, "a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

Ao nível do direito constitucional, merecem referência o artigo 25.º, que consagra a inviolabilidade da integridade física e moral, o artigo 26.º, que tutela, entre outros, os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, garantindo a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano e, ainda, o artigo 27.º, que prevê o direito à liberdade. Além disso, o n.º 1 do artigo 18.º da Lei Fundamental estabelece a aplicabilidade imediata das normas relativas aos direitos fundamentais e a sua vinculação, tanto às entidades públicas como privadas. O que significa que, como assinala Guilherme de Oliveira[18], "não pode haver qualquer dúvida de que o cidadão que entra em contacto com um médico está protegido na sua integridade física e moral, quer o médico exerça clínica privada, seja empregado de uma instituição de saúde particular ou seja funcionário de um hospital ou serviço do Estado". A necessidade de obter o consentimento informado

[18] OLIVEIRA, Guilherme de, *op.cit.*, 2005, p.65.

do doente é a mesma, independentemente do tipo de estrutura jurídica em que o ato médico é praticado.

No Código Deontológico da Ordem dos Médicos é de realçar o artigo 45.º, que prevê o consentimento do doente, logo após a consagração do esclarecimento por parte do médico, no artigo 44.º do diploma.

A Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto) atribui aos utentes, na alínea e) do n.º 1 da Base XIV, o direito a "ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado".

Recentemente promulgada, a Lei n.º 15/2014 veio consolidar a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, dando concretização à Base XIV da Lei n.º 48/90. Para o tema em apreço merecem especial destaque os artigos 3.º e 7.º do diploma legal. O primeiro determina que "o consentimento ou a recusa da prestação dos cuidados de saúde devem ser declarados de forma livre e esclarecida", prevendo igualmente a livre revogação do consentimento, a qualquer momento. O artigo 7.º, sob a epígrafe "Direito à informação", estabelece o direito do utente dos serviços de saúde a "ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado". O n.º 2 do preceito legal acrescenta ainda que "a informação deve ser transmitida de forma acessível, objetiva, completa e inteligível".

Para além disso, o consentimento informado aparece enunciado em várias leis especiais. A título de exemplo e sem que se pretenda fazer uma enumeração exaustiva, elencam-se alguns diplomas: a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que regula a colheita e transplante de órgãos, atualizada pela Lei n.º22/2007, de 29 de Junho, pela Lei n.º 12/2009, de 26 de Março, pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho e, finalmente, pelo Decreto-Lei n.º168/2015, de 21 de Agosto; a Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, intitulada "Lei de Saúde Mental", alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de Julho; a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, com o título "Informação genética pessoal e informação de saúde"; a Lei n.º32/2006, de 26 de Julho, que disciplina a Procriação Medicamente Assistida, com a alteração concretizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro; a Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, recentemente alterada pela Lei n.º 73/2015, de 27 de Julho, relativa à Investigação Clínica.

3. O Consentimento Informado para o ato médico no Código Penal

No que respeita especificamente ao domínio do consentimento para o ato médico, foi o Código Penal de 1982 que introduziu a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, hoje plasmada no atual artigo 156.º do Código[19]. Afastando-se do Código de 1852, o seu sucessor afasta-se também do entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência, que qualificavam as intervenções médico-cirúrgicas como lesões corporais típicas, cuja ilicitude só poderia ser ultrapassada ao invocar o exercício de um direito[20].

Referindo-se ao artigo 150.º do mesmo diploma, o n.º1 do artigo 156.º do atual Código Penal, estabelece a punição, até as três anos ou com pena de multa, de um médico ou de uma outra pessoa legalmente autorizada que, em vista das finalidades previstas no mesmo artigo, realize uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico sem consentimento do seu destinatário. É que, não constituindo a intervenção médica, tipicamente, uma ofensa corporal, ela conforma, contudo, uma intervenção arbitrária, se levada a cabo sem o consentimento do paciente, preenchendo um crime contra a liberdade deste último. A previsão legal deste tipo de crime traz à colação o conflito existente entre, de um lado, a liberdade e a autodeterminação pessoal e a integridade física e a vida, do outro. O crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários configura, por isso, um atentado contra a liberdade[21], como se conclui pela sua inclusão no capítulo IV do Código, respeitante aos crimes contra a liberdade pessoal. Em causa está o direito à autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo. O Código Penal espelha, neste âmbito, a oposição entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*. E, ainda que o princípio *in dubio pro vita* seja o princípio norteador do nosso direito penal, a verdade é que, mesmo que o médico contribua para salvar a vida do paciente ou, simplesmente, para a melhoria do seu estado de saúde, tal conduta não pode servir de justificação para a falta de consentimento[22].

---

[19] *Vide*, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Outubro de 2009, com o número de processo 08B1800, p. 18. Disponível em www.dgsi.pt.
[20] ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, 1991, p.451.
[21] ANDRADE, Manuel da Costa, ob. cit., 2012, §9, p. 599.
[22] No mesmo sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, *Do regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal* Português, p.6. Há, no entanto, quem defenda uma posição diversa. Cf., por exemplo, BRITO, Teresa Quintela de, «Responsabilidade Penal dos Médicos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º3, Julho-Setembro, Coimbra Editora, 2002, p. 403, para quem a função do médico é sempre tratar o paciente, ainda que sem o consentimento do visado.

Do que fica dito, resulta evidente que o direito ao consentimento está, incontestavelmente, consagrado no ordenamento jurídico português.

4. O Parecer n.º 57 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

No âmbito da consagração do direito ao consentimento informado em Portugal, impõem-se forçosamente algumas considerações a propósito do Parecer n.º 57 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida[23], de 16 de Julho de 2009, sobre o Projeto de Lei n.º 788/X[24],com o título "Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado". O projeto, que não logrou ser aprovado, propôs-se a regular "os direitos dos doentes, no exercício da sua autonomia, em relação ao seu processo clínico e na prestação de cuidados de saúde através do consentimento informado", destinando-se a ser aplicado "nas relações jurídicas de direito privado ou de direito público" (artigo 1.º do Diploma).

Logo nas considerações gerais, pode ler-se no texto do Parecer: "Na realidade, se a finalidade da lei agora proposta era efetivamente o reforço da relação médico-doente, o efeito que iria ser obtido seria provavelmente o oposto. De facto, o projeto reflete uma mal entendida primazia absoluta da autonomia como valor ético, quando o que é necessário pelas razões aduzidas a seguir, é reforçar a "intimidade" moral da relação médico doente. Há uma constatação crescente que os modelos legais ou políticos da autonomia têm de facto obscurecido perigosamente os valores profissionais e morais do exercício da medicina, que continuam a ser, como afirma Cassell, essencialmente os de uma profissão moral." Com o merecido respeito, não se vê razões para que o reforço da intimidade entre médico e paciente e os próprios valores profissionais e morais do exercício da medicina sejam postos em causa pelo valor ético da autonomia. Antes pelo contrário, a autonomia e a participação do destinatário do ato médico no processo de decisão que envolve o seu corpo iriam contribuir muito positivamente para o incremento da confiança na relação.

[23] Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf.
[24] O diploma pode ser consultado em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=34574. Na legislatura seguinte foi apresentado, sem, tal como o primeiro, receber aprovação, o Projeto de Lei n.º 413/XI/2.ª, com o mesmo título. Este último pode ser consultado em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35640.

O Parecer refere ainda que existe o risco de que "a obtenção do consentimento informado nos termos enunciados no diploma se torne uma rotina no processo administrativo da prestação de cuidados de saúde, anulando aquilo que deve constituir o cerne da comunicação entre médico e doente, que se deve apoiar na confiança." Sem tencionar discutir o modo como o diploma regula a obtenção do consentimento, uma vez que o documento não chegou sequer a ser aprovado, acredita-se que, respeitando as regras de um consentimento informado, livre e esclarecido, tendo como base um diálogo recíproco, constante e franco, a desembocar numa decisão partilhada entre o paciente e o seu médico, estarão criadas as condições para estabelecer um profundo elo de ligação entre dois sujeitos, em que cada paciente é tratado de acordo com a sua singularidade específica. Ao comunicar com o paciente (e fazendo-o no verdadeiro sentido da palavra, sem que se cumpra simplesmente uma mera formalidade burocrática, de entrega de um formulário de prestação do consentimento, sem qualquer explicação), nunca o médico cairá no risco de o procedimento cair em rotina, nem anulará a confiança que o paciente, indiscutivelmente, deve depositar em si, enquanto profissional de saúde.

O documento adverte o leitor de que "todos os estudos que se têm debruçado sobre esta questão demonstram que, embora os doentes apreciem e desejem que lhes seja dada informação sobre as várias opções diagnósticas e terapêuticas, o doente geralmente deixa a decisão final ao seu médico". Uma vez mais, não se compreende a afirmação. Afinal, qual o alcance do advérbio "geralmente"? Parece tratar-se de um conceito demasiado vago, para um problema que tudo tem de particular. Não se estará a correr o risco de que se tirem conclusões de casos gerais, para solucionar casos particulares? Exemplificando: Mesmo que nove mil utentes, num universo de dez mil, optassem por deixar a decisão final ao seu médico, fá-lo-iam justamente no exercício do seu direito de autodeterminação. Jamais essa decisão poderia servir como argumento no sentido de que aos restantes mil não fosse concedido o direito de decidir de forma diversa do profissional de saúde.

Não se quer com isto dizer que se discorda da ideia constante do Parecer, nos termos da qual o elemento básico da relação médico-doente continua a ser a confiança. É inegável, reitere-se, que essa tem ser uma característica constante da relação entre os dois sujeitos. Aquilo que não pode aplaudir-se é a ideia de que a confiança na relação fique abalada com a elaboração de uma legislação que assegure plena eficácia do exercício do direito de autodeterminação do doente. Muito pelo contrário. Uma legislação una e consolidada

contribuiria certamente para um mais fácil acesso à informação e, consequentemente, à compreensão do paciente, que será tão melhor e mais eficaz, quanto maior for o diálogo estabelecido.

