



ADALBERTO DOMINGOS LONEQUE

**A TUTELA DA AUTONOMIA DO PACIENTE FACE AO ATO MÉDICO
NO DIREITO PENAL ANGOLANO**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Criminais, sob
a orientação do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ADALBERTO DOMINGOS LONEQUE

**A TUTELA DA AUTONOMIA DO PACIENTE FACE AO ATO MÉDICO NO
DIREITO PENAL ANGOLANO**

**THE PROTECTION OF THE PATIENCE'S AUTHONOMY AGAISNT THE
MEDICAL ACT IN ANGOLAN CRIMINAL LAW**

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Criminais.*

*Orientador: Professor Doutor Manuel da
Costa Andrade.*

Coimbra, 2016

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, pelo seu acolhimento, seus ensinamentos, sua compreensão, apoio e disponibilidade.

Aos meus pais e aos meus irmãos, pela força e pela confiança.

À Fátima Kateque, ao Higino Loneque, ao Francisco Guilherme Loneque, ao Benvindo Loneque e à Mimososa Justa, por me ensinarem a não desistir e por serem o nosso perpétuo farol.

Aos meus professores que com a sua excelência profissional, rigor e disciplina, acompanharam a minha caminhada universitária com os seus ensinamentos.

Ao Doutor Albino Sinjecumbi, por me colocar o desafio de vir à Coimbra.

Aos meus amigos, por me ensinarem a ser estudante em Coimbra e por me mostrarem o sentido prático da solidariedade, partilha e fraternidade.

A todos vocês,

MUITO OBRIGADO!

Resumo

O presente estudo é dedicado à análise crítico-reflexiva da proteção penal da autonomia do paciente face ao ato médico. Trata-se de um exame comparatístico na perspetiva do direito penal angolano. O estudo vincula-se, em primeiro lugar, à ideia da dignidade penal dos tratamentos médico-cirúrgicos sem ou contra a vontade do paciente e à ideia da necessidade de tutela penal da liberdade pessoal do paciente. O que quer dizer que, hoje, o doente pode, por exemplo, recusar um tratamento médico. O profissional de saúde deve respeitar a vontade (livre e esclarecida) do paciente, independentemente do resultado. Em segundo lugar, ao pensamento segundo o qual, os tratamentos médico-cirúrgicos que correspondem ao exercício consciente da atividade médica não constituem ofensas ao bem jurídico integridade física, mas quando efetuados sem consentimento do doente podem ser incriminados como tratamentos médicos arbitrários, pois estamos diante de um crime contra a liberdade pessoal. Um caminho sancionado pelo Código Penal português e, entre nós, pelo Anteprojeto do Código Penal angolano. Mas desconhecido, nomeadamente, pelo Código Penal vigente em Angola.

Palavras-chave: exercício da autonomia – paternalismo – autonomia do paciente – ato médico – tutela da autonomia – ofensas corporais – liberdade de dispor do corpo e da própria vida – intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – bem jurídico – paciente – diretiva antecipada – suicida – menor – eutanásia – recluso.

Abstract

The current study is about the critical-reflexive analysis of criminal protection of patient's autonomy when clinically attended. This is a comparative analysis made from the perspective of Angolan criminal law. The research is related, at first sight, to the idea that there is a penal dignity of the clinical-surgical treatments, who cannot agree with them, and it is also related to the idea that it's necessary to create a penal protection of the patient's personal freedom. That means that currently one patient can refuse some medical treatment and the healthcare professional should respect his/her (free and clarified) will, whatever may be the outcome of the patient's decision. Secondly, there is a thought that according to which the clinical-surgical treatments do not constitute criminal offenses to the physical integrity as a legal asset (when there are conscientious medical services), but when those are practiced without patient's consent, so the healthcare professional can be prosecuted as if his/her medical treatments were arbitrary, because that act is considered a crime against personal liberty. That kind of acts are punished by the Portuguese Penal Code (and we do already know that there is a preliminary draft of Angolan Penal Code), but it is yet unacknowledged at the Penal Code presently prevailing in Angola.

Keywords: exercise of autonomy – paternalismo - patient's autonomy - medical act - autonomy's tutelage - physical injury - freedom to decide about own body and life - clinical-surgical acts and treatments arbitrary - legal asset, - patient - advance directive – suicidal - under age - euthanasia, prisoner.

Siglas e Abreviaturas

CP – Código Penal português

CPa – Código Penal angolano

ACPa – Anteprojeto do Código Penal Angolano

Cfr – Conferir

CDOMA – Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Angola

CRA – Constituição da Republica de Angola

DAV – Diretiva Antecipada da Vontade

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais

WMA – Associação Médica Mundial

Ed. – Edição

RENTEV – Registo Nacional do Testamento Vital

SS – Seguintes

Índice

I. Introdução	9
PARTE I - A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: AFIRMAÇÃO E RESPEITO PELO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PESSOAL	13
1. O exercício da autonomia pelo paciente	13
2. Do paternalismo médico à autonomia do doente.....	15
3. A autonomia do paciente e a Constituição da República de Angola.....	21
4. O consentimento do paciente no Direito Internacional.....	23
6. O Consentimento no Código Penal angolano	25
6.1. Consentimento justificante e acordo-que-exclui-o-tipo	27
7. O direito penal na atividade médica	30
8. O ato médico.....	34
PARTE II - TUTELA PENAL DA AUTONOMIA DO PACIENTE FACE AO ATO MÉDICO: A SOLUÇÃO ALEMÃ E A SOLUÇÃO PORTUGUESA.....	36
1. O modelo germânico: tutela da autonomia do paciente à luz do tipo das ofensas corporais	36
2. A solução jurídico-penal portuguesa: tutela da autonomia pessoal do paciente num tipo legal distinto do das Ofensas corporais.....	40
2.1. Estatuto jurídico-criminal do ato médico: análise do artigo 150.º/1 do Código Penal português.....	40
2.2. Tratamentos médicos arbitrários: análise do artigo 156.º do CP.....	50
2.2.1. O bem jurídico tutelado.....	50
2.2.2. A ação típica.....	51
2.2.3. A inobservância das <i>leges artis</i> e o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários	51
2.2.4. O acordo do paciente	53
2.2.5. O tipo subjetivo.....	55
2.2.6. A justificação da conduta do médico.....	56
2.3. O Consentimento presumido (artigo 156.º/2).....	56
2.3.1. Localização jurídica, importância e estatuto dogmático	56
2.3.2 A vontade hipotética do paciente.....	57
2.3.3. Características do consentimento presumido	58
2.3.4. Diferenças entre as alíneas a) e b), do n.º 2	60

2.3.5 Diferenças entre o consentimento presumido e o consentimento hipotético	61
2.4. Dever de esclarecimento e privilégio terapêutico (artigo 157.ºCP)	62
2.4.1. Dever de esclarecimento	63
2.4.2. Privilégio terapêutico.....	68
PARTE III - O PARADIGMA SANCIONADO PELO DIREITO PENAL ANGOLANO.....	69
1. De <i>Iure Constituto</i>: Tutela da autonomia do paciente à luz das ofensas corporais?	69
1.1 A justificação do ato médico: exercício do direito profissional do médico ou consentimento do doente?	71
1.2. Crítica ao direito vigente: lacuna de proteção da liberdade pessoal face ao ato médico	72
2. De <i>iure condendo</i>: Um novo bem jurídico e uma nova incriminação	75
2.1. Atipicidade das intervenções médico-cirúrgica na direção das ofensas corporais.....	75
2.2. Análise crítico-reflexiva da incriminação dos tratamentos médicos arbitrários (artigo 166.º).....	78
2.2.1. O paciente portador de uma Diretiva Antecipada da Vontade	86
2.2.2. Tratamentos médicos arbitrários e eutanásia passiva	91
2.2.3. A liberdade pessoal do paciente-suicida.....	94
2.2.4 O paciente menor, o dissentimento do representante legal e o bem jurídico tutelado pelo artigo 166.º ACPa	95
2.2.5. O paciente-recluso e a sua liberdade face às intervenções médico-cirúrgicas.....	99
Conclusão	108
Bibliografia.....	111
Jurisprudência	116

I. Introdução

1. O problema e a forma como será apresentado

O presente estudo visa refletir acerca da tutela penal da autonomia do paciente face ao ato médico.

