Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Carvalho, Sandra Filipa Correia Teles, 1983-

Consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários : análise crítica do artigo 156.º do Código Penal Português

http://hdl.handle.net/11067/494

Metadados

Data de Publicação 2013-10-14

Resumo A escolha do tema foi motivada por uma experiência ao nível pessoal, vivenciada, durante um ano, numa Instituição Hospitalar Portuguesa, em que o contacto com a realidade despertou uma consciência séria para a problemática de um processo natural da vida: “ a morte”. O objectivo deste trabalho consiste em referenciar o quotidiano vivido pelos familiares dos doentes em estado terminal e os profissionais de saúde, no respeito de agir, envolvendo sempre o princípio da autonomia do paciente, a impor...

Palavras Chave Eutanásia - Direito e legislação - Portugal, Pacientes - Estatuto legal, leis, etc. - Portugal, Médicos - Responsabilidade profissional - Portugal, Pessoal da área da saúde - Responsabilidade profissional - Portugal, Responsabilidade penal - Portugal

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-18T23:40:59Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Área Científica de Ciências Jurídico-Criminais

Consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários: análise crítica do artigo 156.º Código Penal Português

Realizado por:
Sandra Filipa Correia Teles Carvalho
Orientado por:
Prof.ª Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof. Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira
Orientadora:	Prof.ª Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão
Arguente:	Prof.ª Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Dissertação aprovada em:	13 de Novembro de 2012

Lisboa

2012

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

CONSENTIMENTO PRESUMIDO NAS INTERVENÇÕES E TRATAMENTOS MÉDICO-CIRÚRGICOS ARBITRÁRIOS

Análise crítica do artigo 156º Código Penal Português

Sandra Filipa Correia Teles Carvalho

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientadora: Prof. Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Lisboa

2012

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Maria do Céu Rueff, Orientadora desta dissertação, pelo seu acolhimento, compreensão, disponibilidade e apoio. Pelas suas valiosas contribuições e partilha do saber.

A todos aqueles que pelo seu rigor, disciplina e excelência profissional acompanharam o meu percurso universitário transmitindo ensinamentos.

A todos que pela amizade sincera que existe, contribuíram com sugestões e profundos diálogos.

Ao meu pai, pelo seu exemplo, paciência, confiança, por ter sempre acreditado neste percurso. Por ter feito esta caminhada comigo, aconselhando e transmitindo sempre motivação para a efectivação e resultado deste trabalho. Sem o seu incentivo a realização desta dissertação não seria possível.

À minha querida mãe, ao seu amor incondicional, dedicação e ensinamento de vida que me transformaram e contribuíram para ser a pessoa que sou. Agradeço por me ter sempre acompanhado e por continuar a acompanhar mesmo em “espírito”. A sua generosidade como ser humano, foi um contributo crucial para o cumprimento dos objectivos a que me propus. Agora e sempre o meu obrigado mãe com muitas saudades.

A todos o meu muito obrigado.

ÍNDICE

RESUMO 6
ABSTRACT 10
ABREVIATURAS E SIGLAS 14
CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO 15
1.1 – Objecto de Estudo e forma como vai ser tratado 15
1.2 - Evolução Histórica 17
1.3 - Actualidade do Tema na Sociedade 19
1.4 - A Pessoa Humana e Vida com Dignidade 23
1.5 - Autonomia e Autodeterminação 28
1.6 - Relação médico - paciente 30
1.7 - Direito comparado (breve abordagem) 34
CAPÍTULO II – CONSENTIMENTO 37
2.1 - Princípios Fundamentais e Dignidade Constitucional 37
2.2 – O Bem Jurídico Protegido 43
2.3 - Informação e Esclarecimento no Consentimento 45
2.3.1 - Deontologia dos Profissionais de Saúde 48
2.4 - Tipos de Consentimento 49
2.5 - Incapacidades de Consentir 53
2.5.1 - Menores 54
2.5.2 - Portadores de Anomalias Psíquicas 56
2.6 - Análise do Artigo 156.º nº 1 CP 57
2.6.1 - Remissão para o artigo 150.º CP 58
2.6.2 - Consentimento e Acordo 60
2.7 - Recusa de Consentimento 63
2.8 - Dispensa de Consentimento 64
2.9 - Vícios da Vontade 65
2.10 - Dever de Esclarecimento e Privilégio Terapêutico (artigo157.º) .. 65
2.10.1 - Recusa de Esclarecimento 69
2.11 - Responsabilidade Penal do Médico 70
2.12 - Formulários e Sistema Nacional de Saúde (SNS) 76
CAPÍTULO III – CONSENTIMENTO PRESUMIDO 81
3.1 - Definição 81

3.2 - Vontade Hipotética 82
3.3 - Análise do Artigo 156.º nº2 CP 86
3.4 - Requisitos do Consentimento Presumido 88
3.5 - Incapacidades 89
3.6 - Causa de Exclusão de Ilicitude 90
3.7 - Carácter Geral do Consentimento Presumido (artigo 39.º) 90
3.8 - O Fim da Vida 92
3.8.1 - Eutanásia e Distanásia 93
3.8.2 - Estádios Terminais 97
3.8.3 - Cuidados Paliativos 98
3.8.4 - Doenças Degenerativas 99
3.9 - Regime Especial para um Paciente "Suicida" 99
3.10 - Negligência Grosseira (artigo 156º nº 3 CP) 101
3.11 - Erro 101
3.12 – Prova e Moldura Penal 102
CAPÍTULO IV – TESTAMENTO VITAL 103
4.1 - Conceito e denominações 103
4.2 - Sociedade e importância das DAV 105
4.3 - A necessidade e justificação das DAV 107
4.3.1 - Autonomia da Vontade 109
4.3.2 - Direito dos Utentes e Tutela do Direito 110
4.3.3 - Cuidados Paliativos nas DAV 112
4.4 - Requisitos de eficácia 113
4.5 - Limites 116
4.6 - Plano ético versus plano jurídico 116
4.7 - Testamento com eficácia justificativa do consentimento presumido ou mera indicação 118
4.8 - Paradigma do carácter vinculativo ou indiciário 120
CAPÍTULO V – CONCLUSÃO 124
BIBLIOGRAFIA 136
ANEXOS 142
ANEXO I - DOCUMENTO GUIA 142

ANEXO II - PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/06/APB/06 QUE REGULA O EXERCÍCIO DO DIREITO A FORMULAR DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE E CRIA O CORRESPONDENTE REGISTO NACIONAL 147

RESUMO

A escolha do tema foi motivada por uma experiência ao nível pessoal, vivenciada, durante um ano, numa Instituição Hospitalar Portuguesa, em que o contacto com a realidade despertou uma consciência séria para a problemática de um processo natural da vida: “ a morte”.

O objectivo deste trabalho consiste em referenciar o quotidiano vivido pelos familiares dos doentes em estado terminal e os profissionais de saúde, no respeito de agir, envolvendo sempre o princípio da autonomia do paciente, a importância e a complexidade que a autodeterminação da pessoa, enquanto ser humano, impõe nas relações ligadas ao momento terminal da vida.

Na concretização do referido objectivo, é crucial analisar a figura jurídica “Consentimento” como um meio de a pessoa expressar a sua vontade livre e informada e, desta forma, exercer o seu Direito de Autonomia. Pretende-se, neste contexto, uma reflexão dos problemas emergentes em situações de incapacidade para consentir, expondo algumas ideias, alternativas e soluções viáveis apresentadas pela vasta doutrina jurídica e ética.

A relevância útil desta temática é fruto de uma progressiva evolução das mentalidades de uma sociedade moderna, marcada pela inovação e desenvolvimento das tecnologias da ciência, nomeadamente, no campo da medicina que conduzem a complexos paradigmas.

A sociedade actual encara e concebe a evolução na área da medicina como um caminho para o prolongamento do tempo de vida da pessoa humana, observando-se uma preocupação prioritária e de relevância jurídica na procura de respostas direccionadas para uma melhoria de qualidade de vida e bem-estar, de forma a proporcionar ao doente em fase terminal o máximo de conforto possível.

Igualmente, a globalização implicou que a sociedade se tornasse mais informada e interactiva, no campo das necessidades humanas, na discussão e argumentação de factos relativos à humanidade. É, devido a esta mudança de consciência na sociedade, que se abre caminho à tentativa de solucionar dúvidas que emergem do respeito pela autonomia num momento em que a pessoa já não é capaz para consentir ou dissentir numa determinada intervenção e tratamento médico-cirúrgico, sendo evidente a pertinência da tutela do direito penal na protecção do bem jurídico "liberdade de dispor do próprio corpo", como meio de garantir o respeito da dignidade humana, principalmente numa altura de tanta vulnerabilidade, como é o "fim da vida".

Após definir o tema e designar o objecto de estudo e análise desta dissertação, bem como, a actualidade do tema na nossa sociedade, resta expor e justificar a estrutura escolhida, a forma como foi trabalhada.

No decurso do estudo do tema, pretendeu-se procurar identificar as situações que devem ser abrangidas pelo "Consentimento", situando o seu conceito, quanto ao seu surgimento, a sua evolução nos tempos, e a sua importância no ser humano como pessoa individual e indivíduo social. Nesse sentido, refere-se os princípios fundamentais inerentes à condição humana que fundamentam a legitimidade de consentir, como forma de expressão da autonomia da vontade.

Na abordagem à relação médico-paciente, a mudança de mentalidades de um "Paternalismo Médico" para uma valorização da "Autonomia do Paciente", tem influência positiva nas relações médico-paciente para a obtenção do consentimento informado.

Para precisar o conceito de consentimento e os requisitos necessários à sua validade e existência é realizada uma análise do artigo 156.º nº 1 CP, às remissões para os artigos 150.º e 157.º, do referido código legal e demais disposições legais que se interligam com o consentimento informado.

O consentimento visto como uma expressão da autonomia da vontade do paciente nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, ou seja, o bem jurídico tutelado pelo direito penal é a liberdade do paciente capaz de consentir e de dispor do seu próprio corpo. O agente, que segundo a leges artis, actuar sem o consentimento informado e esclarecido do paciente capaz ou contra a sua vontade, será punido.

É efectuada igualmente uma análise, pormenorizada, ao consentimento presumido (nº 2 do artigo 156.º CP), o qual consiste numa excepção ao consentimento real, pelo que, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário, sem o consentimento do paciente, pode ser justificado, sendo porém, imperativo que não se verifiquem circunstâncias que permitam concluir "com segurança" ao agente que o consentimento seria recusado.

O consentimento presumido tem como ponto de partida a vontade hipotética do paciente, quando incapaz, numa situação de urgência, sendo igualmente, uma figura jurídica que poderá abrir "as portas" para diversos problemas direccionados para a autonomia da vontade do paciente quando este se encontra incapaz, mais precisamente, para os pacientes que se encontram nos cuidados paliativos em estado terminal ou em estado vegetativo permanente.

Estando, perante uma problemática que atinge proporções de grandes dúvidas, as tentativas solucionadoras consistem em escolhas possíveis, ideais adaptadas à realidade existente, pois o consentimento presumido baseia-se na vontade hipotética do paciente, alertando-se para os possíveis vícios e abusos que podem ocorrer quando estamos perante decisões que podem por termo à vida.

Na sequência, ainda, do consentimento presumido, a temática do testamento vital é bastante actual na nossa sociedade, realçando-se o

sentido e a sua importância, direccionando-se o conceito para ser tratado como Directiva Antecipada de Vontade de Paciente.

Existe uma urgência de criar um diploma que regule as DAV de paciente e o seu Registo Nacional, como forma de resolver as dúvidas que surgem no campo da saúde, nomeadamente nos cuidados paliativos. Para isso, a Associação Portuguesa de Bioética, em 2006, apresentou um Projecto de Diploma na AR (nº P/06/APB/06), visando a sua regulação.

Esta tomada de posição, focou a necessidade de criar meios legislativos de tutela do direito relativamente às DAV com o objectivo de as relacionar, no âmbito do consentimento presumido, devido às semelhanças que ambas as figuras apresentam.

Tal objectivo conduziu a uma investigação das várias opiniões da doutrina jurídica e ética sobre as DAV e a sua validade, as quais levantam questões pertinentes relacionadas com o fim de vida, verificando-se que a Doutrina não tem um entendimento unânime em relação ao valor jurídico das DAV, com as consequentes dúvidas em relação a considerar uma DAV como um meio que permita concluir com segurança a vontade real do paciente incapaz de consentir.

Numa sociedade plural, exige-se, cada vez mais, que seja respeitada a vontade de uma pessoa capaz de consentir numa intervenção ou tratamento, quando, a mesma se encontre num momento que não esteja em condições para o fazer. Desta maneira, pretende-se que as directivas sejam consideradas vinculativas, na altura, em que se pretende que produzam efeito.

Palavras-chave: "Direito à Vida", Dignidade Humana, Autonomia da Vontade/Autodeterminação, Relação Médico – Paciente, "Fim da Vida", Consentimento Informado, Consentimento Presumido, Dever de Esclarecimento, Directivas Antecipadas de Vontade.

ABSTRACT

The theme choice was motivated by a personal experience, which lasted for a year, in a Portuguese Hospital Institution, where being in touch with the reality awoke in me a serious conscience for the problem of a life's natural process: "Death".

This work's purpose is to reference the day-to-day lived by the family members of terminally ill patients and the health provider professionals, as to acting, always involving the patient's autonomy principle, the importance and complexity of the person's self-determination, as a human being, poses in the relations tied to the terminal moment of life.

In accomplishing said purpose, it is crucial to analyze the legal concept "Consent" as a way for the person to express his/her free and informed will and, this way, practice their Right to Autonomy. It is intended, in this context, to reflect on the problems emerging in situations of incapacity to consent, by exposing some ideas, alternatives, and viable solutions presented by the vast legal and ethical doctrine.

The useful relevance of this theme comes from a progressive evolution of the mentalities of a modern society, marked by innovation and science technology development, namely in the medical field, which leads to complex paradigms.

Current society faces and conceives evolution in the medical field as a path to extend the time of life of the human person, being observed a priority and of legal relevance concern in searching for answers directed to an improvement on the quality of life and well being, as a way to provide the terminally ill patient with as much comfort as possible.

Likewise, globalization has implied that society became more informed and interactive, in the field of human needs, in the discussion and

argument of facts regarding humanity. It is due to this change of conscience in society that a path was open to try to solve doubts that emerge from the respect for autonomy at a time when the person is no longer able to consent or deny a certain intervention and medical-surgical treatment, deeming evident the pertinence of the guardianship of the penal right in the protection of the legal asset “freedom to make use of one self’s body”, as a means to guarantee the respect of human dignity, especially in a time of such vulnerability, as is the “end of life”.

After choosing the theme and designating the subject of the study and analyses of this thesis, as well as, how current this subject is in our society, it is now time to expose and justify the structure chosen and the way it was worked.

Throughout the study of the theme, it was intended to try to identify the situations that should be in the scope of “Consent”, situating its concept, regarding its appearance, its evolution in time and its importance in the human being as an individual person and as a social person. In that sense, the fundamental principles inherent to the human condition that fundament the legitimacy of consenting are referred as a way to express the autonomy of will.

In approaching the doctor-patient relationship, the change in mentalities from a “Medical Paternalism” to valuing the “Patient’s Autonomy”, has a positive influence in the medic-patient relationships for obtaining informed consent.

In order to have a more accurate concept of consent and the requirements needed to their validity and existence, it is performed an analysis of the article 156.º no. 1 CP, to the remissions for the articles 150.º e 157.º, of the above mentioned legal code and further legal dispositions that interlink with the informed consent.

The consent seen as an expression of the autonomy of the will of the patient in the arbitrary medical-surgical interventions and treatments, i.e., the legal asset guarded by penal right is the freedom of the patient capable to consent and freedom to make use of his/her body. The agent, who according to *leges artis*, acts without informed and enlightened consent of the mentally fit patient or against their will, will be punished.

A detailed analysis is also made to the assumed consent (no. 2 of article 156. º CP), which consists of an exception of real consent, so that, an arbitrary medical-surgical intervention or treatment, without the patient's consent, may be justified. However it is imperative that there are no circumstances that allow the agent to "safely" conclude that the consent would be denied.

The assumed consent has as starting point the hypothetical will of the patient, when unfit, in an emergency situation, and is also, a legal concept that may open "the doors" for several problems directed towards the autonomy of the patient's will when he/she is unfit, particularly, the patients in palliative care in terminal condition or in permanent vegetative state.

Facing a problem that has high proportions of doubt, the solution attempts consist in possible choices, ideals adjusted to the existing reality, since assumed consent is based on the hypothetical will of the patient, alerting for possible vices and abuses that may occur when facing decisions that may end life.

Still regarding assumed consent, the theme of the life will and testament is quite current in our society, highlighting the sense and its importance, directing the concept to be treated as an Anticipated Directive of the Will of the Patient.

There is an urgency to create a bill of law that regulates the ADW of the patient and its National Registry, as a way to solve the doubts that come up in the health field, namely in palliative care. Having that in mind, the *Associação Portuguesa de Bioética* (Bioethical Portuguese Association), presented, in 2006, a Project for a Bill of Law in the Parliament (no. P/06/APB/06), which aimed for its regulation.

This stand has focused the need to create legal means of guardianship of the right, regarding ADWs with the purpose to connect them, in the scope of assumed consent, due to the similarities that both concepts present.

Such purpose has led to an investigation of the several opinions of the legal and ethical doctrine on ADWs and their validity, which raise pertinent questions regarding the end of life. It was verified that the Doctrine does not have a unanimous understanding regarding the legal value of ADWs, with the subsequent doubts regarding considering an ADW as a means to allow safely concluding the real will of the patient who is unfit to consent.

In a plural society, there is an ever growing demand to respect the will of a person fit to consent in an intervention or treatment, when said person is in a time when he/she is unfit to do it. Thus, it is intended that the directives are deemed bonding, at the time, when they are intended to be in effect.

Key Words: "Right to Life", Human Dignity, Autonomy of the Will/Self-determination, Doctor-Patient Relationship, "End of Life", Informed Consent, Assumed Consent, Duty to Enlighten, Anticipated Directive of the Will.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AR - Assembleia da República

AMM - Associação Médica Mundial

APB - Associação Portuguesa de Bioética

CC - Código Civil

CDHB - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CDM - Código Deontológico dos Médicos

CE - Conselho da Europa

CEDH - Convenção Europeia para a salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DAV - Directivas Antecipadas de Vontade

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

ED. - Edição

EE - Estatuto dos Enfermeiros

ERS - Entidade Reguladora de Saúde

EVP - Estado Vegetativo Permanente

LBS - Lei de Bases da Saúde

P - Página

PP - Páginas

RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SNS - Serviço Nacional de Saúde

SS - Seguintes

TV - Testamento Vital

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1.1 – Objecto de Estudo e forma como vai ser tratado

Este trabalho tem como objectivo fazer uma humilde análise ao "consentimento" dado pelos pacientes nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Pretende-se abordar a figura jurídica "consentimento", dentro do sistema Penal Português, referindo diversas matérias que se relacionam com o mesmo. Devido à complexidade do tema, a doutrina penal tem vindo cada vez mais a cuidar, verificando-se dificuldades em arranjar soluções para dúvidas que emergem da prática nos sistemas de saúde. Do mesmo ponto de partida, também não existe um consenso doutrinário em relação às DAV de paciente e seus efeitos.

Ao falarmos em consentimento, devemos, em primeiro lugar, saber no que se baseia, a sua origem, qual a sua evolução ao longo dos tempos e a sua importância na actual sociedade.

O consentimento é um direito do paciente em expressar auto determinação. A Autonomia da Vontade é reconhecida universalmente como um princípio fundamental inerente à condição de ser humano, existindo uma fiel interligação com vários princípios fundamentais.

Hoje, vivemos numa sociedade em que, o ser humano é cada vez mais exigente com a sua própria pessoa, com a sua figura e cuidado do corpo. Vejamos o aumento de casos de pessoas que aderiram às operações com objectivos estéticos. A pessoa humana exige cada vez mais qualidade, e encara o cuidar do corpo e da alma como um atingir de bem-estar e dignidade humana, pelo que na área da saúde, a relação médico-paciente modificou-se e tende gradualmente para uma relação de prestações de serviços. Estas mudanças levam a uma maior exigência de cumprimento de

prestação de cuidados de saúde, baseado numa relação de superioridade do paciente face à obrigação do médico de prestar os seus serviços. É evidente, que também estas mentalidades proporcionam uma "quase desconfiança" dos pacientes no profissionalismo médico.

Sendo o consentimento, em cuidados de saúde, praticado nas instituições hospitalares e pertencendo estas instituições ao Sistema Nacional de Saúde, o Estado tem o papel de garantir uma boa prestação. Neste âmbito, e por se tratar de situações que podem correr mal, existe o risco de lesão do bem jurídico "vida". O médico no exercício da sua actividade profissional pode incorrer em responsabilidade disciplinar, deontológica, civil e penal, sendo o acto médico segundo a leges artis ser justificado pelo consentimento.

O consentimento real obtido justifica e demonstra o respeito pela autonomia da vontade do paciente face a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários em direito penal. É necessário analisar como é praticada a obtenção do consentimento nas instituições hospitalares para apurar a sua eficácia real.

O consentimento prestado baseia-se na vontade real do paciente capaz de expressar a sua vontade, após ter sido informado e esclarecido, discerniu e considerou, tomando uma decisão. O paciente consente segundo as suas ideologias e convicções face a uma situação de dispor do seu próprio corpo.

Nesta temática da autonomia da vontade do paciente surgem conceitos que pela sua natureza se interligam, sendo estes, o consentimento presumido, o dever de esclarecimento, as DAV e a eutanásia passiva. Pretendemos analisar estes conceitos de uma forma cuidada e atenta, no sentido de alcançar soluções viáveis que evitem o desrespeito ou a colisão com o bem jurídico protegido pela ordem jurídica penal.

Por último, resta referir que se, pretende focar o consentimento em situações relacionadas com o "*terminus"* da vida. Situações em que os pacientes se encontram mais vulneráveis a abusos e que se sentem desprotegidos.

Sendo a morte certa, mas imprevisível quanto ao seu momento e a forma como ocorrerá, é de maior relevância, estudar meios, que proporcionem ao ser humano "segurança" no fim da vida. O aumento da esperança média de vida das pessoas e a evolução das novas tecnologias na medicina, conduzem a uma consciência social de certezas e convicções relacionadas com os cuidados a receber num momento terminal da vida.

1.2 - Evolução Histórica

O conceito de consentimento apareceu associado a um aumento da capacidade tecnológica associada a acontecimentos ocorridos e revelados pela II Guerra Mundial, tais como as atrocidades nazis, investigações e experimentação em seres humanos. Estes acontecimentos despertaram uma preocupação mundial em relação às práticas, sem consentimento, que violavam a dignidade do ser humano. Este acontecimento foi o pilar para direccionar a atenção para o respeito pelo princípio da autonomia da vontade do ser humano.

O julgamento de Nuremberga em 1947, despertou a, referida, consciência mundial para a problemática ética e jurídica na experimentação humana. Desta forma, desencadeou-se a exigência do direito penalizar casos de tratamentos efectuados contra a vontade da pessoa humana, "…desencadeava-se o combate aos erros médicos e aos tratamentos errados, sem que no entanto, para além do bem-estar do doente, também se

tomasse já em consideração a vontade do mesmo"[1]. Este processo foi evoluindo, ao seu ritmo, de forma a reconhecer um efectivo direito de liberdade de autodeterminação.

Neste sentido, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), determinando um passo importante no respeito pela autonomia do homem, na condição de pessoa humana.

A Declaração de Helsínquia aprovada em 1964 pela Associação Médica Mundial (AMM) contribuiu, igualmente, no mesmo sentido.

A partir do momento em que surgiram documentos que permitiram a consciencialização mundial, verificou-se um desencadear sucessivo de legislação universal que disponha de protecção do princípio da autonomia da pessoa humana.

Outro contributo foi, o relatório de BELMONT (1978), mencionando os princípios basilares da ética, contemplando a autonomia. Este relatório teve a sua origem numa investigação, a pedido do Estado Norte Americano, devido às experimentações em seres humanos realizadas nos avanços da ciência.

Mais tarde, principalmente, devido aos avanços tecnológicos na área da medicina, sob a égide do Conselho da Europa (CE), surge a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHB), aprovada em Oviedo, em 1996. A CDHB inspira-se principalmente na DUDH assumindo a Dignidade Humana e a protecção das liberdades e direitos fundamentais do indivíduo dando-lhes uma importância vital.

Ao longo dos tempos, tem-se vindo a dar cada vez mais relevância aos actos praticados pelos médicos. E se esses actos não estiverem de acordo com o princípio da autonomia da vontade do paciente, terão de

[1] ALBIN ESER, M. C. J., "Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 15.

existir garantias do direito de salvaguardar o bem jurídico lesado, punindo a violação do mesmo.

Em Portugal, o Código Penal de 1982 (artigo158.º) introduziu a incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico – cirúrgicos arbitrários. Na reforma de 1995, verificaram-se certas modificações,"…embora não como mais importante - a eliminação do anterior nº 3: "O agente não será igualmente punido quando uma intervenção ou tratamento forem impostos pelo cumprimento de uma obrigação legal". Uma eliminação que terá ficado a dever-se ao facto de se ter considerado aquele dispositivo legal como uma menção meramente redundante da ilicitude, tendo em conta o disposto no artigo 31.º. Para além disso, devem ter-se presentes as modificações operadas noutros preceitos mas com reflexos directos no regime das intervenções arbitrárias. Como as que atingiram o artigo 157.º (Dever de Esclarecimento) que, bem vistas as coisas, é parte integrante da disciplina vertida no art. 156º"[2].

Concluindo, existiram vários factores que vieram, inevitavelmente, contribuir para a preocupação de proteger o direito de consentir em intervenções e tratamentos médico- cirúrgicos arbitrários. Sendo esses factores a inovação e evolução de tecnologias no âmbito da Biomedicina, a globalização a nível mundial de informação, as transformações de mentalidades no campo da ética na medicina, entre os demais.

1.3 - Actualidade do Tema na Sociedade

Como tem vindo a ser referido, ao longo dos tempos tem-se verificado uma alteração de mentalidades na sociedade, o que conduz a

[2] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 379.

uma, também, diferente compreensão de assuntos relacionados com o "fim da vida". Em paralelo, cresce uma consciência social crítica relativamente às práticas clínicas, avaliando e distinguindo boas, de más práticas realizadas pelos profissionais de saúde. Neste sentido, estão estabelecidas as mudanças que exigem um acompanhamento do direito, sempre "a par e passo", de tutelar os direitos das pessoas, enquanto pacientes.

Como vivemos numa sociedade de risco, que, conduz a uma maior probabilidade de "… sinistros, inconscientes, anónimos e sós, a necessitarem de intervenções médicas cuja legitimação se procura assegurar à sombra do consentimento presumido"[3] é necessário que o direito acompanhe estas realidades, de forma a garantir eficácia na aplicação do direito. Embora, nestas realidades de urgência em intervir para salvar a vida, não signifique que o seu direito de autonomia não exista, bem pelo contrário, é precisamente nestes casos, por não se poder exercer o direito de autonomia, inerente à condição de ser humano, que o direito deve tutelar com mais precisão, cuidado e rigor.

A justificar esta alteração de mentalidades, em que se exige mais, também se tem que acrescentar "…a influência psicológica da moderna e generalizada ideologia da saúde e da longevidade, é fácil admitir que se corra o risco de exigir dos médicos uma actuação mais perfeita do que as suas reais capacidades de agir no quotidiano"[4].

Numa sociedade moderna existe uma quase "super" valorização da autonomia, em que triunfa o culto do corpo, enquanto o envelhecimento é mal aceite. Dá-se uma grande importância à estética, vive-se uma

[3] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 118.

[4] GUILHERME DE OLIVEIRA, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, p. 71.

sociedade de consumismo em áreas que de uma certa forma se relacionam com a saúde.

Estas maiores exigências encaminham, por vezes para representações de certos conceitos que começam a ser encarados com uma menor censurabilidade pela sociedade em si. Em concreto, uma pessoa realiza o seu fim de vida, não como um moribundo, mas sim de acordo com a identidade humana que desenvolveu durante o tempo que viveu. Neste sentido, a sociedade encara os tratamentos, que atenuam a dor e o sofrimento do doente, mas que, inevitavelmente, conduzem a um processo de aceleração da "morte" como meios razoáveis.