O Documento acusa o Projeto de deslocar "a responsabilidade da decisão para alguém que não está habilitado para a tomar". Não se pode deixar de questionar, com alguma perplexidade, se o texto terá intenção de transmitir a ideia, citando André Dias Pereira[25], de que as pessoas em Portugal "são ignorantes, enfermas, estúpidas e incapazes de decidir"? É que não se vê como é que a própria pessoa a ser objeto de uma intervenção não está habilitada para tomar a decisão que a ela, e só a ela, diz respeito. Naturalmente que o paciente, salvo as situações em que também ele é um profissional de saúde, não possui conhecimentos médicos para compreender o alcance técnico e as consequências da decisão. Mas é exatamente para suprir essas dificuldades que se revela fundamental o diálogo estabelecido entre médico e utente. Para que, uma vez informado e esclarecido, o destinatário dos cuidados de saúde seja capaz de tomar a decisão que, segundo os seus valores éticos e morais, lhe pareça mais adequada.

Acompanham-se, novamente, as palavras de André Dias Pereira, no sentido de que "o Parecer parece revelar uma estranha angústia de não perder ou partilhar o poder sobre a informação e o desejo de manter o desequilíbrio e a assimetria, não apenas científico e intelectual, mas também o desnível na "representação simbólica e social", mantendo o cidadão doente na posição do '*infirmus*', do indivíduo carente e débil, sem firmeza, que se entrega, que oferece ao menos o seu corpo, nas mãos do omnisciente "profissional moral" [26].

Considera-se, portanto, que em causa está o fenómeno daquilo a que o mesmo autor chama de Neo-paternalismo[27]. Uma ideia que nos permite concluir que o espírito paternalista de Hipócrates não está plenamente afastado. Ainda hoje se ouvem vozes que, como as que se espelham no Parecer em análise, clamam pela prevalência do princípio da beneficência face ao princípio da autonomia, que defende que, em nome da vida e da saúde, ao médico está assegurado o direito de ultrapassar as decisões do próprio indivíduo, livre e capaz, ignorando as suas opções e os seus desejos mais íntimos.

[25] PEREIRA, André Dias, «*O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, I Congresso Internacional sobre: "Os desafios do Direito face às novas tecnologias"», 2010, p.4.
[26] *Ibidem*, pp. 4 e 5.
[27] *Ibidem*, p.4.

5. A forma do consentimento

Em regra, o consentimento para o ato médico é prestado oralmente. Todavia, seja por razões probatórias, de segurança jurídica ou para assegurar que o paciente refletiu devidamente na intervenção a que vai submeter-se, casos há em que a lei[28] impõe que o consentimento seja dado por escrito. São situações excecionais, mas em que a forma escrita é obrigatória, sob pena de o consentimento se tornar ineficaz e, como consequência, a ação do médico constituir um ilícito criminal. É o que sucede, por exemplo, com as técnicas de Procriação Medicamente Assistida[29], com a Interrupção Voluntária da Gravidez[30], com determinados testes genéticos[31] e com a Eletroconvulsivoterapia e Intervenção Psicocirúrgica[32], bem como nos demais casos previstos na norma da Direção Geral da Saúde n.º 015/2013 de 3 de Outubro, atualizada a 4 de Novembro de 2015[33].

6. As modalidades de declaração do consentimento

6.1. Consentimento efetivo

O consentimento efetivo, expresso ou concludente é a forma mais perfeita do doente mostrar o seu assentimento perante o ato médico indicado pelo profissional de saúde. Tem lugar uma manifestação clara da vontade do paciente, da qual se pode concluir que tem conhecimento e participa na decisão destinada levar a cabo o ato médico necessário. E é assim mesmo nos casos de declarações tácitas ou concludentes. Imagine-se, a título de ilustração, que um paciente, após ter lhe ter sido comunicado o diagnóstico de uma doença e o seu modo de tratamento, pede ao médico tão-somente para não o deixar morrer. Numa situação como esta, parece evidente que o paciente deseja ser tratado e dá, para isso, o seu consentimento. Apesar de não utilizar, expressamente, as palavras, "dou o meu consentimento", deve a sua manifestação ser considerada uma forma de

[28] Cf. artigo 48.º, n.º 1 e n.º 2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
[29] *Ex vi* do n.º 1 do artigo 14.º da Lei 32/2006.
[30] Cf. artigo 142.º, n.º4, do Código Penal e a Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, sobre a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.
[31] Cf. artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, que regula a Informação genética pessoal e informação de saúde.
[32] Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea d) e artigo 5.º, n.º 2 da Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho e alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de julho.
[33] O documento pode ser consultado em: https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/consentimento-informado-esclarecido-e-livre-dado-por-escrito.aspx.

consentimento expresso, por não deixar dúvidas de que é esse o sentido da declaração. Dizendo com Costa Andrade, no consentimento expresso há lugar a "uma manifestação da vontade de ação do portador concreto, que não deixa espaço para a lesão do bem jurídico" [34].

6.2. Consentimento presumido

Consagrado autonomamente no artigo 39.º e, especialmente para o domínio das intervenções médico-cirúrgicas, no número 2 do artigo 156.º do Código Penal, o Consentimento presumido emerge como uma autêntica causa de justificação, distinta do consentimento efetivo.

Fora do Código Penal este instituto está também previsto em diversas normas, de que são exemplos o artigo 47.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos e o artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, bem como o ponto 8 da Carta dos direitos e deveres do doente.

De aplicação subsidiária face ao consentimento efetivo, o consentimento presumido deve ser mobilizado nas situações em que se verifica risco para a vida ou para a saúde, em que, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 156.º do Código Penal, o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir e não está representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou, por força da alínea b) do mesmo artigo, no caso de alargamento do âmbito da operação[35]. De uma forma abreviada, o expediente do consentimento presumido só pode ser admitido quando a intervenção médica for totalmente inadiável. Por isso mesmo é que não pode ter aplicação no âmbito das operações estéticas e, como tal, sem intenção terapêutica, uma vez que não se verifica, nestes casos, nenhum dos requisitos acima apontados para que o consentimento se possa presumir[36].

---

[34] ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004, p.57

[35] Esta última possibilidade ocorrerá quando, por exemplo, o médico acorda com o paciente a sua sujeição a uma operação ao pulmão esquerdo mas, no decorrer da operação e sem que nada o fizesse prever, percebe que o pulmão direito carece igualmente de intervenção. Num caso como este é perfeitamente aceitável que o consentimento dado para o ato médico num dos pulmões sirva também para o outro.

[36] *Vide*, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Junho de 2015, com o n.º de Processo 1263/06.3TVPRT.P1.S1, cuja decisão versa sobre o consentimento para uma cirurgia estética. Disponível em www.dgsi.pt.

A eficácia justificativa deste tipo de consentimento radica na vontade que o titular do bem jurídico em causa teria tido, caso estivesse em condições de prestar o seu consentimento expresso. Com isto quer sustentar-se que o consentimento só pode considerar-se expressão da autonomia pessoal quando quem o profere o faz de acordo com a sua vontade própria e exclusiva, tendo como base os seus valores íntimos, por mais irracional e incompreensível que tal vontade possa parecer aos olhos de terceiros[37]. É imprescindível que a qualquer indivíduo esteja assegurada a possibilidade de comandar a sua vida e as suas escolhas de acordo com o que considerar adequado, sem que tenha de se submeter a qualquer ordem e influência externa desde que, claro está, não interfira ilegitimamente na esfera jurídica de terceiros.

Uma palavra para o comportamento dos familiares que, ainda que consultados acerca das eventuais pretensões do paciente, devem transmitir a vontade presumível do próprio, livre de quaisquer considerações pessoais exteriores.

Ao nível da punibilidade, não é suficiente que esta se baseie numa razoável suposição de que o paciente teria recusado a intervenção. Ao invés, terá de ser produzida prova que, em concreto, "permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado" [38]. Uma prova difícil, principalmente por nunca se poder afirmar, sem margem para dúvidas, a decisão final do paciente. Pensemos no suicida que viu a sua pretensão falhada, tendo vindo a sobreviver, devido à conduta levada a cabo pelos médicos que prontamente o assistiram. É certo que seria possível concluir a intenção do sujeito de morrer ao levar a cabo a conduta suicida. Mas será que, por mais desesperado que estivesse, o suicida manteria a intenção de abandonar a vida, perante a iminência da morte?

Circunstância diferente é aquela em que o sujeito, mesmo inconsciente, tem na sua posse um documento escrito e assinado por si, segundo o qual, não estando em condições de manifestar a sua vontade em determinado momento, não consente determinada operação, mesmo que indispensável à vida. Num caso como este, a prova tornar-se-á relativamente simples e a vontade do paciente tem de ser respeitada[39].

---

[37]Para uma referência mais desenvolvida, cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2004, p.93.

[38] ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo, 1991, p. 457.

[39] RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica em Direito Penal, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, 2007, p.348. O autor dá-nos conta de um caso decidido pelos tribunais portugueses, claramente ilustrador da situação relatada, em que uma paciente, Testemunha de Jeová, tendo sido informada da provável necessidade de uma transfusão sanguínea enquanto estaria inconsciente,

Outro caso suscetível de gerar alguma controvérsia é aquele em que está em causa um paciente incapaz em razão da idade. As responsabilidades parentais tem naturalmente como escopo o bem-estar e o superior interesse da criança e, em princípio, os pais nada farão no sentido de comprometer a vida dos filhos. Porém, pode suceder que uma criança necessite de uma transfusão sanguínea, sem a qual não terá possibilidades de continuar a viver e, ainda assim, os pais ou os seus representantes legais se recusem a autorizar a intervenção. Num caso como este, deverá invocar-se, desde logo, o artigo 1918.º do Código Civil, nos termos do qual o Tribunal pode decretar as providências adequadas a assegurar a proteção da saúde do menor. Além disso, poderá sempre recorrer-se ao elemento literal do artigo 156.º, que fala expressamente no consentimento do paciente e, portanto, incomunicável, mesmo aos representantes do menor.