O discurso sobre a presente temática convoca variadíssimas questões, todas elas merecedoras de respostas dogmáticas e normativas. Porque não nos é possível analisar todos os aspetos jurídico-penalmente relevantes respeitantes à autonomia pessoal do doente face ao ato médico, ocupar-nos-emos em saber se a liberdade pessoal do paciente encontra tutela no direito penal angolano. Isto é, em saber se a *liberdade de dispor do corpo ou da própria vida* deve ser (ou é) tutelada no tipo legal das ofensas corporais, ou se, pelo contrário, estamos diante de uma lacuna de tutela desse bem jurídico-penal, tendo presente que aquele tipo legal de crime visa tutelar outro bem jurídico, e não a autonomia pessoal do paciente.

Se admitirmos a ausência de proteção do presente bem jurídico-penal, qual deverá ser o caminho a seguir? Interpretar extensivamente o tipo das ofensas corporais de modo a incluir nele os atentados à liberdade do paciente? Ou propor uma nova incriminação, que venha dar a necessária tutela à liberdade de dispor do corpo e da própria vida?

O sucesso da nossa resposta terá como pressuposto impreterível a análise de algumas ordens jurídicas que sobre a problemática se pronunciaram: a experiência penal alemã e a experiência penal portuguesa.

Dividido em quatro partes, o nosso estudo obedecerá o seguinte percurso:

Na primeira parte, subordinada ao tema “a relação médico-paciente”, começaremos por destacar o modo através do qual o paciente exerce a sua autonomia face ao ato médico; em seguida, analisaremos a evolução da relação médico-paciente: de HIPÓCRATES à ENGISCH. Veremos, aí, que o princípio da autonomia na relação médico-paciente afigura-se recente. Antes, a referida relação era essencialmente caracterizada pelo *paternalismo médico*. Hoje, a generalidade das legislações e dos doutrinadores recusam um modelo que vê o doente como mero objeto da relação médico-paciente, por entenderem ser o paciente um verdadeiro sujeito. No plano penal, em função de alguns acontecimentos históricos e da evolução da ciência médica, ganhou-se a consciência da dignidade penal das intervenções médico-cirúrgicas não consentidas e do bem jurídico-penal: a liberdade pessoal do paciente;

a noção legal de ato médico será igualmente referida. Particular destaque merecerá igualmente o consentimento em geral e o consentimento do paciente na Constituição, no plano internacional e no Código Deontológico.

A segunda parte é dedicada à tutela penal da autonomia pessoal do paciente. Essa circunscrever-se-á à análise de dois modelos de proteção da liberdade pessoal: a solução germânica e a solução portuguesa. No primeiro momento, apresentaremos a resposta da jurisprudência germânica e de alguns autores ao problema da tutela do presente bem jurídico. Uma solução que, também veremos, não merece o aplauso de toda a doutrina. No segundo momento, analisaremos a problemática à luz do regime jurídico-penal português, no qual teremos a oportunidade de perceber que o modelo português de tutela da autonomia pessoal do paciente afigura-se dissemelhante do seguido pela jurisprudência alemã (e por alguns autores). Assim, ao contrário do modelo advogado pela jurisprudência germânica, a lei penal, a jurisprudência e a doutrina portuguesa defendem a tutela penal autónoma da liberdade pessoal do doente. Mais, recusam a equiparação das intervenções médico-cirúrgicas às ofensas corporais.

Para a integral compreensão do regime jurídico-penal português, no que respeita à presente problemática, traçamos o seguinte itinerário: a) começaremos por estudar o estatuto jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas, distinguindo-as das ofensas corporais; b) depois de analisado o conceito jurídico-penal de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, será analisada a incriminação relativa aos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Nesse ponto, entre outros aspetos, nos pronunciaremos acerca da matéria respeitante ao bem jurídico e ao acordo do paciente, precisamente o seu estatuto dogmático e os seus critérios de eficácia e validade. Depois, falaremos sobre o consentimento presumido, especialmente nas intervenções médico-cirúrgicas, onde assume particular relevância. Veremos os critérios de admissibilidade do consentimento presumido (pois é pertinente que se perceba em que termos este instituto não atenta contra a autonomia pessoal do doente), as características deste instituto e distinguiremos, ainda, o consentimento presumido do consentimento hipotético. Para terminar este capítulo, nos focaremos na análise do dever de esclarecimento, pois, como veremos, enquanto manifestação da autonomia pessoal do paciente, o consentimento não deve assentar em erro.

A terceira parte do nosso estudo será reservada à análise do paradigma sancionado pelo Direito Penal angolano. Uma análise que obedecerá dois planos: em primeiro lugar, no

plano do direito penal vigente; em segundo lugar, analisaremos o problema no plano do direito a constituir, concretamente, à luz do Anteprojeto do Código Penal Angolano.

Este segundo plano apenas será chamado porque o direito vigente não nos dá uma resposta para a questão da proteção do presente bem jurídico. Por isso, enquanto fundamento normativo do direito a constituir, é pertinente e oportuno que reflitamos sobre a autonomia do paciente no contexto do Anteprojeto do Código Penal angolano. Entre os vários aspetos que a autonomia pessoal do doente face ao ato médico levanta, trataremos: a) de saber se o médico estará vinculado à vontade do paciente constante na *Diretiva Antecipada da Vontade*; b) em analisar a problemática da *eutanásia passiva* no contexto de um regime que proíbe e pune os tratamentos médicos arbitrários; c) de discursar em torno da relevância da autonomia do *paciente-suicida* face ao ato médico; d) de compreender se a proibição dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, constante do Anteprojeto, abrange igualmente o tratamento médico efetuado no paciente menor, mas contra a vontade dos representantes legais; e) por fim, sobre a controversa questão de saber se, para efeitos de tutela da liberdade de dispor do corpo e da própria vida, o *paciente-recluso* é equiparável ao *paciente em liberdade*. Isto é, se é justificável ou admissível um tratamento diferente de regime entre estas duas categorias de pacientes.

A última parte é reservada a conclusão.

2. Justificação e atualidade do tema na sociedade

Ao olharmos para o direito penal angolano, são vários os aspetos que devem ocupar, nomeadamente, os académicos. O estudo sobre a autonomia do paciente face ao ato médico, foi a nossa opção.

É praticamente inegável o pensamento defendido por vários filósofos de que o homem enquanto ser racional é um sujeito livre, dotado de autodeterminação decisória.

Como qualquer um, ao paciente deve ser-lhe reconhecido o direito de tomar as suas próprias decisões, de acordo com a sua própria consciência. De escolher ou recusar o diagnóstico ou a terapêutica. De consentir numa determinada intervenção médica. São realidades que constituem, certamente, desafios para o direito penal, *maxime*, angolano, que deve estar à altura de responder a estes desafios.

Há cada vez mais novos bens jurídicos que reclamam pela tutela do direito penal. É necessário (e idóneo¹), por exemplo, que o médico, ao atuar contra a liberdade do paciente, seja responsabilizado criminalmente. Seja-nos permitido o seguinte exemplo: “A”, praticante de determinado credo religioso, portador de uma determinada patologia, dirige-se ao Hospital “S”, com a intenção de ver melhorado o seu estado clínico. Para o efeito, contacta com o médico “B”. Concluído o diagnóstico, o médico apercebe-se que o paciente deverá ser sujeito a uma intervenção cirúrgica, o que pode originar eventual transfusão sanguínea. Apercebendo-se dessa possibilidade, o paciente recusa qualquer tratamento que implique a transfusão de sangue, pois a sua religião não o permite. Contra essa oposição, o médico atua. *Quid iuris* para o direito penal angolano?

São inúmeros os fatores que motivaram a escolha da presente temática. Nomeadamente, a ausência de estudos na área; a tendência cada vez mais crescente de os pacientes reclamarem pelos seus direitos e de procurarem no direito (nos tribunais) a tutela dos mesmos, tutela essa cujo direito penal raramente consegue dar; a necessidade de se olhar para o paciente como um cidadão dotado de direitos e não como um objeto da relação médico-paciente, isto é, um “campo” de experimentações clínicas, sem qualquer liberdade de decidir o que é melhor para si, portanto recusar uma intervenção médica; a dignidade penal das intervenções médicas sem ou contra o consentimento do paciente; a necessidade de tutela penal do bem jurídico autonomia do paciente; a atual discussão na sociedade angolana sobre a necessidade de se efetuar uma reforma do Código Penal, onde se discute, entre outros aspetos, a introdução de um tipo legal que pune as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Com o presente estudo, pretendemos, portanto, dar o nosso contributo para a compreensão, reconhecimento e elevação da liberdade pessoal do paciente à categoria de bem jurídico-penal.