Contudo, o *terminus* da vida é um assunto que suscita, na perspectiva de uma "sociedade plural", opiniões diferentes, mas não necessariamente contraditórias. Ou seja, normalmente as dúvidas residem não nos princípios, mas sim no entendimento da sua aplicação a determinadas situações.

Hoje, já não se vê o profissional de saúde como uma pessoa que segundo a sua leges artis actua de forma a curar, também se exige actos de prevenção e de acompanhamento como objectivos obrigatórios na relação médico-paciente.

No âmbito deste acompanhamento pelos profissionais de saúde, surgem os serviços de Cuidados Paliativos, "cuidados activos e totais de pacientes cuja doença não é passível de tratamento curativo, consistindo essencialmente no alívio da dor e outros sintomas, bem como na resolução de problemas de natureza psíquica, social ou espiritual"[5].

Hoje, um paciente em fase terminal, raramente, morre em casa, sem acompanhamento, perto dos seus familiares. Aos cuidados paliativos é

[5] JOAQUIM SABINO RODÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 121.

exigido que procedam a um acompanhamento do doente em fase terminal atenuando o seu sofrimento e proporcionando o maior conforto possível.

É, normalmente, nestes serviços que surgem maiores dúvidas no campo do agir ético-jurídico. O médico pode ser responsabilizado por más práticas no exercício da sua profissão, os familiares têm ao seu dispor meios de accionar a responsabilidade do médico. Mas serão esses meios acessíveis e eficazes? As instituições hospitalares dispõem de um departamento que recebe queixas e analisa-as. Estes departamentos são conhecidos por comissões éticas. No entanto, a sua existência não é suficiente, pois "… muitas vezes as conclusões das comissões éticas têm valor meramente consultivo e não obrigatório"[6].

Assim, numa situação de responsabilidade médica, é comum resolver-se o litígio pelo direito civil, havendo, por regra, um pedido de indemnização.

É natural, que o direito civil seja accionado mais frequentemente que o direito penal, sendo este como base um direito subsidiário, que só se aplica quando o bem jurídico tipificado tiver sido violado. Não significa que o médico não possa ser responsabilizado tanto a nível civil como penal.

O crime previsto e punido no artigo156.º CP é um crime contra a liberdade de autodeterminação do paciente, o bem jurídico protegido é o direito de dispor do corpo. É um crime que nas práticas hospitalares raramente se verifica, pelo menos a nível formal. Acreditamos que esse facto se deve à dificuldade que existe do lesado provar a violação deste artigo. Faltam critérios precisos que estabeleçam qual a informação a ser prestada e a forma que delimita a obtenção do consentimento.

Igualmente, é difícil no consentimento presumido provar que o médico poderia ou não entender como circunstâncias que permitissem

[6] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 137.

concluir com segurança que o consentimento seria recusado. Também, a salvaguarda que o privilégio terapêutico proporciona ao médico no seu dever de esclarecimento, contribui para uma dificuldade em se provar e apurar a responsabilidade do médico.

É evidente, que o médico deve ser protegido de falsas acusações, estando no exercício da sua profissão mais susceptíveis, mas a verdade é que no quotidiano, o lesado do bem jurídico penalmente protegido sente-se "desprotegido".

É determinante que vivemos numa sociedade caracterizada pela preocupação de respeitar a liberdade, a autonomia da vontade da pessoa. As sociedades são mutáveis e caracterizam-se por fases, vivendo a actual, uma "… época de defesa dos direitos e autoderminação individuais, …"[7]. Importa, no entanto, não confundir uma etapa de valorização da autonomia como uma aceitação da sociedade de todos os procedimentos face à "morte".

O entendimento que se pretende transmitir é que a sociedade, de hoje, manifesta uma mente mais aberta e preparada para aceitar alguns procedimentos face a situações complexas que conduzem ao fim da vida.

1.4 - A Pessoa Humana e Vida com Dignidade

A pessoa humana possui direitos que lhe são conferidos pelo simples facto de o ser. Neste subcapítulo falaremos de princípios fundamentais inerentes à condição e natureza da própria pessoa humana. Os direitos fundamentais das pessoas baseiam-se em princípios universais, o direito à vida, à identidade, à integridade, à liberdade, entre outros estão interligados

[7] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 117.

com a dignidade da pessoa humana. O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, expressa essa mesma dignidade da pessoa.

Os direitos fundamentais pessoais encontram-se positivados na CRP, são direitos absolutos e universais que emanam da natureza do ser humano. Não existe uma hierarquia quanto à protecção dos direitos fundamentais, ou seja, todos estão em igualdade quando à sua aplicação.

Estes direitos são inseparáveis e invioláveis (absolutos), mas podem colidir na sua aplicação em certas situações. É o caso de situações em que ao respeitar-se a autonomia da vontade do paciente, existe a consequência "morte".

Nestes termos, existe uma colisão de direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à autodeterminação, ambos baseados na dignidade da pessoa humana. A superação destes tipos de conflitos entre os princípios inerentes à condição de pessoa, reclamam decisões existenciais.

Considerando que o direito penal tem um carácter subsidiário face aos restantes ramos do Direito, pois a violação de uma norma de direito penal pode privar uma pessoa da sua liberdade, sendo a privação da liberdade a punição mais grave que o direito pode aplicar.

Portanto, o direito penal contempla como crime as violações dos bens jurídicos fundamentais do ser humano. E é necessário que o faça de forma rigorosa e eficaz. O direito penal ao tutelar salvaguardando os bens jurídicos fundamentais, possibilita uma segurança nas pessoas, no sentido de "prevenção". Quem cometer um crime sabe que pode incorrer numa pena prevista e punida no âmbito do direito.

O crime previsto e punido no artigo156.ºCP "Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários" é um crime autónomo contra a liberdade. O bem jurídico protegido é a liberdade de o paciente dispor do seu próprio corpo. Está inerente o princípio da autonomia da vontade e a dignidade da pessoa como ser humano.

Tal com já fora referido existe a possibilidade de uma situação de colisão de direitos fundamentais, se num momento em que o respeito pela autonomia da vontade surtir a consequência de deixar ou antecipar a "morte". O direito à vida entra em questões de conflito com o direito de autonomia de vontade, fundamento da "dignidade da pessoa humana".

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA[8] o direito à vida é como um direito prioritário, no sentido em que é a vida a condição de todos os outros direitos fundamentais. "No plano da determinação do bem protegido, justifica e impõe o recorte do conceito constitucional de vida humana, a definição de começo e fim de vida humana e a delimitação do âmbito de protecção. Relativamente à estrutura e conteúdo jurídico da protecção obriga à dilucidação de complexos problemas jurídico – dogmáticos relacionados com a natureza do direito à vida como um direito de defesa e consequentes problemas respeitantes às modalidades de violação, de lesão de bens jurídicos e restrições do direito à vida (CP: artigos 131.º e ss)".

Estamos, sem dúvida, perante um direito absoluto (inviolável), mas não podemos afirmar ser um direito pleno, na medida em que está interligado com outros direitos e nas suas estreitas relações podem surgir dúvidas. A vida humana não pode ser autonomizável do princípio da dignidade da pessoa humana. O ser humano é dotado de livre arbítrio para escolher e decidir sobre si. É o respeito pela sua vontade, crenças e convicções que demonstra uma vida humana com dignidade.

Ao referir o direito à vida é necessário definir o começo e o fim da vida humana. "Em termos normativos entende-se começo com o nascimento e fim com a "falência" completa do organismo humano no

[8] J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 446 e ss.

conjunto dos seus órgãos e funções"[9]. Hoje, existem dúvidas no domínio da ética quanto ao momento da "morte", levantam-se dúvidas quanto à "morte neocortical", uma proposta ainda muito discutida.

Não sendo objecto de estudo desta tese, não deixa de ser relevante a ideia que cada vez mais se levantam dúvidas em torno do conceito "morte" e o seu momento. Igualmente, a relevância do consentimento em questões com ela relacionadas. Vejamos, por exemplo, a importância do consentimento presumido para a colheita de órgãos em doentes em EVP. A determinação da "morte" é de extrema relevância para a prática clínica na medicina. Consideramos, hoje, a morte de uma pessoa humana quando os seus órgãos e as suas funções cerebrais deixam de funcionar.

Numa sociedade actual são cada vez mais invasivas e sofisticadas as técnicas da medicina. É eticamente e juridicamente preocupante a facilidade de prolongar ao máximo, até um limite, a vida. Esta evolução criou como temos vindo a referir, uma necessidade de o direito resolver problemáticas que emergem de questões ligadas ao terminus da vida, nomeadamente, na dimensão de exercer actos num prolongamento artificial da vida que colidam com a dignidade do ser humano.

Existem limites que não podem ser ultrapassados e se forem estamos perante actos, em nossa opinião, desumanos. É imperativo respeitar a pessoa humana e todos os princípios a ela inerentes.

Ao longo da história da humanidade foi-se desenvolvendo o respeito pela autonomia do ser humano na qualidade de paciente e na sua relação com o médico. Estamos perante uma nova realidade em que a autonomia da pessoa humana supera o paternalismo médico, " A moderna dogmática da responsabilidade médica vê no Consentimento Informado um instrumento que permite, para além dos interesses e objectivos médico-terapêuticos,

[9] J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p. 448.

incrementar o respeito dos aspectos individuais e volitivos do paciente"[10]. O direito à vida está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade, à integridade física e psíquica e à igualdade (igual dignidade de todas as vidas).

A necessidade de obtenção do consentimento para uma determinada intervenção ou tratamento é a manifestação do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, "O princípio da dignidade da pessoa humana é o reflexo da autonomia ética do homem, afasta a sua instrumentalização e entranha na ordem jurídica a valoração e dimensão da pessoa humana enquanto valor autónomo, supremo e uno. A autonomia assim reconhecida – a pessoa como valor em si mesmo – garante que a pessoa se auto defina e se auto determine na sua própria dignidade"[11].

A doença é um dos factores que mais pode contribuir para a fragilidade da aplicação do conceito de dignidade humana, uma vez que a pessoa doente encontra-se mais ou menos vulnerável consoante o impacto da doença nas dimensões física, psíquica e social. É importante relacionar o entendimento profundo da cultura, valores, família e a comunidade em que o paciente se encontra com a sua ideia de dignidade na vida humana.

"A morte com sofrimento não tem dignidade. A dor é uma contingência que pode ser afastada e, por isso, ajudar alguém que está a morrer em sofrimento, a terminal com a sua vida, pode ser considerado como um acto de caridade ou de humanidade"[12].

A pessoa humana é dotada de racionalidade, e embora o reflexo da vontade possa parecer não racional aos olhos de uns, não significa que

---

[10] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O Consentimento Informado na Relação Médico – Paciente, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004, p. 56.

[11] GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 107.

[12] EDUARDO VERA CRUZ, Filosofia do Direito (4º Ano), in Colectânea de Textos (versão provisória), Licenciatura em Direito, Lisboa, Maio de 2007, p. 73.

sejam decisões irracionais. A pessoa possui a dignidade de escolher para si e por si própria o que considera ser o melhor. Morrer com dignidade pode exigir a aplicação de terapêuticas que acelerem o processo de fim, de forma a aliviar a dor e proporcionar o melhor conforto possível.

1.5 - Autonomia e Autodeterminação

A autonomia é o fundamento ético que legitima a participação do paciente numa decisão sobre a sua pessoa, surge como um princípio que expressa a dignidade do ser humano enquanto pessoa. Neste sentido, o consentimento do paciente demonstra "…o valor da autonomia improgramável do paciente que, na formulação de ART. KAUFMANN eleva o homem à dignidade de pessoa, representando, por isso, " o seu valor supremo face à vida, à saúde e ao bem-estar"[13]. A autodeterminação do paciente baseia-se na capacidade de decidir, fazendo as suas escolhas de acordo com as suas próprias convicções.

A autonomia da vontade é um princípio que justifica a liberdade e a capacidade do ser humano de escolher, esta vontade é expressa através do consentimento. O respeito pelo princípio da autonomia verifica-se através da figura do consentimento, pois é ao prestar o seu consentimento ou dissentimento que o paciente exerce o seu direito de dispor livremente do seu corpo. A sua vontade é protegida e garantida pelo direito.

Segundo FERNANDO ARAÚJO, "que respeito é esse pela santidade da vida que desrespeita completamente a vontade autónoma que através dela

[13] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 121, Apud ART. KAUFMANN, "Die eigenmächtige Heilbehandlung", p. 362.

se exprime?”[14]. Este autor eleva a autodeterminação da pessoa humana a um pilar básico da dignidade humana. Não se respeita a vida humana se não se conceber esta com a dignidade a ela inerente.

Na realidade não existe um dever de viver nem um direito de morrer. Existe um direito à vida, que deve ser interpretado no seu alcance e não ao contrário sensu, nem como um direito que impõe um dever inerente ao próprio direito. Tal como não existe o direito ao suicídio, embora não seja punido por razões fáceis de entender, já a ajuda ou o incentivo ao suicídio é punido pela lei. Neste existe uma intervenção de terceiro que viola o direito à vida da pessoa que se suicida. Esta, porém, não é matéria a ser cuidada no âmbito deste tema.

O exercício da autodeterminação da pessoa impõe que exista protecção jurídica aquando o seu desrespeito.

Ao longo dos tempos, o exercício da autonomia por parte de um paciente tem vindo a alterar-se. Acreditava-se que a autonomia e o conhecimento traziam de facto efeitos benéficos na saúde dos doentes. Estávamos perante uma necessidade de o paciente tomar decisões ou pelo menos inicialmente de participar na tomada de decisões verificando-se já uma propensa defesa do exercício da autonomia do paciente, mas no sentido do benefício terapêutico e não como um direito do doente.

É na protecção do exercício da autonomia que se justifica a punição de intervenções ou tratamentos arbitrários sem o consentimento informado, pois caso o bem jurídico protegido fosse a integridade física do paciente, a punição aplicável seria a prevista no artigo150.º CP.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana também surge “Na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjectivo fundamental do

[14] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 256 Apud FERNANDO ARAÚJO, A procriação…, cit., pp.116 e 155.

indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico – pessoal e, em especial, da integridade desta"[15].

O consentimento, enquanto expressão da vontade, tem de ser pessoal, livre e informado/esclarecido, pois "O fundamento jurídico de qualquer responsabilidade pessoal é o exercício livre e consciente de uma faculdade pela pessoa, com educação/formação para a opção informada"[16].

Segundo EDUARDO VERA CRUZ, "…só há exercício de liberdade quando há opção livre porque instruída, na possibilidade de adoptar com efectividade outra atitude, outra ideia, outro caminho"[17]. É também com este fundamento que o consentimento se diz informado e esclarecido.

1.6 - Relação médico - paciente

Em primeira análise, é entendido por Paciente a pessoa "…que é «vitima de um processo patológico, em acto agudo ou crónico, com fenómenos de funcionalidade alterada, referíveis em regra a um substractum de alteração orgânica»…Isto é: paciente é aquele que está doente"[18].

Ao longo dos anos tem vindo a notar-se uma mudança na relação médico – paciente. Neste sentido, a sociedade em geral, começou a dar mais relevância à autodeterminação do paciente, vendo-o como um ser

[15] J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p. 463.
[16] EDUARDO VERA CRUZ, Filosofia do Direito (4º Ano), in Colectânea de Textos (versão provisória), Licenciatura em Direito, Lisboa, Maio de 2007, p. 22.
[17] EDUARDO VERA CRUZ, Filosofia do Direito (4º Ano), in Colectânea de Textos (versão provisória), Licenciatura em Direito, Lisboa, Maio de 2007, p. 30.
[18] LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, Código Penal, 2º Volume, Rei dos Livros, 2ª Ed., 1ª reimpressão, 1997, p. 200.

capaz de decidir por si. Assim, o princípio da autonomia da vontade tornou-se numa realidade basilar nas relações médico-paciente.

Esta mudança de pensamento, como tem sido a ser referido, deveu-se a vários fenómenos sociais, nomeadamente, à evolução das técnicas na medicina, à valorização do ser humano como pessoa capaz de tomar decisões racionais, ao maior respeito pela dignidade humana e pela sua vontade, entre outros.

As relações médico- paciente deixaram de ser encaradas de acordo com o antigo paternalismo médico. O paciente deixou de ser um sujeito meramente passivo e cumpridor de ordens, passando a ser o sujeito numa posição de paridade a nível de "hierarquia". Do paternalismo médico abriu-se novos caminhos à autonomia do paciente.

Numa sociedade moderna como se classifica hoje a nossa, caminhamos para uma relação médico-paciente que se baseia numa "prestação de serviços". Podemos em tempos vindouros viver numa sociedade, cuja visão de consumo se transmita à relação de médico-paciente. O médico passa a ser encarado como um técnico de saúde, prestador de serviços e o paciente como um cliente, um consumidor que adquire esses serviços. Esta mudança parece-nos bastante radical, podendo transformar a relação médico-paciente numa relação "fria" e pouco humanizada.

Hoje em dia, os pacientes têm cada vez mais noção dos seus direitos. Possuem uma consciencialização que como pacientes podem e devem exigir da parte dos médicos, boas práticas clínicas em consonância com o princípio da autonomia da vontade. Exigem informação e esclarecimento das intervenções, comunicação dos seus riscos inerentes à mesma e alternativas terapêuticas. O pleno exercício da autonomia permite ao paciente que este possa responsabilizar legalmente o médico por violar os

seus direitos. Mas é importante não esquecer que os utentes também têm deveres.

Embora a relação médico–paciente tenha um carácter pessoal, não se pode deixar de referir a importância da sociedade nestas relações. Hoje, "…a relação médico–paciente, que anteriormente possuía carácter pessoal, está progressivamente sufocada pelo direito social e está com isso, de certo modo, a ser "socializada"[19]. É necessário que através da legalidade se reduza a discricionariedade médica garantindo uma tutela eficaz dos pacientes nas práticas da medicina.

O diálogo entre médico-paciente é importante como um meio de transmitir e recepcionar informações. É, também, uma maneira de partilhar conhecimentos e de educar os pacientes. Acreditamos, que os pacientes informados estarão mais predispostos a cumprirem com as prescrições do médico, pois sentem maior segurança ao entenderem a informação do seu diagnóstico de saúde.

O dever de o médico informar o paciente, salvaguardando o "privilégio terapêutico", é um dever que não é recente. Já, numa visão paternalista, se defendia-se que o médico devia agir com honestidade e com a verdade, ou seja, devia informar o paciente.

Num processo contínuo e duradouro, como podem ser as relações médico-pacientes, é importante que exista uma base de respeito, conhecimento e adaptação entre o médico e o paciente. Desta forma, é sem dúvida, mais fácil de se atingir os objectivos pretendidos tanto pelos médicos como pelos pacientes, a "cura" do doente.

O paternalismo consistia numa ideia de posições desiguais do médico e do paciente. " É costume atribuir ao juramento de Hipócrates o paternalismo médico bem como determinado desequilíbrio na relação

[19] ALBIN ESER, M. C. J., "Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 17.

médico – doente"[20]. Numa relação médico-paciente, em que vigorava o princípio do paternalismo, o paciente não tinha o direito de intervir, seguindo ou devendo seguir o que o médico lhe indicava sem questionar.

A conduta do médico assentava no exercício de um paternalismo clínico, inicialmente, favorecido pela ausência de limites jurídicos. Este conceito não reconhecia o direito fundamental de autonomia da vontade do paciente, onde este tinha um papel passivo e o médico surgia como uma figura de "pai" que sabia o que era "melhor" para o paciente. As convicções relevantes nesta relação médico-paciente seriam as do médico (encarado como um ser superior). " O médico, possuidor de conhecimentos científicos e do conhecimento humano do doente na situação singular, encontra-se ainda submetido a uma ética e deontologia próprias, norteadas por princípios seculares – entre os quais o da beneficência e não maleficência -, que o podem tornar numa das pessoas mais bem colocadas não só para informar o doente, como um ponto de vista formalista sobre o principio da autonomia ditaria, mas também para o ajudar a decidir"[21].

Duas figuras identificadas com o paternalismo médico são a "beneficência" e a "não-maleficência".

A beneficência consiste na ideia de fazer o "bem" ao outro. Na beneficência é a acção que conta e não só a intenção que importa. Esta pode ser considerada como limitadora da autonomia, pois restringia a sua função de escolha dentro das alternativas ou até mesmo na recusa destas.

Segundo o princípio da beneficência o médico era completamente livre de decidir, porque o faria sempre racionalmente, para o bem e melhores interesses do paciente.

---

[20] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 117.

[21] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 618.

A não maleficência era encarada como “não fazer dano a ninguém”, consistindo em ajudar ou pelo menos não prejudicar, na sua figura “ o médico já não pode, não deve, nem quer exercer essa beneficência de modo paternalista e absoluto”[22].

A diferença entre a beneficência e a não – maleficência consiste, essencialmente, em que na primeira tem que se ajudar activamente, promovendo o “bem” e evitando o “mal”, e na segunda o que importa em primeiro lugar é prevenir o “mal”. Em ambos o paciente não possui o direito de autonomia.

O paternalismo deixou de fazer sentido, sendo hoje encarado mais num nível moral. Os pacientes passaram a ser encarados como sujeitos activos nas relações médico-pacientes, pois “Os doentes são pessoas humanas autónomas e responsáveis e devem ser tratados como tal”[23].

Uma excelente solução a adoptar para sustentar uma relação médico-paciente é a referida por MARIA DO CÉU RUEFF, em “ que a autonomia, beneficência e justiça deverão nortear a relação médica mas o que há que justamente aprender é a dosear estes imprescindíveis ingredientes”[24].

O respeito pela autonomia do paciente revela o respeito pela pessoa como ser humano. Mesmo que haja um desacordo a nível teórico entre o médico e o paciente, até mesmo este desacordo será um útil “fio” condutor para um consenso a nível prático.

1.7 - Direito comparado (breve abordagem)

O consentimento informado é uma expressão do direito da autonomia da vontade aceite e tutelado por vários países do mundo. Devido

[22] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 123.
[23] MARIA DO CÉU RUEFF., O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 628.
[24] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico como Garantia de Não – Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p. 123

a consistir num direito que emana da condição de ser humano é um direito universal previsto em várias normas de direito internacional.

Neste âmbito, na Áustria " A obrigação de informar por parte dos médicos faz parte integrante do tratamento e aplica-se mesmo que o doente não tenha pedido informações. No entanto a natureza e a profundidade da informação, não foi definida em legislação, sendo por isso determinada pelos tribunais em cada caso…"[25].

"Para a doutrina penal dominante a intervenção, com indicação médica e de acordo com as leges artis, não preenche o tipo de ofensas à integridade física mesmo que careça do consentimento do paciente…mesmo quando há uma perda importante, substancial…ou quando uma operação não é bem sucedida. Negam a tipicidade…porque a actividade médica não tem carácter de comportamento social perigoso e inadequado… A intervenção arbitrária viola, porém, o § 110, 1, StGB que protege a autodeterminação do paciente"[26].

Na Alemanha: "O médico deve informar sempre o doente em questão, antes do tratamento, da razão do mesmo, dos riscos envolvidos, das consequências e dos possíveis efeitos secundários…".

Na Espanha: " A lei Geral da Saúde define que a pessoa tem o direito de receber completa e constante informação compreensível, verbal e escrita, sobre a sua situação, incluindo o diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento…".

Nos Estados Unidos da América: " Acredita-se num indivíduo livre de interferências não consensuais com a sua pessoa, sendo moralmente errado forçar alguém a agir contra a sua vontade. São considerados dois padrões de revelação da informação, o padrão baseado no médico e o

[25] CARLOS DE MELO DIAS, Consentimento Informado como Mediador Razoável da Relação Profissional de Saúde - Doente, Dossier Sinais Vitais, nº 6, 1ª Ed., 2003, p. 26.
[26] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O Consentimento Informado na Relação Médico – Paciente, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004, p. 116.

padrão baseado no "doente razoável"… Estes deveres de revelação da informação são Estatutos da Autodeterminação do Doente desde 1990, aplicando-se a todas as instituições que providenciem cuidados de saúde, públicas ou privadas…".

França: " O código Deontológico especifica que os médicos devem fazer as suas prescrições com clareza, assegurando-se que estas são devidamente compreendidas pelos doentes. A jurisprudência indica-nos que o consentimento do doente deve ser livre e informado…A base legal…aparece no Código Ético Médico que refere: " A vontade do doente deve ser sempre respeitada, até onde for possível…"…O consentimento livre é considerado por principio, parte do contrato entre o médico e o doente, em que nesta relação os intervenientes estão em mutuo acordo…".

Na Grécia: " Os direitos dos doentes são mais baseados nos hábitos comuns do que na lei…O consentimento, é assim, indispensável para os actos médicos, porque são considerados invasões da integridade física, sendo considerado válido apenas para o acto que é dado. Em situações de urgência, aceita-se a actuação do médico como no melhor interesse do doente".

Na Grã – Bretanha: " É aceite genericamente que os doentes têm direito a uma informação adequada, em especial aqueles que a pedem especificamente. Quanto à qualidade e profundidade da informação, é um assunto discreto, baseado no critério profissional e variando com as circunstâncias. A lei indica no geral que os exames ou tratamentos médicos não podem ser executados sem o prévio consentimento válido"[27].

[27] CARLOS MELO DIAS, Consentimento Informado como Mediador Razoável da Relação Profissional de Saúde - Doente, Dossier Sinais Vitais, nº 6, 1ª Ed., 2003, pp. 26 a 32.

CAPÍTULO II – CONSENTIMENTO

2.1 - Princípios Fundamentais e Dignidade Constitucional

O consentimento é a expressão de vontade de um paciente numa determinada intervenção e tratamento. Estamos perante o exercício da autonomia da vontade de paciente, de dispor do próprio corpo, sendo um princípio que está intrínseco ao direito, à dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1.º CRP.

Sendo a dignidade humana um direito inerente à condição de pessoa humana, a aplicação e protecção deste princípio, por vezes, conduz a uma situação de colisão com a protecção do direito à vida (artigo 24.º CRP), direito fundamental positivado como um direito absoluto que também pela sua natureza emana da condição da pessoa humana. As colisões entre estes direitos surgem em situações que o consentimento ou dissentimento prestado pelo paciente impõe como consequência a "morte".

As figuras ético-jurídicas que se interligam com o terminus da vida carecem de uma apreciação complexa. Na maioria das vezes estamos perante a necessidade de decidir sobre situações que após a intervenção já o processo é irreversível.

Ao tratar de questões que surgem num momento final da vida é importante referir qual o momento exacto da morte compete ao médico. Antigamente e " …durante muito tempo se identificou a morte com a síndroma cardio – respiratória, hoje " a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral" – "ou seja, quando foi afectada a integralidade das funções cerebrais,,," , não havendo, portanto, " qualquer

possibilidade de retomar as características próprias do ser humano"[28].

Comecemos por referir o artigo 24.º CRP que dispõe que o direito à vida com um direito inviolável, ou seja, absoluto. Estamos perante um direito insusceptível de suspensão (artigo 19.º nº 6 CRP).

O direito à vida é o primeiro direito previsto no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Esta disposição consiste, pela sua razão de ser, num direito fundamental de todos os demais direitos num Estado de Direito democrático baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP).

O direito à vida implica que o legislador ordinário tenha intensos e multiformes deveres de actuação dirigidos à sua promoção e protecção nos mais diversos domínios do agir humano[29]. Interliga-se com áreas da ética, da biologia, da moralidade, da filosofia, da religião e da medicina.

Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS o direito à vida " Não sendo um direito ilimitado ou absoluto, imune a situações delicadas de colisão de direitos – ou, em rigor, de conflito de normas…- não deixa entretanto de ser um direito que beneficia à priori de uma posição muito vantajosa na ordem aberta, flexível e não hierárquica da axiologia constitucional, valora hierarquicamente os bens ou valores jurídicos cuja protecção assume a seu cargo…o bem ou valor jurídico – penal mais fortemente protegido é o da vida humana…"[30].

É necessário, esclarecermos que o direito à vida é um direito absoluto porque é um inviolável e insusceptível de suspensão. O que

---

[28] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 245, Apud PAULA RIBEIRO DE FARIA, Aspectos jurídico-penais dos transplantes…, cit. pp. 88 e 91.

[29] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 223.

[30] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 224.

defendemos é que não é um direito pleno quando está perante uma situação de colisão com outros direitos fundamentais.

Questões como a determinação do momento da morte, eutanásia, suicídio, recusa de tratamentos e greve de fome surgem inevitavelmente associadas ao direito à vida. Neste trabalho, iremos delimitar o âmbito de protecção do direito à vida quanto ao momento do seu fim.