6.3. Consentimento hipotético

Uma terceira modalidade, a acrescer às duas formas tradicionais de consentimento, efetivo e presumido, é a figura do consentimento hipotético. Nas palavras de Costa Andrade, "a doutrina do consentimento hipotético significa que, apesar da falta de esclarecimento bastante por parte do agente e da consequente ineficácia dirimente do consentimento, está afastada a punibilidade por crime consumado quando se possa sustentar que, na hipótese de ter havido consentimento regular, o consentimento teria sido igual e eficazmente dado"[40]. É que esta terceira categoria tem relevo, na construção do facto punível, não ao nível do ilícito criminal, como acontece nas duas acima analisadas, mas ao nível do degrau correspondente à punibilidade. Por outras palavras e diferentemente do consentimento presumido, em que há uma consideração *ex ante*, isto é, anterior à prática do facto, no consentimento hipotético, em que o consentimento efetivo poderia ter tido lugar, tem lugar uma consideração *ex post*, não sendo o agente punido, mesmo tendo praticado o facto ilícito típico. A este propósito, traga-se novamente à colação o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Junho de 2015[41]. O ponto VI do Sumário enuncia os requisitos a que obedece este tipo de consentimento e que aqui se repetem: "que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; que haja a

recusou antecipadamente tal intervenção, verbalmente e por escrito, tendo os médicos respeitado tal decisão e, como consequência, a doente vindo a falecer.

[40] ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, 2012, anotação ao artigo 156.º, § 66, p. 629. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, TOMO I, 2.ª edição, 2007, p. 489.

[41] Com o n.º de Processo 1263/06.3TVPRT.P1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; que a intervenção fosse: medicamente indicada; conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; visasse afastar um perigo grave; a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto"[42].

Na síntese de Costa Andrade, "*o consentimento hipotético determina a quebra da conexão do risco entre um comportamento contrário ao dever (violação do dever de esclarecimento) e o resultado lesivo*", acrescentando ainda o autor que "*o consentimento hipotético não afasta a ilicitude, apenas impede a punição do agente pelo ilícito consumado*"[43].

Assim se, por exemplo, um médico leva a cabo uma intervenção não urgente e perfeitamente adiável sem qualquer prejuízo para a saúde do doente, sem que antes tenha procedido a um prévio esclarecimento para o efeito, comete o crime previsto e punido no artigo 156.º do Código Penal. Contudo, na possibilidade de, uma vez reanimado, o paciente declarar que se tivesse sido esclarecido teria consentido no ato médico praticado, o agente não será punido.

7. Exceções ao consentimento informado

O consentimento informado do paciente está subjacente a qualquer intervenção médico-cirúrgica como impõe, desde logo, o artigo 156.º do Código Penal, sob pena de a ação do médico, ou de outra pessoa legalmente autorizada, configurar a prática de um crime contra a liberdade pessoal. Todavia, existem situações em que é assegurado o direito de intervir sem o consentimento do paciente: Privilégio terapêutico, situação de urgência, direito a não saber, autorizações legais e ainda as hipóteses em que o paciente já se encontra informado. Tratam-se de situações nitidamente excecionais, mas que não podem deixar de aceitar-se, sob pena de, tutelando-se a autonomia da pessoa, se colocarem em causa bens jurídicos fundamentais, como a vida e saúde, tanto do sujeito objeto da intervenção, como dos demais cidadãos integrados na comunidade.

[42] No caso concreto, o Tribunal decidiu que em causa estava uma violação grave do dever de informar, uma vez que se tratava de uma operação realizada sem consentimento prévio e não meramente de um caso de falta de informação (ou de informação insuficiente) acerca dos riscos de uma operação autorizada, tendo afastado a possibilidade de existência de consentimento hipotético.

[43] ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, §66, p. 629.

7.1. O Privilégio Terapêutico

Nos termos do número 1 do artigo 50.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, "o diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia". Na ótica do Direito Penal, o texto da parte final do artigo 157.º do Código Penal prevê que médico está autorizado a dispensar ou, simplesmente, a abreviar o dever de esclarecimento, quando essa explicação "implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seria suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica". O profissional deverá socorrer-se do chamado privilégio terapêutico quando se depare com situações suscetíveis de colocar em perigo a vida ou a saúde do paciente. Por isso mesmo a atuação privilegiada do médico só é permitida quando destinada a intervenções terapêuticas, não já para intervenções puramente estéticas ou sem efeito curativo, como são, por exemplo, as cirurgias estéticas, de esterilização ou de doação de sangue[44].

Em regra, o privilégio terapêutico concedido ao médico reporta-se às situações de diagnóstico, podendo também legitimar a não comunicação dos riscos da intervenção ou tratamento, numa fase posterior[45].

Inserida no capítulo IV do Código Penal, destinado a proteger a liberdade pessoal, esta autónoma causa de justificação da omissão do dever de esclarecimento, em nome da saúde e da vida, permite que se alcance um equilíbrio entre o princípio da autodeterminação e o primado da vida humana[46]. Dizendo com Costa Andrade, "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"[47].

Note-se na diferença entre o preceito atual e a versão original, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. A primeira redação referia-se, no anterior artigo 159.º, a circunstâncias suscetíveis de "provocar perturbações comprometedoras da finalidade (terapêutica) visada", enquanto a versão atual exige expressamente que as circunstâncias a omitir ponham em perigo a vida ou sejam suscetíveis de causar grave dano à saúde. O

[44] Assim, PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004, p.465, escrevendo que "só face a intervenções terapêuticas se justifica este instituto de cunho paternalista, visto que está em causa a salvaguarda da saúde do doente".
[45] ANDRADE, Manuel da Costa, ob. cit., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, anotação ao artigo 157.º, § 16, p.639.
[46] *Ibidem*, § 17, p. 640.
[47] *Ibidem*, § 16, p. 639.

artigo tem, por isso, um âmbito de aplicação ainda mais limitado do que a versão inicial, devendo ser reservado para situações muito específicas. É que, bem vistas as coisas, a atuação privilegiada concedida ao agente médico apresenta-se como uma manifestação de um paternalismo hipocrático do tempo presente. É uma expressão do princípio da beneficência e surge como uma *válvula de escape*, da qual os médicos se podem socorrer, para adotarem as medidas convenientes a defender a saúde e a vida humana, ainda que num sentido diverso do desejado pelo paciente. Mas deve haver moderação, no sentido de não permitir o recurso a este limite para justificar uma total desnecessidade de informar. Tal comportamento seria um regresso absolutamente inadmissível e condenável à antiga conceção hipocrática.

É importante ressalvar que ao médico não está assegurado um direito à mentira. É certo que o privilégio terapêutico justifica que não se transmitam ao paciente algumas informações, quando o conhecimento destas coloque a sua vida em perigo ou danifique a sua saúde. Contudo, a decisão do agente médico terá sempre de ser avaliada objetivamente e deve por este ser ponderada com especial cuidado e atenção. Por exemplo, não parece defensável que se omita o dever de esclarecimento a um paciente a quem acaba de ser diagnosticada uma doença muito grave, simplesmente por este aparentar um comportamento depressivo e instável e, consequentemente, surgir o receio de que tenha um comportamento de risco. Para omitir o diagnóstico, o médico terá de estar das concretas tendências suicidas do paciente, apoiando-se em factos concretos, designadamente decorrentes de relatórios médicos e do próprio processo clínico do indivíduo. Seguramente que a maior parte dos pacientes ficará alterado, mesmo nervoso e atormentado, ao conhecer o seu estado de saúde, principalmente tratando-se de um diagnóstico grave. Porém, tal motivo, isoladamente indicado, não se apresenta como suficiente para permitir ao profissional lançar mão desta exceção[48].

7.2. Situação de Urgência

Outra circunstância suscetível de constituir uma exceção à exigência de consentimento do doente é aquela que configura uma situação de urgência.
Em causa está uma situação em que "não se verificam as condições do exercício da

[48] No mesmo sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.* p.8., apontando, como consequência da aceitação de tal motivo, um possível desvirtuamento da exigência legal de consentimento informado.

autonomia"[49] e, quando assim é, tal exercício deve ser secundarizado para que, uma vez reabilitado, o indivíduo possa exercer de novo a sua plena autonomia. É o caso típico, com o qual os médicos se deparam diariamente, em que um paciente inconsciente, cuja identidade é desconhecida, dá entrada no serviço de urgências de uma instituição de saúde. Num contexto como este, em que o tratamento se afigura indispensável, resulta evidente o dever do médico de agir no sentido de tratar o doente no mais curto tempo possível, recorrendo a todos os métodos disponíveis para salvaguardar a sua vida e a sua saúde. Dizendo de outra maneira, numa realidade de caráter urgente em que, por razões óbvias, o consentimento não pode ser obtido, o terapeuta não só pode ignorar a exigência de comunicação, como tem obrigação de prestar os tratamentos adequados e necessários ao restabelecimento da saúde do paciente, sob pena de incorrer, nos termos do número 2 do artigo 10.º do Código Penal, em responsabilidade por omissão, em virtude do dever de garante que sobre si recai enquanto profissional e, em especial, responder pelo crime de recusa de médico, previsto no artigo 284.º do mesmo diploma legal[50]. Só deste modo tem solução o conflito existente entre o direito de consentir e o dever do médico de tratar e de obter o consentimento do doente. Por outro lado, quando a demora não implicar nenhum tipo de dano para a saúde, o médico já terá de aguardar que o paciente recupere a sua consciência.