¹ ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de direito penal*, Coleção: Veja Universidade, Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 2ª Ed., 1993, pp. 57-59

PARTE I - A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: AFIRMAÇÃO E RESPEITO PELO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PESSOAL

1. O exercício da autonomia pelo paciente

A autonomia pode ser vista como sendo a capacidade ou qualidade de o indivíduo tomar as suas próprias decisões à luz da sua razão. Se é assim em termos gerais, no âmbito da relação médico-paciente a realidade não é outra. A autonomia do paciente pode ser entendida como sendo a capacidade de o mesmo aceitar ou recusar, de modo livre e esclarecido, um determinado tratamento médico-cirúrgico.

O paciente pode exercer a sua autonomia e os profissionais de saúde estão obrigados a respeitar e a contribuir no exercício da mesma (pensa-se no dever de esclarecimento). Face ao ato médico, o paciente exerce a sua autonomia através do direito de consentir ou dissentir livre e esclarecidamente. Ou seja, consentindo para uma intervenção médico-cirúrgica o paciente estará a realizar a sua autonomia, que é expressão da sua dignidade como pessoa. Na linha de PAULO HENRIQUES, a autonomia do paciente é protegida através do direito ao consentimento². Vários Estados, nós não somos uma exceção, consagraram o direito do paciente de consentir e de recusar cuidados de saúde. A moral ou a religião não podem servir de limites ao exercício da autonomia. O mesmo se pode dizer em relação aos designados *bons costumes*. Aliás, no contexto social angolano, será muito difícil determinar o sentido e alcance da cláusula de *bons costumes*: o que é, objetivamente, *bons costumes* entre nós? Vivemos numa sociedade com várias tradições, várias culturas e vários costumes. A sociedade angolana apresenta-se, assim, multifacetada e heterogénea. Diante de uma situação prática, como deverá o intérprete e aplicador do direito (penal) avaliar que o exercício da autonomia colide com os *bons costumes*? É uma situação complexa e que foge do nosso âmbito de estudo.

Voltando à problemática, importa, assim, referir que, em homenagem à autonomia pessoal, “o paciente que está consciente e tem capacidade natural ou discernimento para entender o significado e alcance do consentimento no momento em que o vai prestar, pode recusar qualquer tratamento médico, independentemente das razões por que o faz e do

² HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida e o Relevância das Diretivas Antecipadas, in *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, Ano 14, n.º 29, 2010, p. 98.

contexto em que se encontra, mesmo que isso implique a colocação em risco da sua vida”³. Segundo COSTA ANDRADE, “(...) o paciente tem a liberdade de recusar um tratamento mesmo que lhe permitisse ultrapassar uma doença que põe em perigo a sua vida. Ninguém pode arvorar-se em juiz quando se trata de saber em que circunstância um outro estaria, de forma mais racional, disposto a aceitar a intervenção para ficar de novo curado”⁴.

Portanto, para que o paciente exerça a liberdade pessoal, é necessário que lhe seja assegurado o direito a consentir ou recusar uma dada intervenção médica. Um consentimento que deverá ser livre e devidamente esclarecido. Trata-se, aqui, do esclarecimento-para-a-autodeterminação, que é “pressuposto para a salvaguarda integral da liberdade de dispor do corpo ou da vida”⁵.

Não bastará, portanto, reconhecer ao paciente o direito de consentir ou recusar tratamentos médico-cirúrgicos, é insuficiente. É necessário que existam instrumentos legais que responsabilizam (criminalmente) o agente que impede o paciente de exercer a sua autonomia face ao ato médico. Como sublinha FIGUEIREDO DIAS, “por efeito da relação que entre o médico e enfermo se estabelece e que deve basear-se na mais ampla confiança, oferece-se à contemplação daquele a personalidade deste, em toda a sua complexidade e na sua esfera mais íntima; mas o particular «estado de necessidade» em que o paciente se encontra não pode nunca, seja qual for a sua intensidade, servir de pretexto ao atropelo dos seus direitos de personalidade, incluindo o direito - irrecusável, se bem que não absoluto - a dispor do corpo e da própria vida. De modo que o médico terá de proceder sempre de forma tal que não lese os interesses da inviolabilidade pessoal e da liberdade de determinação do paciente - daqui podendo também derivar a sua responsabilidade jurídico-penal”⁶.

Historicamente, nem sempre foi assim. Nem sempre a liberdade do paciente face ao ato médico foi vista como um bem jurídico-penal.

³ HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida..., p. 95.

⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 605.

⁵ 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: Coimbra Editora, 2004, p. 129.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Problema da Ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica, in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológicos-Morais e Jurídicos*, Porto: Companhia Editora do Minho-Barcelos, 1973.

2. Do paternalismo médico à autonomia do doente

A afirmação da autonomia do paciente face às intervenções e tratamentos médico-cirúrgico mostra-se recente. Para a memória ficou a cura baseada em preceitos teológicos (ou transcendentais), e que o paciente nada podia dizer ou fazer senão acreditar. Entre o médico e o sacerdote, há agora uma divisão de tarefas, as suas atividades deixaram de ser confundíveis.

De HIPÓCRATES à ENGISCH, do paternalismo médico à autonomia do paciente, muito se pode dizer acerca da consciencialização do direito *sub judice*. Se hoje é praticamente inquestionável o pensamento segundo o qual, para ser legítimo o tratamento médico-cirúrgico terá de assentar no consentimento do paciente, o que significa que o doente pode recusar-se a dar o seu consentimento e o profissional de saúde deve respeitar, a verdade é que o respeito pelo direito de o paciente tomar as suas próprias decisões sobre um determinado tratamento médico, nem sempre foi uma obrigação do médico. É certo “que o médico ouvia o seu paciente e falava também com os familiares do seu paciente. Simplesmente, no momento de decidir, o médico não tinha que levar em conta os desejos, preferências e convicções do paciente ou dos familiares do paciente”⁷.

Ao que a doutrina indica, durante muito tempo, a relação médico-paciente era essencialmente caracterizada por uma superioridade do médico em relação ao paciente. O profissional de saúde atuava na convicção de ter mais conhecimentos que o doente. Era, portanto, uma relação hierárquica. Segundo PAULO HENRIQUES “o médico era soberano pelo que podia contrariar a vontade do paciente ou dos familiares do paciente sem sofrer, por isso, qualquer censura jurídica”⁸. Era o denominado paternalismo médico.

Segundo MARIA DO CÉU RUEFF, “o paternalismo é visto como a assimetria da relação, em que o poder do médico anula a individualidade do doente, ou leva ao seu tratamento como pessoa infantil ou mesmo não pessoa, nos casos extremos”⁹. Por outras palavras, destaca a autora, “o paternalismo médico consistia na ideia de que o médico tinha de ser o “soberano” dos seus doentes, sendo estes considerados psicologicamente afetados e

⁷ HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida..., pp. 94-95.

⁸ *Ibidem*, p. 95.

⁹ RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 127.

pecadores relapsos contra a higiene”¹⁰. A doutrina atribui ao juramento de Hipócrates¹¹ o paternalismo médico bem como determinado desequilíbrio na relação médico-paciente¹².

No que ao paternalismo médico respeita, dois princípios se podem destacar: o da não-maleficência e o da beneficência. O primeiro traduz-se na ideia de que a intenção da ação médica não pode ser má. “Impõe que os benefícios de uma ação, sejam preponderantes em relação a possíveis malefícios”. Essa ideia integra-se no princípio hipocrático “*primum non nocere*”, portanto, “ajudar ou pelo menos não prejudicar”. Segundo alguns autores, “o princípio da não-maleficência pode ser interpretado como a interdição de fazer ao autor, o que o outro considera como um bem, enquanto o agente o considera como um mal”. O segundo, isto é, o princípio da beneficência, que também caracteriza a paternalismo médico, “basea-se na obrigação de realizar o bem, e não só no desejo de o fazer”. Quer no princípio na beneficência, quer no da não-maleficência, é o médico ou outros profissionais de saúde que atuam respetivamente pela positiva ou pela negativa, enquanto o doente tem nos dois princípios uma ação negativa¹³.