No sentido de analisar questões que surgem num momento terminal da vida é importante ter presente a realidade social deste conceito. O direito tem necessariamente de acompanhar a evolução de mentalidades que a sociedade moderna desenvolveu.

Hoje, a morte é encarada como um processo natural, mas com condições de maior conforto possível. Existe uma mentalidade de valorar " uma boa vida" até ao último momento. Cada vez mais é recorrente das pessoas avaliarem a vida com critérios de qualidade.

A dignidade da pessoa humana é apreciada como um elemento necessário e inerente à própria pessoa humana, pelo que nos nossos dias, um fracasso no exercício e aplicação da medicina já não é encarado como algo absolutamente normal.

É recorrente as pessoas terem convicções baseadas em critérios racionais de questões entre viver e vegetar, vida humana e vida biológica, vida natural e vida artificial. A descrença e desconfiança da falta de recursos materiais e humanos nas instituições do sistema de saúde são também factores relevantes para a formação de certas mentalidades na nossa sociedade[31].

Em questões relacionadas com o terminus da vida é crucial evitar o perigo de práticas que apressem o processo de morte. " Entre as questões referentes ao acaso da vida, a eutanásia assume, naturalmente, uma posição

[31] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 243.

de destaque…associada a um conjunto muito diversificado de realidades…uma vez que se liga a sentimentos nobres como a piedade ou a compaixão perante o sofrimento do próximo”[32].

Neste sentido e para evitar situações abusivas, existem limites à disponibilidade da própria vida. Casos em que o consentimento dado seja para uma intervenção contrária aos bons costumes, existindo nestes casos uma indisponibilidade da vida e como consequência a ineficácia do consentimento, podendo até estender-se para o âmbito de crime de ofensas corporais. Deve-se entender por prática contra os bons costumes situações em que considerando o critério de “motivo de razoabilidade” se conclui que estamos perante uma má prática.

Entende-se que “o pensamento da indisponibilidade da vida, que apenas se orienta para a proscrição do almejado pôr termo à vida, não contende já com as intervenções que, embora associadas a estes riscos para a vida, têm por finalidade (como intervenções terapêuticas), preservar a vida ou permitir uma forma de vida livre de determinados sofrimentos”[33].

Outros casos emergem aquando intervenções sem indicação médica. Normalmente estes casos aplicam-se ao consentimento dado para uma intervenção de carácter estético ou em experimentações. Portanto, não se trata aqui, propriamente, de uma questão de dispor da própria vida num sentido de a encurtar.

Os direitos fundamentais dispõem de aplicação directa, neste sentido “…o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa estabelece a “eficácia imediata” das normas relativas aos direitos fundamentais; isto é: a defesa constitucional dos direitos fundamentais actua directamente,

---

[32] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Art. 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 247.

[33] WOLFGANG FRISCH, “Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas“, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 104.

qualquer que seja o tipo de relação jurídica lesiva ou o acto material que ofenda a pessoa, sem necessidade que o legislador ordinário faça qualquer diligência prévia no sentido de concretizar aquelas normas, através de outras leis ou regulamentos próprios dos vários ramos do Direito"[34].

Também, ligados ao princípio da autonomia da vontade, surgem os direitos à integridade pessoal (artigo 25.º CRP), à identidade pessoal, desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º CRP) e direito à saúde (artigo 64.º CRP).

O artigo25.º CRP consagra "… A tutela jusfundamental da integridade pessoal – e, antes de mais, da integridade física – coloca o problema da disponibilidade do direito fundamental para abdicar ou aceitar a sua limitação, em maior ou menor medida, voluntariamente, mediante consentimento"[35]."…o direito de disposição sobre o corpo pode terminar…onde seja posto em causa o âmbito de protecção da dignidade da pessoa humana…"[36].

O artigo 26.º CRP refere "…direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade…A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias".

O artigo 64.º CRP menciona o direito à saúde, a sua protecção e aplicação. " Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover… O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições

---

[34] GUILHERME DE OLIVEIRA, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, p. 65.

[35] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 2ª Ed., reimpressão, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 557.

[36] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 2ª Ed., reimpressão, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 559.

económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;… Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;… O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada".

O Código Civil dispõe legislação de grande relevo para a matéria de consentimento. Neste sentido, temos os seguintes artigos: o artigo 70.º nº 1 "A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. No nº 2: Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida".

O artigo 71.º nº 1. " Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular." Este artigo dispõe ainda quem tem legitimidade, neste âmbito para requerer as providências mencionadas no artigo 70.º nº 2 CC. " Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências…"(artigo 71.º nº3).

O artigo 340.º: " o consentimento constitui também uma causa de justificação no direito civil…o facto do agente pode ser penalmente justificado pelo consentimento, mas não o ser civilmente"[37].

O artigo 485.º no âmbito da responsabilidade civil os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá mesmo a titulo de negligência, no entanto existe a obrigação de indemnizar

[37] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 200.

quando existe um assumir da responsabilidade pelos danos, um dever jurídico e haja negligência ou intenção de prejudicar ou quando o procedimento do agente constitua facto punível.

O artigo 493.º nº 2. " Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir".

2.2 – O Bem Jurídico Protegido

Existe uma dupla dimensão do bem jurídico (liberdade pessoal), "…na medida em que pode ser levada a cabo uma intervenção contra a actuação arbitrária do médico;… e na medida em que as intervenções levadas a cabo com o consentimento ou mesmo a pedido do paciente devem ficar impunes também para o médico, há-de respeitar-se a vontade do paciente, como causa de exclusão da punibilidade"[38].

O modelo jurídico seguido é o modelo da doutrina Alemã, "Este modelo doutrinal geral, directamente recebido da experiência jurídico–penal Alemã, é hoje património do pensamento, dogmático penal europeu"[39].

As intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários sem o consentimento eficaz do paciente constituem um crime contra a liberdade. O bem jurídico protegido penalmente é a liberdade de dispor do corpo. Estamos perante uma manifestação do princípio da autonomia da vontade como um direito à dignidade do ser humano.

---

[38] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 380.

[39] M. MAIA GONÇALVES, Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 13ª Ed., Almedina Coimbra, 1999, p. 533.

CLAUS ROXIN refere que – no âmbito da dogmática penal – os bens jurídicos visam assegurar o livre desenvolvimento da pessoa, pelo que a disposição de um bem jurídico por parte do seu titular não é uma limitação deste livre desenvolvimento, mas sim a sua expressão[40].

Estamos perante um "contra tipo", ou seja, serão punidas as intervenções arbitrárias efectuadas sem o consentimento do paciente. " Da estrutura do bem jurídico protegido conclui-se que o " consentimento" do paciente pertence à categoria e obedece ao regime do acordo – que – exclui – o – tipo. Em vez de justificar uma lesão do bem jurídico típico, a concordância do paciente mediatiza a realização positiva daquele bem jurídico, a liberdade de dispor do corpo e da própria vida"[41].

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE " A fonte da disposição é … Austríaca", " … é um crime de dano (quanto ao bem jurídico) e de resultado (quanto ao objecto da acção)… É, pois, aplicável a teoria da adequação do resultado à acção". O tipo objectivo é a acção sem o consentimento. " A intervenção implica uma lesão da integridade física, o tratamento não". O tipo subjectivo pode ser preenchido por dolo ou por negligência grosseira (artigo 15º)[42].

A necessidade de obter um consentimento baseia-se essencialmente na legitimação da autonomia / liberdade do paciente de intervir numa decisão relacionada a si mesmo. Justifica-se como uma forma de protecção de um direito fundamental, a dignidade de cada indivíduo como pessoa humana na sua autodeterminação. Neste sentido, "o dever do médico de

---

[40] GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 126, Apud CLAUS ROXIN, strafrescht: allgemeiner teil, 3. Auflage, vol.I , p.462.

[41] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 130.

[42] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, pp. 481 e 482.

não praticar actos clínicos sobre uma certa pessoa nasce e existe antes de qualquer contacto individual com o doente concreto, antes de ser esboçada qualquer relação contratual…o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratica o acto médico"[43]. FARIA COSTA considera, explica e fundamenta o acto médico como "o ético comum que fundamenta o direito e a medicina"[44].

2.3 - Informação e Esclarecimento no Consentimento

O Artigo 10.º CDHB (Vida privada e direito à informação) dispõe sobre a matéria do consentimento informado, referindo no nº 2 - 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. Neste artigo estamos perante uma dimensão positiva da autonomia da vontade da pessoa humana. Ao mesmo tempo, este direito de autodeterminação da pessoa encontra-se restringido pelo direito de não ser informado. Estamos numa situação de protecção do interesse do paciente.

Para obter o consentimento não existe um padrão rígido pelo qual se pode seguir, no entanto existem exigências quanto à informação.

O tipo de relação de médico paciente é importante, pois a informação dada por um médico em que o doente já tenha uma relação duradoura e de confiança…ex: médico de família facilita a compreensão e a forma como essa informação é dada e recepcionada.

---

[43] GUILHERME DE OLIVEIRA, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, p. 63.

[44] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 120, Apud FARIA COSTA, op.cit. p.144, nota 69.

O método para a obtenção do consentimento por parte dos médicos deve consistir nos seguintes pressupostos: descrever o procedimento, os objectivos, a forma como serão aplicados os tratamentos. Igualmente, deve ser apresentado os riscos, o mal – estar e os efeitos secundários possíveis, os benefícios a curto médio e longo prazo, as alternativas possíveis e os critérios que levaram o médico a optar pela indicação do tratamento escolhido, tal como, os efeitos previsíveis da não realização. Por último, mas não menos importante, a comunicação da disponibilidade por parte do médico para esclarecer dúvidas posteriores. A possibilidade que o paciente tem de poder reconsiderar, em qualquer momento, a decisão tomada e todos os custos económicos inerentes ao tratamento em causa.

Para uma informação apta à compreensão por vezes é aconselhável utilizar menos termos técnicos, pois estes não são do entendimento do paciente comum, devendo nesse caso serem descritos numa linguagem comum.

Resumindo, a informação deve ser transmitida ao paciente de uma forma completa, verdadeira e clara de forma a abranger o diagnóstico, a provável evolução e os tratamentos previstos.

A informação por vezes também pode ser limitada por directivas superiormente definidas pela administração hospitalar. É, normalmente, o que ocorre em grandes instituições hospitalares. É imposto aos profissionais de saúde certos requisitos para dar informação segundo o tipo de consentimento que queiram receber e a forma de como essa informação se deve processar. Estas directivas superiores, não devem, de forma alguma, prejudicar a acção propriamente dita de informar com rigor, de forma suficiente para a obtenção de um consentimento esclarecido. Só devem produzir efeitos a nível organizacional e administrativo.

A informação também deve ser adequada a cada caso, pois cada caso tem as suas particularidades. Portanto, deve definir-se quais os elementos

relevantes, mas não pode cair no erro de padronizar essa informação. Daí ser importante analisar cada caso em concreto como já fora referido, pois o que para certos pacientes é relevante mencionar para obter um consentimento esclarecido, para outro poderá não ser.

Existe também o dever de averiguar e de estar atento às expressões do paciente quando este recebe a informação, pois pode por vezes ser notado um sinal que significa que o paciente não estar a compreender o que lhe está a ser dito. Não se pode cair no erro de o médico achar que a informação que está a dar será inútil pois o paciente refere antecipadamente que não tem intenções de consentir alguma intervenção. Aliás, é precisamente a dar as informações que o médico consegue também descobrir indicações por vezes úteis/relevantes no processo do paciente e que nele não constavam.

Na obtenção do consentimento, a informação nunca deve ser encarada como inútil, pois a sua falta na obtenção de consentimento conduz a um consentimento inválido, ou seja, a um acto não autorizado.

O artigo 38.º CP, cuja epígrafe é o consentimento, dispõe alguns padrões para que se possa obter um consentimento eficaz. “1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3.O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.4…”.

Como mero exemplo a Administração Regional de Saúde do Norte emitiu um documento-guia sobre o consentimento informado[45]. Este documento tem um carácter meramente informativo e não vinculativo. O seu objectivo é transmitir aos utentes o que é o consentimento para actos de diagnóstico e terapêutica e a sua importância.

2.3.1 - Deontologia dos Profissionais de Saúde

O consentimento informado surge como um conceito de dever profissional nos Códigos Deontológicos dos médicos e dos enfermeiros.

Segundo o Código Deontológico "o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano"[46]. "Deve procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar"[47] .

O prognóstico e diagnóstico devem ser revelados ao doente excepto, se por motivos de consciência o médico os julgue ponderosos, como no caso de " (...) prognóstico fatal, só podendo ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das condições específicas e da sua índole moral"[48], contudo, geralmente deve ser revelado ao familiar mais próximo que o médico considere indicado, a não ser que o doente o tenha previamente proibido.

[45] Anexo I
[46] Artigo 26º do Código Deontológico do Médico
[47] Artigo 38º do Código Deontológico do Médico
[48] Artigo 40º do Código Deontológico do Médico

No caso dos enfermeiros "As intervenções do enfermeiro são realizadas com a preocupação da defesa da liberdade e da dignidade da pessoa humana e do enfermeiro, assim são valores universais a observar na relação profissional, (...) a liberdade responsável, com a capacidade de escolha, tendo em atenção o bem comum (...)"[49] .

O enfermeiro deve, no respeito pelo direito à autodeterminação, informar o indivíduo e respectiva família no que respeita aos cuidados de enfermagem, "respeitar, defender e promover o direito da pessoa ao consentimento informado; atender com responsabilidade e cuidado todo o pedido de informação ou explicação feito pelo indivíduo em matéria de cuidados de enfermagem; informar sobre os recursos a que a pessoa pode ter acesso, bem como sobre a maneira de os obter"[50] .

Se seguir estas indicações o enfermeiro respeita a integridade bio-psico-social, cultural e espiritual da pessoa, " (...) cumprindo as convenções e recomendações internacionais que lhe sejam aplicáveis e que tenham sido, respectivamente ratificadas e adoptadas pelos órgãos de soberania competentes (...)" [51] .

Após esta breve abordagem aos códigos deontológicos pelos quais os profissionais de saúde eticamente se regem, concluímos que a figura de consentimento e o seu respeito está de acordo com o princípio da autonomia da vontade.

2.4 - Tipos de Consentimento

O dever de informação não recai somente ao médico, mas a qualquer profissional de saúde que esteja habilitado pela sua "leges artis". E, assim,

[49] Artigo 78º do Código Deontológico do Enfermeiro
[50] Artigo 84º do Código Deontológico do Enfermeiro
[51] Artigo 76º do Código Deontológico do Enfermeiro

se o dever de informar não recai somente sobre o médico, também, a obtenção do consentimento não.

O problema é que nem sempre quem dá a informação é quem obtém o consentimento. "É prática quase comum nos nossos hospitais que a obtenção do consentimento informado é formalizada pelos enfermeiros e em algumas situações pelas secretárias clínicas da unidade, materializado por uma assinatura, questionando-nos sobre a responsabilidade de um acto que se tornou já entre nós rotinizado"[52].

Se na prática hospitalar a obtenção do consentimento não é realizado pelo médico, surge a questão de se definir quem deve ser responsabilizado pelo dever de informação e esclarecimento. Quem se responsabiliza por uma má ou incompleta informação? Quem a devia ter prestado ou quem a prestou de facto, mas não possuía essa competência? Podemos concluir que a responsabilidade recai sobre o profissional de saúde que tinha o dever e a competência para dar a informação.

Pode acontecer uma situação em que o paciente não queira ser informado, estamos perante " O consentimento em branco, ou seja, em que o paciente não quer conhecer as circunstâncias do diagnóstico ou tratamento, nem quer decidir sobre as possíveis alternativas, é admissível, mas impõe ao médico um especial dever de confirmação da vontade do paciente em face de cada novo acto médico…para além da documentação da renúncia ao esclarecimento (JOÃO RODRIGUES)"[53].

Segundo RUI NUNES existem "…algumas variantes do consentimento que podem ser invocadas em contextos distintos: 1.Consentimento expresso: …o consentimento informado é prestado activamente… 2.Consentimento implícito: …a intervenção…está implícita no

[52] FIRMINO FILIPE, O Consentimento Informado, Dossier Sinais Vitais, Ética nos Cuidados de Saúde, Nº 3, 2ª Ed., Editora Formasau, p. 49.
[53] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 484, Apud JOÃO RODRIGUES, 2001:352 e 353.

relacionamento entre o médico e o doente, partilhando estes um objectivo comum… 3.Consentimento presumido: …quando não estão reunidas as condições mínimas para a obtenção de consentimento expresso e não existem dados objectivos e seguros de que o doente se oporia a uma determinada intervenção…4.Consentimento escrito: …uma forma complementar de consentimento que pretende materializar a prova desse consentimento. Nalguns casos, a legislação em vigor prevê a sua obrigatoriedade…5.Consentimento testemunhado: … um acréscimo de rigor na materialização da evidência de que o consentimento foi efectivamente prestado…6.Consentimento familiar: … o doente é incapaz de prestar consentimento expresso…7.Consentimento genérico: a título de excepção, …quando a quantidade de informação a prestar ao doente ou à sua família é de tal modo avassaladora que não é exequível um verdadeiro consentimento informado…"[54].

Poderá, também, se entender como um consentimento em branco um caso em paciente ouve a informação esclarecida, mas não quer manifestar a sua vontade, deixando essa decisão ao encargo do médico, podendo afirmar-se que neste sentido, estamos perante uma "confiança cega" por parte do paciente. Penso que não estamos bem perante um consentimento em branco, porque, para todos os efeitos, o paciente consente, mas, no que o médico aconselha.

O paciente pode pedir ao médico para que este tome a decisão por si, devendo, nestes casos, ser devidamente explicado ao paciente a importância de ser informado para sua decisão. No entanto, se o paciente continuar a insistir que não quer saber detalhes acerca do seu estado de saúde ou sobre o tratamento, o médico deve, pelo menos, em meu entender, fornecer informação básica sobre o tratamento antes de o levar a cabo.

[54] RUI NUNES, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Ed., 2009, p. 178 e ss.

O paciente tem o direito a não saber e o direito a renunciar ao consentimento, levantando-se a questão se a informação mesmo que mínima e só sobre o tratamento que vai ser levado a cabo deverá ser transmitida? É importante esta informação, pois, por vezes, podemos estar perante uma situação em que a intervenção poderá causar graves danos.

Penso que deverá analisar-se os casos em concreto e respeitar sempre ao máximo a vontade do paciente. Portanto, quando um médico está perante um pedido do paciente e tem que tomar uma decisão, deverá documentar no processo clínico este desejo do paciente e ir recordando ao paciente que ele tem o direito ao consentimento informado ou à recusa informada.

"Em caso de vontade contrária do paciente (dissentimento), extingue-se, sem mais, o dever de garante do médico. Não há nenhuma possibilidade de cura coerciva. O dever de tratamento do médico deixa de subsistir quando, por decisão livre, o doente o recusa"[55].

Ao falar-se em consentimento é importante referir que este só faz sentido quando se baseia numa relação médico-paciente. Quando existe um contrato/acordo em que uma das partes e segundo a sua legis artis aconselha e a outra parte depois de esclarecida consente, podemos concluir que estamos perante uma decisão conjunta.

Para além do consentimento em branco, surgem mais dois tipos de consentimento. O consentimento tolerante e o consentimento autorizante e vinculante.

O consentimento tolerante baseia-se num consentimento dado por um menor e essa intervenção consentida não é considerada ilícita.

[55] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 386.

O consentimento autorizante é dado pelo detentor do poder paternal que no seu poder de representante do menor na realização de actos jurídicos de que resultem obrigações para o menor[56].

Segundo ORLANDO DE CARVALHO: "os consentimentos autorizante e vinculante, sendo constitutivos de compromissos jurídicos, exigem capacidade negocial" logo caberá ao representante legal o exercício destes dois tipos de consentimento. Estes consentimentos quando devam ser prestados pelo representante legal não prescindem do consentimento tolerante, quando a criança seja competente para consentir "seria absurdo que o representante legal pudesse realizar compromissos jurídicos que tocam direitos de personalidade do menor ou interdito, quando este já tem maturidade suficiente, contra a vontade esclarecida dele"[57].

Assim, o estado de saúde, as terapêuticas, os riscos e as expectativas devem ser, devidamente esclarecidas, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de determinada intervenção ou tratamento.

2.5 - Incapacidades de Consentir

Um paciente pode ser considerado incapaz para consentir quando não consegue compreender a informação e o alcance da intervenção para a qual seria necessário o consentimento, ou, quando, não é capaz de consentir por não ter o discernimento suficiente para declarar a sua autodeterminação.

---

[56] GUILHERME DE OLIVEIRA, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, p. 229.

[57] GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, nota 79, p. 127, Apud ORLANDO DE CARVALHO, Teoria Geral do Direito Civil, ob cit.nº27, p. 184.

São incapazes de consentir os menores de idade (incapacidade relativa) e os doentes com anomalia psíquica. São os incapazes legais. Estes incapazes de consentir não se devem confundir com os pacientes referidos no nº 2 do artigo156.º (consentimento presumido).

2.5.1 - Menores

Nos termos do artigo 38.º nº 3 CP " O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta". Segundo este artigo pressupõe-se que o menor de 16 anos tem competência para consentir. Isto facilita a subsequente prova de que o menor já tem capacidade de discernimento.

Ao menor é reconhecido um estatuto especial que serve para o proteger e assegurar o seu desenvolvimento com o propósito de alcançar a sua aptidão de autonomia. Isto significa que um menor é dotado de personalidade jurídica e de igual direito de dignidade a um adulto, só que ainda não atingiu uma maturidade necessária para se auto-determinar e agir.

Em princípio entende-se que maior for o grau de compreensão do menor maior é também a sua maturidade.

Segundo um artigo de GERALDO ROCHA RIBEIRO: "A afirmação da maioridade para prestar consentimento para actos médicos não depende de critérios rígidos, nem se pode bastar com o recurso à idade. Será em função de cada caso que se determinará o grau de reconhecimento da autodeterminação ao menor ou a necessidade da sua protecção e, consequentemente, a legitimação da intervenção dos pais ou do Estado. Em qualquer dos casos, porém, o menor é um sujeito de direitos fundamentais

que tem, em ultima instância, o direito a participar e a ser informado do processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal"[58].

A incapacidade, não excluí a participação do menor, o seu direito de ser informado e a sua manifestação de opinião (artigo 6.º nº 2 CDHB) nas decisões que lhe digam respeito como ser humano, ou seja, de ser ouvida (artigos 12.º e 13.º CDC).

O importante é a capacidade de discernimento do menor, pois, se por um lado se assegura e promove a autonomia progressiva do menor, por outro, estabelece-se que não tendo este competência para estar por si só em juízo, os pais e o Estado têm um papel crucial como garantia que o interesse do menor é respeitado.

Um meio para suprimir a incapacidade do menor é a tutela parental (artigo 6.º nº 2 CEDH e artigo 38.º CDOM).

Mas o poder dos pais pode no extremo ser limitado no sentido em que "A liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal, que não se comunica ao representante legal, nem é violada, só por contrariar a vontade do representante"[59].

Resumindo, a um menor incapaz de consentir é necessário que se tenha em consideração o seu grau de maturidade e o seu discernimento para participar com a sua opinião.

Sendo o interesse do menor o principal "se os pais não forem capazes de cumprir a sua função fica, então, legitimada a intervenção estadual para remoção do perigo e protecção do filho, se necessário limitando,

---

[58] GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 105.

[59] GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 129.

suspendendo ou até mesmo inibindo a responsabilidade parental (artigo 3º da Lei de Promoção e Protecção e artigos 1913º e ss. Do CC)"[60].

Segundo a maioria da doutrina "Se o tratamento não puder ser adiado, o médico pode intervir… COSTA ANDRADE, PAULA RIBEIRO DE FARIA"[61].

Há quem defenda que nos casos dos menores não se pode apelar aos princípios do consentimento presumido, pois aqui há um representante legal com legitimação para consentir em casos de urgência. É um caso diferente de não consentimento por incomunicabilidade. E quanto aos representantes legais, que normalmente são os pais, se não consentirem ou se não estiverem de acordo quanto ao consentimento já entram em soluções de referência a outros ramos do direito.

2.5.2 - Portadores de Anomalias Psíquicas

Mesmo em situações de paciente com perturbações psíquicas, deverá ser analisado o caso concreto e depois da verificação de certos pressupostos, nomeadamente, o grau da intervenção e o seu grau de capacidade de conhecimentos, concluir-se se de facto existe ou não uma garantia que esse paciente é capaz de enquadrar e decidir segundo os seus valores. Nestas situações são critérios a que o médico deve atender.

Nem sempre se pode defender uma solução como sendo certa. É fácil ao estarmos perante um paciente com problemas psíquicos em que se pretende avaliar os pressupostos atrás referidos, pendermos para uma

[60] GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 130.

[61] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 481, Apud COSTA ANDRADE, anotação 15.ª ao artigo 156.º, in CCCP, 1999, PAULA RIBEIRO FARIA, 1998 b: 269.

avaliação mais baseada numa conexão racional. Ora, se entendemos que o consentimento tem de ser respeitado mesmo que a decisão do paciente não seja racional, nestas situações não deverá ser diferente.

"Apesar das diferenças temáticas entre a imputabilidade e a capacidade de consentimento, é um facto que há um claro paralelismo entre o reconhecimento e extensão destes momentos excepcionais e os dados do foro psíquico que excluem ou reduzem significativamente a capacidade de culpa"[62].

Pode-se afirmar que se deve avaliar os conhecimentos, os valores, e fazer as ponderações que sejam necessárias para uma tomada de decisão que permitam um consentimento eficaz.

2.6 - Análise do Artigo 156.º nº 1 CP

O artigo 156.º CP dispõe que as pessoas que no exercício da sua profissão e segundo a sua "leges artis" intervirem sem o consentimento são punidas "1.As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa".

O nº 2 do artigo consagra a excepção à intervenção sem consentimento real. O agente age ao abrigo do consentimento informado "2. O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado

[62] WOLFGANG FRISCH, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 93.

imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado".

Estamos perante uma excepção que refere que em casos de urgência, em que não há possibilidade de obter o consentimento real, e no caso de não existirem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado, então o agente vê excluída a ilicitude da acção.

No nº 3 o agente agir com negligência, só se esta for grosseira é que há punição "Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias".

No nº 4. "O procedimento criminal depende de queixa". Este último deve ser apreciado tendo em consideração os artigos 70º e 71º CC.

"O artigo150.º e o artigo156.º devem ser entendidos como complementares. Deles se retira como conclusão que o médico não deve intervir para proceder a tratamentos ou intervenções cirúrgicas se não obtiver o consentimento do paciente, mas também que é lícito ao médico deixar de o fazer por ser essa a vontade do paciente"[63].

2.6.1 - Remissão para o artigo 150.º CP

O artigo 156.º nº 1 CP faz uma remissão expressa para o artigo 150.º CP. Esta remissão consiste na definição do universo dos agentes e

[63] FERNANDO SILVA, Direito Penal Especial, Crime contra As Pessoas, 2ª Ed., Quid Júris, 2008, p. 263.

"…determina o sentido e alcance do conceito jurídico – penal de intervenção ou tratamento médico cirúrgico"[64].

O artigo 150.º CP é um crime contra a integridade física "1.As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física".

Assim, "A intervenção por médico com a finalidade terapêutica, conforme a legis artis e com o consentimento (rectius, o acordo) do sujeito passivo é atípica (artigo 150.º nº 1)"[65]. Ou seja, não constitui crime, mesmo que haja insucesso da intervenção posteriormente.

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "…os requisitos da atipicidade da intervenção são (1)a qualificação profissional do agente…(2) a finalidade terapêutica da intervenção, que inclui a prevenção, o diagnóstico e a cura da doença…(3) a indicação médica…(4) a realização de acordo com a legis artis; e (5) o consentimento…do paciente".

"A concordância com as legis artis consiste na observância das regras teóricas e práticas de profilaxia, diagnóstico e tratamento aplicáveis no caso concreto em função das características do doente e dos recursos disponíveis pelo médico. Trata-se de um "elemento valorativo global" (FIGUEIREDO DIAS e PAULA RIBEIRO DE FARIA)"[66].

---

[64] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 381.

[65] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 456.

[66] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 457, Apud FIGUEIREDO DIAS, 2007: 294, e PAULA RIBEIRO DE FARIA, 2004: 319.