A possibilidade de ocorrência de uma situação de caráter urgente é considerada, desde logo, pelo artigo 8.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e pelo artigo 7.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. No Código Penal, a alínea a) do número 2 do artigo 156.º afasta a punibilidade do crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários quando o consentimento "só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde". No entanto e nunca é demais recordá-lo, a vontade do paciente não pode ser totalmente ignorada[51]. Atente-se na ressalva da parte final do artigo em análise, que só permite que o médico prescinda do consentimento se "não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado". Se, contrariamente, o médico tenha à sua disposição meios que lhe permitam concluir que a vontade do

[49] Assim, PEREIRA, André Dias, ob. cit., 2004, p.563, chamando a atenção para um "exercício de concordância prática entre o direito à livre disposição do seu corpo e o direito à vida e à saúde".
[50] Cf., no mesmo sentido, RODRIGUES, João Vaz, «A Recusa do Paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos», "Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional", coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 137.
[51] Revelam neste âmbito as considerações tecidas a propósito do consentimento presumido, *supra*, p.20.

destinatário do ato médico, adulto e capaz, não acompanharia o sentido da intervenção, designadamente um documento escrito ou, na hipótese de conhecer o paciente, o simples conhecimento da sua vontade íntima, o tratamento médico-cirúrgico não deverá ter lugar, mesmo que em benefício da sua saúde.

Assim que seja possível e que o estado do paciente o permita, o médico deverá colmatar a falta de consentimento do doente, informando-o acerca das intervenções levadas a cabo e das suas consequências.

7.3. O direito a não saber

O direito a não saber, consagrado expressamente no artigo 10.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina[52], traz imediatamente à colação a autodeterminação informacional, traduzida no "domínio exclusivo de cada um sobre a informação relativa aos seus dados pessoais"[53]. Na formulação do Tribunal Constitucional Federal, que nos é transmitida por Costa Andrade, o poder de decidir "quem, o quê, quando e em que contexto pode saber sobre si"[54]. Uma ideia particularmente interessante e a que Costa Andrade faz alusão é a da associação da descoberta deste direito e da capacidade preditiva que me a medicina contemporânea tem revelado que, infelizmente, não tem correspondência com a sua capacidade curativa[55]. Com efeito, o conhecimento antecipado pode implicar um sofrimento que o paciente não está disposto a suportar, principalmente quando sabe de antemão que a cura não é alcançável. Inevitavelmente, nem todos os indivíduos são dotados da mesma coragem. Haverá, com toda a certeza, quem prefira viver descansadamente, ainda que ignorando o seu estado de saúde, por oposição aos bravos e destemidos, que desejarão o maior grau de informação possível, de forma a estarem conscientes do seu estado. De qualquer modo, a opção por uma ou outra decisão deve ser deixada à própria pessoa, sem qualquer imposição externa. Do que fica escrito, pode concluir-se que o direito a não saber vale apenas na direção dos factos, como a

[52] *Vide*, em especial, o n.º 2 do artigo 10.º: "Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada."
[53] Para uma referência mais desenvolvida, cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2004, p.22.
[54] ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2004, p.22.
[55] *Vide* ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2004, p.25.

doença, que impliquem sofrimento para o paciente. Já não faria sentido que tivesse significado para a revelação dos factos favoráveis, esses, em princípio, sempre queridos[56].

Essencial é que o médico se assegure de que a opção pelo não conhecimento é realmente pretendida pelo paciente não podendo, nomeadamente, desistir de o informar, unicamente porque lhe parece que este manifesta pouco interesse no decorrer da consulta[57]. Está aqui em jogo a sensibilidade do profissional para, sem conferir ao paciente informações não queridas por ele, dotá-lo, ao menos, de uma informação generalizada, ainda que vazia de conteúdo, para que o paciente possa, ao menos, saber o alcance e as consequências do que está a recusar entender. Assim, mesmo que o paciente peça ao médico para não lhe comunicar o tipo de doença de que padece, o profissional deve, ao menos, dizer-lhe que tem uma doença.

Ao direito a não saber opõe-se o chamado "dever de saber", especialmente justificado no âmbito das doenças infetocontagiosas, como a SIDA ou a tuberculose e nos casos de transmissão da doença por via hereditária, como alguns tipos de cancro[58], com vantagens óbvias, tanto ao nível do tratamento do sujeito portador do vírus (quando, por exemplo, se recomenda que adote determinadas medidas, para evitar uma doença da qual tem sérias probabilidades de vir a padecer), como no que toca à segurança e saúde dos profissionais e, ainda, no que respeita à prevenção, no seio da comunidade de risco[59], pelo que, além do dever saber imposto ao sujeito impõe-se, muitas vezes, o dever de informar os outros[60]. Advirta-se, porém, que ainda que tais limitações sejam justificadas, devem subordinar-se ao cumprimento da sua finalidade. O mesmo é dizer que, se a partir do momento em que conhece (e, quando for caso disso, dá a conhecer) o indispensável acerca do seu estado, o paciente decidir não receber mais nenhum tipo de informação, o seu desejo tem de ser respeitado. A ideia não é outra que não a de resguardar o próprio doente ou os terceiros envolvidos, ferindo-se a esfera da autonomia informacional do sujeito, mas só até ao estritamente necessário.

---

[56] *Ibidem.*

[57] PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004, p.469, defendendo a ideia de uma recusa informada do conhecimento.

[58] Assim, por exemplo, se A, pai de B, descobre que tem cancro e que a probabilidade de B também ter é elevada, dado ser seu filho, impende sobre si um dever de comunicar a B, circunstância que, automaticamente, origina sobre si um dever de saber.

[59] Cf. artigos 10.º, n.º 3 e 26.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

[60] *Vide*, uma vez mais, ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2004, pp. 40 e 41, a alertar para que se deva colocar o outro "em condições de poder decidir autonomamente sobre os riscos que está disposto a correr".

7.4. As autorizações legais

Nenhum direito deve ser tomado como absoluto, havendo que fazer uma leitura integrada dos vários preceitos constitucionais consagradores de Direitos Fundamentais, a fim de permitir, na prática, uma sã convivência entre estes. Nesse sentido, não se vê como, face a interesses preponderantes, por dizerem respeito à comunidade de que cada sujeito individual faz parte, determinados interesses particulares, como a liberdade e autodeterminação, não possam ceder. O legislador, ciente de que, em situações excecionais como estas, o respeito pela autonomia particular poderia colocar em causa a saúde pública e a segurança de todos os terceiros envolvidos, autoriza determinadas restrições aos Direitos Fundamentais de cada um, em nome da "proteção de bens jurídicos supra-individuais"[61] e independentemente da vontade do visado. Conferidas através de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial, as autorizações legais para intervenções forçadas impõem-se, *inter alia*, através da vacinação obrigatória, no âmbito dos tratamentos em reclusos[62], com os tratamentos forçosamente impostos aos sujeitos portadores de doenças infetocontagiosas[63] ou, ainda, nos serviços para internamento e tratamento de doenças mentais[64].

Seguindo o raciocínio atrás exposto, relativamente ao dever de saber (como limitação à exceção do direito a não saber), também aqui o conflito entre a "salus" e a "voluntas" não se limita ao sistema pessoal do paciente. Pelo contrário, em causa estão, por oposição aos interesses do sujeito alvo da intervenção, os direitos e interesses de terceiros[65]. Há uma clara limitação à liberdade individual justificada, porém, em função da necessidade de prossecução de determinados fins de interesse coletivo. O indivíduo não perde a sua autonomia, mas não pode nunca deixar de assumir as responsabilidades da vida comunitária. Dito com Carla Amado Gomes, "a salvaguarda da autonomia individual, da privacidade, da liberdade, como se preferir, deve procurar-se, mas não a qualquer custo. Nomeadamente, não a custo do sacrifício da própria ideia de vida social, que implica a defesa e realização do interesse coletivo, nas suas várias facetas"[66].

---

[61] ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, anotação ao artigo 156.º, § 35, p.612.
[62] Cf. artigo 35.º, n.º 1 e n.º 2 do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.
[63] Base XIX da Lei de Bases da Saúde.
[64] *Vide* artigos 6.º e seguintes da Lei da Saúde Mental.
[65] ANDRADE, Manuel da Costa, ob. cit., 2004, p. 44.
[66] GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual - Casos da vida de um médico de saúde pública*, Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p.51.

8. Requisitos de validade do consentimento

Para que o consentimento do destinatário do ato médico seja considerado válido e eficaz e partindo do princípio de que não se encontra verificada nenhuma das exceções acima aludidas, é necessário que se encontrem verificados determinados pressupostos.

8.1. A atualidade

O ato de consentir tem ainda de ser atual, isto é, deve ser prestado antes da realização do ato médico que se pretende levar a cabo, devendo igualmente manter-se durante toda a prática clínica. Como tal, o consentimento será livremente revogável, a todo o tempo e sem necessidade de sujeição a qualquer formalidade[67]. Necessário será, de igual modo, fornecer ao paciente um tempo de reflexão[68], com a intenção de a decisão ser tomada com consciência pelo destinatário do ato médico, uma vez ponderadas as vantagens e desvantagens da intervenção. O prazo de reflexão não tem de estar pré-determinado, embora por vezes a lei determine um certo lapso temporal. É o que sucede, designadamente, com a Interrupção Voluntária da Gravidez, por força do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal[69]. Por outro lado, relativamente a cirurgias menores não é concedido qualquer tempo de reflexão e o esclarecimento antecede quase imediatamente o consentimento do paciente[70].

Todavia, nem sempre o sujeito se encontra em condições de expressar a sua vontade no momento atual. Pense-se nas situações de urgência ou de necessidade de intervenção quando o paciente está inconsciente. Para combater a dificuldade em conhecer a vontade do sujeito numa situação como esta o legislador estabeleceu, através da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, o regime das diretivas antecipadas de vontade, que podem assumir a modalidade de testamento vital[71] ou de nomeação de um procurador de cuidados de

[67] Cf. artigo 5.º, § 3 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.
[68] Artigo 45.º, n.º2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.
[69] PEREIRA, André Dias, «Alguns aspetos do consentimento informado, "Anatomia do crime"», *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, Julho-Dezembro,2014, p. 183.
[70] PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004., p. 459.
[71] Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, "as diretivas antecipadas de vontade, designadamente soba forma de testamento vital são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente".

saúde[72]. É precisamente quanto à primeira modalidade que o requisito da atualidade pode ser discutido. Com efeito, não se verifica uma vontade atual do consentidor, na medida em que ele não se encontra consciente e a sua escolha é efetuada antes (e, em muitos casos, muito antes) do ato médico ter lugar. Para suavizar este obstáculo, o legislador criou um prazo de eficácia de 5 anos para o documento, permitindo ainda a sua revogação a qualquer momento[73]. E a verdade é que, entre a vontade manifestada antecipadamente pelo paciente e a impossibilidade de ser o próprio sujeito a decidir no momento atual, o legislador deu primazia à primeira, privilegiando a autodeterminação do destinatário do ato médico.