Não faltam, porém, vozes a questionar este caráter autoritário da relação médico-paciente. É o que nos dá conta GUILHERME F. F. de OLIVEIRA: “há quem afirme que o exercício da medicina nunca foi tão autoritário como estas passagens fazem crer senão, porventura, durante a idade média, quando a prática clínica esteve confiada aos monges, habituados a relações organizadas de uma forma hierárquica severa, e ao dogma. Há, pois, quem defenda que, historicamente, o médico estabeleceu uma relação terapêutica semelhante à que acontece hoje”¹⁴. Ainda assim, realça o autor: “ninguém pretende que se

¹⁰ RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 121

¹¹ O juramento de Hipócrates marca, segundo a autora, “sobretudo a entrada da medicina no campo das profissões e delimita as primeiras fronteiras, relativamente a outros espaços de atuação. Por outro lado, estabelece com firmeza alguns limites da arte, ao mesmo tempo que impõe deveres profissionais e giza um código de atuação e comportamento próprio. O juramento funcionou como veículo de transmissão de conhecimento entre os pares, mas também serviu de garante dos deveres dos médicos para com os seus doentes, assim como de certos deveres dos médicos para com a sociedade. Contém (...) de forma firme e implacável, o seu valor negativo, o qual permitiu até hoje sancionar todos os que a ele ousaram desobedecer e, paralelamente ainda, ditar a vivência dos princípios que sustentaram, por mais de vinte séculos, um conjunto de profissionais (...) é ao juramento que se deve o estabelecimento dos primeiros deveres médicos, tanto de omitir como de agir, e os primeiros limites no desempenho da arte. É nele que está a preocupação clara de utilização do poder do conhecimento e de observação sempre para ajudar e nunca para causar dano ou injustiça ao ser humano (...)”. RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação...*, pp. 73- 74 e 117-118.

¹² *Ibidem*, p. 117.

¹³ FIGUEIREDO, Amorim Rosa de, *Consentimento para o ato médico*, Gráfica de Coimbra, 2006, pp. 87-90

¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, in *Revista de Legislação e de jurisprudência*, ano 125.º, n.º 3815, pp. 33-34.

tenha reconhecido, em épocas antigas, *um verdadeiro direito do paciente que impusesse a recolha de um consentimento informado*. Quer se acredite que a intervenção médica desprezou, de um modo radical, a vontade do doente ou, pelo contrário, que as intervenções foram naturalmente temperadas e concertadas pelo respeito humano ou pela necessidade prática de colaboração, parece seguro afirmar que só muito recentemente se estabeleceu a necessidade de obter um consentimento informado e prévio, como um modo de respeitar um verdadeiro e próprio direito do paciente”¹⁵.

Portanto, hoje, o paradigma é outro. A relação médico-doente já não é hierárquica, mas sim horizontal¹⁶. Na linha de FARIA COSTA, “o que alterou substancialmente o sentido do ato médico foi a introdução, dentro da relação doente/médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido, em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de supra-infra ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica (...) com o médico, é senhor capaz de construir a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica e complexa que é a relação médico/doente assentou arraias, assentou a sua praça forte, no doente, na pessoa doente. (...) ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo da autonomia”¹⁷.

Na esteira de COSTA ANDRADE, “mesmo em caso de intervenção indicada para salvar a vida, o direito de autodeterminação de um paciente exige que o médico lhe deixe a possibilidade de ser ele próprio a decidir sobre a operação e, sendo caso disso, de recusá-la”¹⁸. Segundo FARIA COSTA, “estamos, nos nossos dias, muito longe do modelo hipocrático relativamente às relações entre o médico e o paciente. Emergiu em toda a sua plenitude um novo paradigma para a inteligência daquelas importantíssimas relações. Verdadeiramente o que, nos dias atuais, vigora é a afirmação indiscutível da ideia de autodeterminação do paciente. Este é que é o centro, este é que passa a ser o centro de todo o ato médico. (...) o ato médico só existe se o paciente quiser que exista. Enquanto no

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in *Revista de Legislação e de jurisprudência*, ano 125.º, n.º 3815, pp. 33-34.

¹⁶ ALAMO, Mercedes Alonso. El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales, in *Autonomía personal y decisiones médicas, cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters (legal) Limited /Blanca Mendoza Buergo (Editora), Editorial Aranzadi, 2010, pp. 97-100.

¹⁷ COSTA, José de Faria. *Linhas Gerais de Direito e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 144.

¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 605.

modelo hipocrático o ato médico (...) podia existir desde que o médico, interpretando uma hipotética vontade do paciente, entendesse que tal ato ia no sentido do bem do paciente, agora, para o próprio médico levar a cabo um ato médico, mesmo que seja no indesmentível interesse do paciente (...) terá que ter o consentimento do seu doente. (...)”. Continuando, a autor advoga que esta maneira de “se entender a cura, a diminuição da dor, o prevenir a doença faz com que o que sofre possa escolher várias alternativas à debelamento da sua dor ou do seu sofrimento. Possa escolher vários meios alternativos de cura para a sua doença. Possa escolher (...) entre atos de medicina convencional e atos de medicina não convencional”¹⁹.

Na relação médico-paciente, os vários interesses existentes nela devem ser atendidos. Ou seja, deve existir uma harmonia entre a autonomia do paciente e o princípio da beneficência. É o que nos diz MARIA DO CÉU RUEFF. Segundo a autora, “a autonomia, beneficência, e justiça deverão nortear a relação médica, mas o que há que justamente aprender é a dosear estes imprescindíveis ingredientes²⁰”. Para a autora, “(...) na relação médico-doente cada parte tem a sua própria responsabilidade moral. Assim, o paciente atuará conforme o princípio da autonomia, a sociedade e o Estado de acordo com o princípio da justiça e o médico seguirá acrescentando a essa relação a sua quota-parte, o princípio ético da beneficência”²¹. No seu entender, “(...) a ética médica atual não se diferencia da clássica por estar baseada na autonomia e não na beneficência, mas sim na medida em que o médico já não pode, não deve, nem quer exercer essa beneficência de modo paternalista e absoluto. Ao médico não se lhe pede que renuncie ao seu critério moral de beneficência, mas que o entenda como ‘um’ princípio moral, que deve articular-se com os próprios das outras partes da relação médico-doente: autonomia do paciente e a justiça da sociedade. Sem renunciar ao seu princípio da beneficência, o que seria suicida, o médico tem de apreender a não voltar as costas à autonomia”²². Daqui resulta líquido que no confronto entre a intenção do médico de salvaguardar a vida ou a saúde do paciente, por um lado, e a autonomia do paciente, por outro lado, deverá prevalecer a segunda. É o sistema individual a sobrepor-se ao sistema social. O Estado não poderá impor ao paciente que faça determinados tratamentos ou que faça determinados diagnósticos.

¹⁹ COSTA, José de Faria. Em redor da noção de ato médico, in *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, 1.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 212-213.

²⁰ RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação...*, p. 113.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

Em nome da dignidade humana seria inaceitável que se permitisse, por exemplo, experimentações humanas sem o consentimento do paciente, ou que se administrasse um determinado fármaco ao paciente ou que lhe fosse amputado um membro, simplesmente porque o médico julga ser no melhor interesse do doente, sem previamente ter o seu consentimento (livre e esclarecido).

Em Angola, por exemplo, é frequente o recurso à medicina alternativa. Um paciente devidamente esclarecido sobre o seu estado clínico e sobre a reposta da medicina académica, no pleno uso da sua autonomia, pode optar pelo tratamento tradicional e encontrar nele a perfeita cura para a sua patologia. Apesar de não dispormos de registos oficiais, importa relevar que, em Angola, são vários os pacientes que consideram a medicina tradicional (medicina alternativa) mais eficaz que a medicina académica, para determinadas patologias. Porque é um sujeito autónomo, o paciente pode optar entre uma e outra, isto é, ele deve ser livre de considerar qual a melhor via para debelar a sua dor. O Estado/o médico não pode impor um determinado tratamento.

Com o sistema da autonomia, quer-se, no fundo, combater ao denominado *totalitarismo terapêutico*. Como defende COSTA ANDRADE, “o médico tem como seu direito por excelência, e mesmo indeclinável dever, curar e (...) libertar o paciente do sofrimento. Simplesmente, este direito e este dever encontram a sua fronteira no direito do Homem à livre autodeterminação sobre o seu corpo”. O que significa que, continua, “a intervenção não consentida, mesmo que medicamente indicada, será uma agressão ilícita contra a liberdade e dignidade da pessoa humana”²³. Citando a jurisprudência alemã, o autor sublinha: “o direito e o dever do médico de intervir em benefício da saúde e da vida terão de conhecer um limite: situado precisamente onde entram em colisão com o direito do paciente de decidir ele próprio sobre o seu corpo”²⁴.