Concluímos que "No caso de intervenção médica com finalidade terapêutica do sujeito passivo da intervenção, realizada nos termos da legis artis, o consentimento constitui um verdadeiro acordo e tal intervenção não é sequer típica (artigo 150.º nº 1). Não havendo consentimento, a intervenção com finalidade terapêutica e realizada nos termos da legis artis, é uma intervenção arbitrária (artigo 156.º nº1)". Se a intervenção não estiver de acordo com a leges artis, "…o consentimento é relevante e admissível, desde que as lesões causadas não sejam graves e irreversíveis…".

O artigo 149.º CP refere que "1. Para efeito do consentimento a integridade física considera-se livremente disponível. 2. Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa".

Neste sentido, " São as lesões que têm de ser conformes aos bons costumes e não o consentimento. A "amplitude previsível da ofensa" é um dos elementos a ponderar na avaliação dos bons costumes…é uma previsibilidade objectiva, independentemente da pessoa que consente…EDUARDO CORREIA…"[67].

2.6.2 - Consentimento e Acordo

O consentimento eficaz é um acordo que exclui a tipicidade nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, ou seja, estamos perante um contra tipo.

[67] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 452, Apud EDUARDO CORREIA, Actas CP, 1979: 70.

Segundo COSTA ANDRADE, estamos perante " …um acordo que exclui a tipicidade. A existência de um acordo eficaz retira ao tratamento a qualificação de arbitrário, afastando, por isso, a sua relevância típica"[68].

Ainda segundo o mesmo autor "…o direito português sanciona um modelo dualista. Que distingue e contrapõe entre si um consentimento (do lesado) justificante e um acordo que excluí o tipo"[69].

Neste sentido, o consentimento do paciente justifica uma intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário e ao mesmo tempo exclui a punibilidade do médico. O mesmo autor, entende que estas duas figuras, consentimento e acordo são diferentes"… tanto no plano teológico – axiológico como no plano prático – normativo", sustentando ainda não entender que todas as manifestações de concordância do portador concreto do bem jurídico sejam levadas à conta de causas de exclusão do tipo. Assim, "De acordo, por exemplo, com ROXIN: " Não considero o consentimento uma causa de justificação…é a tipicidade que é excluída"[70]. Neste contexto, " Tudo…parece reforçar a plausibilidade dogmática da distinção e contraposição, em termos renovados, de um consentimento justificante e de um acordo que afasta a tipicidade"[71].

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, " A lei penal consagra o modelo dualista do consentimento, isto é, o consentimento pode revelar

[68]MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 386.
[69]MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 122.
[70]MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 123, Apud ROXIN, "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in abgrenzung von sonstigen strafausschliessungsgründen", juS 1988, pp. 425 ss.
[71]MANUEL DA COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 2004, Reimpressão, p. 516.

logo ao nível da tipicidade, como causa de exclusão da tipicidade, ou pode revelar ao nível da ilicitude, como uma causa de justificação"[72].

Designa-se por acordo quanto ao nível da tipicidade, " O acordo é causa de exclusão da tipicidade nos crimes em que a acção contra a vontade do lesado é elemento do tipo objectivo do crime e a autodeterminação da vontade do titular do direito é o próprio e único objecto de protecção da norma penal, pois a acção não é in socialmente desvaliosa (desde logo um modelo dualista, EDUARDO CORREIA, COSTA ANDRADE, CAVALEIRO DE FERREIRA, PAULA RIBEIRO DE FARIA, GERMANO MARQUES DA SILVA e FIGUEIREDO DIAS"[73].

"O consentimento…é uma causa de justificação nos casos em que a acção é, desde logo, socialmente desvaliosa, mas o sistema penal acolhe e protege a liberdade de disposição do portador do bem jurídico, constituindo o consentimento um modo de resolução do conflito entre os interesses do sistema penal: a auto – realização pessoal, por um lado, e a tutela dos bens jurídicos, por outro"[74]. Isto ao nível da ilicitude.

" O consentimento é um verdadeiro acordo…exclui logo a tipicidade (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE)… A delimitação do âmbito do acordo nos casos de intervenções médicas resulta de dois princípios distintos: …(principio da autonomia do paciente)…por outro lado, … (princípio da independência técnica do médico) (JOÃO RODRIGUES…)"[75].

---

[72] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 194.

[73] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 194, Apud EDUARDO CORREIA, in Actas CP, 1965 a: 224, COSTA ANDRADE, 1991: 190, CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992: 249 e 250, PAULA RIBEIRO DE FARIA, 1995: 245, GERMANO MARQUES DA SILVA, 1998: 126 e 127 e FIGUEIREDO DIAS, 2007: 473.

[74] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 195.

[75] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 481, Apud FIGUEIREDO DIAS, 2007: 476 e COSTA ANDRADE, 1991: 400; JOÃO RODRIGUES, 2001: 413.

2.7 - Recusa de Consentimento

À recusa em consentir numa determinada intervenção chamamos de dissentimento.

O médico tem que respeitar a autonomia de vontade declarada pelo paciente.

A recusa livre e esclarecida do consentimento cessa, nestes termos, o dever de garante do médico.“ …a recusa do tratamento não está limitada pela cláusula dos bons costumes…nem …para a razão ou aprovação moral…”. Deve-se sempre respeitar o dissentimento desde que este seja eficaz como GIESEN acentua “o direito de tomar decisões erradas ou irracionais segundo os padrões médicos ou os do público em geral. O médico tem, em qualquer caso, de respeitar uma decisão objectivamente irracional do paciente”[76].

Não se deve confundir uma recusa de consentimento com uma recusa de esclarecimento.

A Lei de Bases da Saúde refere os estatutos dos utentes: Base XIV (Estatuto dos utentes):

1. Os utentes têm direito a: “ b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;

O médico que recomenda a intervenção ou tratamento médico deve ser responsável pela prestação de informação dada ao paciente. Se for uma equipa, desde que estejamos a falar de profissionais de saúde habilitados com os conhecimentos indispensáveis, podem cumprir esta obrigação. O que não invalida que o médico que realiza efectivamente o tratamento ou a investigação seja responsável por assegurar, que o paciente foi informado antes de intervir.

[76] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 385, Apud JZ 1987 286).

No âmbito de recusa de tratamento surgem questões ético jurídicas de difícil solução. Muitas vezes entram em colisão princípios protegidos. Não se pode confundir uma recusa de tratamento com uma ausência de consentimento.

2.8 - Dispensa de Consentimento

O consentimento pode ser dispensado em casos muito específicos, quando esteja em causa interesses jurídicos supra – individuais: "FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO…na sua opinião, se dispensa o consentimento sempre que os tratamentos…sejam impostos pelo cumprimento legal…"[77].

Com uma opinião contrária surge "…AUGUSTO SILVA DIAS…nega a «justificação da intervenção arbitrária contra a decisão de consciência da vítima». Invoca o artigo 19.º, nº 6, da Constituição, segundo o qual o estado de sítio ou o estado de emergência…nunca pode afectar o direito à integridade pessoal e a liberdade de consciência e de religião. Conclui: «quando o interesse público não pode ser salvaguardado à custa da restrição da liberdade e identidade da pessoa em momentos de sério perigo, muito menos o poderá ser em conjuntura de normalidade».

Diferente é a opinião de MARIA FERNANDA PALMA…admite a justificação…num contexto de grave epidemia ou de calamidade pública, porque, então, os bens jurídicos do terceiro inocente também estão em causa, já que todas as pessoas se encontram globalmente em perigo…"[78].

---

[77] TERESA QUINTELA DE BRITO, Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", Coimbra Editora, 2007, p. 557, Apud FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, ob. cit. p. 70.

[78] TERESA QUINTELA DE BRITO, Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", Coimbra Editora, 2007, p. 558, Apud MARIA FERNANDA PALMA, Sustentada no seu ensino oral de Direito Penal I, na FDL.

2.9 - Vícios da Vontade

Estamos perante vícios da vontade quando o consentimento obtido foi viciado.

Existem vícios da vontade em situações em que o consentimento foi obtido através de coacção ou por um método de engano ardiloso.

Nestes casos o consentimento carece de vício e portanto é evidentemente ineficaz.

2.10 - Dever de Esclarecimento e Privilégio Terapêutico (artigo157.º)

O artigo 157.º CP deve ser analisado como um complemento ao artigo 156.º CP "Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica."

Este artigo "… define as exigências de esclarecimento de que depende a validade e eficácia do acordo"[79].

A comunicação pode causar danos, mas devemos saber qual o grau desse dano, pois " Por um lado a comunicação de diagnóstico fatal é sempre adequado a causar um dano grave dano, mas tem de ser, em princípio, levada a efeito, no caso de a pessoa se encontrar em condições

[79] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 381.

normais de resistência. Caso a pessoa se encontre debilitada, então sim, tem pleno cabimento a utilização desta norma (FIGUEIREDO DIAS)"[80].

Mesmo em casos de doentes em fase terminal "Tendo o doente em fase terminal ainda consciência, o esclarecimento pode ser menos completo, mas não deve ser omitido (admitindo mesmo a omissão, COSTA ANDRADE). " …Na caracterização de ESER, é o esclarecimento necessário para " afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude positiva e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contra – indicadas pela terapia"…"[81].

No caso de doente menor, incapaz ou em estado terminal, já inconsciente, o esclarecimento é prestado ao legal representante dos mesmos e deve ser completo e exaustivo"[82].

"Nas intervenções e tratamentos compulsivos mantém-se o dever do médico informar o paciente, apesar de o paciente não ter o direito de recusar o consentimento (GUILHERME OLIVEIRA e JOÃO RODRIGUES)"[83].

"O dever de esclarecimento dimana directamente do direito à autodeterminação e da dignidade humana do paciente "[84].

COSTA ANDRADE defende que a medida do esclarecimento depende da pessoa "…deve assumir-se como princípio orientador mais decisivo o que poderíamos designar por relatividade…a medida do esclarecimento

---

[80] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 484, Apud, FIGUEIREDO DIAS, na comissão de revisão do CP de 1989-1991, in Actas CP / FIGUEIREDO DIAS, 1993: 500.

[81] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 395, Apud ESER, "Ärztliche Aufklärung" 189.

[82] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 484.

[83] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 484.

[84] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 396.

depende…da pessoa do paciente, da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de juízo"[85].

Da informação esclarecida depende a eficácia do consentimento "A eficácia do consentimento pressupõe a representação correcta de todas as circunstâncias relevantes para a motivação da decisão de aceitação ou recusa de uma intervenção do género da indicada"[86]. Podemos ter "…dois discursos distintos: o da experiência e profissão médicas e o da experiência comum, perturbada pela presença da doença"[87].

O privilégio terapêutico é uma restrição ao dever de esclarecimento em situações de perigo para o paciente derivado desse mesmo esclarecimento. O privilégio terapêutico vem associado ao diagnóstico, podendo justificar também a falta de comunicação quanto ao tratamento. Este verifica-se aproveitando o principio também reconhecido no art. 156º "favor vitae vel salutis".

Numa situação em que os familiares do paciente solicitem ao médico que omita a informação ao paciente, por receio que o doente fique num estado de ansiedade causado pelas **i**nformações e constitua um "dano" no paciente no seu conhecimento, não significa que estejamos numa situação de privilégio terapêutico. A informação pode, naturalmente, deixar o paciente preocupado, incomodado e até mesmo desorientado, mas não significa que sofra "dano" grave e sério.

É, demais, evidente que os familiares conheçam melhor o impacto das informações transmitidas ao paciente, mas para o pedido de omissão dessas informações para a obtenção do consentimento é importante que

---

[85] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 397.
[86] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 396.
[87] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 397.

seja muito bem justificada para o médico considerar que está ao abrigo da figura privilégio terapêutico.

"O privilégio terapêutico visa evitar colocar o médico na situação contraditória de: poder ser condenado por não esclarecer; e, ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento (violação das leges artis)…há-de, em concreto, tratar-se de perigos assentes não em "suposições vagas ou genéricas, antes reclamando pontos concretos de apoio"[88].

Também "O paciente tem o dever de informar com a verdade o médico sobre a sua situação, sob pena de a acção ou omissão do médico em desconformidade com a legis artis não ser imputável ao médico. Contudo, o médico tem ainda o dever de confirmação por recursos a meios diagnósticos a informação fornecida pelo paciente, podendo ser responsabilizado por negligência se se verificarem circunstâncias objectivas que suscitem a necessidade desta confirmação (JOÃO RODRIGUES)"[89].

MARIA MANUEL BORGES MERUJE[90] distingue esclarecimento terapêutico de esclarecimento para a autodeterminação do paciente.

O esclarecimento terapêutico consiste basicamente nos deveres e objectivos de cuidados relacionados com a saúde.

Estamos perante informações necessárias para cumprimento de uma prescrição médica. Consiste essencialmente num aconselhamento, uma mera indicação da medicação, um simples esclarecimento à família que acompanha o paciente. Uma informação que facilita o acompanhamento,

---

[88] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 399.

[89] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 483, Apud JOÃO RODRIGUES, 2001: 239.

[90] MARIA MANUEL BORGES MERUJE, "Consentimento Informado Radiológico: Processo de Comunicação dos Riscos ao Paciente", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6 – nº 12 – 2009, Coimbra Editora, 2009, p. 121.

não consiste numa informação indispensável para a obtenção do consentimento.

No esclarecimento para a autodeterminação do paciente estamos perante informação que vai criar a sua determinação. Em questão de proporcionalidade, o segundo consiste em informação que permita ao paciente avaliar de modo independente os riscos e benefícios em causa. A informação para a autodeterminação do paciente tem um carácter mais delicado e reservado. O consentimento para uma intervenção médica tem de ser completa e cuidada, necessária para uma decisão individual e séria.

2.10.1 - Recusa de Esclarecimento

A recusa de esclarecimento é muitas vezes confundida com a recusa de consentimento. Estamos perante situações diferentes, ou seja, pode acontecer um paciente querer consentir, mas não ser esclarecido. Estamos perante uma recusa de esclarecimento, mas não uma recusa em consentir.

Igualmente, o dever de obter o consentimento não pode ser confundido com o dever de esclarecimento. Assim, " O doente pode renunciar ao direito de esclarecimento, mas deve fazê-lo expressamente, salvo se se tratar de tratamentos de rotina…A renúncia…não prejudica o dever de obtenção do consentimento do paciente"[91].

A recusa de esclarecimento do paciente faz cessar o dever de esclarecimento do médico previsto no artigo 157.º CP.

[91] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 484.

2.11 - Responsabilidade Penal do Médico

Como referido anteriormente, o artigo 156.º do CP prevê e pune o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, ou seja, um crime contra a liberdade pessoal. Estamos perante a liberdade de um paciente poder consentir ou dissentir num tratamento ou intervenção no seu próprio corpo. O bem jurídico protegido é a autonomia da vontade da pessoa humana.

O profissional de saúde pode ser responsabilizado pelos seus actos tanto a nível penal, como civil, como disciplinar. Se a responsabilização do médico se basear no não cumprimento das regras para obtenção do consentimento informado, estamos no domínio da responsabilidade civil.

Nestes termos, a falta ou a insuficiência de informações gera responsabilidade civil no disposto dos artigos 485.º e 486.º CC. Se esta falta ou insuficiência de informações tornarem o consentimento inválido ou a falta de consentimento, então a intervenção é uma ofensa corporal não consentida (artigo 340.º CC). Estamos perante uma responsabilidade mais ampla, a simples negligência é suficiente para se responsabilizar. Ao contrário do artigo 156.º nº 3 CP que só é punida a negligência grosseira (a que mais à frente será tratada especificamente).

Quanto à responsabilidade disciplinar, a falta de informações ou a falta do consentimento demonstram a violação de um dever de conduta profissional. Este dever está previsto na Lei de Bases da Saúde e nos Códigos Deontológicos.

No apuramento da responsabilidade do profissional de saúde é necessário determinar se existiu “culpa”. Em direito penal é necessário que verifique-se cinco requisitos para estarmos perante um crime: acção humana, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade. A falta de verificação de algum destes requisitos resulta numa não responsabilização penal. Segundo

Rui Nunes, aquando a apuração da "culpa" do agente, é "…fundamental distinguir entre "culpa médica" e "erro médico"…entre a negligência profissional e o acidente associado a qualquer acto médico…"[92]. O apuramento de "culpa" consiste no critério da "censurabilidade" da acção, nos termos do artigo 17.º CP, "Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro não for censurável. Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada."

Segundo COSTA ANDRADE, [93] o erro sobre a ilicitude, excluirá a culpa se não for censurável, nos termos gerais do artigo 17.º.

Quando o médico acreditou e agiu com base numa errada representação dos pressupostos de uma causa de justificação. "A actuação nestas condições não pode, segundo a doutrina limitada da culpa, claramente dominante na Alemanha, ser punida como acção dolosa".

Entende-se que, nestes casos, o médico estava a representar erradamente os pressupostos de uma causa de justificação, não agindo necessariamente contra a ordem jurídica. Segundo WOLFGANG, " … se o médico não é censurável por aquela sua representação errada, então falham igualmente os pressupostos para uma punição a título de negligência"[94].

Segundo o disposto no artigo 15.º CP, "Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz: a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou b) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto". A negligência pode assumir a forma de consciente ou

---

92 RUI NUNES, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Ed., 2009, p. 194.

93 MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 392 e 393.

94 WOLFGANG FRISCH, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 72.

inconsciente. Existe um tipo de negligência que se define como negligência "grosseira".

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a negligência assume um carácter grosseiro quando o "agente revelar uma "especial aptidão", um "perigo intolerável" de ocorrência do resultado e, portanto, desde logo, uma ilicitude mais gravosa, a que acresce concomitantemente uma atitude particularmente censurável de descuido ou leviandade. A negligência grosseira revela não apenas ao nível do ilícito, mas também da culpa"[95].

Nos termos do nº 3, do artigo156.º CP, " se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido…". O legislador só pune o agente que actue por negligência grosseira, ou seja, um tipo de negligência mais gravosa.

Na opinião de FIGUEIREDO DIAS, "…por vezes, o nosso CP qualifica a negligência, considerando-a grosseira e punindo-a mais severamente…ou punindo exclusivamente esta espécie de negligência (v.g., artigo 156., nº 3)… Seguro é que a negligência grosseira constitui, em direito penal, um grau essencialmente aumentado ou expandindo de negligência… é importante … decidir se o carácter grosseiro da negligência…constitui exclusivamente uma forma qualificada da culpa negligente…ou uma graduação do ilícito em função do especial dever de cuidado, do perigo aumentado e (ou) da probabilidade e da especial frequência de verificação do resultado… A razão assiste a ROXIN quando defende que o conceito implica uma especial intensificação da negligência não só ao nível da culpa, mas também da ilicitude…"[96].

Reforçando, também, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA menciona que "A negligência grosseira significa em termos gerais que estamos, usando a

[95] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 111.
[96] JORGE FIGUEIREDO DIAS, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, 2001, pp. 380 e 381.

definição de verificação de FIGUEIREDO DIAS, perante " um comportamento particularmente perigoso e um resultado de verificação altamente provável", capaz de revelar um grau particularmente elevado de indiferença e de desrespeito para com os bens jurídicos alheios (perante uma forma qualificada de negligência)"[97].

No âmbito do artigo em análise, entende-se por negligência grosseira uma situação em que o agente represente falsamente os pressupostos do consentimento.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, " Se o médico representar falsamente a existência do consentimento, ele só é responsável se esse erro lhe for imputável a título de negligência grosseira… (críticos desta solução, FIGUEIREDO DIAS, e COSTA ANDRADE)"[98].

Não é qualquer erro que implica a ineficácia do consentimento, o erro para ser relevante deve comprometer a liberdade de dispor do corpo e da vida, ou seja, o erro só é considerado relevante quando prejudica o bem jurídico que o legislador quer salvaguardar.

O consentimento dado pelo paciente só é eficaz se não carecer de erro. A eficácia do consentimento depende da forma como o mesmo é obtido, da informação e do esclarecimento prestado pelo médico. Neste sentido, o legislador dispôs um dever de esclarecimento para a obtenção de um consentimento eficaz (artigo 157.º CP).

Nem sempre é fácil diferenciar o erro irrelevante do erro que conduz à ineficácia do consentimento. Segundo o comentário conimbricense [99]

---

[97] MARIA PAULA LEITE RIBEIRO DE FARIA, "O Erro em Medicina e o Direito Penal", in Lex Medicina e, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 nº 14 – Julho a Dezembro 2010, Coimbra Editora, 2010, p. 28, Apud FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, ob. cit. p. 903.

[98] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 482, Apud FIGUEIREDO DIAS, in Actas CP / EDUARDO CORREIA, 1979: 73, e COSTA ANDRADE, in Actas CP / FIGUEIREDO DIAS, 1993: 237.

[99] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p 387

existe uma menor complexidade se analisarmos os tópicos do esclarecimento. Este aponta para expressões passivas de erro relevante, logo qualquer erro sobre os tópicos de esclarecimento conduz à ineficácia salvo se preencher a figura do privilégio terapêutico. "Também determinarão a ineficácia do acordo os erros sobre a necessidade do tratamento ou mesmo sobre a sua natureza"[100].

Igualmente, em regra, o erro sobre a identidade do profissional determina a ineficácia do acordo. Mas existem excepções. Considera-se que este tipo de erro só será relevante "… quando a circunstância de o tratamento ser feita por um médico ou por um preparador assume relevo para o paciente normal"[101].

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "O erro do doente sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou do tratamento é relevante (artigo 157.º) e afasta o consentimento. Este erro inclui o erro sobre a necessidade relativa do tratamento e a identidade do médico. O erro sobre " o preço, a data, as implicações sociais ou económicas – profissionais da intervenção " é irrelevante (COSTA ANDRADE)[102].

Nestes termos, "O erro do médico sobre o alcance do dever de esclarecimento e o privilégio terapêutico constitui erro sobre ilicitude, em regra censurável, por se tratar de matéria fundamental inerente ao exercício da profissão…"[103].

---

[100] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 387.
[101] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 389.
[102] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 482, Apud COSTA ANDRADE, anotações 27.ª e 28.ª ao artigo 156.º in CCCP, 1999.
[103] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 484.

O erro relevante sobre o alcance do dever de esclarecimento conduz a um consentimento ineficaz "Neste domínio o erro determinará em geral, a ineficácia do acordo, substituindo, por isso, a tipicidade da conduta e normalmente também a ilicitude"[104].

Quanto à comparticipação a doutrina diverge. Por um lado, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende que o crime previsto no artigo 156.º CP "… é um crime específico impróprio, pelo que a comparticipação rege-se pelo disposto no artigo 28.º. A qualidade de médico é comunicável aos comparticipantes que a não possuam. Há uma relação de concurso aparente (especialidade) entre o crime de ofensas corporais e o crime de intervenções médico- cirúrgicas arbitrárias. O mesmo vale para o concurso entre o crime de homicídio e o crime de intervenções médico – cirúrgicas arbitrárias"[105].

Por outro lado, COSTA ANDRADE refere que "A infracção configura um crime específico próprio, uma vez que só podem figurar como autores os "médicos ou outras pessoas legalmente autorizadas" (artigo 150.º). Uma qualificação que, naturalmente, condiciona o regime da comparticipação, nos termos gerais. A separação das águas operada pelo legislador português entre as Ofensas Corporais e as Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários afasta a ocorrência de concurso ideal entre as duas infracções…"[106].

Nos termos do nº 4 do artigo 156.º, estamos perante um crime privado, sendo o titular de queixa o paciente. Em caso de morte do titular aplica-se o disposto no artigo 113.º, nº 2 CP. São, portanto, os familiares

[104] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Homenagem a CLAUS ROXIN, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, p. 138.
[105] Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 483.
[106] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 393.

mais próximos que em caso de morte do paciente assumem a legitimidade legal para apresentar queixa.

Em relação à interrupção de um tratamento por respeito à vontade eficaz do paciente, defende COSTA ANDRADE que "…não é punível por Homicídio o médico que, correspondendo à vontade esclarecida, livre e inequívoca de um paciente, omite ou interrompe o tratamento indispensável para lhe salvar a vida: a chamada eutanásia passiva ou, talvez mais correctamente, auxílio médico à morte… E será assim mesmo que a doença seja consequência de uma tentativa de suicídio"[107].

O médico vê cessado o seu dever de garante em circunstâncias em que por respeitar a autonomia da vontade do paciente se encontra obrigado a não intervir. TERESA QUINTELA DE BRITO defende inclusive que "…O médico, que realize o exame no processo penal contra a vontade do examinando, comete um facto ilícito, ao qual pode ser oposta legítima defesa… A pessoa, que não aceite submeter-se ao exame médico ordenado pela autoridade judiciária competente, (a) não incorre no crime de desobediência (artigo 348.º) ou (b) não pode por ele ser responsabilizada. Não realiza o crime de desobediência, por atipicidade da conduta omissiva, já que não é "devida" obediência a uma ordem que, em concreto, atenta contra a autonomia ética do seu destinatário"[108].

2.12 - Formulários e Sistema Nacional de Saúde (SNS)

Os formulários são os documentos legais, preenchidos e assinados pelos pacientes para consentir numa determinada intervenção. Estes são de

[107] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 128.

[108] TERESA QUINTELA DE BRITO, Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", Coimbra Editora, 2007, p. 555.

extrema relevância, pois servem de prova escrita em como o consentimento foi dado pelo paciente.

No entanto, o consentimento informado não pode ser considerado eficaz com um simples registo duma assinatura num papel. O consentimento para ser eficaz deve consistir no reconhecimento da autonomia da vontade do paciente, através da colaboração activa dos profissionais de saúde, numa intervenção de prevenção, educação e tratamentos médicos.

No momento do preenchimento do formulário para consentir deve existir a preocupação da pessoa que fornece este formulário em certificar que o paciente já fora previamente informado e esclarecido, que sabe o que significa o preenchimento deste formulário e em que consiste. Igualmente, o paciente deve ser informado que se ainda subsistir dúvidas tem o direito de as esclarecer.

O médico também tem a obrigação de comunicar, de forma prévia, completa e adequada ao paciente que este tem que preencher um formulário, sendo necessário que o paciente saiba que ao preencher o formulário deve analisar, conferir, se está devidamente esclarecido e assinar.

O formulário também pode servir como um meio fundamental de o paciente ficar mais esclarecido e, desde modo, reforçar o seu conhecimento sobre a intervenção. Da mesma forma, pode ainda ser um meio de consciencializar o paciente dos seus direitos. É, normalmente, no momento do preenchimento do formulário para consentir que se comunica, mais uma vez, os cuidados a ter previamente a uma intervenção ou tratamento.

Devem, essencialmente, conter uma informação o mais possível completa e acessível de maneira a o paciente tomar uma decisão livre e consciente. É este o objectivo essencial do preenchimento dos formulários.

Os formulários são, normalmente, um requisito formal das instituições. Servem de prova legal que uma determinada intervenção foi esclarecida e consentida expressamente. "Em regra, a manifestação do consentimento não obedece a qualquer formalismo, podendo ser expresso por qualquer meio. Em casos especiais previstos na lei, é exigível o consentimento escrito…"[109].

Deste modo, os Formulários apresentam garantias de prova do consentimento, pois é difícil de se provar o consentimento informado sem ser com um documento. Nos meios hospitalares é importante simplificar, cada vez mais, o processo de obtenção do consentimento, assim os formulários surgem como um meio de simplificar, sendo ao mesmo tempo uma garantia de prova. Em tribunal também pode ser considerada a prova testemunhal ou o processo clínico do paciente. O processo clínico prova pelo historial nele descrito a existência de um diálogo entre médico-paciente, indicando deste modo, a informação dada e esclarecida ao paciente para a obtenção do consentimento.

Os formulários também são relevantes para evitar más práticas em instituições de saúde, no sentido de prevenção. Ao servirem de prova garantem a prática da obtenção do consentimento esclarecido e o seu respeito. A exigência do preenchimento de um formulário para a obtenção do consentimento não invalida o dever de informação e esclarecimento do médico, aliás corrobora-o. "A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento…É hoje reconhecido que a informação escrita pode ajudar o diálogo, mas nunca o substitui"[110]. Os formulários são uma parte

[109] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 199.
[110] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico, Volume 76, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 453.

do processo de obtenção do consentimento. Não se pode separar da prévia transmissão de informação e o seu esclarecimento, pois por si só não satisfazem as exigências do consentimento, "o fundamento da causa de justificação do consentimento reside na auto–realização pessoal do portador do bem jurídico lesado"[111]. Quanto ao conteúdo dos formulários, este não pode conter cláusulas que prejudiquem os direitos dos utentes.