8.2. A capacidade

A capacidade do consentidor, estabelecida, designadamente, no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina e no artigo 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, exige que o sujeito prestador do consentimento possua capacidade para tomar decisões de forma autónoma e possa, assim, exercer de forma plena o seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. O Código Penal, no n.º 3 do artigo 38.º, prevê a capacidade para o consentimento em geral, obrigando a que o consentidor tenha mais de 16 anos e possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento.

André Dias Pereira autonomiza a categoria jurídica da capacidade para consentir, ensinando que se trata de "um ramo da capacidade jurídica, cujo objeto é o de tomar decisões sobre os cuidados de saúde, isto é, a capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico"[74].

Do mesmo modo que se suscita no requisito da atualidade, também aqui a vontade antecipada pode ser questionada, agora na modalidade de procurador de cuidados de saúde. É que a vontade do paciente é expressa, não na sua pessoa, mas na do procurador. Mas a lei estabelece claramente que o Procurador de Cuidados de Saúde tem de ser escolhido pelo próprio paciente outorgante[75], o que contribui para a manifestação da real

[72] *Vide* artigos 11.º n.º 1 e 12.º, n.º1 da Lei n.º 25/2012, o primeiro a prever a possibilidade de a pessoa atribuir poderes representativos a um procurador de cuidados de saúde e este último a definir a procuração como sendo "o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e deforma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade".
[73] Cf., respetivamente, os artigos 7.º, n.º 1 e 8.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho.
[74] PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *ob. cit.*, 2004, p. 153.
[75] Cf. n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 25/2012.

vontade do paciente, mesmo que não seja o próprio, porque inconsciente, a declará-la no momento. Além disso, diferentemente do que sucede com o Testamento Vital, a modalidade de Procurador de Cuidados de Saúde será sempre atual, no sentido em que a vontade é exteriorizada no momento presente.

8.3. A liberdade

Outro requisito imprescindível para que o consentimento seja considerado válido e eficaz é a liberdade, no sentido de o ato de consentir não ser inquinado por erro vício, entendendo-se como tal, para o efeito, aquele erro que compromete a liberdade de dispor do corpo e da vida e, por isso, se deve ter por relevante[76].

Acompanhando Bockelmann, diga-se que "a eficácia do consentimento pressupõe que ele seja declarado na base da representação correta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção"[77].

8.4. O esclarecimento

Este último requisito que, diferentemente dos outros, que se concretizam no próprio ato de consentir, está dependente de uma entidade externa e antecede o próprio consentimento, será objeto de tratamento autónomo no próximo capítulo.

Sem se querer defender uma hierarquia entre os vários pressupostos, não pode deixar de salientar-se aquilo que parece comprovar a essencialidade desta última imposição. Sem um prévio e cabal esclarecimento de que servirá ao paciente ser livre, capaz e sê-lo no momento presente se não tiver sido, em um momento anterior, devidamente esclarecido? Poderá servir-lhe de muito, se for esclarecido e elucidado numa fase anterior. Contrariamente, poderá servir-lhe de muito pouco, na hipótese de não ter compreendido o objeto do consentimento que, assim sendo, ficará destituído de valor e de sentido[78].

---

[76] ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 1990, p. 664. *Vide*, ainda, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *ob.cit.*, 2007, p.343.
[77] BOCKELMANN, *Strafecht des Arztes*, p.57, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 1990, p. 665.
[78] Leia-se, particularmente, o ponto I do Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com o n.º de Processo 4450/2008-2: "Em matéria de acto médico só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico". Disponível em www.dgsi.pt.

III – O DEVER DE ESCLARECIMENTO

Independentemente da modalidade em causa e do tipo de intervenção a levar a cabo, para ser válido e eficaz, o consentimento do paciente terá de ser precedido de um esclarecimento prévio por parte do profissional de saúde. É uma condição necessária e prevista, entre outras normas, pelo artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, pelos artigos 44.º e 50.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, pelo artigo 7.º da Lei n.º 15/2014 e, especificamente em matéria penal, pelo artigo 157.º do Código Penal.

É importante que se diferenciem os dois diferentes tipos de esclarecimento a prestar ao paciente, que têm um alcance muito diferente.

Para o tema de que aqui se trata, o esclarecimento terapêutico não suscita grandes controvérsias. Relaciona-se com as específicas "*leges artis*" da medicina e com as medidas necessárias à proteção da integridade física e da vida, podendo envolver informações relacionadas com o diagnóstico, com a medicação ou com o aconselhamento acerca da conduta que o paciente deve seguir. Diferentemente, no esclarecimento para a autodeterminação, está em causa a informação que o médico deve prestar, anteriormente a qualquer intervenção médico-cirúrgica, para que o sujeito possa exercer, de forma plena, o seu direito à autodeterminação dos cuidados de saúde[79]. Suponha-se que um sujeito consulta um médico oftalmologista com a intenção de se submeter a uma operação destinada a eliminar definitivamente a miopia de que sofre. Na hipótese de existir mais do que uma cirurgia à escolha, médico não deve decidir singularmente a intervenção que considere mais adequada. Antes terá de informar o paciente acerca das possíveis alternativas de tratamento para que, exercendo o seu direito à liberdade pessoal, o individuo possa, uma vez esclarecido, optar pela alternativa que mais lhe convier.

André Dias Pereira explica que o direito à informação se fundamenta em duas ordens de razões: "por um lado, estamos perante relações jurídicas em que uma das partes é um perito e a outra um leigo, pelo que se impõe, em ordem a garantir uma relação de paridade material e impedir a 'opressão' de uma das partes sobre outra, um dever jurídico de informar. Por outro lado, o consentimento informado é uma dimensão cristalizada do princípio da autonomia e só há real autonomia com cabal esclarecimento"[80].

[79] PEREIRA, André Dias, op. cit., 2004, p. 71.
[80] PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004, p. 130.

1. O artigo 157.º do Código Penal

Apesar de já a ele se ter feito referência, designadamente a propósito do privilégio terapêutico[81], o artigo 157.º do Código Penal ("*Dever de esclarecimento*") carece de uma interpretação autónoma, no âmbito da informação a prestar ao paciente.

Uma leitura menos atenta dos artigos 156.º e 157.º do Código Penal poderia levar o leitor a considerar que o primeiro preceito tornaria dispensável a existência do segundo, uma vez que o artigo 156.º já impõe o consentimento e, como temos vindo a observar, a eficácia do consentimento do paciente implica, necessariamente, o seu prévio esclarecimento. A própria expressão "consentimento informado" é pleonástica, mas, segundo cremos, propositadamente, por denotar claramente a importância do esclarecimento para o ato de consentir. O dever de esclarecimento não pode deixar de ter um significado autónomo, independentemente do consentimento que, nas hipóteses de recusa do tratamento ou, lamentavelmente, quando em causa estiverem doenças para as quais a cura ainda não foi descoberta, pode até nem ter lugar[82]. Por isso mesmo se decidiu tratar um e outro momento em capítulos autónomos, procurando destacar-se a individualidade e intencionalidade próprias de cada um.

2. O dever de colaboração do paciente

Que o ónus de sinceridade e transparência não caia por inteiro nas "costas" do terapeuta. Não pode olvidar-se que, como em todas as relações, os direitos de uma parte constituem os deveres da outra. Assim, o doente tem o importantíssimo dever de informar o agente médico, munindo-o de todos os pormenores relevantes para o diagnóstico e para a melhoria do seu estado de saúde, respondendo com verdade a todas as perguntas que lhe forem feitas. Não seria justo se ao paciente fosse permitido exigir um esclarecimento completo sem que, de igual modo, fornecesse ao médico a informação necessária ao diagnóstico e, concomitantemente, ao prévio esclarecimento. Concordamos, por isso,

[81] *Supra*, Capítulo II, p. 23.

[82] A defender a autonomização do dever de esclarecimento do médico face ao consentimento do paciente, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *ob. cit.*, 2012, anotação ao artigo 157.º, § 1, p. 632. e ainda, PEREIRA, André Dias, ob. cit., 2012, p. 356.

com Vera Lúcio Raposo, quando a autora defende que "será difícil reconhecer ao paciente direitos sem, concomitantemente, lhe atribuir as devidas responsabilidades no que respeita às decisões que tome e respetivas consequências"[83]. Assim, quanto mais verdadeira for a informação que o paciente confere ao médico, mais aperfeiçoado deverá ser o esclarecimento, como que, ao informar devidamente numa primeira fase, o paciente veja o seu direito a ser esclarecido ainda mais reforçado. A Lei n.º 15/2014 consagra, no seu artigo 24.º, os deveres do utente dos serviços de saúde, prevendo expressamente o n.º 3 que "o utente dos serviços de saúde deve colaborar com os profissionais de saúde em todos os aspetos relativos à sua situação".

Merece ainda destaque, por realçar o dever de colaboração do paciente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009. A decisão jurisprudencial refere expressamente o dever do paciente em fornecer "com verdade qualquer facto da sua história clínica, com relevância para promover o sucesso ou evitar o insucesso do mesmo acto médico"[84].

3. A atual relação entre médico e paciente

Como já tivemos oportunidade de referir[85], a relação entre médico e paciente não foi sempre como a conhecemos hoje.