A autonomia do paciente tem hoje expressão no plano penal. Segundo COSTA ANDRADE, “a hipostasiação da liberdade como bem jurídico digno de tutela só foi possível ao cabo de um processo de decantação histórica, feito de avanços e recuos, ao ritmo do triunfo e ocaso das construções sociais da realidade”²⁵. Segundo o autor, na decorrência do século XIX “não se conhecia a consciência nem do bem jurídico protegido nem da dignidade

²³ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 599-600.

²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal, (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 435.

²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 435.

penal da conduta, que só era punida quando atingisse o limiar da Coação ou Sequestro”²⁶. Foi a partir da experiência jurídico-penal germânica que verificou-se “a emergência e afirmação da autodeterminação pessoal como um novo e autónomo bem jurídico-penal”. É na Alemanha, diz o autor, “onde, de forma unívoca, se afirma o valor da autonomia pessoal, se proclama o seu primado, mesmo à custa do sacrifício da integridade física ou da vida, e se esconjura o fantasma do paternalismo médico-terapêutico, ancorado numa qualquer superior razoabilidade ou ética ou na prevalência dos valores sistémico-sociais. E onde se assume consequentemente esta dimensão da liberdade como referente próprio de juízos de danosidade social e de ilícito material”²⁷.

A paternidade do que fica dito é atribuída à ENGISCH. Foi este autor que deu um contributo relevante para a legitimação do valor da autonomia pessoal do doente e a determinação definitiva do seu lugar no sistema jurídico-penal. Isto em estudos datados de 1939, “quando a defesa de programas coativos de tratamentos ganha um peso crescente, numa mundivisão dominada pela ideia da *totale Inpflichtnahme* dos cidadãos e da redução da pessoa a mera função ao serviço de valores comunitários”²⁸. Para ENGISCH, “o respeito pela vontade do paciente significa que, dentro de determinados limites, a ordem jurídica reconhece um direito de ponderação de interesses, um direito de autodeterminação do paciente como um interesse digno de consideração. Um interesse de índole especialmente pessoal, embora valendo igualmente como interesse comunitário e relevando, por isso, na ponderação ético-jurídica de todos os interesses”²⁹. ENGISCH “adscreve, assim, à liberdade pessoal do paciente aquela valência sistémico-social própria dos bens jurídicos tutelados pela generalidade das incriminações suscetíveis de acordo. Que se caracteriza (...) pela congruência entre o sistema pessoal e social: em vez de frustrar o programa sistémico-social ou irritar o seu desempenho, o exercício da autonomia pessoal corresponde, pelo contrário, ao seu verdadeiro sentido”³⁰.

Segundo COSTA ANDRADE, “ENGISCH antecipa já o que viria a converter-se num paradigma praticamente consensual entre os penalistas germânicos. Que, em síntese: identifica uma concreta expressão de liberdade como referente de danosidade social e como bem jurídico digno e carecido de tutela penal e, por isso, como suporte de um juízo de

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 435.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*. *sentimento e Acordo...*, p. 436.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, pp. 436-437.

ilicitude material; e, complementarmente, reclama a incriminação autónoma dos tratamentos arbitrários”³¹.

Para além do pensamento de ENGISCH, existiram outros fatores que impulsionaram, no plano penal, a emergência e afirmação da autonomia do paciente face aos tratamentos médicos. Por exemplo, “os progressos das ciências médicas e das técnicas cirúrgicas que despertaram na consciência coletiva um sentimento de ambivalência- “de fascínio e inquietação” - e puseram em evidência, também eles o valor da liberdade (e da dignidade pessoal) face ao tratamento coercivo”³².

O presente entendimento, a nosso ver, deve valer igualmente para o contexto jurídico angolano. O doente - sujeito na relação médico-paciente - deve ter o direito de aceitar ou recusar uma intervenção médica; deve ser-lhe reconhecida a autonomia face ao ato médico, isto é, deve-se negar ao médico a possibilidade de efetuar uma intervenção médico-cirúrgica sem ou contra o consentimento do paciente. Um consentimento que deverá ser livre e devidamente esclarecido, para que o doente exerça a sua autonomia. É, aliás, o que se pode subtrair da Constituição da República de Angola, do direito internacional aplicável e do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Angola.

3. A autonomia do paciente e a Constituição da República de Angola

A autonomia do paciente é consensualmente vista como sendo um direito fundamental. Na expressão de COSTA ANDRADE, a liberdade do paciente face aos tratamentos médico-cirúrgicos constitui “emanação ou corolário direto de direitos fundamentais como o direito geral de personalidade, a liberdade geral de ação ou o direito à autodeterminação, ou mesmo expressão da dignidade humana, o que significa que o paciente tem o direito de dar ou recusar o seu consentimento segundo os seus critérios mais fundos e insindicáveis”³³.

A atual Constituição da República de Angola consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais, incluindo a liberdade do paciente face às intervenções médicas. Uma

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 437

³² ANDRADE, Manuel da Costa. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 597. No mesmo sentido, HENRIQUES, Paulo. *A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida...*, pp. 94-95.

³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 600.

liberdade exercida através do consentimento³⁴. Um direito que não podia ser negligenciado pelo legislador constituinte. Como bem sublinha algum setor da doutrina constitucional angolana, os direitos, liberdades e garantias, “longe de serem uma manifestação da criatividade do legislador constituinte, são um produto de uma longa tradição filosófico-política e teórico-constitucional que concebe a proteção dos direitos dos indivíduos como a própria razão de ser do Estado (...)”³⁵.

A generalidade das Constituições modernas confere direitos aos pacientes. Como defende MARIA DO CÉU RUEFF, “os doentes são pessoas humanas autónomas e responsáveis e devem ser tratados como tal. Gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na constituição (...) devendo aplicar-se, como aos outros cidadãos, os princípios de direito, entre os quais se contam, (...) o da autonomia (...)”³⁶. Este entendimento está, aliás, em conformidade com a Constituição da República de Angola. Nos termos do n.º 1, do artigo 22.º, “*todos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionalmente consagrados (...)*”. Dispondo o n.º 1, do artigo 31.º que, a “*integridade moral, intelectual e física das pessoas é inviolável.*” No seu n.º 2, lê-se: “*o Estado respeita e protege a pessoa e a dignidade humana.*” Como se pode verificar, a Constituição refere-se a *todos*.

Segundo INÊS F. GODINHO, “na relação médico-doente existem frequentemente casos em que o ato médico põe a vida em perigo ou fere o corpo. Na verdade, as decisões relativas à disposições sobre o próprio corpo pertencem à esfera de liberdade do paciente, ou seja, são partes do seu direito à autodeterminação. Neste sentido, de uma perspetiva constitucional, toda e qualquer intervenção médica carece do consentimento do paciente para que não seja valorada como violação do direito à integridade pessoal”³⁷.

Para além de outras disposições normativas constantes da Constituição da República de Angola (doravante, CRA), o direito de o paciente dar ou recusar o seu

³⁴ Sobre o assunto, no direito espanhol, cfr., entre outros, DOALLO, Noelia Martinez. O consentimento informado como direito fundamental: imunidade ou autodeterminación?, in *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 19, Ano 2015, pp. 511- 517.

³⁵ MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito Constitucional Angolano*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 180. Sobre os direitos fundamentais na Constituição da República portuguesa, Cfr., entre outros, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 294 e ss.

³⁶ RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação...*, p. 628; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º Ed, Coimbra: Almedina, 2003, pp 39 e ss.

³⁷ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima e os Problemas de participação em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 106.

consentimento pode ser retirado do artigo 36.º, n.º 3, alíneas c), d) e e). Segundo o n.º 3 do artigo 36.º, “o direito à liberdade física e à segurança individual envolve (...): c) o direito de usufruir plenamente da sua integridade física e psíquica; d) O direito à segurança e controlo sobre o próprio corpo; e) O direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento prévio, informado e devidamente fundamentado.”

A Constituição, ao reconhecer e ao proteger a autonomia do paciente diante das intervenções médicas, associa-se ao paradigma que consagra o primado da autonomia do doente sobre o corpo e, de certa maneira, sobre a própria vida. Como sustenta INÊS F. GODINHO, “na medida em que a Constituição confere ao paciente o direito de decidir as intervenções e tratamentos médicos em que consente, assiste-lhe, nesta justa medida um direito de dispor sobre a sua vida.³⁸⁻³⁹

4. O consentimento do paciente no Direito Internacional

O respeito pela autonomia do paciente é igualmente imposto no plano internacional. Entre os vários diplomas podemos destacar a Declaração de Lisboa Sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Lisboa, em setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, em setembro de 1995. Uma associação de que Angola é membro⁴⁰.