Para ANDRÉ PEREIRA, não se pode "… admitir é que se use este expediente como arma de arremesso jurídico que se obtém no "guichet" de um departamento administrativo, como acontece em tantos dos nossos hospitais!"[112].

Em conclusão os formulários são necessários e importantes, mas pelas razões indicadas podem não ser suficientes, pelo que, todos os profissionais de saúde, devem ter sempre presente os direitos dos utentes na informação e esclarecimento, que deverá ser transmitida ao paciente de forma simples e clara.

Quanto ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), o artigo 64.º CRP dispõe o direito à saúde, garantindo o Estado o direito de acesso à prestação de cuidados de saúde através do serviço nacional de saúde constituído por diversas instituições de saúde. Estas garantem a prática de cuidados de saúde, ou seja, "…o pilar essencial do Sistema de Saúde é o Serviço Nacional de Saúde…" [113].

Ainda neste sentido, concordamos com a afirmação de RUI NUNES, "…a criação da Entidade Reguladora da Saúde (ERS)… correspondeu às expectativas da sociedade…devido à reforma estrutural do Serviço Nacional de Saúde, a regulação tornou-se num instrumento essencial não

---

[111] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 194.

[112] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico, Volume 76, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 456.

[113] RUI NUNES, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Ed., 2009, p. 23.

apenas para garantir a concorrência saudável entre os diversos operadores mas, sobretudo, para salvaguardar o direito inalienável de todos os cidadãos a um sistema de saúde justo, solidário e equitativo"[114].

Nos tempos de crise económica e financeira que atravessamos, de recessão, de premissas conceituais com a realidade, é necessário estabelecer princípios e equilíbrios no Sistema Nacional de Saúde, sendo muito importante que independentemente dos desafios e objectivos de comprometimento orçamental e político, o consenso geral determine que o SNS continue a ser um diferencial do "Estado Social", no direito à dignidade e igualdade, que um sistema de saúde tem por obrigação proteger, respondendo solidariamente aos cidadãos que dele necessitem.

[114] RUI NUNES, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Ed., 2009, p. 25.

CAPÍTULO III – CONSENTIMENTO PRESUMIDO

3.1 - Definição

O consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários consiste na vontade hipotética de um paciente incapaz de expressar a sua vontade real. "Como ROXIN refere, MEZGER foi, se não o criador da figura, ao menos quem lhe deu o nome e desenhou o enquadramento doutrinal a que, no essencial, os autores e os tribunais continuam a prestar homenagem"[115].

A figura jurídica "consentimento presumido" surge como uma solução de situações em que é necessário o agente intervir para salvar a vida de um paciente, mas não é possível obter o seu consentimento. Estamos perante uma figura de carácter subsidiário prevista no artigo 156.º nº 2 CP, em que o agente actua ao abrigo de uma causa de exclusão e justificação da ilicitude.

O consentimento presumido garante a protecção do bem jurídico, autonomia da vontade, num momento em que o paciente não é capaz de consentir ou dissentir em intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

A impossibilidade de consentir por parte do paciente levanta questões ético jurídicas no domínio do agir em cuidados de saúde, sendo necessário agir no respeito de juízos de proporcionalidade em situações que o agente actua baseado numa vontade hipotética de paciente. A regra adoptada é "in dúbio pró vita", ou seja, na incerteza da vontade real

[115] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, nota 3, p. 119, Apud MEZGER, "Die subjektive Unrechtselemente", Der Gerichtsaal 1924, pp. 287 ss., e Strafrecht, 1949, pp.218 ss.

justifica-se uma intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário que salve a vida de um paciente incapaz.

COSTA ANDRADE defende: "…só a salvação da vida permite "manter em aberto a base de decisão", contrariando o risco de a perda da vida arrastar consigo a perda irreversível da autonomia…a salvar-se a vida e a persistir o conflito com a autonomia, sobrará sempre espaço para a " assinatura da liberdade " (suicídio) de que fala FLETCHER"[116]. Seguindo um principio kantiano é vital nunca tratar a pessoa como um meio, antes como um fim em si[117].

A intervenção do agente através da figura jurídica consentimento presumido é justificada em situações que se verifica um conflito entre a vida e a integridade física e a incapacidade de autodeterminação de paciente.

3.2 - Vontade Hipotética

A importância do consentimento, tanto o declarado como o presumido, consiste no respeito pela vontade de paciente. Existem situações em que não é possível a obtenção do consentimento, nem o conhecimento efectivo da vontade do paciente.

Segundo WOLFGANG FRISCH: "A finalidade do instituto do consentimento presumido é, assim, solucionar estes casos, salvaguardando-

[116] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 145.

[117] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, ""Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 124.

se, na medida do possível, o respeito pelo direito de autodeterminação do interessado"[118].

É basilar garantir e proteger, na medida do possível, a autodeterminação do paciente, conjugando as limitações do campo de aplicação do instituto. O consentimento presumido assume um carácter subsidiário face à vontade real.

A vontade presumida do paciente surge associada a uma limitação da vontade real, ou seja, em casos que não é possível obter o consentimento declarado. A incapacidade de consentir gera uma impossibilidade de conhecer a vontade real do paciente.

Na falta de conhecimento da vontade real do paciente, o agente pode intervir estando ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude. A acção do agente é justificada pela figura jurídica "consentimento presumido", ou seja, pela representação da vontade hipotética do paciente.

Segundo M. MAIA GONÇALVES[119] é através do consentimento virtual ou hipotético que se exclui a ilicitude. Para se concluir qual a vontade hipotética do paciente é necessário analisar-se um quadro de circunstâncias, conjecturando em que sentido seria dado o consentimento.

Este quadro de circunstâncias para se poder conjecturar a vontade hipotética deve consistir em critérios pessoais, pois "… tendo em vista a prevalência do direito de autodeterminação do paciente, o conteúdo da vontade presumida há-de determinar-se, em primeira linha, a partir das circunstâncias pessoais do interessado, dos seus interesses individuais, desejos, necessidades e representações de valor. Os critérios objectivos – em particular a qualificação de uma medida como, em geral, razoável e

---

[118] WOLFGANG FRISCH, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 108.

[119] M. MAIA GONÇALVES, Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 13ª Ed., Almedina Coimbra, 1999, p. 180.

normal e correspondente ao interesse de um paciente razoável – não tem significado autónomo, apenas servindo para a investigação da vontade hipotética individual"[120].

Deve-se razoavelmente supor segundo um juízo de prognose póstuma, que o titular do interesse lesado teria eficazmente consentido. A vontade hipotética assume um sentido que justifica a exclusão da ilicitude, pois considera-se que esta seria a vontade real. No entanto, posteriormente, pode verificar-se que a vontade hipotética não condizia com a real.

Nestes casos FIGUEIREDO DIAS afirma: " Qual era em definitivo a vontade real do interessado é coisa que pode não ser certa. Mas a relevância de um juízo ex post deve ser recusada, podendo assim divisar-se, também no consentimento presumido, uma dominância do desvalor de acção sobre o desvalor de resultado. Nestes casos deve sempre presumir-se que o interessado teria reagido como normal e razoável"[121].

COSTA ANDRADE refere que o consentimento presumido é baseado na vontade hipotética, ou seja, "…não representa uma modalidade ou derivado do direito de necessidade…a eficácia justificativa…radica na valoração normativa da vontade hipotética do paciente. Que não pode ser ultrapassada pela ponderação supra – individual e "mais racional" dos seus interesses, na perspectiva do que se considere o seu "verdadeiro bem"[122].

Reforçando, ainda, o mesmo autor que "…o consentimento presumido representa a superação de conflitualidade, ao menos potencial…conflito entre "a vontade presumida pelo agente e a vontade real, possivelmente contrária, do titular do bem jurídico.

---

[120] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 136.

[121] JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p. 492.

[122] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 143.

Uma colisão superada porquanto, na base de critérios objectivos e diferenciados, se fixa uma vontade presumida que justifica a agressão…mesmo que depois venha a verificar-se que a verdadeira vontade do portador do bem jurídico era outra" (ROXIN)[123].

É comum, no quotidiano se confundir vontade hipotética e consentimento hipotético.

Esta confusão deriva de o consentimento ser entendido como uma manifestação da vontade conduzindo a pensar-se que estamos perante a mesma figura, sendo, por isso, importante estabelecer a distinção destas duas figuras.

A vontade hipotética traduz-se numa vontade conjecturada devido a não se conseguir apurar a vontade real do paciente. O consentimento presumido é a baseado nesta vontade hipotética.

O consentimento hipotético "assenta em esclarecimento insuficiente do paciente…sendo ineficaz, mas…certo que o paciente teria igualmente consentido se tivesse sido devidamente esclarecido…afasta a punibilidade do médico, mas por razões que revelam dos princípios da doutrina da imputação objectiva, aplicada às causas de justificação…pode intervir em situações em que bem poderia obter-se a vontade efectiva do paciente, não podendo falar-se de consentimento presumido… Representa uma causa de exclusão do ilícito objectivo por falta de "causalidade da lacuna do esclarecimento…"[124].

[123] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 132, Apud ROXIN, Strafrecht, p. 693.
[124] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 133.

"Nesta situação dilemática, o critério para uma decisão adequada só pode ser o de evitar, na medida do possível, a produção de danos irreversíveis que possam contrariar a vontade do paciente"[125].

O consentimento presumido baseado na vontade hipotética, actua como uma causa de exclusão da ilicitude, desde que, não se verifiquem circunstâncias que permitam ao agente concluir com segurança que o consentimento real seria diferente.

3.3 - Análise do Artigo 156.º nº2 CP

O nº 2 do artigo 156.º contempla situações em que o facto praticado pelo agente, sem o consentimento eficaz, não é punível.

A alínea a) refere casos que o consentimento só puder ser obtido com o adiamento da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário e esse adiamento implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do paciente, o agente pode agir ao abrigo de uma causa de justificação da ilicitude.

Verifica-se o critério de urgência do agente intervir, sem a possibilidade de obter o consentimento, para salvar a vida ou evitar perigos graves para o corpo ou a saúde do paciente. Estas situações são retratadas, por exemplo: numa pessoa que sofreu um acidente de viação e dá entrada num hospital em estado critico. Este paciente encontra-se incapaz de consentir e é urgente a intervenção médica para salvar a sua vida.

Na alínea b), o legislador prevê situações em que foi dado o consentimento para uma determinada intervenção ou tratamento, mas veio a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos

[125] WOLFGANG FRISCH, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 111.

conhecimentos e da experiência da medicina como um meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde.

Se durante a realização de uma operação se descobrem dados que permitam concluir que é necessário ou recomendável intervir e que para tal intervenção o consentimento não se estende, verifica-se a necessidade de um alargamento da operação, devendo considerar-se se é adequada a ponderação a este alargamento da intervenção.

Nas situações previstas no nº 2, o agente só actua numa justificação da ilicitude se não se verificarem circunstâncias que lhe permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Portanto, esta exigência é "cumulativa" com qualquer das situações que se encontrem ao abrigo do consentimento presumido nas intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. As causas de exclusão da ilicitude previstas nas alíneas a) e b) "…são alternativas, funcionando cumulativamente com a não verificação de circunstâncias estabelecidas na parte final do mesmo nº 2."[126].

Segundo COSTA ANDRADE "A fragmentaridade qualificada da incriminação obedece, assim, a uma intencionalidade clara: in dúbio pro vita (ou pro salute)"[127].

Assim, nos termos do artigo 156.º nº 2, a figura de consentimento presumido permite, que o agente actue sem ser punido, superando situações em que não é possível obter o consentimento real do paciente.

[126] M. MAIA GOÇALVES, Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 13ª Ed., Almedina Coimbra, 1999, p. 532.
[127] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 382.

3.4 - Requisitos do Consentimento Presumido

O consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários baseia-se na vontade hipotética do paciente incapaz de consentir.

Para o agente agir ao abrigo desta causa de exclusão da ilicitude é necessário que se verifiquem determinados e específicos requisitos, como sejam, o paciente tem de encontrar-se incapaz de expressar a sua vontade real, ou seja, existe a impossibilidade de obtenção do consentimento por parte do agente, a intervenção tem de ser urgente e necessária para salvar a vida ou proteger a integridade física ou a saúde do paciente.

O artigo 8.º CDHB protege as situações de urgência "Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa". Não se podem verificar circunstâncias que permitam ao agente concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Estes requisitos devem ser bem delimitados, pois existem várias dúvidas em situações que se encontram relacionadas com o consentimento presumido, nomeadamente, situações de incapazes menores de idade, ou com anomalia psíquica, pacientes em EVP, DAV e o seu valor indiciário, pacientes testemunhas de jeová, entre outros. A complexidade destas questões relacionam-se com o facto, da intervenção pressupor salvar a vida de uma pessoa.

O consentimento presumido é assim, a figura jurídica que protege a autodeterminação de um paciente incapaz de declarar a sua vontade real.

3.5 - Incapacidades

As situações que se encontram protegidas pelo consentimento presumido têm como ponto comum a falta de consentimento real. Esta impossibilidade manifesta-se por o paciente se encontrar incapaz de consentir.

No capítulo anterior referimos vários tipos de incapacidade legal para consentir. Ao falarmos de incapacidade no consentimento presumido, pretendemos focar situações em que o paciente se encontra incapaz de consentir e existe urgência na intervenção para salvar a sua vida.

No caso dos pacientes menores ou com anomalia psíquica, estes têm representantes legais, pelo que, é necessário respeitar o poder paternal até onde for possível. Mas também "devem ressalvar-se, é claro as hipóteses de urgência, em que o médico não consegue, em tempo útil, pedir e obter o consentimento dos pais; nestes casos, a obrigação geral dos médicos – que é a de tratar – e o interesse do menor de ser tratado, levam a que se torne licita a intervenção clínica, sem mais"[128].

Quanto à incapacidade de consentimento de um paciente maior, em princípio, não existe um representante legal, estando perante a protecção do princípio da autonomia da vontade individual. Em pacientes incapazes de consentir devido a sofrerem de uma doença que provoca momentos de inconsciência se existir um momento de lucidez e seja declarada a sua vontade esta deve ser respeitada.

Também se deve diferenciar situações de incapacidade temporária de situações em que a incapacidade é irreversível. O paradigma da incapacidade de paciente em estado terminal ou em EVP conduz a dúvidas do valor jurídico das DAV.

---

[128] GUILHERME DE OLIVEIRA, "Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica", Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999, p. 230.

Igualmente, é importante definir critérios sobre o valor das informações dos familiares próximos do paciente incapaz de consentir.

3.6 - Causa de Exclusão de Ilicitude

A figura de consentimento presumido consiste na vontade hipotética do paciente. Em situações de incapacidade do paciente prestar o consentimento real o agente pode actuar ao abrigo de uma causa de justificação da ilicitude. O bem jurídico protegido é a autonomia do paciente incapaz de consentir. Neste sentido é justificada a acção do agente com base na vontade hipotética conjecturando que a mesma condiz com a real.

Segundo COSTA ANDRADE, ao consentimento – acordo presumido é conferido uma autónoma e específica causa de justificação. Embora não seja uma matéria em que haja um entendimento consensual, derivada da questão de falta do elemento "contra vontade", ou seja, embora não se saiba a vontade, não está excluída a hipótese de ela existir e acontecer e o "…consentimento presumido está em grande parte associada a constelações típicas de acordo presumido"[129].

3.7 - Carácter Geral do Consentimento Presumido (artigo 39.º)

O regime geral do consentimento presumido no Direito Penal está previsto no artigo 39.º CP que dispõe: " 1. Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que

[129] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 131.

o titular do interesse protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado".

Segundo COSTA ANDRADE o consentimento presumido consiste em "…uma figura de raíz consuetudinária e criação doutrinal e a que a lei penal portuguesa assegurou expressão positivada (artigos 39.º e 156.º, nº2)"[130].

O regime geral do consentimento presumido exige para a eficácia do consentimento a sua presunção, no nº 2 do artigo 156.º constata-se um regime excepcional, onde é exigido a não presunção do consentimento como um limite. O consentimento presumido assume "…a consagração expressa (artigo 156.º, nº 2) de um regime privilegiado de consentimento presumido – menos exigente do que o regime geral da figura (artigo 39.º) – como via de legitimação das intervenções e tratamentos mais urgentes e indispensáveis para salvaguardar a vida ou a saúde"[131]. No segundo basta a suposição fundada de que o paciente não se oporia.

Para PAULO PINTO ALBUQUERQUE "A cláusula de "concluir com segurança" relevante para efeitos do consentimento presumido…não é, bem vistas as coisas, mais apertada do que a cláusula geral da "suposição razoável"… pois num caso como no outro o consentimento presumido há-de resultar de elementos sérios que permitam concluir pelo sentido da vontade do titular do bem jurídico (contra, COSTA ANDRADE…e TERESA QUINTELA DE BRITO…)"[132]. Igualmente, defende que "…só havendo razões sérias para crer que o doente não quereria ser tratado, o médico pode

---

[130] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 117.

[131] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p 117.

[132] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 482, Apud COSTA ANDRADE, anotação 12.ª ao artigo 156.º, in CCCP, 1999, TERESA QUINTELA DE BRITO, 2007: 135.

invocar o consentimento presumido para interromper ou omitir um tratamento (FIGUEIREDO DIAS…, mas contra COSTA ANDRADE…, seguido por TERESA QUINTELA DE BRITO"[133].

3.8 - O Fim da Vida

Num momento terminal da vida do paciente, surgem questões vitais que se interligam com a figura jurídica "consentimento presumido".

A impossibilidade de o paciente poder expressar a sua vontade é uma característica comum nos doentes em fase terminal, assim como, a necessidade dos médicos intervirem sem a possibilidade de conhecer a vontade do paciente é um dilema vivenciado nas instituições que prestam cuidados de saúde.

Os médicos convivem com dúvidas no âmbito do agir em cuidados de saúde em relação se estão a agir ao abrigo de causas de exclusão da ilicitude ou não.

Igualmente, pergunta-se qual o valor da vontade transmitida pelos familiares e se esta informação consiste ou não em circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. Existem valores comuns, mas mesmo estes são em primeira análise, individuais.

A indicação dada pela família refere os valores e as convicções pelas quais o paciente se regeu ao longo da vida, ajudando o médico a compreender o modo e projecto de vida do paciente. Mas será que um familiar consegue se "colocar" no lugar do paciente inconsciente e discernir qual seria a sua vontade real, mesmo que essa seja de todo

[133] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 200, Apud FIGUEIREDO DIAS, anotações 24.ª e 25.ª ao artigo 131.º, e 2007: 493, COSTA ANDRADE, 2004 b: 147, TERESA QUINTELA DE BRITO, 2007: 135 e 136.

contrária à sua própria vontade numa situação equivalente? Defendemos que a família tem uma contribuição crucial em todos os sentidos, mas a informação transmitida deverá carecer de valor indiciário, de forma a evitar abusos numa etapa vulnerável da vida do paciente em estado terminal.

O ser humano é dotado de capacidade para fazer juízos de valor que permitem à pessoa compreender as razões porque existem esses mesmos valores.

Assim, mesmo que não adoptem certos valores não significa que não os possam compreender e aceitar.

Neste sentido, concretiza-se o respeito pela autonomia da vontade de cada ser humano.

3.8.1 - Eutanásia e Distanásia

Ao falarmos em doentes que se encontram numa fase terminal surge a figura de eutanásia. Estamos perante uma figura jurídica que levanta questões de enorme complexidade e divergência nos diversos campos do saber.

No consentimento presumido também surgem dúvidas que se interligam com a prática eutanásica. O respeito pela autonomia da vontade conduzem a determinadas práticas médicas que em primeira análise se interligam com práticas eutanásicas, mas pensamos que estamos perante práticas diferentes.

É portanto necessário definir o que é contexto eutanásico e segundo TERESA QUINTELA DE BRITO estamos perante um contexto eutanásico “se o paciente em situação de inconsciência estivesse também em “contexto eutanásico”, isto é, para lá de toda a ajuda médica possível, porque na fase terminal de doença mortal e incurável ou porque a qualidade de vida se reduziu, de modo irreversível, à sua ínfima expressão”.

Para FARIA COSTA o contexto eutanásico encontra-se "quando a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência, a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o "deixar de viver" não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída"[134].

A eutanásia pode ser activa (consiste numa acção) ou passiva (consiste numa omissão). A doutrina jurídica perante as problemáticas levantadas pelo conceito de eutanásia tem vindo a tentar classificar várias formas de eutanásia. Esta classificação traduz uma tentativa de simplificar um fenómeno de difícil apreensão. Podemos delimitar: eutanásia activa (acção em que a terapêutica aplicada é para matar) e passiva (uma omissão, deixar morrer por omissão de uma determinada terapêutica susceptível de melhorar a condição clínica do paciente ou gerar esperança na recuperação), directa (é sempre activa intenção de produzir a morte) e indirecta (ortotanásia, estamos perante uma conduta cujo objectivo é aliviar o sofrimento e a dor mas sabe-se que a acção encurta a esperança de vida), voluntária (o paciente está consciente e declara a sua vontade expressa), não voluntária (o paciente já não está consciente e não declarou mesmo no passado a sua vontade) e involuntária (imposta ao paciente consciente por um terceiro)[135].

No consentimento o paradigma eutanásia é referente à passiva, pois baseia-se em situações que o respeito pela vontade do paciente capaz manifestou expressamente a sua vontade de não consentir (dissentir) numa determinada intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário que lhe salvaria a vida.

---

[134] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 117, Apud FARIA COSTA, "O Fim da Vida e o Direito Penal", Linhas de Direito Penal e de Filosofia, 2005, p. 147.

[135] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Artigo 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 249.

Nos doentes incapazes de expressar a sua vontade real e se encontrem numa fase terminal, também surgem questões ligadas à eutanásia. Tanto na aplicação de tratamentos que conduzem a um aceleramento da morte, como na omissão de tratamentos artificiais que prolonguem a vida do paciente.

A eutanásia pressupõe sempre uma intervenção de um terceiro que ajuda a morrer. Não estamos perante prática de eutanásia numa situação em se desliga uma máquina que mantém artificialmente um paciente a respirar, se já fora declarada a morte cerebral, pois neste caso já não existe vida " após a certeza da morte cerebral, os sistemas artificiais de apoio à vida não apenas podem ser desligados como devem sê-lo, ainda que possa aceitar-se uma pequena dilação nos casos em que exista consentimento (expresso ou legalmente presumido) para acolheita de órgão ou tecidos"[136].

Existem novas técnicas na medicina (intensiva) de prolongamento e sustentação da vida através de meios artificiais (Ventilação artificial, Hemodiafiltração e Consecução de um estado hemodinâmico) que se consegue a manutenção das funções vitais[137]. Os médicos devem poupar o paciente terminal sem esperança a terapêuticas inúteis, evitando dessa forma um maior e desnecessário sofrimento, demonstrando assim um respeito e aceitação de uma morte digna de acordo com a condição do ser humano.

Segundo HANS KOCH "… em qualquer situação terminal, se advoga a primazia da preocupação com a vida, ou, mais exactamente, com a qualidade de vida em detrimento do apelo a um comportamento virado exclusivamente para a duração da vida". Assim "O desejo sério do doente

---

[136] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Artigo 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 248.

[137] JOSÉ DE FARIA COSTA, "Vida e Morte em Direito Penal", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 187.

terminal, cuja morte só pode ser adiada com a ajuda de aparelhos técnicos, deve ser fundamentado, de forma a excluir a punibilidade prevista…"[138].

Uma outra situação importante de diferenciar de prática eutanásica consiste na administração de um tratamento para minimizar o sofrimento de um paciente em fase terminal (caso da morfina). Este tratamento costuma ser encarado como uma forma de eutanásia, pois, à priori conhece-se que conduz a uma redução do tempo de vida, mas na realidade é diferente um auxilio a morrer de um auxilio na morte.

O objectivo, nestes casos, é proporcionar ao doente terminal o melhor conforto possível aliviando a dor e o sofrimento, mas inevitavelmente este acelera tempo de vida num processo em que a morte é inevitável.

Penso, que será este objectivo (proporcionar o melhor conforto possível) um dos pilares da essência do ser humano interligado com a dignidade da pessoa humana.

Um caso diferente é a interrupção de um tratamento que iria prolongar a vida a um limite (distanásia). Este tipo de prolongamento da vida poderá se aproximar do entendimento de tratamentos desumanos. Portanto, esta interrupção também não pode ser interpretada como uma prática eutanásica.

Igualmente, não deve ser considerada eutanásia uma acção ou omissão quanto se baseia no respeito pela autonomia do paciente, através, do consentimento ou dissentimento consciente do paciente. Entendemos que, em princípio, até o próprio paciente não visualiza a sua vontade como uma prática de eutanásia. No caso de se entender que estaríamos perante uma prática de eutanásia passiva o agente incorria no crime previsto e punido no artigo 134.º CP "Homicídio a pedido da vítima".

[138] HANS GEORG KOCH, "O Principio e o Termo da Vida como Problemas do Direito da Medicina", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 165 e 166.

O direito à vida levanta a questão de saber se inclui o direito de organização da própria morte. Segundo CANOTILHO e VITAL MOREIRA "…em caso de doença incurável ("testamento biológico", "direito de viver a morte"), podem-se justificar regras especiais quanto à organização dos cuidados e acompanhamento de doenças em fase terminal ("direito de morte com dignidade"), mas não se confere aos médicos ou pessoal de saúde qualquer direito de abstenção de cuidados em relação aos pacientes (cfr. Resolução sobre a Carta dos direitos do doente do Parlamento Europeu, de 19-01-84)"[139].

Como forma exemplificativa, podemos referir que no direito Alemão, "…em termos de impunibilidade como eutanásia passiva… que o doente terminal tem direito a proibir um tal tratamento; mesmo depois de haver aceite o tratamento, o paciente pode exigir que se lhe ponha termo de novo"[140].

3.8.2 - Estádios Terminais

Quanto a doentes em estádios terminais, a doutrina diverge no entendimento de se justificar através do consentimento presumido a interrupção de um tratamento que mantinha o doente vivo.

Segundo COSTA ANDRADE "Existem dúvidas "quanto às virtualidades do consentimento presumido para justificar a recusa ou a interrupção dos tratamentos de pessoas que perderam irreversivelmente a consciência"...Não podemos…do lado da doutrina…na parte em que considera justificável por consentimento presumido a interrupção do

[139] J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 450.
[140] HANS GEORG KOCH, "O Principio e o Termo da Vida como Problemas do Direito da Medicina", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 165.

tratamento que mantinha viva uma pessoa em síndrome apático ou estado vegetativo persistente"[141]. Defende que o paciente em EVP perdeu a autonomia e nesse sentido não se poderia falar em consentimento presumido, nem punir o médico por estar em erro sobre a vontade hipotética.

Para MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA é importante critério da verificação de indícios seguros "… a ideia de " benefício terapêutico" e o princípio " in dúbio pro vita", só se impondo a abstenção médica face a indícios seguros…No fundo, parte-se da ideia de que o mais razoável e o mais comum, será a vontade do doente correr no sentido de querer ser salvo; porém, face àqueles indícios seguros em sentido contrário, já o médico deveria abster-se de intervir"[142].

3.8.3 - Cuidados Paliativos

Os cuidados paliativos consistem em serviços de cuidados de saúde em casos de pacientes com doenças crónicas em estado terminal.

Estes serviços têm como objectivo assegurar o tratamento que proporcione o alívio de dores crónicas e, igualmente, proporcionar o melhor conforto possível numa fase tão vulnerável como o fim da vida.

Neste sentido o Serviço Nacional de Saúde, como dissemos, deve garantir os cuidados de saúde com a assistência profissional e qualificada devida aos cidadãos que dela necessitem.

---

[141] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 147.

[142] MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA, Das Omissões Licitas no Exercício da Medicina, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p.104.

3.8.4 - Doenças Degenerativas

Cada vez mais são diagnosticadas doenças degenerativas. Com o avanço das novas tecnologias é permitido à ciência da medicina descobrir estas doenças numa fase ainda inicial.

A descoberta precoce de uma doença degenerativa desencadeia todo um processo de tratamentos, sendo necessário um suporte de serviços que concretizem todos estes procedimentos.

Os doentes portadores destas doenças degenerativas vão, por inerência à própria doença, perdendo capacidades vitais, nomeadamente a capacidade de consentir em determinadas intervenções e tratamentos de saúde.