Se antes existia uma relação médico-paciente isolada e particular, hoje há lugar, na maior parte dos casos, a uma relação paciente-instituição de saúde, com uma distância cada vez maior entre o profissional e o indivíduo que procura tratamento. Entre os dois sujeitos existe um número cada vez maior de intermediários, desde os rececionistas dos grandes centros hospitalares, aos enfermeiros, que desempenham, não raras vezes, funções que outrora eram atribuídas aos médicos. A imagem do médico amigo e confidente, sentado numa poltrona propositadamente colocada junto ao leito do enfermo deu lugar ao cenário

[83] RAPOSO, Vera Lúcia, *Do regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal* Português, p.18.
[84] Vide p. 20 do Acórdão mencionado, com o n.º de processo 08B1800, disponível em www.dgsi.pt. O Acórdão concretiza ainda aquilo que deve ser o conteúdo da colaboração: "Este dever de colaboração inclui, em substância, para além da exposição e resposta com verdade e sem qualquer omissão ao seu histórico clínico, inclui também, designadamente, a notícia de eventuais incompatibilidades ou restrições à toma de fármacos com incidência no campo da anestesiologia." Com dois votos de vencido, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu no sentido de não ter havido violação das *leges artis*, uma vez que não foi dado como provado o nexo causal entre a paragem cardiorrespiratória e o choque anafilático, decorrente da anestesia.
[85] *Vide*, *supra*, Capítulo I, pp. 4,5 e 7.

branco e iluminado dos quartos de hospital que todos conhecemos. Batas azuis e brancas em grande número, cujos donos variam consoante o turno que lhes é atribuído pela direção do hospital, camas numeradas, com pessoas indiferenciáveis. É este o cenário a que nos fomos habituando ao frequentar meios hospitalares ou de natureza idêntica. É este o preço que pagamos pelo decorrer do tempo e pela evolução da humanidade. Numa palavra, como constata Esperança Pina, referindo-se à burocracia nos cuidados de saúde, é a consequência da "globalização"[86]. Nem tudo é bom. Perdeu-se alguma proximidade na relação, própria de outros tempos, em virtude do fenómeno da "progressiva irrelevância da personalidade do médico"[87]. Ganhou-se, porém, um maior acesso aos cuidados de saúde de qualidade, por parte de um maior número de pessoas e uma mais aprimorada consciência, por parte do doente, dos seus direitos e dos seus deveres. E que não se confunda a perda de proximidade entre médico e paciente com a falta de confiança. A confiança é, aliás, a característica que conseguirá aliar o melhor das duas realidades e que contribuirá, seguramente, para a obtenção de um "consentimento sucessivamente confirmado"[88].

Se em cada consulta, por mais breve que seja, o paciente depositar a confiança no agente médico, enquanto profissional dotado de capacidades técnicas específicas (não num sentido subjetivo, enquanto pessoa que poderá, eventualmente, conhecer há já algum tempo) e, do mesmo modo, este último dedicar toda a atenção ao paciente que o procura, respondendo aos seus anseios, diagnosticando a doença e considerando-a não abstratamente, mas referida àquele concreto paciente, tendo em conta o seu específico processo clínico, não se vê razões para que a confiança diminua. Muito pelo contrário. O próprio avanço da medicina e a maior facilidade de comunicação entre médico e paciente contribuem para o incremento dessa confiança. Na maior parte das situações, uma confiança sem amizade, é certo. Mas uma confiança que se concentra nas capacidades curativas da medicina, o desejo mais profundo do doente.

Como salienta João Vaz Rodrigues, "não nos podemos esquecer de que a relação entre o médico e paciente é desigual, por força do imenso poder que ao primeiro conferem os especiais conhecimentos técnicos que deverá possuir"[89]. Mas são justamente esses

[86] PINA, J.A. Esperança, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, 2013, p.369.
[87] *Ibidem*, p. 135.
[88] Colhemos a expressão de RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, 2001, referindo-se o autor à progressiva colaboração entre o paciente e o agente médico, p. 244.
[89] RODRIGUES, João Vaz, *ob. cit.*, 2001, p.?

conhecimentos que o doente procura ao entrar no consultório. São conhecimentos que se querem bem visíveis, a demarcar a diferença entre os sujeitos da relação. Não deve por isso esta diferença de funções ser vista como negativa, antes positiva e pretendida.

Ainda hoje fazem, por isso, todo o sentido as palavras de Mário Raposo: "Não se tratará, por certo, de adotar um modelo paternalístico nem contratual, mas de fazer nascer uma interação fiduciária, radicada no denso valor ético-social da recíproca confiança"[90].

4. O conteúdo da informação

Nos termos do artigo 157.º do Código Penal o médico deve esclarecer devidamente o paciente sobre "o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento".

Mas, afinal, em que se traduz o conteúdo da informação? Tem o profissional de saúde de dotar o paciente de toda a informação que também ele, enquanto profissional, dispõe?

Deve, seguramente, ser conferida ao paciente uma informação completa, mas nunca num sentido técnico e exaustivo, sem que se tencione transformar as consultas em lições personalizadas de medicina[91]. O que se pretende é que ao consentidor seja previamente assegurada toda a informação necessária a um consentimento esclarecido, o que se traduzirá na comunicação verdadeira e nos termos adequados a uma mais fácil compreensão do diagnóstico, do tratamento e das suas possíveis consequências, bem como, quando os houver, da existência de tratamentos alternativos. Informação essa que deve, em todo o caso, ser adaptada às características de cada paciente.

5. A revelação dos efeitos secundários e dos riscos do tratamento

No que diz respeito aos efeitos secundários e aos riscos do tratamento, há que atender a uma particularidade que tem que ver com a elasticidade com que deve ser analisada esta

[90] RAPOSO, Mário, *Consentimento Informado na Relação Médico-Doente*, Separata da Revista "O DIREITO", Ano 124, 1992, p. 407.

[91] No mesmo sentido, *vide* PINA, J.A. Esperança, para quem "o esclarecimento não deve pretender inundar o doente com numerosos dados, mas oferecer-lhe os elementos fundamentais para uma opção realista acerca da sua terapêutica", *ob. cit.*, 2013 p. 157.

comunicação. O mesmo é perguntar, quais os efeitos secundários que devem ser comunicados ao paciente e quais é permitido ao agente médico omitir.

A este propósito, André Dias Pereira dá-nos a conhecer a teoria dos riscos significativos, segundo a qual, por oposição à doutrina tradicional, que defende que apenas existe a obrigação de comunicar ao paciente os riscos normais e previsíveis, o médico deve comunicar ao doente os riscos significativos, isto é, aqueles que "sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente"[92]. O risco será significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção, da sua frequência, da sua gravidade e em razão do comportamento do paciente. O primeiro critério vai no sentido de que quanto mais necessária for a intervenção, menos importante é a informação a propósito dos riscos. A este respeito, apresentamos alguma discordância. Percebe-se que a necessidade e urgência de uma determinada intervenção envolva uma diminuição do dever de informação, mas simplesmente quando não é possível informar sem perigo para a vida ou para a saúde[93]. Assim, não pensamos que o dever de informar os riscos decorrentes de um determinado tipo de intervenção se altere consoante a sua natureza terapêutica ou não terapêutica[94].

Por sua vez, o critério da frequência da intervenção consiste na ideia de que, quanto maior for a probabilidade e de o risco se realizar, mais se justificará informar o paciente da sua possível ocorrência. O risco da intervenção será ainda significativo em razão da sua gravidade, com o significado de que a gravidade de um risco, mesmo que de probabilidade reduzida, implica o dever da sua comunicação e em razão do comportamento do paciente, isto é, de acordo com as particulares características de cada paciente, seja físicas, psicológicas, culturais ou mesmo profissionais.

Não é possível, por razões de tempo e de espaço, analisar cada critério individualmente e discutir a questão como ela exigiria[95]. De um modo resumido, diga-se que os critérios devem ser ponderados numa relação de interdependência e que, em caso de dúvidas, o comportamento do paciente concreto deverá sempre ser mais valorizado. O próprio autor

[92] PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004, p. 396.
[93] Como ficou escrito *supra*, a propósito das situações de urgência, Capítulo II, p.25.
[94] Acompanhamos, neste ponto, a posição defendida por REGAÑON, Díaz, *El régimen de la prueba en la responsabilidade civil médica*, 1996, *apud* PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *op. cit.*, 2004, p.399.
[95]Para mais desenvolvimentos sobre a teoria dos riscos significativos e sobre cada critério enumerado consultar PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *op. cit.*, 2004 pp. 396 e seguintes.

reconhece que o que a doutrina avançada oferece são "critérios de racionalidade, parâmetros de reflexão", com vista a orientar o juízo decisório de cada caso particular[96].

Assim, por exemplo, se um doente que é engenheiro químico, em princípio, não relevará com muita intensidade a circunstância de, ainda com uma probabilidade muito reduzida, um determinado fármaco envolver o risco de alterar o seu nível de audição, o mesmo não se poderá dizer de um outro paciente que desenvolve a sua atividade profissional na área da música. Pode este segundo doente não querer correr o risco, mesmo que a sua probabilidade de verificação seja muito diminuta, de ver o seu nível de audição alterado. O mesmo se passará com um enólogo que, em princípio, valorizará muito mais a probabilidade, ainda que reduzida, de a terapêutica diminuir o paladar, do que um fisioterapeuta[97].

É por isso que a informação deve ser proporcionada em função, não do médico ou do paciente razoável[98], mas do paciente concreto, ou seja, nos termos adequados à compreensão daquele concreto paciente, individualmente considerado. Deve definir-se, não o conteúdo global do *quantum* da informação, mas "apenas o princípio, deixando aos agentes concretos a adequação dele às particularidades de cada caso"[99]. É este o caminho seguido, designadamente, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2014[100], nos termos do qual "o conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação"[101].

---

[96] PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, 2004, p.439.

[97] OLIVEIRA, Guilherme de, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", *Temas de Direito da Medicina*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, 2005 p.68.