Dos vários princípios que a mesma apresenta, cabe-nos olhar para o direito ao consentimento livre e esclarecido. Assim, o seu terceiro princípio, sob epígrafe “Direito à autodeterminação”, estabelece: “a) o paciente tem o direito à autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões; b) um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e

³⁸ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, pp.107-108.

³⁹ Sobre o conteúdo do direito à vida, constitucionalmente consagrado, Cfr., com as devidas adaptações, entre muitos, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, pp. 446 e ss.

⁴⁰ Cfr., <http://www.wma.net/en/60about/10members/20memberlist/index.html>, acesso em 20/04/2016.

quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento; c) O paciente tem o direito de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento.”

O dever de respeito pelos direitos do paciente resulta igualmente do *International Code of Medical Ethics*, elaborado pela WMA (*World Medical Association*), adotado na sua 3ª Assembleia Geral, em Londres, em Outubro de 1949.

5. O consentimento do paciente no Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Angola

Destinado a estabelecer as regras e os princípios a serem observados por todos os médicos no exercício da sua profissão, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Angola, à semelhança de outros Códigos de natureza análoga, vem proibir que os profissionais afetos ao seu âmbito subjetivo efetuem intervenções médico-cirúrgicas sem ou contra a vontade do paciente.

Assim, e por exemplo, o seu artigo 29º, sob epígrafe “*Métodos Arriscados*” vem impor que, “*antes de adotar um método de diagnóstico ou terapêutica que considere, o médico deve obter, de preferência por escrito, o consentimento do doente ou de seus pais ou tutores, se for menor ou incapaz, ainda que temporariamente.*”

Do seu artigo 31.º, que se afigura perfeitamente compatível com o princípio da liberdade religiosa, constitucionalmente consagrado (artigo 41.º da CRA), retira-se: *o Médico deve respeitar escrupulosamente as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente, não devendo exercer qualquer ato médico sem procurar o seu consentimento; Por outro lado, e tratando-se de um paciente incapaz, esse artigo estabelece que o consentimento de crianças, menores ou incapacitados, é em princípio pedido aos Pais, Parentes mais próximos ou representantes legais, salvo quando existe conflito entre os familiares e o médico existente, em situação graves e de emergência, para as quais deverá recorrer-se a decisão judicial suportada em legislação apropriada.*

O Código Deontológico exige igualmente o consentimento livre e esclarecido do paciente para os casos em que a ciência desconhece o resultado de uma determinada terapêutica. É o que nos diz o artigo 32º. Nos termos do qual, “*o Médico deve abster-se de qualquer cuidados terapêuticos ou diagnóstico não fundamentados cientificamente, bem como de experimentação temerária, ou se uso de processos de diagnóstico ou terapêutica*

que possam produzir alteração de consciência, com diminuição da livre determinação ou da responsabilidade, ou provocar estados mórbidos, salvo havendo consentimento formal do doente ou do seu representante legal, preferentemente por escrito, após ter sido informado dos riscos a que se expõe, e sempre no interesse do doente, nomeadamente no intuito de lhe restituir a saúde”. Um entendimento que se alarga ao artigo 37.º, “Não é permitido (...) realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequências da pesquisa.”

6. O Consentimento no Código Penal angolano

No Código Penal angolano (CPa) não encontramos nenhum artigo que expressamente se refere ao consentimento do paciente. O mesmo fala da figura do consentimento em termos gerais. Apesar disso, parece-nos oportuno e relevante que prestemos alguma atenção à figura geral do consentimento, isto é, aos seus principais aspetos problemáticos.

A presente figura encontra consagração legal no n.º 5, do artigo 29.º, do CPa. Nos seus termos, o “*consentimento do ofendido exige o agente de responsabilidade criminal, nos casos previstos na lei.*”⁴¹

Em primeira análise pergunta-se pelo fundamento da força justificante do consentimento. Segundo FIGUEIREDO DIAS, “a legitimação da força justificante do consentimento provem da intenção político criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de autorrealização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência”. Por isso, defende o autor, “o consentimento surge como um caso de colisão de interesses em si mesmo dignos de tutela penal. De um lado está o interesse

⁴¹ A parte final do preceito *sub judice* vem consagrar o princípio da unidade da ordem jurídica. Esse princípio significa, segundo FIGUEIREDO DIAS, que “as causas de justificação não têm de possuir caráter especificamente penal, antes podem provir da totalidade da ordem jurídica e constarem, por conseguinte, de um qualquer ramo de direito”. Por exemplo, sublinha o autor, “se uma ação é considerada lícita pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude (...) tem de impor-se a nível do direito penal, pelo menos no sentido de que ela não pode constituir um ilícito penal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 387-390. Em sentido convergente vai ORLANDO RODRIGUES. Para o autor, “o artigo 29.º, n.º 5, «ressalvou os casos especificados na lei», pelo que admitiu que outra lei viesse a conceder relevância ao consentimento (...)”. O autor continua: “ainda que o artigo 29.º, n.º 5, não fizesse aquela ressalva, a admissão do consentimento como causa de justificação, na lei civil, teria, por força do princípio da unidade da ordem jurídica, de relevar na área particular do direito penal”. *Apontamentos de Direito Penal*, Escolar Editora, Lobito, 2014, p. 183, nota 38.

jurídico-penal na preservação de *bens jurídico*; o qual não desaparece ou não é eliminado por força do consentimento do titular. Os casos de consentimento são, em definitivo, casos de lesão efetiva de bens jurídicos. Do outro lado, (...), está o interesse, também jurídico-penalmente relevante, de preservação (também ela um bem jurídico!) da autorrealização do titular do bem jurídico lesado, da sua autonomia pessoal e de vontade. Em certos casos e sob certos pressupostos - quando o bem jurídico lesado é pela lei considerado disponível pelo seu titular; e quando a lesão ao nível do sistema social é ainda reputada pela lei de menor relevância do que a autorrealização do agente - a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do “sistema pessoal do agente sobre a perda ao nível do “sistema social” e confere a consequente justificação ao facto típico praticado”⁴².

No entanto, para que seja válido e eficaz, o consentimento deve obedecer a determinados requisitos. É necessário que verse sobre bens jurídicos disponíveis, como por exemplo, a *integridade física*⁴³. Diferentemente do que sucede com o bem jurídico *vida*, este é *absolutamente indisponível*, quando se está perante uma *heterolesão*. Já será disponível, quando a lesão é criada pelo próprio titular do bem jurídico. Prova disso é que a tentativa de suicídio não é punível⁴⁴.

Para além do requisito mencionado, é necessário *que quem consente seja capaz*. O atual Código Penal angolano não nos diz qual é a medida desta capacidade. Mas, e *de iure condendo*, o caminho seguido por FIGUEIREDO DIAS parece-nos digno de sufrágio. O autor, reportando-se à normatividade jurídica vigente em Portugal, considera: “o Código Penal entendeu - e bem - que esta capacidade não pode ser medida pelas (nem avaliada à luz das) normas jurídico-*civis* relativas à capacidade. Antes, se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o *significado do consentimento e o sentido da ação típica*; o que supõe maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica”⁴⁵. Por outro lado, o consentimento não deverá padecer de vício da vontade, ou seja, deverá assentar na *liberdade de vontade* do titular do bem jurídico *lesado*.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., pp. 471-472.

⁴³ *Ibidem*, pp. 479- 480.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 479; GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 132. Mais desenvolvidamente sobre o assunto cfr., ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 135.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I..., p. 133 ss

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., pp. 479-484; RODRIGUES, Orlando. *Apontamentos de Direito Penal*, Escolar Editora, Lobito, 2014, p. 483-484. Não pretendemos desenvolver este ponto.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, “o engano e o erro, a ameaça e a coação, tornam o consentimento ineficaz”⁴⁶. Mas a mera existência da coação e ameaça, diz COSTA ANDRADE, não determina por si só a ineficácia do consentimento, é necessário “que a violência ou ameaça sejam tais que já não possam considerar-se o consentimento como um exercício concreto da autonomia da pessoa sobre a própria integridade física”. Segundo o autor, “só determinarão a ineficácia do consentimento as ameaças ou violências suscetíveis de ser punidas como atentados autónomos contra a liberdade”⁴⁷. Do lado do erro, a resposta já não se mostra linear. Alguns autores defendem que o erro determinará invariavelmente a invalidade do consentimento. Para outros autores, deve ser feita uma distinção entre erro referente ao bem jurídico e erro não referente ao bem jurídico. Assim, segundo defendem, “só o erro-referido- ao-bem-jurídico determina a invalidade do consentimento (...)”. “Já será diferente em todos os outros casos, nomeadamente na hipótese de erro sobre a contraprestação, face aos quais cabe atualizar os mecanismos adequados à tutela das expectativas patrimoniais, inclusive o recurso à burla”⁴⁸.