Numa era de globalização, em que cada vez as pessoas estão mais informadas, existe a necessidade de garantir o respeito pela autodeterminação individual.

Neste contexto surgem as DAV como uma forma de prevenir, caso a pessoa perca a capacidade de consentir, que a sua vontade real seja respeitada. As pessoas com conhecimento destas patologias criam convicções perante determinadas intervenções e tratamentos praticados.

3.9 - Regime Especial para um Paciente “Suicida”

Ao paciente suicida é aplicado um regime especial. Perante uma tentativa falhada de suicídio, adopta-se um tratamento diferenciado do paciente “não suicida”.

O problema de um paciente suicida é que possui capacidade para consentir ou dissentir numa intervenção médico-cirúrgica arbitrária. É natural que um paciente suicida não consinta numa intervenção ou tratamento que lhe salve a vida.

Uma questão relevante é saber se o médico intervir numa situação de paciente suicida pode estar ao abrigo da eficácia justificativa do artigo 154.º, nº 3, al. b). O médico não tem o dever de agir nos casos de pacientes suicidas, pois vê o seu dever garante cessado. Portanto numa situação em que o médico não intervenha, não existe dúvidas que não pode responsabilizado por omissão (eutanásia passiva) de agir.

Nos casos de tratamentos compulsivos, um dos dilemas surge nas instituições prisionais, em presidiários que fazem greve de fome e recusam tratamento.

É relevante analisar e distinguir, neste âmbito, duas situações: uma em que o recluso faça greve de fome como um meio de concretizar o suicídio (suicídio activo) de uma situação que o recluso faça greve de fome e recuse o tratamento como meio de atingir um fim contrário ao suicídio (o objectivo é outro), mas que a falta de nutrição implica a sua morte (suicídio passivo)[143].

Quanto a um paciente suicida que se encontre inconsciente, defende M. MAIA GONÇALVES "Não pode…apelar-se para o consentimento presumido, por exemplo, para tratamento médico de um suicida frustrado inconsciente, que saiba ter cometido o suicídio em autêntica decisão existencial;"[144].

É importante a verificação de casos em que as intervenções médicas podem ser justificadas, por existirem autorizações legais que promovam interesses jurídicos supra – individuais como forma de prevenção de epidemias.

[143] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 392.
[144] M. MAIA GONÇALVES, Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 13ª Ed., Almedina Coimbra, 1999, p. 180.

3.10 - Negligência Grosseira (artigo 156º nº 3 CP)

O nº 3 do referido artigo 156.º pune o agente que representar falsamente os pressupostos do consentimento, mas só por negligência grosseira.

Entendemos por negligência grosseira uma situação especial da negligência, mais gravosa, em que o agente pode ser mais censurável por a sua atitude ser intolerável, (…ou seja, quando está perfeitamente ao alcance do agente evitar uma representação falsa dos pressupostos do consentimento)[145].

3.11 - Erro

Ao se falar de erro, pode existir uma situação em que o médico acreditou que a sua conduta, por exemplo, em alargar uma operação não figura uma afronta ao direito de autodeterminação do paciente. Neste caso, " a eventual punição a título de negligência depende de se comprovar que ele acreditou de forma apressada e leviana na existência de uma situação de facto que permite concluir pelo consentimento presumido"[146].

Outra situação diferente é se o agente, ao abrigo de uma causa de justificação da ilicitude, por exemplo, alargou a operação sem o consentimento eficaz do paciente para esse alargamento.

No caso de o paciente posteriormente afirmar que não permitiria esse alargamento e que o médico poderia ter previsto aquando da obtenção do

[145] LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, Código Penal, 2º Volume, Rei dos Livros, 2ª Ed., 1ª reimpressão, 1997, p. 202.
[146] WOLFGANG FRISCH, "Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções médico – Cirúrgicas", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 114.

consentimento e esclarecido que este alargamento poderia acontecer, então a conduta do médico pode ser censurável.

3.12 – Prova e Moldura Penal

Em situações que o agente actua ao abrigo do consentimento presumido é difícil ao lesionado do bem jurídico de fazer prova. O ónus da prova pertence a quem acusa e no caso de morte do titular adquirem legitimidade os familiares mais próximos.

O legislador teve o cuidado de no nº 2 do artigo 156.º dispor de um critério "concluir com segurança" diferente do critério de "razoabilidade" previsto no regime geral do consentimento presumido.

No exercício de uma intervenção em casos que o paciente não é capaz de expressar a sua vontade real de forma consciente, requer um cuidado específico.

Numa intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário sem o consentimento real e eficaz do paciente, pode o agente ser punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Se o agente agiu por negligência grosseira, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias.

CAPÍTULO IV – TESTAMENTO VITAL

4.1 - Conceito e denominações

O Testamento Vital (TV) é uma figura conhecida nas sociedades actuais. Com a evolução da tecnologia na área da medicina, a mudança de mentalidades e a globalização mundial surge uma consciencialização nas sociedades plurais de valorar a autonomia da vontade da pessoa humana.

Neste sentido, é cada vez mais visível a preocupação do direito de criar meios que permitam suportar as novas realidades que surgem na área da medicina, nomeadamente, com o aumento da esperança média de vida da população e com a criação de mecanismos que permitem terapêuticas que prolonguem a vida, é essencial que o direito garanta uma tutela eficaz no respeito pela vontade declarada por um indivíduo, cujo conteúdo se refere ao momento em que o mesmo já não se encontre capaz.

Nos capítulos anteriores, foi referido o direito do paciente de prestar o consentimento informado e esclarecido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, como um direito de dispor do próprio corpo, expressando a autodeterminação inerente à condição de pessoa como ser humano.

Ora, o TV surge como uma figura que pelo seu sentido está interligado com o consentimento, ou seja, com a expressão de vontade num exercício de autonomia.

Existem vários nomes, usuais, associados a manifestações de vontade do paciente, embora, estejamos perante a mesma figura, o nome pode variar, de país para país.

Assim, podemos ler Testamento de Vida, Testamento Vital, Testamento de Paciente, Decisão, Declaração ou Directiva Antecipada de Vontade de Doente ou de Paciente.

Neste trabalho, optamos por chamar Directivas Antecipadas de Vontade (DAV) de paciente ao documento escrito em que uma pessoa dá instruções antecipadas, acerca de tratamentos que deseja ou não deseja receber no "terminus da vida", no caso de se encontrar incapaz de tomar decisões sobre si mesmo.

Não obstante estarmos perante um acto pessoal, unilateral e revogável (idêntico ao testamento) em que uma pessoa expressa a sua vontade esclarecida, a opção de designar este documento como DAV, em vez de TV deriva de estarmos a falar de disposições que produzem efeito num momento em que ainda existe vida. No mesmo sentido também JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, complementa a ideia afirmando que não estamos perante disposições patrimoniais, mas sim pessoais o "bem vida", ou seja, estamos perante disposições "sobre o "ser" das pessoas e não sobre o "ter"[147].

A Associação Portuguesa de Bioética define DAV como um: "documento no qual uma pessoa maior de idade e com plena capacidade de exercício de direitos: a) manifesta antecipadamente a sua vontade séria, livre e esclarecida no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de a expressar pessoal e autonomamente, ou [poderá, obviamente, ser e / ou] b) atribui a outra(s) pessoa(s), voluntariamente, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde para aquela(s) os exerça(m) no caso de se encontrar incapaz de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade"[148].

---

[147] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 130.

[148] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p. 115, Apud Associação Portuguesa de Bioética, Helena Brito e Rui Nunes (Relatores), Projecto de diploma nº P/APB/06…aprovado em Assembleia Geral de 13 de Outubro de 2006.

Embora o conteúdo e alcance possa variar nas definições de DAV, é geral que o objectivo, das mesmas, é sortirem efeito num momento em que a pessoa já não seja capaz de expressar a sua vontade.

As DAV são instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou recusa receber no fim da vida, no caso de se tornar incapaz de tomar decisões, por si própria.

No fundo, as DAV surgem como uma solução de num momento de incapacidade (normalmente numa fase terminal) de uma pessoa poder ver ser respeitada a sua vontade real, esta já ter sido manifestada anteriormente e nestes termos possa ser válida.

Como mais à frente será exposto, estamos perante uma tentativa de solução que está impregnada de dúvidas de carácter jurídico, ético, social, cultural e religioso.

Esta complexidade tem vindo aos poucos a ser superada, principalmente, pelos juristas numa tentativa de conjugar o “possível”, com o “ideal”.

4.2 - Sociedade e importância das DAV

Numa sociedade moderna, virada para uma maior preocupação de arranjar soluções no campo individual, é iminente abrir caminhos que permitam conjugar a autonomia da pessoa humana com a evolução da medicina.

O pensamento social evoluiu e o direito não pode deixar de acompanhar.

Esta valorização do ser humano como pessoa, levanta questões relacionadas com o fim da vida e os cuidados necessários para existir um maior respeito e conforto nesse período natural à condição do ser humano.

Estas reflexões são de carácter individual, mas também familiar, pois não se pode esquecer o custo emocional que estas situações provocam no seio da família, precisamente pelo seu carácter repentino de surgimento, é que se torna essencial arranjar soluções.

Estamos perante uma problemática que se impõe, a realidade de fim da vida.

Uma das soluções para que seja respeitada a vontade da pessoa num momento em que esta não possa declarar a sua vontade, é a criação das DAV, mas para que estas possam produzir efeitos práticos é necessário que o direito as delimite e lhes conceda força vinculativa, não sem antes, analisar e dispor os requisitos que a mesma deve abranger.

Segundo RUI NUNES[149] este documento só poderá ser considerado válido se preencher certos requisitos como, ser um documento escrito por um indivíduo com capacidade legal e assinado pelo mesmo na presença de notário e testemunhas.

Igualmente, contenha a declaração que no caso de estar incapaz de expressar a sua vontade (seja por inconsciência, seja por anomalia psíquica), deseje receber ou não determinados cuidados médicos.

Pode existir declarações de vontade em sentidos diferentes, ou seja, pode desejar-se receber certos tratamentos que permitam prolongar a vida, mas recusar um específico que também o faça.

Não se pode esquecer que estas declarações só fazem sentido se estiverem de acordo com a terapêutica indicada pelo médico, e numa situação em que seria necessário a obtenção do consentimento.

Hoje, as DAV são vistas pela sociedade de uma forma bastante aceitável, só que pouco ainda esclarecida tanto em relação à sua força jurídica, como à sua elaboração.

[149] RUI NUNES / HELENA PEREIRA DE MELO, Testamento Vital, Almedina, 2011, p. 160.

Acreditamos, que deverá existir um justo convívio de opiniões diferentes, o que não invalida a possibilidade de quem deseja elaborar uma DAV o possa fazer de forma, a que a mesma seja tida em conta.

Para que as DAV sejam sérias e aceites, é necessário estipular qual o grau de importância do esclarecimento, considerando o facto de não se poder prever a evolução que possa surgir entretanto na área da medicina.

4.3 - A necessidade e justificação das DAV

O progresso dos recursos tecnológicos e a globalização presente nas nossas sociedades permitiu um aumento da esperança média de vida e um prolongamento da mesma, em casos de doenças crónicas ou em fase terminal.

Surgiram meios na medicina moderna que permitem, essencialmente, uma manutenção artificial da vida humana durante meses ou anos. Esta realidade contribuiu para a criação de um serviço de saúde designado por "Cuidados Paliativos".

Os cuidados paliativos são constituídos por profissionais de saúde que prestam os últimos cuidados a doentes que se encontram numa fase terminal, sendo o seu objectivo dar assistência de forma a minorar o sofrimento do paciente e a proporcionar o melhor conforto possível nos cuidados de saúde.

As DAV têm a sua importância justificada por consistir num meio legal, cujo objectivo é proteger a vontade do paciente, quando este no terminus da vida se encontra incapaz de declarar o seu consentimento.

É importante designar o seu significado e a sua legitimidade face à sua aplicação na prática. É natural que cada ser humano escolha livremente, e que possa decidir em consciência até que ponto permite prolongar a sua vida.

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética levou à A.R. uma proposta[150] que deu origem na altura a um debate sobre o Testamento Vital. Levantaram-se várias dúvidas ético-jurídicas. São precisamente essas dúvidas que se pretende mencionar neste capítulo, tal como as diversas opiniões argumentadas pela doutrina.

Esta proposta surgiu como uma forma de solucionar o surgimento de novas tecnologias e o impacto que estas tiveram na área da medicina.

Esta proposta foi comentada por LAURA FERREIRA DOS SANTOS[151]. Esta autora considera que a proposta deveria ser elaborada ainda num sentido mais "aberto", ou seja, com menos requisitos formais. Defende, neste âmbito que a vida não pode ser encarada só num sentido de vida biológica, mas também interligada com uma vida biográfica.

Segundo a autora aquando a elaboração de uma DAV (ou tratamento) não deve ser necessária a intervenção/presença do médico. Esta opinião sustenta que nem sempre existe uma relação médico – paciente sólida para que este participe numa DAV, nem os médicos devem querer, de forma alguma, estar vinculados a essa directiva. Ainda a mesma autora, afirma que o testamento vital não é uma DAV, pode, é estar inserido numa DAV, ou seja, considera que uma DAV é muito mais, indo para além do testamento de vida. Assim, conclui, que não se pode deixar de fora das DAV possibilidades como declarações "de valores e convicções…da «qualidade de vida»;…instruções quanto a tratamentos…; a designação de um/a Procurador/a de cuidados de saúde; … pronunciar sobre outras questões sobre o morrer e a morte, como a destinação do seu corpo, etc"[152].

[150] Anexo II.
[151] LAURA FERREIRA DOS SANTOS, Testamento Vital, O que é? Como elaborá-lo?, 1 ª Ed., Sextante Editora, 2011, p. 203.
[152] LAURA FERREIRA DOS SANTOS, Testamento Vital, O que é? Como elaborá-lo?, 1 ª Ed., Sextante Editora, 2011, p. 205.

Parece-me, e não querendo descurar de certos aspectos importantes, como os referidos por LAURA FERREIRA DOS SANTOS quanto à elaboração do TV/DAV, que em primeira mão se deve analisar aspectos relacionados com a sua eficácia jurídica.

Um dos problemas é não existir actualidade na expressão da vontade nas DAV quando estas produzem efeitos. Um problema que dificilmente se supera. Segundo COSTA ANDRADE, " O testamento de paciente só permite saber o que o paciente queria no momento em que o redigiu; mas não permite com segurança o que ele quer no momento do tratamento. Por vias disso, não podendo ser assumido em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade criminal do médico…"[153].

Neste sentido e segundo este autor não só as DAV não podem carecer de carácter vinculativo, como não preenchem os requisitos do consentimento eficaz (actualidade).

4.3.1 - Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade é o princípio que rege toda a questão do consentimento. O respeito pela autonomia da vontade é o respeito pela dignidade da vida da pessoa humana na sua condição natural.

Se um paciente exercer o seu direito de autodeterminação de forma prévia, expressa, clara, livre e informada / esclarecida e considerando que na relação médico – paciente existe uma posição de paridade, então deve-se ter como válidas as DAV.

[153] MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 385.

Uma questão pertinente será um paciente num estado terminal e incapaz de expressar a sua vontade, sem poder exercer o seu direito de autonomia, ainda possui esse direito, mesmo não o podendo declarar.

Somos de opinião, que sim, e neste sentido deve-se considerar as DAV, como um expressão de autodeterminação sobre o direito de dispor do próprio corpo e viver o terminus da vida segundo as suas ideologias de dignidade humana.

Existe diferença no valor de uma DAV entre um caso de urgência e uma situação de doença crónica? Por exemplo, se uma pessoa, porque num caso em que geneticamente sabe que poderá ter uma doença crónica e que precisará de determinados tratamentos, dispõe que não os quer receber, porque sabe quando chegar o momento não poderá expressar a sua vontade, deverá esta DAV ser mais valorada do que uma outra, em que o paciente não tem a mesma certeza? As convicções serão mais fortes na primeira situação do que na segunda? Cremos que o respeito pela autonomia deve ser igual nas DAV, mesmo num padrão indiciário.

4.3.2 - Direito dos Utentes e Tutela do Direito

O Direito dos Utentes é reconhecido e tutelado pelas normas de Direito Internacional e Direito Interno.

A ERS regula no seu artigo 25.º os direitos dos utentes.

Segundo RUI NUNES, os direitos dos utentes são em termos gerais: "…Autonomia; Informação; Vontade previamente manifestada; Liberdade de escolha; privacidade; Acesso à informação de saúde; Não – discriminação e não – estigmatização; Acompanhamento espiritual; Primado da pessoa sobre a ciência e a sociedade; Queixa e reclamação; Equidade no acesso e Acessibilidade em tempo útil…"[154].

[154] RUI NUNES, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Ed., 2009, p. 176.

O artigo 9.º da CDHB (Vontade anteriormente manifestada) "A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta. Significa que se deve considerar as DAV como um meio eficaz de expressar a vontade real".

Embora nas DAV não seja em primeira análise o Direito dos Utentes a ser tido em conta, não deixa de ser necessário conjugar esses direitos dispostos na legislação em vigor para se consolidar a fundamentação das DAV, como medida necessária e eficaz para garantir do direito, respeito pela vida e por a dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, é necessário o direito proteger a vida humana de práticas abusivas com resultados por vezes irreversíveis. Não se pode esquecer o risco de " as condições de isolamento e de carência afectiva em que muitos doentes se encontram, sobretudo em meio hospitalar, nos derradeiros momentos das suas vidas...Trata-se se um domínio em que todas as garantias de autenticidade da declaração parecem escassas"[155].

Não se pode retirar valor às DAV, pois, não se pode tratar uma situação em que o paciente declarou antecipadamente a sua vontade da mesma forma que um paciente que nunca o fez.

A manifestação de vontade tem de alguma forma ser considerada e relevante aquando uma situação de decisões sobre a vida de um terceiro incapaz de declarar a sua vontade.

Aliás, já neste sentido dispõe o artigo 9.º CDH, faltando estipular qual o valor atribuído às DAV (indiciárias ou vinculativas?).

[155] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Artigo 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 256.

4.3.3 - Cuidados Paliativos nas DAV

Voltamos a ter necessariamente que referir a enorme importância do constante desenvolvimento das tecnologias científicas, que veio permitir, cada vez mais, haja hipótese de se prolongar a vida de um paciente.

Assim, foram criados os meios de cuidados a prestar no fim da vida, de forma a assegurar a um paciente uma morte mais digna e suave, assistida por meios mais capazes de atenuar sofrimento.

Cuidados Paliativos é o nome do serviço, no qual doentes crónicos, muitos em fase terminal, podem ver assegurada a assistência médica mais adequada.

Nestes serviços, os profissionais de saúde levantam a questão de saber se podem ou devem abster-se a intervir com um determinado tratamento no caso de existirem DAV. Questionam-se, por vezes, se não é uma forma de eutanásia passiva a abstenção de uma determinada terapêutica.

Na prática clínica, surgem várias questões relacionadas com a abstinência de acto do médico, existindo duas situações distintas que têm bastante relevo na apuração de responsabilidades de actos médicos. São a suspensão de um tratamento e a não aplicação de um tratamento, pois, embora ambas possam ter a mesma consequência (morte de um paciente), eticamente podem ser encaradas pelo médico de forma diferente. Ambas podem ser um dilema de escolha para um médico por se confundirem com uma prática de eutanásia passiva. (Este tema, pela sua complexidade será desenvolvido mais adiante).

A acompanhar os progressos vem a importância de definir e parametrizar as boas práticas clínicas.

É importante criar padrões para a obtenção de meios de tratamentos, não podendo ser desproporcionados, principalmente se demonstrarem

serem ineficazes, ou seja, é contrário às boas práticas clínicas utilizar tratamentos extraordinários para um prolongamento da vida quando estes se comprovaram não serem eficazes para uma cura.

O critério, portanto, é a proporcionalidade entre meios e fins.

Ao falar-se de meios para prolongar a vida é necessário analisar quais as causas desse tratamento ao prolongar a vida, ou seja, qual o grau de sofrimento (físico e psicológico).

No fundo, a importância de saber-se qual o " custo do paciente " ao prolongar-se a sua vida quando este se encontra numa fase já terminal, sendo estas questões colocadas por profissionais de saúde que exercem as suas funções em serviços como os cuidados paliativos.

4.4 - Requisitos de eficácia

As DAV de paciente, devido ao seu carácter de complexidade, têm de preencher requisitos pré definidos para poderem ser consideradas eficazes.

Para todos os efeitos, estamos perante uma declaração antecipada de vontade de consentir ou dissentir em determinadas intervenções, que um dia num futuro e por se encontrarem num momento de incapacidade, um paciente deseja que a sua vontade seja respeitada.

Para se falar em consentimento este tem de ser informado, livre e esclarecido, preenchendo todos os requisitos padronizados para o consentimento eficaz.

O problema é que as DAV tal como a designação indica, não é a actual ao tempo dessa mesma intervenção.

A falta de actualidade tem consequências tanto nas inovações na área da medicina, como na mudança de vontade no momento em que a DAV produz efeitos. A nomeação de procurador poderia facilitar neste sentido,

pois ele decidiria em conformidade com a vontade do paciente que a ele fora transmitida ou nas ideologias em que o paciente se baseou na vida. O que também não é uma solução 100% certa, pois nada garante que no momento terminal em que o paciente vive a situação em si, também, a sua vontade não tenha mudado.

Devido ao risco de a vontade declarada numa DAV não ser a vontade real num momento em que o paciente não possa consentir eficazmente, é necessário que sejam criadas exigências formais e substâncias nas DAV para que estas possam produzir efeitos.

Parece-nos correcto que tenha que existir um documento escrito, com disposições claras e informadas e que o mesmo seja assinado pelo paciente capaz, sendo importante que o paciente tenha sido devidamente esclarecido, e que, no mesmo estejam presentes testemunhas. O documento pode ser revogável a qualquer momento, e, se possível, exista um registo nacional para uma melhor obtenção dessas DAV, pelas Instituições Nacionais de Saúde nos casos de urgência.

Quanto à possibilidade de nomeação de um procurador de cuidados de saúde, pensamos ser possível que as DAV admitam esta situação, pois, por uma questão de analogia, se um menor porque é incapaz pode ser representado, então, também, um incapaz adulto pode nomear um procurador.

Mas seria importante referir os motivos pelos quais o paciente decide nomear esse procurador. Talvez fosse um meio de garantir que um terceiro não decida arbitrariamente sem considerar a vontade do paciente.

Numa declaração antecipada de vontade do paciente em que nomeie um procurador de saúde, de forma, a que este possa tomar as decisões no caso de o declarante padecer de incapacidade de expressar a sua vontade, é fulcral que esta nomeação só tenha validade enquanto o paciente não está

em condições de declarar a sua vontade, pois, a incapacidade do paciente tanto pode ser definitiva como momentânea.

Em relação à intervenção de um médico e de um registo com presença de um notário, estamos perante exigências que permitem uma garantia de as DAV corresponderem à realidade declarada. Estamos perante a figura de "boa fé pública" por o documento ser feito num notário. No entanto, dúvidas nos restam se com estes dois últimos requisitos na verdade um paciente elabore mesmo uma DAV, pois, para a obtenção de uma maior segurança, estamos a criar também maiores dificuldades de tempo e dinheiro para a elaboração e registo de uma DAV, devendo, ainda, acrescentarmos a validade de somente 3 anos.

ANDRÉ PEREIRA defende que as DAV devem ser escritas, podendo em alguns casos específicos ser verbal e devem ser elaboradas por um capaz legal, referindo que "O Comité Nacional de Ética da Alemanha, … conclui… " uma pessoa mentalmente capaz deve ter o direito de, para o caso de deixar de ser capaz de consentir numa data futura, escrever um documento de declarações antecipadas…"...Seguindo a esmagadora maioria dos direitos estrangeiros, julgo que só uma declaração escrita pode vir a merecer o estatuto de uma DAV com valor legal" …" … a declaração deve ser emitida por uma pessoa adulta e capaz. Embora nos Países Baixos, pelo menos, se permita que um menor de 16 anos possa também escrever o seu living will…"[156].

No entanto, o importante é que, sejam dados passos no direito para que as DAV sejam legisladas e que possam carecer de força vinculativa

[156] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, pp. 54 e 55, Apud German National Ethics Council, The advance directive: na instrumento of self-determination, June 2005.

para uma melhor prática médica e para que um paciente em estado terminal, veja respeitada a sua vontade antecipada.

4.5 - Limites

Será que quanto mais elevado for o grau de risco da intervenção, maior deve ser o cuidado na obtenção do consentimento válido e actual?
Se a resposta for sim, então, de facto, pode-se afirmar que as DAV deveriam estar limitadas a algumas intervenções, que por sua natureza têm um elevado risco para o paciente.

Tal como no consentimento informado, as DAV de paciente não podem ser atendidas quando sejam contrárias às boas práticas médicas, ou não sejam em consonância com a terapêutica prescrita pelo médico como indicada para a sua doença diagnosticada.

Segundo MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, "O médico nunca respeita a declaração antecipada quando esta seja contrária à lei ou à ordem pública, quando determine uma intervenção contrária às normas técnicas da profissão, ou quando, devido a evidente desactualização em face do progresso dos meios terapêuticos, seja manifestamente presumível… que o doente não desejaria manter a declaração"[157]. Estamos perante limites às DAV.

4.6 - Plano ético versus plano jurídico

Estes dois planos devem por razões lógicas "andar de mãos dadas", ou seja, o direito está de consonância com os bons costumes e as boas práticas, surgindo o Direito Penal como um direito subsidiário para

[157] MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, Das Omissões Licitas no Exercício da Medicina, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 109.

proteger um bem jurídico quando este seja violado e não existam meios menos "penosos" que garantam uma tutela eficaz do direito.

O princípio da autonomia da vontade está interligado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. O problema surge em situações (ex: omissão de tratamento) que para se respeitar a autonomia do paciente existe uma colisão com o direito fundamental absoluto "Direito à Vida".

As comissões de ética são um meio de os médicos poderem esclarecer dúvidas, mas "… os médicos…confrontados no exercício da respectiva actividade profissional…tomar decisões de absoluta radicalidade… nem sempre é possível obter o conforto proporcionado pelas comissões de ética"[158].

Umas das considerações a ter que refuta a ideia de as DAV possam servir como uma ajuda ao suicídio, é que nas DAV não existe motivação do paciente em morrer, existe sim, determinação, quanto ao que considera querer ou não, no caso de não poder expressar a sua vontade.

Uma pergunta que surge nesta matéria é até onde deve ir a tutela da autonomia do paciente no fim da vida. Poderemos estar numa fronteira entre a autonomia do paciente e eutanásia passiva? Quanto aos profissionais de saúde, não se levanta grandes problemáticas numa situação que encaram não como eutanásia, mas sim como prestar cuidados de forma a atenuar o sofrimento de um paciente num caso terminal.

É dominante a consciência humana, jurídica e médica quanto à efectivação de boas práticas. É necessário é defini-las e garantir a sua aplicação. A eutanásia é definida com conceitos concretos, embora exista alguns pontos que levantam dúvidas por se encontrarem semelhantes pela omissão de cuidados, estes devem ser superados pela justificação de

[158] JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Artigo 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 254.

existirem diferenças também significativas. O fim de aplicação é diferente, a vontade não consiste em ajudar a matar, mas sim a concretizar uma vontade que, consiste, num princípio que a humanidade adoptou durante os tempos como uma condição da existência do ser humano.

4.7 - Testamento com eficácia justificativa do consentimento presumido ou mera indicação

Pode-se equiparar o consentimento declarado numa DAV com o consentimento presumido enunciado no nº 2 do artigo 156.º CP?

Um dos argumentos para se poder considerar as DAV como uma causa de justificação de exclusão de ilicitude, é o de o consentimento presumido não consistir numa vontade real, mas sim numa vontade presumida.

Pode ser um meio de comparação os riscos inerentes a se presumir uma vontade (mesmo com segurança), aos riscos que a falta de actualidade das DAV carecem para ser um consentimento eficaz?

Em ambos os casos, os pacientes encontram-se incapazes de expressar a sua vontade. Só que nas DAV, o risco até pode ser considerado menor, por o paciente já ter expressado a sua vontade real mesmo antecipadamente. Qualquer pronunciamento por parte do paciente dado anteriormente para o apuramento da vontade real é importante, pois facilita ao médico uma representação da vontade.