[98] Segundo a tese do médico razoável, a informação seria suficiente quando um médico considerado razoável tivesse dado igual esclarecimento ou quando o conteúdo da informação fosse aceitável no seio dos profissionais. Nos termos do critério do paciente razoável, a informação deveria ser a bastante para esclarecer uma pessoa médica, colocada na posição daquele concreto paciente.
Ambos parecem condenáveis. O primeiro, por descurar a autodeterminação do paciente, pondo a tónica unicamente no comportamento do médico. O segundo, embora tenha em conta a perspetiva do paciente, fá-lo sob o ponto de vista geral, sem ter em conta as específicas características do concreto sujeito portador da doença, o que afasta igualmente a autonomia do verdadeiro doente. Afinal, o que deve ser entendido por "paciente razoável"? A expressão afigura-se demasiado vaga, podendo dar origem a soluções iguais para casos diferentes e, dessa forma, contribuir para decisões materialmente injustas. Mais pormenorizadamente, PEREIRA, André Dias, *ob. cit*., 2004., pp. 439 e seguintes.

[99] OLIVEIRA, Guilherme de, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", *Temas de Direito da Medicina*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, p.67.

[100] Com o número de processo 3925/07.9TVPRT.P1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

[101] *Vide* o ponto 3 do sumário do Acórdão citado.

Pode apontar-se, é certo, a dificuldade com que este critério se depara nos grandes centros hospitalares, em que a relação entre médico e paciente é momentânea e, muitas vezes, inicia e finda numa única consulta, mas a este argumento deve responder-se com o dever de colaboração do paciente, impendendo sobre este o dever de informar o agente médico das suas particulares características, que reputa como relevantes para a intervenção em causa[102].

Poderia ser defendido, para resolver toda a discussão sobre a quantidade de informação a revelar ao doente, que o médico está obrigado a revelar uma informação integral, incluindo todos os riscos graves, ainda que fosse mínima a probabilidade de virem efetivamente a acontecer. Seria a solução mais respeitante do princípio da autonomia do paciente, isso não se discute. Porém, como recorda André Dias Pereira, "este caminho da *híper informação* pode causar algumas desvantagens"[103]. O autor dá-nos conta da criação de uma "situação de angústia a todos os pacientes, perante riscos que quase nunca se verificam", chamando ainda a atenção para o crescimento da litigiosidade entre médicos e pacientes, que dá origem ao fenómeno da medicina defensiva[104]. Quanto ao primeiro argumento, não parece que seja muito relevante. A verdade é que, infelizmente, a pessoa doente tem de suportar toda a angústia e sofrimento que derivem do seu estado. É uma decorrência do seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. Se preferir não suportar, pelo menos por inteiro, as consequências do conhecimento do seu estado de saúde, o doente pode exercer o seu direito a não saber[105]. Já no que diz respeito ao aumento da litigiosidade médica, as coisas parecem diferentes. Com o objetivo de evitar as consequências negativas da sua eventual responsabilização judicial, pela falta de informação, os profissionais de saúde adotam uma atitude preventiva e conformam a sua conduta tendo em vista a viabilidade da sua defesa, caso venha a ser necessária. Na medicina defensiva, "as respostas são tomadas em primeira linha com o objetivo de evitar a responsabilidade e não tanto o de beneficiar o paciente"[106]. Uma atitude desta natureza afigura-se quase tão prejudicial como a própria doença e contribui, seguramente, para o

[102] Veja-se o que ficou escrito a propósito do dever de colaboração do paciente, *supra*, p.37.
[103] PEREIRA, André Dias, «Alguns aspetos do consentimento informado, "Anatomia do crime"», Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 0, Julho-Dezembro,2014, p. 175.
[104] Cf. http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=33262
[105] Tratado *supra*, Capítulo II, p. 27.
[106] PEREIRA, André Dias, *Responsabilidade Médica e Medicina defensiva*, *in* Estudos de Direito da Bioética, Almedina, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, 2012, pp.171 e seguintes. Diz-nos o autor que "os médicos podem requerer testes, procedimentos, consultas ou evitar doentes ou procedimentos de alto risco, principalmente (mas não necessariamente apenas) para reduzir a sua exposição ao risco de responsabilidade por má prática".

"desvirtuamento da intencionalidade"[107] do consentimento informado. Não há dúvida de que esta postura cautelosa tem de ser evitada. Uma parte não pode temer que a falta de informação disponibilizada possa vir a responsabilizá-la futuramente, assim como a outra parte não pode recear pedir mais esclarecimentos. Nem tem cabimento algum que deixe de os pedir com o intuito de, mais tarde, vir a responsabilizar o médico. Se estivermos a falar de informação considerada elementar, incluindo os riscos graves e frequentes, o médico será, naturalmente, responsabilizado, caso não informe devidamente o paciente quanto à sua probabilidade de ocorrência. Por outro lado, se em causa estiverem riscos, ainda que graves, de verificação muito reduzida ou quase inexistente, parece que o médico só deverá informar o paciente quanto à sua provável existência se assim o entender ou se o paciente o solicitar.

O receio dos profissionais não pode ser colmatado com a diminuição do direito dos doentes ao consentimento informado. A solução passará, ao invés, pelo incremento do diálogo entre os dois sujeitos. É através do aumento da informação que o médico impede a sua responsabilização futura. Mas que nunca a intenção de informar venha associada a uma segunda intenção de evitar conflitos futuros. O médico deve informar para esclarecer, para que o paciente participe na intervenção, enquanto decisor informado. Por sua vez, o paciente, enquanto sujeito capaz e uma vez esclarecido, será responsável pela sua escolha, porque livre e informada.

Médico e paciente não são adversários e não devem ser encarados como partes opositoras num litígio. São duas pessoas que, ainda que ocupando posições diversas, buscam um objetivo comum: alcançar a cura ou, pelo menos, o menor prejuízo possível para a saúde.

6. O modo de transmissão da informação

Em princípio, tal como acontece com o consentimento[108], também o esclarecimento não está sujeito a forma especial. Mais importante do que a forma, é o alcance do esclarecimento e esse objetivo, estamos certos, só se alcança com o cumprimento de uma oralidade franca, serena e informativa. Todavia, como também sucede com o consentimento, há determinadas intervenções que exigem que o esclarecimento seja

[107] Pedimos a expressão a PEREIRA, André Dias, *op. cit.*, 2004, p.77.
[108] *Supra*, Capítulo II, p. 18.

efetuado por escrito. É o que sucede nos ensaios clínicos[109], na procriação medicamente assistida[110] e na obtenção e utilização de material biológico em bancos de produtos biológicos[111].

Também em alguns casos e apesar de não constituir uma imposição legal, a administração hospitalar ou os próprios médicos, quando se trata de um consultório particular, optam por facultar aos pacientes um formulário de esclarecimento. A utilidade destes documentos é inequívoca. Quer seja para melhor consciencializar o recetor para a importância do ato de consentir, quer para que este tenha ao seu dispor a informação necessária, ainda que incompleta, quando já não se encontrar junto do profissional. Importante é que o conteúdo dos formulários seja esclarecedor e percetível. É certo que não se torna defensável, na prática, a elaboração de um formulário a pensar em cada paciente concreto. A função agilizadora que se pretenderia alcançar com documentos deste teor seria certamente obnubilada.

Mas que não se conclua da imposição legal ou da espontânea iniciativa em disponibilizar a informação sob forma escrita, que a entrega de um documento substitui a explicação verbal e isenta de responsabilidade o agente médico pela sua eventual falta de esclarecimento. A prestação informativa tem de ser recetícia[112], no sentido de não se bastar com o esclarecimento e exigir, concomitantemente, a compreensão da informação pelo paciente.

Os formulários não substituem o diálogo, a explicação, feita oral e pessoalmente, com disposição para explicação de dúvidas[113]. É por isso que, na conciliação entre a informação escrita e o ato de consentir, há um papel fundamental a desempenhar por parte dos profissionais, que devem comunicar com o destinatário do ato médico recorrendo a uma linguagem acessível e adequada ao seu nível de discernimento e assimilação, adotando uma atitude ativa e procurando corrigir alguma falta de informação que não

[109] Artigo 2.º, alínea j) da Lei n.º 21/2014.
[110] Cf. artigo 14.º, n.º 2, da Lei n.º32/2006.
[111] Artigo 19.º, n.º5, da Lei n.º 12/2005.
[112] RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, 2001, p.247.
[113] Consulte-se o ponto 8 do sumário do supracitado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Outubro de 2014: "A referência num documento, assinado por médico e doente, a que aquele "explicou" a este, "de forma adequada e inteligível", entre outras coisas, "os riscos e complicações duma cirurgia" não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e, bem assim, dos riscos concretamente indicados, pelo que é manifestamente insuficiente."

conste do papel e, desse modo, completar o esclarecimento do doente[114]. É nesta sede que revela a verificação do esclarecimento, como um dever acrescido do agente médico, traduzindo-se numa "ponte" essencial entre o dever de esclarecer e o ato de consentir *per se*, sem o qual um e outro ficarão certamente desprovidos de sentido útil. É um dever que ganha particular acuidade quando médico e paciente falam diferentes línguas ou quando o paciente é surdo ou portador de uma qualquer anomalia que perturbe a capacidade de perceção que lhe seria, em princípio, exigível. O médico não se deve limitar a emitir uma informação, sem que igualmente se certificar de que ela chega ao seu destinatário e é por este compreendida integralmente.

7. A atitude do médico perante a recusa do paciente

O exercício do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde nem sempre vai no sentido do consentimento para o ato médico. Como prevê, entre outras normas, o número 1 do artigo 3.º da Lei n.º 15/2014, o paciente tem o direito de recusar o tratamento proposto.

É nesta sede que relevam as posições constantemente adotadas por pacientes, justificadas com base na religião, como sucede com as Testemunhas de Jeová[115]. O próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê, no artigo 51.º, o dever deontológico de respeitar as crenças e interesses do doente. Merece ainda destaque o Parecer n.º 46, de Junho de 2005, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, que se debruçou sobre a objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos[116], concluindo pela validade da recusa de tratamento com sangue e hemoderivados em situação de perigo para a vida, desde que, porém, essa recusa seja manifestada de um modo expresso, livre e pelo próprio destinatário da intervenção

[114] André Dias Pereira faz-nos chegar um interessante relato de uma enfermeira: "Se eu vou dizer determinados termos ali ao Sr. José que vive lá na aldeia, ele sabe lá o que é evacuar, mas se eu lhe disser 'se costuma dar de corpo' todos os dias, ele sabe. A gente tem de se adaptar. Já tem acontecido com estes médicos mais novitos que não estão 'despertados' perguntarem: 'o senhor tem evacuado?' e o doente responder: 'não senhor, não tenho!', e quando eu pergunto se tem ido à casa de banho, se tem feito cocó, ele diz que tem feito todos os dias. Ele não sabia o que era evacuar." CARAPINHEIRO, Graça, *Saberes e Poderes no Hospital, Uma Sociologia dos serviços Hospitalares*, Edições Afrontamento, Centro de Estudos Sociais, 1993, p. 195., *apud* PEREIRA, André Dias, ob. cit., 2004, p. 458.