Outra exigência é a de que o consentimento não pode contrariar os *bons costumes*, como resulta do artigo 340.º, n.º 2, do Código Civil angolano⁴⁹. Uma matéria que não será aqui estudada⁵⁰.

6.1. Consentimento justificante e acordo-que-exclui-o-tipo

Não há unanimidade no que ao estatuto dogmático do consentimento respeita. Dois modelos se destacam: o paradigma monista do consentimento e o paradigma dualista do consentimento. Segundo o primeiro, o consentimento do titular do bem jurídico lesado exclui apenas a tipicidade do facto⁵¹. O segundo assenta “numa representação dualista do

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., p. 485.

⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 431.

⁴⁸ Desenvolvidamente, entre outros, cfr., *Ibidem*, pp. 431-436.

⁴⁹ Dispõe o artigo 340º do Código Civil Angolano, sob epígrafe, *consentimento do lesado*: n.º 1- *O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão*; n.º 2- *O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes*; n.º 3- *Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*. Cfr., igualmente RODRIGUES, Orlando. *Apontamentos de Direito Penal...*, pp. 186 e 483-484. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., pp. 479-484.

⁵⁰ Sobre o assunto, cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 436 e ss.

⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 176.

consentimento do ofendido, relevando já como causa de negação da tipicidade, já como autêntica causa de exclusão da ilicitude”⁵².

Na perspectiva monista, encontramos autores como ROXIN e ZIPF. Para ROXIN, o consentimento do ofendido não é uma causa de justificação. “Pois, quando alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídico, esta intervenção não constitui um dano para o portador do bem jurídico antes configura um auxílio na realização da liberdade de ação que lhe é constitucionalmente assegurada (...) e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor. À semelhança do que sucede com a disposição dos bens jurídicos por parte do próprio portador, também esta conduta não preenche o tipo criminal. Assim, e a partida, é a sua atipicidade que é excluída”⁵³. Segundo o autor, “se os bens jurídicos estão ao serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, então não pode existir uma qualquer lesão do bem jurídico quando uma ação assenta numa disposição do portador do bem jurídico e, como tal, não prejudica o seu livre desenvolvimento, antes e pelo contrário, constitui a sua expressão”. Portanto, “o consentimento eficaz representa para quem o declara um pedaço de autorrealização responsável na comunicação com ou sob a assistência de outros. (...). Em conformidade, a ação do agente representa para o titular do bem jurídico o apoio no exercício de um direito ou de uma liberdade”, enfatiza⁵⁴. Em concordância com ROXIN está ZIPF. Segundo este autor, “todos os tipos legais em relação aos quais o consentimento é possível pressupõem uma atuação contra a vontade do portador do bem jurídico. O abandono eficaz do bem jurídico exclui uma lesão penalmente relevante do bem jurídico, precludindo o preenchimento da factualidade típica”⁵⁵.

Essa conceção assenta, segundo COSTRA ANDRADE, em dois *postulados*: por um lado, “a comunicabilidade e identificação entre a liberdade de ação ou autodeterminação pessoal e o bem jurídico protegido por incriminações como as Ofensas corporais”; por outro lado, “a compreensão unidimensional da heterolesão consentida, como se esta ação esgotasse o seu significado e relevância no interior do autorreferente e autopoiético sistema pessoal.

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 137 ss.

⁵³ ROXIN. *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, JuS 1988, p. 426, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 178.

⁵⁴ ROXIN. *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, JuS 1988, p. 426, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 178.

⁵⁵ ZIPF, H. *Einwilligung und Risikubernahme im Strafrecht*, Berlim, 1970, p. 30, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 176.

E, por esta via, se excluísse toda a relevância sistémico-social, se neutralizasse toda a conflitualidade e se afastasse toda a legitimidade da sociedade para questionar a ação e estabelecer fronteiras à validade e eficácia do consentimento”⁵⁶. Assim, segundo o autor, estes *postulados* são, quanto ao seu *sentido e alcance*, “equívocos e insustentáveis”. Na medida em que, continua o Professor, “(...) nem a liberdade de ação se confunde com a integridade física como bem jurídico da incriminação da Ofensas corporais; nem se pode questionar a relevância sistémico-social da heterolesão consentida”⁵⁷.

Para o autor, “a parificação dogmática do consentimento e do acordo (...) é também posta em causa pelo lado do acordo: uma manifestação de vontade que mediatiza a realização positiva, e porventura a mais autêntica, dos bens jurídicos pertinentes. Agora bens jurídicos com a estrutura de liberdades que se atualizam na comunicação intersubjetiva. Tanto quando o portador recusa a comunicação com *outros significantes* indesejáveis, como quando aceita e se abre à comunicação com quem quer. Como acontece com os bens jurídicos protegidos pelos crimes contra a liberdade, a liberdade sexual, o domicílio, a privacidade, etc. E face aos quais nunca poderia interpretar-se a manifestação concreta de acordo como uma renúncia ao bem jurídico ou a sua tutela. Não fazendo, por isso, o menor sentido falar-se de acordo do *ofendido*.”⁵⁸

Assim, defende COSTA ANDRADE, “a assimetria das duas figuras emerge, para além do plano dogmático, do plano prático-jurídico: a cláusula dos bons costumes que tem lugar no consentimento, não pode invocar-se no plano do acordo, porque o acordo mediatiza a realização de bens jurídicos com a estrutura de liberdades cujo exercício não é sistémico-socialmente sindicável”⁵⁹.

Para o modelo dualista do consentimento, “ambos os casos de vontade concordante do lesado que aqui juridicamente se distinguem, apresentam, do ponto de vista puramente fático, *os mesmos elementos*: o lesado concorda com uma lesão, conduta que, de qualquer forma o prejudica. Ele autoriza, permite, concorda, não tem nada contra. Já do ponto de vista jurídico, esta vontade concordante do lesado acaba por se projetar em termos completamente divergentes”. O *consentimento* apresenta-se - no plano jurídico - “como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão do ilícito, enquanto o *acordo* respeita a uma situação

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 124.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 124.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 125

típica em que a vontade concordante exclui, no plano puramente fático, o elemento da factualidade típica de afronta a uma vontade de sentido contrário”⁶⁰. Assim, segundo COSTA ANDRADE, “é no plano exclusivamente jurídico que a contraposição consentimento-acordo há de assumir significatividade e extremar as duas figuras”⁶¹.

Entre nós, o modelo sancionado é, a nosso ver, o paradigma dualista do consentimento do ofendido. ORLANDO RODRIGUES dá-nos conta disso mesmo. Segundo o autor, “dos casos em que o consentimento releva como causa de justificação (...) importa distinguir aqueles outros em que a falta de consentimento (...), é, ela própria, elemento constitutivo do tipo de crime”⁶². O mesmo sucede com o direito penal português⁶³. Em causa está, portanto, um modelo “que distingue e contrapõe entre si um *consentimento (...)* justificante e um acordo que exclui o tipo”⁶⁴ (itálico nosso).

7. O direito penal na atividade médica

Ao defendermos a tutela penal da autonomia do paciente face ao ato médico, estamos, por outros termos, a dizer que o profissional de saúde que atua sem ou contra o consentimento do doente deve ser criminalmente responsabilizado. Isso implica (ou implicará) a introdução de um novo paradigma na sociedade angolana: o médico terá de respeitar a vontade do paciente que não quer ser tratado. Uma nova maneira de se ver a problemática da responsabilidade penal médica.

Desde há muito que o Direito e a Medicina entraram na História. Os problemas que ambos visam solucionar já foram e continuam a ser fontes de vários estudos. Pelo menos, desde a época pré-socrática, vários sábios como Filósofos, Médicos, Sacerdotes e Juristas, têm vindo a pronunciar-se sobre a harmonia existente entre as duas ciências. Sem prejuízo de também apontarem as diferenças entre ambas. Quer o Direito, quer a Medicina, não

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 142.

⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 142.