Uma DAV poderia ser uma forma segura da vontade de um paciente incapaz, porque na realidade consegue preencher alguns requisitos do consentimento, mas o facto de não ser actual no momento que produz efeito, também implica que a informação pode não ser a actual quanto ao quadro clínico da altura de agir.

COSTA ANDRADE considera: "que o testamento de paciente só permite saber se o paciente queria no momento em que o redigiu; mas não permite referenciar com segurança o que ele quer no momento do tratamento. Por vias disso, não pode adscrever-se ao testamento de paciente mais do que um valor indiciário, não podendo ser assumido em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade criminal do médico"[159].

E se no momento em que a DAV é feita ainda não existia um determinado tratamento, pode-se analisar esses mesmos tratamentos e aplicá-los por analogia/semelhança? Seja como uma tentativa de solução a esta questão, seja como forma de apurar a real vontade do declarante, é, importante, saber quais os critérios que pesaram na DAV para uma determinada escolha.

Ainda numa reflexão da falta de actualidade nas DAV, pensamos que ao atribuir um carácter vinculativo às DAV, o paciente que se decidir por fazer uma DAV tem perfeita consciência desta falta de actualidade que as caracterizam.

Tornando-se uma falta incontornável se mesmo assim o paciente quiser fazer uma DAV, isso deverá ser um indício, ou uma forma mais segura de concluir que o paciente tem noção da falta de actualidade das DAV, e, mesmo assim, opta por deixar antecipadamente declarada a sua vontade real, deve esta ser respeitada de forma vinculativa.

Não se consegue de todo parametrizar a "actualidade", pois o que se pode definir como vontade actual em questões temporais? Dúvidas não existem na doutrina, como referido no nº 4.4 (requisitos de eficácia), que falta às DAV o requisito actualidade.

---

[159] JOAQUIM SABINO ROGÉRIO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal", in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008, p.124, Apud Costa Andrade, Manuel da, Anotação ao artigo 156º CP, in Comentário Conimbricense, op. Cit., p. 385.

A questão crucial no consentimento presumido é que a vontade hipotética seja coincidente com a real, e, para esse apuramento da verdade, é necessário que não se verifiquem circunstâncias que permitam com segurança o contrário.

Uma forma de superar esta questão poderá consistir em critérios de flexibilização, ou seja, ao estarmos perante uma vontade presumida não existe forma de o critério actual estar presente, mas poder-se-á estabelecer um critério temporal para as DAV carecerem de eficácia (3 anos). É nesse sentido que o projecto[160] elaborado pela APB se apresenta quanto ao problema da falta de actualidade das DAV.

As opiniões na doutrina divergem, uns defendem que as DAV estão ao abrigo do consentimento presumido, outros, que num caso concreto em que o paciente está incapaz de consentir primeiro deve-se respeitar as DAV e depois se estas não existirem então o médico decide devido ao seu carácter de urgência pelo consentimento presumido, outros ainda, defendem que as DAV não podem ser equiparadas ao consentimento presumido.

4.8 - Paradigma do carácter vinculativo ou indiciário

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ao referir-se às DAV defende que "O consentimento dado neste documento é e mantém-se actual, desde que o seu autor não tenha posteriormente manifestado, por qualquer meio, a sua vontade de o alterar ou revogar (também neste sentido, artigo 9.º da CDHB, e, na doutrina, COSTA ANDRADE…FIGUEIREDO DIAS…, ambos falando da "força indiciária" do testamento…"[161]. Este autor vai ainda mais longe

[160] Anexo II

[161] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 199, Apud Costa Andrade, anotação 20ª ao artigo 156º, in

quando se trata de um paciente incapaz de expressar a sua vontade e se encontre numa fase terminal, mesmo que tenha representante legal, no caso de existir uma DAV última esta deve prevalecer. Neste sentido, "…pessoa atingida por doença incurável, na sua fase terminal,… Quando ela perder esse discernimento, o consentimento deve ser prestado pelo representante legal do doente, salvo se o doente tiver exprimido a sua vontade em testamento de vida, caso em que prevalece a sua vontade…"[162]. Estamos perante uma defesa das DAV em casos concretos de paciente em fase terminal.

Às DAV nem sempre é reconhecida validade e eficácia. "A Califórnia foi o primeiro Estado a legislar sobre esta matéria, em 1976, e desde então por todo o mundo ocidental tem-se assistido a um movimento no sentido de reconhecer validade e eficácia a estas declarações e à positivação, em lei, dos requisitos a que estas devem obedecer…"[163].

Segundo ANDRÉ PEREIRA, falta o pilar actualidade (um pilar do consentimento informado) nas DAV para que estas possam carecer de eficácia jurídica. Portanto será necessário existir a possibilidade de prescindir da actualidade. Existe uma ausência de unanimidade (Parecer 45/CNECV/2005 e Parecer 46/CNECV/2005). O CNECV nestes dois pareceres decidiu por vias distintas, pois "… equacionou o princípio da autonomia através do "filtro" do princípio da beneficência. Estaremos perante uma "autonomia vigiada" ou uma "autonomia subordinada"?"[164].

CCCP 1999, 1991: 457, e Figueiredo Dias, 2007:488,25º ao artigo 131º, in CCCP, 1999.

[162] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2ª Ed., 2010, p. 482.

[163] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, p. 50.

[164] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, pp. 51 e 52, Apud http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/.

Em relação a um paciente que se encontre em EVP o CNECV (Parecer 45/2005) "…contribuiu, assim, para o debate sobre a necessidade de se encontrarem formas, tão perfeitas quanto possível, de conhecer, com verdade, conhecimento e actualidade qual seria a vontade desta pessoa no que respeita à continuação da manutenção do suporte de vida"[165].

Nesta matéria, a doutrina divide-se. Enquanto COSTA ANDRADE "…perfilha…nesta matéria – " valor meramente indiciário"… ","…FARIA COSTA reconheceu o valor vinculativo dos testamentos biológicos, não apenas em vista da omissão de tratamentos de suporte de vida, mas mesmo, segundo JOÃO LOUREIRO, … em relação a certos casos de eutanásia activa…". Por seu lado, "…FIGUEIREDO DIAS pronunciou-se pela força vinculativa prima facie dos testamentos de paciente…"[166].

ANDRÉ PEREIRA defende que as DAV devem ser indicativas e/ou vinculativas, ou seja, "… transformar a conjunção disjuntiva numa conjunção copulativa". Neste âmbito que deveriam existir as duas: DAV indicativas e DAV vinculativas. As primeiras seriam menos rigorosas que as segundas, tanto no plano procedimental como no substâncial.

Assim, as DAV para exercerem um carácter vinculativo, deveriam ser atestadas por um médico que garantiria que o declarante estava informado e esclarecido, e, também, deveriam ser registadas num notário.

---

[165] PAULA MARTINHO DA SILVA, A Relevância Ético – Jurídica do Consentimento Informado em cinco anos de CNECV e um olhar no fututo, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, p. 67.

[166] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, pp. 53 e 54, Apud FIGUEIREDO DIAS, J., Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, pp. 487-488 and 492-493, FARIA COSTA, J., " O fim da vida e o direito penal", in: Liber Discipulorum para JORGE FIGUEIREDO DIAS, 2003, pp. 793-794, LOUREIRO J. C, "Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico", Cadernos de Bioética (1994/8), pp.27-65,Loureiro J. C, " Advance directives: a portuguese aproach", Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde 5 (2008/9), p.7, LOUREIRO, J.C., " Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito – II", Revista Portuguesa de Bioética (2008/4), p.75.

"Não significa isto que a declaração antecipada de vontade indicativa poderia ser ignorada ou desrespeitada sem justificação"[167].

No caso de as DAV passarem a ser vinculativas e permitissem concluir com segurança a vontade do paciente, o agente poderia não estar perante uma exclusão da ilicitude ao não atender e nesse caso deveria existir uma inversão do ónus da prova, ou seja, caberia ao médico o ónus de provar porque não considerou a DAV segura da vontade do paciente. Estaríamos, assim, perante uma presunção a favor da autonomia, mas sem prejuízo de causas de exclusão da culpa, por exemplo, o erro não censurável.

Atribuir só um valor indiciário não basta para assegurar que essa vontade seja respeitada. "A pessoa merece, em nome da sua liberdade – fundamento da dignidade – gozar do poder de escrever a sua biografia, de ser Senhor do seu destino, de desenhar o seu trajecto, de fazer o seu caminho"[168].

Para todos os efeitos, tem de existir uma diferença significativa numa situação em que o paciente declara a sua vontade antecipadamente, devendo ser dada uma oportunidade de respeito pela sua validade e eficácia. Uma manifestação de vontade é um princípio inerente à condição de pessoa como ser humano e não pode deixar de ser tido em consideração.

---

[167] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, pp. 55 e 57.

[168] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra editora, 2010, p. 53, Apud SANTOSUOSSO, A., II Consenso Informato, Raffaello Cortina Editore, 1996, p.113.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

A realização deste trabalho consistiu em tratar o tema Consentimento de Paciente nas Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos Arbitrários fazendo uma análise ao artigo 156.º CP.

Na sua concretização, procedeu-se à exposição do objecto de estudo contemplando definições e importância na nossa sociedade actual, bem como conceitos jurídicos interligados com o Direito de Consentir. Durante a investigação da temática, consideramos as dúvidas emergentes e a necessidade de soluções e alternativas como uma mais-valia na elaboração desta dissertação.

A figura jurídica Consentimento nas Intervenções e Tratamentos Médico-Cirúrgicos Arbitrários (artigo 156.º CP), consiste no direito de autodeterminação do paciente de expressar a vontade séria e livre de dispor do próprio corpo face a cuidados de saúde. Segundo M. MINGUEZ GARCIA, "… o bem jurídico protegido nos crimes contra a liberdade pessoal não é, pura e simplesmente, a liberdade, mas a liberdade de decidir e de actuar: liberdade de decisão (informação) e de realização da vontade"[169]. O consentimento encontra assim, a sua expressão jurídica em princípios fundamentais ligados à Dignidade da Pessoa Humana.

Para a obtenção do consentimento real e para que este seja dotado de eficácia, é necessário que o paciente seja informado e esclarecido pelo agente. A informação deve ser completa não devendo restar dúvidas ao paciente relacionadas com a intervenção ou tratamento médico-cirúrgico para a qual consentiu.

É difícil delimitar o conteúdo necessário de informação a prestar para um efectivo esclarecimento do paciente. É imperativo, neste sentido, que o

[169] M. MINGUEZ GARCIA, o Direito Penal Passo a Passo, Volume I, Almedina, 2011, p. 238.

profissional de saúde se possa guiar por critérios base que sirvam de padrões e conjugar com a informação que cada paciente em concreto precisa para um efectivo consentimento.

Durante o diálogo com o paciente, o médico pode avaliar quais as informações relevantes para um esclarecimento completo do paciente. É um dever do médico garantir que o paciente ficou sem dúvidas, bem informado e esclarecido.

Ainda, em relação à informação prestada ao paciente, é importante que esta não seja encarada como uma oportunidade única para poder decidir. O paciente não deve assumir mentalmente uma pressão para consentir, como um aceitar ou não, um agora ou nunca sem tempo para ponderar. É importante que o paciente represente a informação e o diálogo como uma mais-valia para um consentimento consciente, sério e esclarecido. Escolher é diferente de consentir, devendo ter-se uma compreensão "completa" da informação.

O artigo 157.º CP contempla o dever do médico de esclarecer o paciente, tendo o legislador, o cuidado de prever situações excepcionais em que a informação e o esclarecimento, ao serem conhecidos pelo paciente, possam por em perigo a sua vida ou serem susceptíveis de lhe causar dano à saúde física ou psíquica.

Esta disposição é representada pela figura jurídica "privilégio terapêutico", consistindo na omissão de informação que deveria ser disponibilizada ao doente, cabendo ao médico discernir quais as situações, em concreto, que estão ao abrigo do "privilégio terapêutico", ou seja, informações e esclarecimentos que possam causar perturbações sérias ao doente, salvaguardando os seus interesses.

Não se pode "cair" no erro de burocratizar o consentimento através da assinatura de um simples formulário, que na prática não garante uma boa aplicabilidade do direito nas instituições hospitalares. O direito não

visa desresponsabilizar o médico ou profissional de saúde, quando este não cumpriu com o seu dever de esclarecimento, embora tenha uma prova de consentimento, este será inválido por não ter sido obtido com o esclarecimento devido.

Infelizmente, é prática comum ser dado o consentimento com a assinatura de um formulário. Nem sempre os direitos dos utentes previstos na ordem jurídica são respeitados, sendo, por vezes, ultrapassados aos "olhos" das autoridades reguladoras competentes.

É necessário criar meios que permitam a eficácia dos direitos na área da saúde, constituindo as Comissões de Ética um pilar de garantia dos direitos dos utentes, não sendo porém o suficiente para efectivar as práticas verificadas nos serviços de cuidados de saúde.

O agente deve obter o consentimento efectivo do paciente para poder intervir sem incorrer no crime previsto e punido no artigo 156.º nº1 CP, existindo situações que são excepção por não ser possível obter o consentimento efectivo do paciente.

O agente pode actuar sem o consentimento real do paciente, em situações que seja necessário intervir com urgência para lhe salvar a vida e não seja possível conhecer a sua vontade. Estamos perante a necessidade de proteger a autonomia da vontade dos pacientes incapazes de consentir em intervenções que lhe vão "salvar" a vida. O agente age ao abrigo de uma causa de justificação da ilicitude baseada na vontade hipotética do paciente, ou seja, num consentimento presumido do paciente.

Um dos requisitos imperativos do consentimento presumido, é não verificar-se circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. O requisito de " concluir com segurança", no consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, aparece como um regime especial face ao geral do consentimento presumido (art. 39.º CP), em que é necessário uma situação

que se supõe com razoabilidade que o titular do agente teria eficazmente consentido.

Ao agente é difícil delimitar as circunstâncias que permitem concluir com segurança que o paciente não iria consentir numa determinada intervenção. Para MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA, "… apesar de todo o esforço do médico no sentido de respeitar autodeterminação…o seu "melhor interesse"… poderá restar uma margem para a apreciação e decisão de consciência do médico…principalmente neste complexo âmbito do consentimento presumido"[170]. Cabe ao agente apreciar, segundo o caso concreto, qual seria a vontade real do paciente.

O consentimento presumido tem um carácter subsidiário, pois só se aplica em situações de incapacidade do paciente em manifestar a sua vontade real, sendo importante distinguir um paciente incapaz de consentir legalmente (paciente menor ou com anomalia psíquica), de um incapaz de consentir por se encontrar inconsciente. Também se deve distinguir um paciente inconsciente temporariamente de um inconsciente permanente. Segundo ANDRÉ PEREIRA cabe ao médico avaliar a capacidade para consentir do paciente e " Nos casos de fronteira entre a capacidade e a incapacidade podemos apresentar um quadro conceptual, no qual se distingam os casos de incompetência absoluta … dos casos de incompetência relativa…"[171].

A vida é o bem jurídico mais valioso que a pessoa humana tem e não se pode dissociar de dignidade humana e de autonomia da vontade. Seguindo FARIA COSTA e M. MINGUEZ GARCIA, "…o poder jurídico que o sujeito…carrega…outra coisa não é senão a autodeterminação. Tudo gira

[170] MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA, Das Omissões Licitas no Exercício da Medicina, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 113.

[171] ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004, p.169.

em torno, quando olhamos para o sujeito, da noção de autodeterminação"[172], igualmente, "… A existência humana e a liberdade são desde o inicio inseparáveis"[173]. O respeito pela autonomia da vontade baseia-se em princípios fundamentais inerentes à condição de pessoa humana, suscitando questões jurídicas que têm de ser analisadas e conjugadas com a bioética, a filosófica, a moral, a religião, entre outras.

Com a evolução de novas tecnologias da ciência no campo da saúde e a informação conduzida pelo fenómeno da globalização, é, cada vez mais notório, na sociedade actual e moderna, uma exigência de vida com qualidade.

Igualmente, também o aumento da esperança média de vida conduziu a um reflexo na mentalidade das pessoas em encarar os médicos como prestadores de serviços na área da saúde (principalmente em intervenções estéticas).

Hoje a morte já não é encarada como um processo natural do fim da vida, existe a possibilidade de utilizar suportes que a prolonguem, e meios terapêuticos que diminuam a dor e causem um melhor conforto ao doente terminal.

A criação dos cuidados paliativos teve precisamente como objectivo proporcionar este bem-estar num momento terminal da vida, em que já não é possível a cura, mas é possível manter a qualidade, acompanhando o doente terminal.

O entendimento do conceito de pessoa humana começa e acaba em si mesma, assim "…no vértice da atual compreensão autêntica da existência humana deparamos com a pessoa: a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem–pessoa e a sua dignidade é o pressuposto

[172] JOSÉ DE FARIA COSTA, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005, p. 127.
[173] M. MINGUEZ GARCIA, o Direito Penal Passo a Passo, Volume I, Almedina, 2011, p. 233.

decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo"[174]. Deixou de se encarar as relações médico-paciente baseadas no paternalismo médico e abriu-se caminho para a valorização da autonomia, colocando o paciente como um sujeito activo na relação.

É necessário arranjar alternativas que solucionem situações em que, aparentemente, os direitos humanos entram em conflito. O direito à vida, à dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, são direitos inerentes à pessoa humana que têm de ser respeitados e protegidos juridicamente.

O problema surge quando ao respeitarmos um direito estamos a violar outro, tendo esta, colisão de direitos vindo a ser superada pela doutrina, ainda que não se tenha atingido um consenso no conteúdo e alcance de cada um destes direitos, veja-se que "…nos nossos dias, quando se utiliza a expressão direitos humanos isso não significa sequer que haja acordo sobre os direitos que são reconhecidos apesar deste acordo ser o mais fácil de atingir…até aqueles que aceitam a mesma lista de direitos têm, frequentemente, entendimentos diferentes a respeito do seu carácter geral, conteúdo e alcance"[175].

Os direitos humanos são o fundamento da prática em cuidados de saúde, tal como defende MARIA DO CÉU RUEFF, um direito da medicina com ligação aos direitos humanos "Defenderíamos o Direito da Medicina ou Direito Médico como um conjunto de normas do ordenamento jurídico que disciplinam as relações que se estabelecem entre o profissional de saúde, particularmente o médico, mas incluindo ainda as instituições de saúde ou Hospitais, e o doente, bem como as normas que regulam o exercício e a

[174] A. CASTANHEIRA NEVES, "O Direito Hoje e Com que sentido?" O problema atual da autonomia do direito, 2ª Ed., Instituto Piaget, 2011, p. 68.
[175] ISABEL CABRITA, Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento, Almedina, 2011, p. 17.

profissão da saúde. Estas normas retratam a questão médica com interferência no mundo jurídico e com projecção no início, decurso e fim da vida humana…"[176].

Em situações de doentes terminais surgem questões complexas de cuidados de saúde que se confundem por vezes com práticas eutanásicas.

É importante, de acordo com a maioria da doutrina, dividir a prática eutanásica em diferentes atitudes do agir, ou seja, deve existir um entendimento diferente de eutanásia activa e de eutanásia passiva.

Existem práticas realizadas pelos médicos em doentes terminais que se podem confundir ou equiparar com práticas eutanásicas. Neste contexto, não as encaramos, com situações em que o agente não intervém respeitando a vontade efectiva do doente.

Enquanto, que na eutanásia o objectivo é a morte do doente, no caso de uma não intervenção que decorra do respeito pela autodeterminação de paciente, o objectivo é respeitar a vontade do paciente numa fase terminal, que viva a sua morte segundo as suas convicções. É certo que a não intervenção do médico conduz à morte, mas não é esse o objectivo da acção.

Outra situação, em que não concordamos estar perante uma prática de eutanásia é a não intervenção artificial para prolongar a vida do paciente terminal, evitando, assim, más práticas de medicina, nomeadamente, através de terapêuticas evasivas ou distanásia causando um enorme desconforto em casos que não existe salvação possível do doente. Ajudar no momento da morte é diferente de ajudar a morrer.

Nos cuidados a doentes em fase terminal, também, é comum surgirem dúvidas em relação à vontade real do doente que se encontra incapaz de consentir. No caso de não ser possível obter a manifestação da

[176] MARIA DO CÉU RUEFF, O Segredo Médico Como Garantia De Não-Discriminação, Estudos De Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009, p.180.

vontade actual, deve ser vinculativa a vontade real expressa anteriormente em DAV? Constatámos, na realização deste trabalho, a necessidade de criar regulação das DAV, de forma, a que no momento em que as mesmas produzam efeito, o seu alcance seja vinculativo e não meramente indiciário.

Num momento terminal os familiares têm um papel fulcral no processo de cuidados de saúde do paciente incapaz de consentir, no sentido em que as informações que transmitem, ajudam ao médico presumir quais as convicções e valores de vida do paciente. Esta informação tem um valor indiciário.

Devido à sensibilidade em ter de tomar decisões que impliquem a morte do doente, é necessário o médico analisar cada caso em concreto, direccionando uma pretensa melhor solução, de acordo com as convicções do doente, mesmo que pareça a menos correcta racionalmente e moralmente.

O direito de morrer com dignidade implica que sejam válidos e cumpridos os desejos da pessoa de manter a sua identidade de ser único, como o ser humano que é por si mesmo, ou seja, viver a vida segundo a sua própria natureza.

A representação da morte é uma lei universal de qualquer ser vivo, dependendo de cada pessoa, assumindo um significado diferente fruto da realidade quotidiana que se apoia num conhecimento construído ao longo da própria vida, pois "As condições em que vivemos alteram, não poucas vezes, a sensibilidade com que percebemos e valoramos a vida, a sua circunstância e o seu sentido"[177]. Na morte são necessários cuidados de saúde que permitam à pessoa "ter uma boa morte", ou seja, morrer com dignidade e segundo a sua identidade e convicções de vida.

[177] JOSÉ DE FARIA COSTA, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005, p. 146.

Um doente terminal está no culminar da vida e tem o direito de viver a própria morte, no sentido de viver o momento final da vida de acordo com os seus ideais. O paciente em fim de vida, com um diagnóstico preciso, encara a morte como um acontecimento certo, não muito distante.

Actualmente, o momento final da vida já não é vivido em casa, mas em instituições hospitalares, cujos profissionais de saúde garantem os cuidados paliativos. Neste sentido, "O problema do fim da vida constitui, a vários títulos, uma daquelas matérias que levantam rejeições atávicas…a ser tratada, valorada e estudada, para além de poder ser o lugar onde todas as incompreensões são possíveis…Há como que uma obstinação irracional de rejeição, sobretudo hoje…, de tudo aquilo que diga respeito ao fim da vida; que diga respeito à morte"[178].

Os sentimentos vivenciados por todos os intervenientes deste processo são irreversíveis e merecem momentos de tranquilidade e não de incertezas. Se para os familiares são momentos difíceis de viver, para os profissionais de saúde são momentos caracterizados por dúvidas éticas, profissionais e existenciais "…os grandes problemas da actuação médica põem-se, como facilmente se compreende e se percebeu ao longo destas reflexões, nos tempos únicos, irrepetíveis, opacos e misteriosos que o inicio e o fim da vida representam"[179].

As DAV devem constituir uma ajuda indiciária aos profissionais de saúde para concluírem como devem agir com um doente terminal incapaz de manifestar a sua vontade. Estamos perante um documento escrito, em que a pessoa capaz manifesta a sua vontade de consentir ou não em determinadas intervenções e tratamentos futuros. As DAV não devem ter

[178] JOSÉ DE FARIA COSTA, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005, p. 105.
[179] JOSÉ DE FARIA COSTA, Em redor da noção de acto médico, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 398.

um simples valor indiciário, pois para além de a própria pessoa que o realiza ficar na dúvida se vai ser respeitada a sua vontade, também os familiares e os médicos ficam colocados numa fronteira de decisões "cruéis".

Sendo a morte imprevisível, por não sabermos como e quando ocorrerá, é natural que a pessoa humana se preocupe com questões a ela relacionadas. A morte é uma etapa tão importante como o nascimento, onde é essencial criar todas as condições legais possíveis para evitar abusos e desrespeito por terceiros. É neste despertar de consciências que as DAV devem ser reguladas pelo Direito, de forma a garantir segurança para com todos os intervenientes do processo.

É, no entanto, necessário que as DAV preencham requisitos formais e substanciais pré-estipulados, nomeadamente, para que as mesmas não sejam "alvos" fáceis de más interpretações, que o Direito arranje soluções que permitam o seu alcance prático no quotidiano.

Não existem soluções fáceis, nem perfeitas, mas defendemos que as DAV de paciente devem ser vinculativas (sendo desde logo indiciárias), podendo abranger, no seu conteúdo, um procurador de cuidados de saúde, bem como a manifestação de vontade para as intervenções e tratamentos necessários numa situação futura. Nas DAV de paciente, a obrigatoriedade de um médico e de um notário, tal como a validade de 3 anos, trás de facto mais segurança, mas não é de todo prática.

Quem deseja elaborar uma DAV está minimamente informado e sabe perfeitamente o que quer, está convicto das suas escolhas e se nomeia um procurador deposita nele a confiança de este ser sério nas suas decisões. Discordamos, assim, de COSTA ANDRADE na sua afirmação: "…não pode absolutizar-se a satisfação das exigências de um dos lados à custa do sacrifício total do outro…só serão legítimas soluções de relatividade e de equilíbrio, seguramente mais difíceis, e sempre marcadas por lastros

irredutíveis de angústia e de risco"[180]. O paciente com dúvidas ou com uma mudança de vontade, a qualquer momento, pode revogar a sua DAV, num sentido prático, e considerando a necessidade de estabelecer critérios de avaliação das DAV, defendemos que não é suficiente saber "o que podemos fazer", é necessário saber "o que devemos fazer".

Estamos em tempo de mudança, o Direito depara-se com a permanente necessidade de acompanhar a evolução das mentalidades da sociedade moderna de hoje, "Todos sabemos, para o dizermos com as palavras insuperáveis de beleza e profundas de CAMÕES, que "mudam-se os tempos, mudam-se as vontades / muda-se o ser, muda-se a confiança / todo o mundo é composto de mudança / tomando sempre novas qualidades". Deste turbilhão de mudança não se pode escapar. Dele não escapa o direito penal"[181].

No Direito Penal o bem jurídico com maior protecção é a vida humana, tutelada nos seus vários momentos de autonomia e realização, mas também nos momentos específicos dessa tutela, ou seja, os modos e circunstâncias pelos quais a vida é violada.

Por último, deixamos um pensamento de FARIA COSTA, que reflecte o papel e a importância de todo este trabalho de investigação e análise critica, "… ao penalista, enquanto cultor do pensamento global do direito penal, também se lhe pede que reflicta sobre os temas novos que a realidade põe, que pondere sobre o sentido das soluções que a comunidade dos seus pares discute e que dê ou apresente soluções viáveis e credíveis ao legislador, dentro do quadro da legalidade e da correcta valoração dos bens ou valores em disputa…O penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente

[180] MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 121.
[181] JOSÉ DE FARIA COSTA, Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, p. 9.

ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo mas antes o de o querer tornar humanamente vivível [182]".

Este trabalho de investigação e análise crítica contribuiu como uma mais-valia no meu percurso académico e de vida, despertando uma consciencialização em torno da pessoa humana e no seu Direito a uma vida com dignidade e autonomia até ao momento do "fim". Conduziu-me a novos pensamentos e abriu caminhos em diversas perspectivas do domínio do agir, do proteger e do cuidar no terminus da vida.

[182] JOSÉ DE FARIA COSTA, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005, p. 153.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, Comentário do Código Penal, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2010.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, Consentimento e Acordo em Direito Penal, reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Homenagem a Claus Roxin, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002.

BRITO, TERESA QUINTELA / MATA, PAULO SARAGOÇA / NEVES, JOÃO CURADO / MORÃO, HELENA, Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, "Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores", Coimbra Editora, 2007.

CABRITA, ISABEL, Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento, Almedina, 2011.

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais, Coimbra editora, 1ª Edição, 2010.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, Alguns Cruzamentos Reflexivos, Coimbra Editora, 2005.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, Em redor da noção de acto médico, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA, Das Omissões Licitas no Exercício da Medicina, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

DIAS, AUGUSTO SILVA, Crimes Contra a Vida e a Integridade Física, AAFDL, 2007.

DIAS, CARLOS DE MELO, Consentimento Informado como Mediador Razoável da Relação Profissional de Saúde - Doente, Dossier Sinais Vitais, nº 6, 1ª Edição, 2003.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, 2001.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

ESER, ALBIN , M. C. J., "Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina", in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004.