[115] *Vide*, *supra*, Capítulo II, nota de rodapé n.º 45, p. 21.

[116] O documento pode ser consultado em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf.

médico-cirúrgica. O próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê, no artigo 51.º, o dever deontológico de respeitar as crenças e interesses do doente.

Perante uma decisão, em princípio não esperada, como a de não prosseguir com o tratamento proposto, o médico deve assumir um papel de "*conselheiro"*[117] e não deve abandonar o paciente sem, pelo menos, o ter informado das consequências e dos riscos que a recusa implica.

João Vaz Rodrigues dá-nos conta de uma hipótese que ilustra bem que o ato de recusa do paciente não deve ser aceite de forma linear: "O senhor Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica – a *bypass surgery* – mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência do médico, não fossem consistentes. Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Senhor Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver." [118]

O autor afirma que "o que importa estabelecer é se o médico viola o seu dever de informar esclarecidamente ao não investigar os motivos de recusa até limites similares aos que neste relato foram colocados em causa". Em jeito de resposta, diga-se que o exemplo comprova a importância do dever do médico de compreender as razões do paciente e a necessidade da existência de um diálogo recíproco e constante entre as partes[119]. Mas que não se confunda o dever moral, de boa prática médica e de bom profissionalismo com uma obrigação do médico de perceber inteiramente e até ao limite as razões de recusa do paciente. Seria um ónus demasiado pesado a incidir sobre o profissional. O paciente é livre e a liberdade no acesso aos cuidados de saúde implica o direito de recusa sem qualquer obrigação de justificação. Acompanhando Claus Roxin, diga-se que "é forçoso

[117] PEREIRA, André Dias, *op. cit.*, 2004, p.419.
[118] DUBLER, Nancy e NIMMONS, David, Ethics on cal – A Medicine Ethicist Shows to take change of life – and – Death Choices, Harmony books, New York, 1992, pp. 92 e seguintes, *apud* RODRIGUES, João Vaz, op. cit., 2001, p. 356.
[119] De modo idêntico, PEREIRA, ANDRÉ DIAS, ob. cit., 2004, p. 491: "O médico deve assegurar-se da validade da renúncia, que deve emanar de uma pessoa capaz e na posse das suas faculdades mentais, que tenha verdadeiramente manifestado a sua vontade e que não tenha sido induzida em erro ou incitada a renunciar. Por outro lado, o médico não deve contentar-se facilmente com essa atitude do doente, devendo procurar que o paciente colabore no tratamento."

respeitar o paciente que escolha viver a sua morte em plena consciência, sem vê-la transformada num sono suave. O doente pode ter razões teleológicas ou filosóficas para tanto ou ser, simplesmente, uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar com os que lhe são mais íntimos, ou regular problemas sucessórios. De qualquer maneira, o seu desejo deve ser respeitado"[120].

[120] ROXIN, Claus, «A apreciação jurídico-penal da Eutanásia, *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* 2000», p. 12, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, 2012, comentário ao artigo 156.º, § 23, p. 606.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito anda, desde sempre, *de mãos dadas* com a Sociedade. Cada vez mais os cidadãos ganham uma maior consciência dos seus direitos e, mais do que isso, exercem-nos. Esta atitude proativa reflete-se, como não poderia deixar de ser, na Medicina, uma área particularmente sensível, por em causa se encontrarem bens jurídicos fundamentais, como são a saúde e a vida humana.

Socialmente desejadas, as intervenções médico-cirúrgicas não constituem ofensas à integridade física, mas podem ser punidas como crimes contra a liberdade, quando realizadas arbitrariamente.

Com fronteiras necessárias, impostas em nome da vida e da saúde, o consentimento informado do paciente é, simultaneamente, pressuposto e limite da prática de atos médicos. Por sua vez, só através de um completo e eficaz esclarecimento por parte do profissional de saúde se consegue impedir que o consentimento seja como que camuflado nas vestes de uma falsa concordância. E o dever do médico não finda com o esclarecimento do doente. Impõe-se-lhe, logo de seguida, o importantíssimo dever de verificar que o paciente compreende o sentido do esclarecimento, pois só assim é verdadeiramente assegurada eficácia ao ato de consentir. Do mesmo modo, tem o doente o dever de colaborar com o agente médico, fornecendo-lhe todas as informações relevantes para o diagnóstico e para o tratamento.

Aos médicos não podem ser exigidos resultados perfeitos em todas as intervenções. Os doentes têm de ter consciência de que os profissionais de saúde buscam a cura, mas são incapazes de eternizar a vida. Não pode permitir-se que a prática da chamada medicina defensiva e a consequente conflitualidade entre médico e paciente continue a crescer. Há que eliminar o problema, conferindo maior eficácia e alcance ao consentimento, aumentando o diálogo e a confiança entre médico e paciente. Compreender que a confiança, que sempre existiu na aceção tradicional da relação médico-paciente, também se consegue obter no contexto dos modernos centros hospitalares é a chave essencial para que médico e paciente não deixem de concentrar-se no mais importante: salvaguardar a vida e a saúde. Porém, na procura do maior benefício para a saúde, também tem de haver espaço para a vontade do doente, ainda que no sentido da recusa do tratamento. Mesmo nesta última hipótese, o doente não deve ser abandonado, sem mais, à sua autonomia,

afigurando-se fundamental o apoio e aconselhamento do profissional. Mas um apoio colaborante que, respeitando os valores éticos e as razões pessoais de cada um, deixe a decisão final ao paciente. Se assim não fosse, a Medicina correria o risco de deixar de viver, não para o doente concreto, mas para a doença, abstratamente considerada. Se persistirem dúvidas, ainda que ténues, acerca da vontade do paciente, o médico deverá optar por uma decisão a favor da vida.

Para facilitar o acesso de médico e paciente aos seus direitos e deveres, a viabilidade de um Projeto-lei como o que motivou o parecer n.º 57 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida deveria ser repensada. Um documento que unificasse os pormenores do consentimento informado, entre os quais os requisitos a que deveria obedecer, a forma de prestação de consentimento e, estabelecesse, pelo menos, os tópicos do conteúdo a que deveria obedecer a informação, seria bem-vinda e teria a vantagem de consolidar num único diploma informação que, ainda que disponibilizada avulsamente por entre diplomas específicos, corre o risco de não lhe ser conferida a importância e tempo devidos.

Seria, de igual modo, uma iniciativa louvável a consagração legal de uma definição de ato médico, como foi intenção da Lei de Bases[121]. A previsão do conceito teria, pelo menos, a vantagem de clarificar o seu conteúdo e distinguir o ato médico dos restantes atos de natureza análoga.

Ainda muito está por resolver no campo do consentimento informado. Mas também não se pretende encontrar uma resposta para todos os problemas, que são, ademais, imprevisíveis. A solução material caberá sempre ao aplicador do direito, à medida que os problemas forem surgindo. Afinal, como a *praxis* vem ensinando, o direito não se faz… vai-se fazendo.

[121] *Vide* número 2 da Base XXXII da Lei n.º48/90, de 24 de Agosto.

V – BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora,* 1991.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA ANDRADE, Anotação aos artigos 150.º, 156.º e 157.º do Código Penal, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, artigos 131.º a 201.º, 2.ª Edição, dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 2012.

BRITO, TERESA QUINTELA, «Responsabilidade Penal dos Médicos: análise dos principais tipos incriminadores», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º3, Julho-Setembro 2002, Coimbra Editora.

CAIRES, JOÃO MANUEL GOUVEIA DE, Modelos de Consentimento e Tratamento Médico, Contributo para análise da responsabilidade penal médica, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-criminais, Lisboa, 2005.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO e MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, 2009.

GOMES, CARLA AMADO, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual, Casos da Vida de um médico de saúde pública*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

MAGALHÃES, JOÃO CALVET DE, *A responsabilidade penal do médico em caso de morte do doente*, Dissertação para licenciatura em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2005.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Faculdade Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, «Alguns aspetos do consentimento informado – , "Anatomia do Crime"», *Revista de ciências jurídico-criminais*, n.º 0 Julho – Dezembro 2014.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *O Consentimento informado na relação médico-paciente*, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Medicina Defensiva, conceito, causas e consequências*, *Estudos de Direito da Bioética*, Volume III, Almedina, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Outubro, 2009.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, I Congresso Internacional sobre: "Os desafios do Direito face às novas tecnologias", Ribeirão Preto, 2010.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, «Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público, "Direito e Sociedade"», *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Volume 3, Número 2, Julho/Dezembro 2004.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudo Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, 2008.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Livro Prático sobre consentimento informado*, Centro de Direito Bioético, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

PINA, J.A. ESPERANÇA, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, Editora Lidel, 2013.

RAPOSO, MÁRIO, *Consentimento Informado na Relação Médico-Doente*, Separata da Revista "O DIREITO", ano 124.º, 1992.

RAPOSO, VERA LÚCIO, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*.

RODRIGUES, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o ato médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2001.

RODRIGUES, JOÃO VAZ RODRIGUES, *A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos*, Curso complementar de Direito da saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Estudo dos Pressupostos Sistemáticos, Almedina, 2007.

SOUSA, PAULO MENDES, «Ética, Medicina e Direito Penal, "*Anatomia do Crime"*», *Revista de Ciências Jurídico-criminais*, n.º 0, Julho-Dezembro, 2014.