FRISCH, WOLFGANG, Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico – Cirúrgicas, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Nºs 1 e 2, Janeiro – Junho 2004, Coimbra Editora, 2004.

LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, Código Penal, 2º Volume, Rei dos Livros, 2ª Edição, 1ª Reimpressão, 1997.

FILIPE, FIRMINO, O Consentimento Informado, Dossier Sinais Vitais, Ética nos Cuidados de Saúde, Nº 3, 2ª Edição, Editora Formasau.

GARCIA, M. MINGUEZ, o Direito Penal Passo a Passo, Volume I, Almedina, 2011.

GONÇALVES, M. MAIA, Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 13ª Edição, Almedina Coimbra, 1999.

LOUREIRO, JOÃO CARLOS, Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Biomédico, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

MERUJE, MARIA MANUEL BORGES, Consentimento Informado Radiológico: Processo de Comunicação dos Riscos ao Paciente, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6 – nº 12 – 2009, Coimbra Editora, 2009.

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 2ª Edição, reimpressão, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer Portugal, 2010.

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, Constituição da República Portuguesa Anotada, Introdução Geral, Artigo 1º a 71º, Preâmbulo, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MONIZ, HELENA, Eutanásia Precoce: Dúvidas e Interrogações, in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. CASTANHEIRA, O Direito Hoje e Com que sentido? O problema atual da autonomia do direito, 2ª Edição, Instituto Piaget, 2011.

NUNES, RUI / MELO, HELENA PEREIRA, Testamento Vital, Almedina, 2011.

NUNES, RUI, Regulação da Saúde, Vida Económica, 2ª Edição, 2009.

OLIVEIRA, GUILHERME, Temas de Direito da Medicina, Coimbra Editora, 1999.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, Existing Challenges in Medical Liability: Causation, Burden, of Proof and Informed Consent, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, O Consentimento Informado na Relação Médico – Paciente, Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico, Volume 76, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000.

PINTO, EDUARDO VERA CRUZ, Filosofia do Direito (4º Ano), in Colectânea de Textos (versão provisória), Licenciatura em Direito, Lisboa, Maio de 2007.

RIBEIRO, GERALDO ROCHA, Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 – nº 14 – 2010, Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, MARIA PAULA LEITE DE FARIA, O Erro em Medicina e o Direito Penal, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7 nº 14 – Julho a Dezembro 2010, Coimbra Editora, 2010.

ROGÉRIO, JOAQUIM SABINO, "Living Will" – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico – Penal, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 5 – nº 10 – 2008, Coimbra Editora, 2008.

RUEFF, MARIA DO CÉU, O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA, Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, LAURA FERREIRA, Testamento Vital, O que é? Como elaborá-lo?, 1ª Edição, Sextante Editora, 2011.

SILVA, FERNANDO, Direito Penal Especial, Crime contra As Pessoas, 2ª Edição, Quid Júris, 2008.

SILVA, PAULA MARTINHO, A Relevância Ético – Jurídica do Consentimento Informado em cinco anos de CNECV e um olhar no fututo, in As Novas Questões em torno da Vida e da Morte em Direito Penal, Uma Perspectiva Integradora, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

VEIGA, RAUL SOARES, Sobre o Consentimento Desconhecido, Elementos de Direito Português Antigo e de Direito Estrangeiro, in revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 1, Nº 3, Julho a Setembro, 1991, Coimbra Editora, 1991.

ANEXOS

ANEXO I - DOCUMENTO GUIA[183]

Este texto integra os principais assuntos debatidos no "SEMINÁRIO SOBRE O CONSENTIMENTO INFORMADO E O PAPEL DAS COMISSÕES DE ÉTICA PARA O SEU CORRECTO USO" organizado em 30/09/2009 pelas Comissões de Ética para a Saúde da regiãonorte e destina-se a ser um documento de orientação, sem carácter vinculativo.

DOCUMENTO-GUIA SOBRE CONSENTIMENTO INFORMADO

I – CONSENTIMENTO PARA ACTOS DE DIAGNÓSTICO E TERAPÊUTICA

A) Considerações gerais

a) Consentimento informado, esclarecido e livre, é uma forma de manifestação de vontade que se destina a respeitar o direito do doente a decidir sobre a sua saúde, sendo fundamental que haja adequada informação para que seja verdadeiramente esclarecido o consentimento.

b) O consentimento pode ser dado de forma escrita ou oral, ou por outro meio directo de manifestação da vontade, havendo situações em que a lei ou os regulamentos, nacionais ou locais, preconizam que seja escrito sob a forma de documento válido.

c) O consentimento deve ser pedido a todo o adulto capaz de o dar ou ao seu representante, no caso de menores com idade inferior a 16 anos ou pessoas que não tenham o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o prestam.

---

[183] http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Comiss%C3%A3o%20de%20%C3%89tica/Ficheiros/Consentimento_Informado_Doc_Guia.pdf

d) O consentimento é revogável em qualquer altura.

e) O consentimento não reduz o nível de responsabilidade pela execução dos actos consentidos.

f) Todo o adulto é considerado capaz de consentir até prova em contrário – a iliteracia, o analfabetismo ou as manifestações de incompreensão não são razões para deixar de tentar obter um consentimento livre e esclarecido, antes obrigam a melhores explicações e a mais adequada informação.

g) Mesmo em casos de menoridade ou de deficiência, em respeito pelo princípio da autonomia da pessoa, deve ser dada adequada informação e considerado, com razoabilidade, o direito do próprio à recusa de tratamentos ou exames (bem como a participação na formação de profissionais de saúde).

h) A informação prestada pelo médico, ou qualquer outra pessoa legalmente autorizada, deverá ser feita em moldes simples, concretos, compreensíveis, suficientes e razoáveis com o objectivo de esclarecer sobre o diagnóstico, alcance, envergadura e consequências (directas e indirectas) da intervenção ou tratamento. A alusão a riscos excepcionais deve merecer ponderação especial, merecendo, no entanto, particular referência quando se trate de actos não curativos (como, por exemplo, intervenção estética ou esterilização voluntária).

i) A informação prestada deve incluir, quando adequado, aspectos relativos a tratamentos ou outras intervenções propostas, opções alternativas e opiniões sobre expectativas de êxito ou insucesso dos actos propostos. A informação será sempre subordinada ao princípio de que não é possível dar garantias de resultados mas somente do uso dos meios apropriados e disponíveis.

j) Só os princípios gerais do consentimento informado, esclarecido e livre poderão ter aplicação, com as necessárias adaptações, aos actos de saúde prestados por quaisquer outros profissionais de saúde na mesma instituição.

O consentimento dado para um acto médico específico é referente ao profissional que o solicitou, nas circunstâncias em que o foi, já que o executante do acto a consentir deve ser o mesmo que dá a informação, pede o consentimento, entrega e recebe o formulário.

k) Quando o doente não esteja declarado judicialmente como incapaz mas tenha impossibilidade ou notórias dificuldades em se manifestar, os médicos deverão ouvir a opinião de familiares ou acompanhantes que sejam reconhecidos como cuidadores habituais, sem prejuízo de uma cuidadosa e obrigatória audição da vontade do
doente, sempre que possível. Contudo, o direito de recusa só deverá poder ser exercido por terceiros nas condições abaixo referidas sobre o direito de recusa.

l) Qualquer dos formulários previstos pode ser desobrigado em situações de emergência sendo, nesse caso,
considerado que o consentimento verbal, sendo possível, é suficiente, ou, sendo impossível, é presumido.

Quando o médico responsável considera que há consentimento presumido, esse facto e as suas condicionantes serão sempre anotadas explicitamente no processo clínico, não isentando porém o médico de produzir, logo que possível, as explicações adequadas ao doente ou ao seu representante.

m) Nos casos mais delicados, em que se levantem dilemas mais difíceis de decidir, os médicos intervenientes devem pedir parecer à Comissão de Ética para a Saúde, conquanto esta possa, em tempo útil, manifestar-se.

Todavia, a decisão final é sempre da responsabilidade médica.

B) O consentimento deve ser escrito nas seguintes situações:

a) Interrupção voluntária da gravidez [Código Penal, artigoº 142.º]

b) Realização de técnicas invasivas em grávidas (nomeadamente amniocentese, biopsia das vilosidades coriónicas, cordocentese, drenagem,

amnioinfusão) [Circular Normativa n.º 16/DSMIA, de 05/12/2001, da DGS]

c) Esterilização voluntária (laqueação tubar e vasectomia) [Lei n.º 3/84, de 24 de Março]

d) Procriação medicamente assistida [Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho]

e) Colocação de dispositivos anticonceptivos (Implanon® ou Dispositivo Intra-Uterino) [Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar, DGS, Lisboa 2008]

f) Administração de gamaglobulina anti-D [Circular Normativa nº 2/DSMIA de 15/01/2007, da DGS]

g) Testes genéticos [Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro]

h) Electroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica [Lei n.º 36/98, de 24 de Julho]

i) Realização de actos cirúrgicos e/ou anestésicos [Código Deontológico da Ordem dos Médicos – Regulamento n.º 14/2009, Diário da República, 2.ª série, N.º 8, de 13 de Janeiro]

j) Colheita e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana [Lei n.º 12/93, de 22 de Abril; Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho]

k) Dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana [Lei n.º 12/2009, de 26 de Março]

l) Doação de sangue [Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24 de Julho]

m) Videovigilância de doentes [Deliberação n.º 61/2004, Autorização 287/2006 - Comissão Nacional de Protecção de Dados]

n) Realização de actos (diagnósticos ou terapêuticos) invasivos major (como, por exemplo, biopsia, endoscopia com ou sem polipectomia, conização do colo do útero, sedação/anestesia, exsanguíneo-transfusão).

o) Gravações de pessoas em fotografia ou suporte audiovisual [Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (Código Penal), artigoº 192.º]

p) Internamento hospitalar? [Joint Commission]

C) Procedimentos

a) Considera-se que, no caso de actos (diagnósticos ou terapêuticos) minor, poderá bastar a entrega, com razoável antecedência, de folhetos com explicações, instruções e enumeração de riscos para configurar o subsequente consentimento presumido, ficando dispensada a exigência de assinatura de formulário de consentimento.

b) Sempre que possível e adequado, os formulários serão entregues para leitura e somente recolhidos, depois de assinados, passado que seja um período de reflexão.

c) O dever de informar adequadamente as pessoas a quem são propostos, requisitados ou prescritos actos médicos que, pela sua complexidade ou carácter invasivo, requerem consentimento informado, esclarecido e livre passado a escrito, cabe tanto ao médico requisitante como ao executante, na justa medida das respectivas participações nos referidos actos.

d) Quando, por qualquer razão, quem prestou a informação e assinou o formulário de consentimento informado não coincide com o executante do acto, deverá este assegurar-se de que a pessoa consente também na troca.

e) Os formulários e as suas eventuais alterações devem ser aprovados pelo Conselho de Administração hospitalar ou Conselho Executivo de ACES, mediante parecer favorável da Comissão de Ética para a Saúde. Poderão fazer propostas de formulários, assim como de emendas, os Serviços e a própria Comissão de Ética, os investigadores ou os promotores de estudos ou ensaios.

ANEXO II - PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/06/APB/06 QUE REGULA O EXERCÍCIO DO DIREITO A FORMULAR DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ÂMBITO DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE E CRIA O CORRESPONDENTE REGISTO NACIONAL

RELATORES: HELENA MELO, RUI NUNES[184]

PREÂMBULO

A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, determina no artigo 9.º que "a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta". Este artigo encontra-se contido no Capítulo II deste tratado internacional, relativo à matéria do consentimento para a realização de intervenções no domínio da saúde. Desta inserção sistemática decorre integrarem-se as directivas antecipadas de vontade na teoria geral do consentimento informado, supondo que a pessoa que as formula tenha recebido previamente a informação adequada quanto à natureza, objectivo, consequências e riscos da intervenção, e que possa, em qualquer momento, revogar livremente o consentimento prestado.

De igual modo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, solenemente proclamada no Conselho Europeu de Nice em 9 de Dezembro de 2000, determina no artigo 3.º ("Direito à integridade do ser humano")

[184] www.apbioetica.org

dever ser respeitado no domínio da medicina "o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei".

A Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976, nos seus artigos 1.º, 25.º, 26.º, 27.º e 41.º**,** reconhece sucessivamente, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, os direitos da pessoa à integridade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à liberdade, e declara a inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto. Consagra igualmente no artigo 64.º o direito de todos à protecção da saúde, que foi objecto de concretização na Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, a Lei de Bases da Saúde. Esta reconhece na Base XIV, os direitos dos utentes a "ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado", e a "decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei". É assim valorizada a autonomia individual dos cidadãos no que concerne à sua saúde, sendo-lhes reconhecida a faculdade de tomar diferentes decisões sobre a mesma.

De igual modo o Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, pune no artigo 156.º as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados sem o consentimento do paciente, que só é considerado eficaz, de acordo com o disposto no artigo seguinte, se o paciente tiver, em princípio, sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências dos mesmos.

A Lei sobre Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, consagra no artigo 3.º, o direito do titular da informação de saúde (que abrange todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa) de "tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja

inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado".

Para além do direito da pessoa de conhecer ou não conhecer os dados relativos ao seu estado de saúde é também importante que não seja objecto de discriminações injustas em razão do seu estado de saúde. Estas são declaradas ilícitas pelo artigo E ("Não discriminação") da Parte V da Carta Social Europeia Revista adoptada em Estrasburgo, a 3 de Maio de 1996, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de Outubro e pela Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

Importante ainda na matéria em análise é assegurar o respeito pelo direito a morrer em paz e com dignidade, reconhecido designadamente na Recomendação 1418 (1999) sobre a protecção dos direitos e da dignidade dos doentes incuráveis e dos moribundos, adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 25 de Junho de 1999 e pelo artigo 43.º da Carta dos Direitos do Utente dos Serviços de Saúde, adoptada pela Entidade Reguladora da Saúde, em Junho de 2005.

O presente diploma, pelo qual se regulam as directivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e se cria o correspondente registo, tem em consideração todos os textos jurídicos e éticos acima citados, pretendendo constituir um texto harmónico que possibilite o pleno exercício do direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde. Visa pois garantir o respeito pelo direito de que é titular toda a pessoa de decidir, de forma responsável e livre, sobre que cuidados médicos deseja receber no futuro, no pressuposto de que, chegado o momento de os receber, não gozar da capacidade para neles consentir de forma séria, livre e esclarecida.

É ainda criado o Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (RENDAV) com o objectivo de facilitar a aplicação em todo o território nacional das directivas antecipadas de vontade expressas pelos pacientes e formalizadas de acordo com o disposto no presente diploma. Constituindo os dados relativos à saúde da pessoa dados pessoais sensíveis, o tratamento deles feito no aludido registo deve processar-se segundo o disposto na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

CAPÍTULO I
Disposições Gerais

Artigo 1.º
Âmbito material de aplicação

1. O presente diploma aplica-se aos documentos que tenham por objecto a formulação de directivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e à criação do Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (RENDAV).
2. Os documentos referidos no número anterior podem revestir a forma de testamento de paciente ou de documento de nomeação de procurador de cuidados de saúde.
3. Para efeitos da aplicação do presente diploma entende-se por:
   a) "cuidado de saúde" – toda a actuação realizada com fins de prevenção, de diagnóstico, de terapia, de reabilitação ou paliativos;
   b) "estabelecimento de saúde" – a unidade assistencial com organização própria, pública ou privada, dotada de recursos técnicos e pessoal qualificado para prestar cuidados de saúde;
   c) "médico responsável" – o médico que coordena a informação e os cuidados de saúde prestados ao paciente, assumindo o papel de interlocutor principal em tudo o que concerne aos mesmos;

d) “outorgante” – a pessoa que é autora de um documento de directivas antecipadas de vontade;

e) “paciente” – a pessoa a quem são prestados cuidados de saúde;

f) “pessoa maior de idade” – a pessoa que completou dezoito anos de idade;

g) “processo clínico” – qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura de uma pessoa.

Artigo 2.º

Âmbito pessoal de aplicação

1. O presente diploma aplica-se a cidadãos nacionais e a apátridas e estrangeiros residentes em Portugal.

2. Em relação aos estrangeiros ocasionalmente em Portugal, o regime jurídico dos documentos previstos no número um do artigo 1.º rege-se pelo seu estatuto pessoal.

Artigo 3.º

Noção de documento de directivas antecipadas de vontade

O documento de directivas antecipadas de vontade é o documento no qual uma pessoa com plena capacidade de exercício de direitos:

a) manifesta antecipadamente a sua vontade séria, livre e esclarecida no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de a expressar pessoal e autonomamente, e/ou,

b) atribui a outra(s) pessoa(s), voluntariamente, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde para que aquela(s) os exerça(m) no

caso de se encontrar incapaz de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade.

Artigo 4.º

Requisitos de Capacidade

Podem fazer um documento de directivas antecipadas de vontade todas as pessoas que:

a) gozem de plena capacidade de exercício de direitos;

b) se encontrem capazes de dar o seu consentimento sério, livre e esclarecido, para a prática de cuidados de saúde.

Artigo 5.º

Conteúdo do documento

Podem nomeadamente ser inseridas no documento de directivas antecipadas de vontade disposições que expressem a vontade do outorgante de:

a) não receber tratamentos que se encontrem em fase experimental;

b) não receber tratamento de suporte das funções vitais se este ofender a sua liberdade de consciência, de religião ou de culto;

c) não receber informação sobre o seu estado de saúde em caso de prognóstico fatal;

d) receber todos os cuidados de saúde que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina se mostrem indicados para minorar a doença de que sofre ou de que pode vir a sofrer;

e) receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma terapêutica analgésica adequada.

Artigo 6.º

Forma

1. As directivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito do qual conste:

a) a completa e comprovada identificação e a assinatura do outorgante;

b) o lugar, a data e a hora da sua assinatura.

2. O documento referido no número anterior é assinado na presença ou de:

a) um notário, caso em que se dispensa a presença de testemunhas;

b) um funcionário do RENDAV, competente para o efeito segundo o respectivo Regulamento de Organização e de Funcionamento;

c) três testemunhas, maiores de idade e com plena capacidade de exercício de direitos, que não se encontrem em relação de parentesco ou de afinidade até ao segundo grau com o outorgante, nem casadas ou a viver em união de facto com o mesmo, ou a ele unidas por vínculo de natureza laboral.

3. Devem ainda constar do documento referido no número um os dados pessoais identificativos do funcionário do RENDAV, das testemunhas e do(s) procurador(es) de cuidados de saúde nomeado(s), consoante o caso em apreço.

4. Se a pessoa que deseja fazer um documento de directivas antecipadas de vontade não sabe ou não pode escrever, o documento será escrito e assinado por outra pessoa a seu rogo, ficando consignado no mesmo a razão por que não o assina, bem como os dados pessoais identificativos da pessoa que o faz.

Artigo 7.º

Limites das directivas antecipadas de vontade

1. São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito jurídico, as directivas antecipadas de vontade contrárias à lei, às *leges artis*, ou que

não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

2. A inexistência é invocável a todo o tempo e por qualquer pessoa, sendo inserida a correspondente declaração no processo clínico e enviada cópia da mesma ao outorgante ou ao seu(s) procurador(es) de cuidados de saúde.

Artigo 8.º

Prazo de eficácia

1. O documento de directivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de três anos a contar da sua assinatura.

2. O prazo referido no número anterior é renovável mediante assinatura de uma declaração de confirmação do disposto no documento de directivas antecipadas de vontade feita pelo seu autor ou a seu rogo, de acordo com o disposto no número quatro do artigo 6.º deste diploma.

3. Se, decorrido o prazo referido no n.º 1, o outorgante se encontrar incapacitado de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, o documento continua a ser eficaz.

Artigo 9.º

Modificação ou revogação do documento

1. O outorgante que esteja capaz de acordo com o disposto no artigo 4.º deste diploma, goza da faculdade de, em qualquer momento, livremente modificar ou revogar, no todo ou em parte, o seu documento de directivas antecipadas de vontade.

2. A modificação do documento de directivas antecipadas de vontade está sujeita à forma prevista no artigo 6.º deste diploma.

3. Começa a correr um novo prazo de eficácia do documento de directivas antecipadas de vontade sempre que nele seja introduzida uma modificação.
4. A revogação do documento de directivas antecipadas de vontade pode ser feita por qualquer meio que traduza a vontade séria, livre e esclarecida do outorgante, a qual prevalece sempre sobre as disposições contidas no referido documento.

Artigo 10.º

Comunicação das directivas antecipadas de vontade

1. O documento de directivas antecipadas de vontade inscrito no RENDAV será ou:

a) enviado pelo RENDAV ao estabelecimento onde o outorgante se encontre a receber cuidados de saúde, a pedido deste, do seu procurador de cuidados de saúde, de uma das pessoas referidas no número dois do artigo 6.º, ou do médico responsável pela prestação desses cuidados;
b) entregue a esse estabelecimento pelo outorgante, pelo seu procurador de cuidados de saúde ou por uma das pessoas mencionadas no número dois do artigo 6.º.

2. O documento de directivas antecipadas de vontade não inscrito no RENDAV será entregue ao referido estabelecimento de saúde por uma das pessoas referidas na alínea b) do número anterior.

Artigo 11.º

Eficácia do documento

1. O documento de directivas antecipadas de vontade só produz efeitos nos casos em que, devido a qualquer causa, o outorgante se encontre incapacitado de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade.

2. Nos casos previstos no número anterior o médico responsável deve verificar a existência de documento de directivas antecipadas de vontade no RENDAV.

3. Se constar do RENDAV um documento de directivas antecipadas de vontade, ou se lhe for entregue pelo outorgante, pelo procurador de cuidados de saúde, ou por uma das pessoas mencionadas no número dois do artigo 6.º, o médico responsável e os restantes membros da equipa que prestam cuidados de saúde ao seu outorgante devem respeitar o seu conteúdo, dentro dos limites estabelecidos no presente diploma.

4. Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de directivas antecipadas de vontade e a vontade do(s) procurador(es) de cuidados de saúde ou a de outros representantes legais do outorgante, prevalece a vontade deste expressa naquele documento.

5. A partir do momento em que produz efeitos o documento de directivas antecipadas de vontade é anexado ao processo clínico do outorgante.

6. A decisão fundada no documento de directivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 12.º

Direito à objecção de consciência

É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante, o direito à objecção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de directivas antecipadas de vontade.

Artigo 13.º

Não discriminação

1. Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde por ter feito um documento de directivas antecipadas de vontade.

2. Ninguém pode ser discriminado na celebração de um contrato de seguro de vida ou de saúde por ter feito, querer fazer, ou não ter feito, nem querer fazer, um documento de directivas antecipadas de vontade.

Artigo 14.º

Confidencialidade

1. Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes de documentos de directivas antecipadas de vontade ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respectivas funções.
2. A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal.

CAPÍTULO II
Formas de directivas antecipadas de vontade

Artigo 15.º

Noção de testamento de paciente

1. Diz-se testamento de paciente o acto pessoal, unilateral e revogável, pelo qual uma pessoa declara, para quando, por qualquer causa, se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade, quais os cuidados de saúde que deseja ou não receber.
2. É nulo o testamento de paciente em que o outorgante não tenha expressado clara e inequivocamente a sua vontade.

Artigo 16.º

Noção de procuração de cuidados de saúde

1. Diz-se procuração de cuidados de saúde o acto pelo qual alguém atribui a uma ou mais pessoas, voluntariamente, poderes representativos em

matéria de cuidados de saúde, a serem exercidos quando, por qualquer causa, o representado se encontre incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.

2. É nula a procuração de cuidados de saúde em que o representado não tenha delimitado clara e inequivocamente os poderes representativos do procurador.

Artigo 17.º

Nomeação de procurador de cuidados de saúde

1. Apenas podem ser nomeadas procuradores de cuidados de saúde as pessoas maiores de idade e com plena capacidade de exercício de direitos.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, não podem ser nomeados procuradores de cuidados de saúde:

a) o notário em cuja presença é assinado o documento de directivas antecipadas de vontade;

b) os funcionários do RENDAV;

c) as testemunhas perante as quais se formaliza o documento de directivas antecipadas de vontade;

d) as pessoas que exercem actividade profissional no estabelecimento de saúde onde serão aplicadas as directivas antecipadas de vontade;

e) os proprietários ou gestores de entidades que financiam ou prestam cuidados de saúde ao outorgante do documento de directivas antecipadas de vontade.

3. A nomeação de procurador de cuidados de saúde só é válida se for aceite por escrito pelo representante indicado pelo outorgante do documento de directivas antecipadas de vontade.

4. Se, no documento de directivas antecipadas de vontade, forem nomeados vários procuradores de cuidados de saúde, dever-se-á indicar se estes

exercerão os respectivos poderes de representação de forma simultânea ou sucessiva. Se os exercerem de forma simultânea, as decisões serão tomadas por maioria.

Artigo 18.º

Efeitos da representação

1. As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde nos limites dos poderes representativos que lhe competem, são vinculativas para o médico responsável e para os restantes membros da equipa que presta cuidados de saúde ao outorgante, dentro dos limites definidos neste diploma.

2. O parecer do(s) procurador(es) de cuidados de saúde sobre matérias contidas no documento de directivas antecipadas de vontade, prevalece sobre qualquer outro parecer não médico salvo o do outorgante, nas decisões a tomar em matéria de prestação de cuidados de saúde ao outorgante.

Artigo 19.º

Extinção da procuração

1. A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo outorgante do documento de directivas antecipadas de vontade.

2. A procuração de cuidados de saúde extingue-se quando o procurador a ela renuncia.

3. Se tiver sido nomeado procurador de cuidados de saúde o cônjuge ou a pessoa com quem o outorgante vive em união de facto, a procuração extingue-se com a dissolução do casamento ou da união de facto, salvo declaração em contrário do outorgante.

CAPÍTULO III

Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade

Artigo 20.º

Criação do RENDAV

1. É criado no Ministério da Saúde, um Registo Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade, informatizado, com a finalidade de organizar e manter actualizada, quanto aos cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal, a informação relativa à existência de documentos de directivas antecipadas de vontade.

2. O RENDAV deve ser regulamentado e iniciar a sua actividade até 1 de Janeiro de 2009.

3. O outorgante pode inscrever, se assim o desejar, no RENDAV, a assinatura, a modificação ou a revogação, do documento de directivas antecipadas de vontade.

4. A inscrição no RENDAV tem apenas valor declarativo, sendo os documentos de directivas antecipadas de vontade nele não inscritos eficazes desde que tenham sido formalizados de acordo com o disposto neste diploma.

5. O tratamento dos dados pessoais contidos no RENDAV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a protecção de dados pessoais.

Artigo 21.º

Consulta de dados

1. Os estabelecimentos de saúde estão directamente ligados ao ficheiro automatizado do RENDAV devendo verificar, no momento da prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma

a sua vontade, a existência, naquele registo, de documento de directivas antecipadas de vontade.

2. Para efeitos do disposto no número anterior serão celebrados protocolos entre os estabelecimentos de saúde e o RENDAV.

CAPÍTULO IV
Disposições complementares e finais

Artigo 22.º
Informação

Os Centros de Saúde e as Unidades de Saúde Familiar devem informar os utentes do seu direito a emitirem documentos de directivas antecipadas de vontade e sobre a forma de o exercitarem.

Artigo 23.º
Procedimentos

1. O Serviço Nacional de Saúde adoptará os procedimentos internos de funcionamento adequados para assegurar o cumprimento do conteúdo do documento de directivas antecipadas de vontade nos estabelecimentos de saúde nele integrados.

2. Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objectores de consciência impossibilite o cumprimento das directivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia desse cumprimento, adoptando as adequadas formas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados, assumindo os encargos daí decorrentes.

Artigo 24.º

Responsabilidade

Os infractores das disposições deste diploma incorrem em responsabilidade civil, penal e disciplinar, nos termos gerais de Direito.

Artigo 25.º

Regulamentação

1. São definidos em diploma próprio:

a) as regras processuais a que obedece a inscrição do documento de directivas antecipadas de vontade no RENDAV;

b) os modelos exemplificativos de documentos de directivas antecipadas de vontade.

2. O governo fica autorizado, precedendo parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados, a regular a organização e o funcionamento do RENDAV.

Artigo 26.º

Entrada em vigor

As disposições deste diploma entram em vigor no primeiro dia do terceiro mês seguinte ao da sua publicação.

20 de Dezembro de 2007

Aprovado pela Associação Portuguesa de Bioética