⁶² Reportando-se ao Código Penal vigente, o autor diz-nos que estaríamos diante de um *acordo-que-exclui-atipicidade* nas incriminações relativas à *Introdução em casa alheia*, punível nos termos do artigo 380.º do CPA; *Violação* (atos sexuais praticados por adultos), artigo 393.º do CPA, pois, nestes casos, a autodeterminação do atingido constitui o único objeto de proteção da norma. RODRIGUES, Orlando. *Apontamentos de Direito Penal...*, p. 184.

⁶³ Acerca do paradigma sancionado pela lei penal portuguesa, cfr., entre outros, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 122.

⁶⁴ *Ibidem*.

obstante as suas indubitáveis diferenças, convergem num único ponto: a pessoa humana. É no Direito e na Medicina onde, enquanto humanos, encontramos o nosso refúgio.

A atividade médica, como facilmente se pode concluir, é cada vez mais benéfica e também complexa, fruto da evolução tecnológica. Uma evolução claramente positiva, mas que também comporta determinados riscos. O desenvolvimento desta ciência implica, por exemplo, a especialização dos seus profissionais, fazendo com que os profissionais de saúde trabalhem cada vez mais em equipas e de acordo com o princípio da divisão do trabalho⁶⁵; origina novos métodos de curas; formas mais eficientes de debelar e/ou minorar determinadas patologias, pensa-se nas (novas) técnicas de combate ao HIV/SIDA ou ao vírus Ébola. Tudo isso traz benefícios para o paciente.

Ora, o que é censurável pelo direito penal é a possibilidade de o médico ver o paciente como um *instrumento*, ou alguém sem a liberdade de recusar, por exemplo, uma transfusão sanguínea.

Como se percebe, no exercício da medicina estão em causa bens jurídicos cuja tutela é reclamada pelo direito (“bens essenciais da comunidade”⁶⁶). Muitos dos quais com dignidade penal. São exemplo disso, os bens jurídicos vida, integridade física, liberdade pessoal, entre outros. Estes bens jurídicos podem ser lesados de diversas maneiras. Pense-

⁶⁵ Da atuação de vários profissionais de saúde sobre o campo operatório podem, por exemplo, surgir problemas jurídico-penalmente relevantes. É o que acontece, por exemplo, na questão de apurar a responsabilidade individual dos profissionais que atuam em equipas médicas. Seja a seguinte hipótese: vários profissionais de saúde atuam em equipa sobre determinado paciente. Descobre-se depois de terminada a intervenção médico-cirúrgica, que há no interior do campo operatório um corpo estranho. A quem deverá ser imputado o fato negligente? Para solucionar o problema, a doutrina e a jurisprudência apoiam-se nos princípios da confiança e da divisão do trabalho. O princípio da confiança significa que no exercício de uma atividade, em que os respetivos sujeitos relacionam-se uns com os outros em equipa e cada um com a sua específica tarefa, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado. O princípio da divisão do trabalho (a divisão do trabalho poderá ser horizontal ou vertical, consoante o caso concreto), vem completar o anterior. Existindo divisão de trabalho, cada profissional deverá concentrar-se na sua área e confiar que os demais também o farão de acordo com as normas que estão sujeitos. Só delimitando a atividade de cada um dos intervenientes é que o princípio da confiança poderá atuar como critério limitativo da responsabilidade que surge da violação do dever de cuidado. Sobre o assunto, cfr., entre outros, MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. O Princípio da Confiança como Instrumento Delimitador da Autoria nos Crimes Negligentes Perpetrados pelos Profissionais de Saúde, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, Volume 97, Julho-Agosto/2012, pp. 73e ss; FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal no Exercício da medicina em equipa: O Princípio da Confiança e o Princípio da Divisão do trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral...*, p. 882; COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 488; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04-03-2015, Processo: 44/14.5TOPRT.P1 Relator: CASTELA; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-05-2013, Processo: 105/08.0TAEVR.E1, Relator: CARLOS BERGUETE COELHO.

⁶⁶ Na expressão de: RAMOS, V. Grandão. *Direito Processual Penal, Noções Fundamentais*, Escolar Editora, 2013, p. 14.

se, por exemplo, no caso de inobservância de deveres de cuidado imposto pelo caso concreto; na eutanásia; na ortotanásia; no aborto terapêutico; no dever de assistência ao paciente; no segredo médico; no dever de esclarecimento do paciente; nas questões experiências sobre seres humanos; transplantes de órgãos, entre outros⁶⁷.

Tornar punível o ato médico que atenta contra um bem jurídico-penal, não constitui nenhum ataque à dignidade do profissional de saúde ou à sua atividade. Como refere FIGUEIREDO DIAS, “ao assumir o encargo de tratar um doente o médico aceita uma enorme responsabilidade. Responsabilidade que lhe advém, desde logo, da obrigação em que se constitui de utilizar, por forma adequada, todas as medidas terapêuticas de que possa dispor (dentro do estágio de evolução da sua ciência e da capacidade que ao tipo médico profissional seja razoavelmente de exigir), isto é, de as utilizar cumprindo escrupulosamente as *leges artis* que regulam a sua atividade profissional. Que lhe advém, depois, o dever de observância dos preceitos da *ética profissional* (...). E que lhe advém, finalmente, dos aspetos propriamente *morais* da relação que entre ele e o doente se estabelece (...)”⁶⁸. Como resulta do exposto, tudo isso assume particular relevo, *maxime*, do ponto de vista jurídico-penal⁶⁹.

Entre nós, é visível a escassa ou nula produção dogmática, jurisprudencial e legislativa no que à responsabilidade criminal por atos médicos respeita. Isso não quer dizer, porém, que os factos não existam. Devemos caminhar nesse sentido. É certo que o discurso em torno da responsabilidade criminal do médico não é - e dificilmente será - pacífico. Se para algum setor da sociedade, responsabilizar penalmente o médico que atenta contra um bem jurídico (*v.g., liberdade pessoal*) é inteiramente aceitável e desejável, para outro, nomeadamente profissionais de saúde, o direito penal na medicina pode ser visto como uma

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Problema da Ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica, in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológicos-Morais e Jurídicos*, Porto: Companhia Editora do Minho- Barcelos, 1973, p. 39.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Problema da Ortotanásia..., pp. 31-32

⁶⁹ A responsabilidade do médico pode ser vista de vários contornos: disciplinar, civil ou criminal. Não iremos aqui tratar sobre essa problemática. Sobre o assunto, cfr., nomeadamente, RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade Médica em Portugal, Estudo dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra: Almedina, 2007; RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Ato Médico ao Problema Jurídico, breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra: Almedina, 2013; RAPOSO, Vera Lúcia. O ato médico perante o olhar judicial: breve apontamento à decisão proferida no processo n.º 218/211, in *Legisuris de Macau em Revista*, 113 e ss; PINA, J. A. Esperança. *A responsabilidade dos Médicos*, 2.^a Ed., LIDEL, edições técnicas, Lisboa—Porto—Coimbra, 1998, pp. 93 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-10-2009 Processo: 08B1800; Relator: RODRIGUES DOS SANTOS.

espécie de *persona non grata*. Essa última, não deverá, em nosso entender, ser a visão do jurista, empenhado na promoção e proteção de bens jurídicos.

Admitimos que a consciencialização da responsabilidade penal por atos médicos não será aceite num instante. Será preciso um longo processo, julgamos. A classe médica (e algum setor da sociedade) dificilmente compreenderá, por exemplo, a incriminação dos tratamentos médicos arbitrários. Como sublinha FIGUEIREDO DIAS, “qualquer questão de responsabilidade jurídico-penal do médico levanta porém, por motivos diversos, particulares dificuldades. Por um lado, em poucos domínios das relações sociais como neste o «ético» andarão tão de mãos dadas com o «legal», na determinação da responsabilidade jurídica. Por outro lado, não poucas vezes, a responsabilidade jurídico-penal do médico constitui um polo de fricção entre médicos e juristas, de forma particularmente aguda nos nossos tempos e nos países onde tem merecido mais cuidada atenção”⁷⁰.

É a denominada *guerra fria* entre as duas classes de profissionais.

O pensamento médico, olha para a racionalidade jurídica com uma certa desconfiança. Segundo FIGUEIREDO DIAS, “a censura que mais vulgarmente se ouve ser dirigida pelos médicos aos juristas é a de que o pensamento destes - sendo de tipo formal, abstrato, todo ele orientado para a preservação da legalidade - se não adequa ao julgamento da intervenção médica, sempre condicionada pelo homem concreto que se quer tratar e se não pode generalizar, e sempre de acordo com a máxima de que «não há doença, mas doentes»⁷¹. Na linha do mesmo autor, “a censura não deixará de ser merecida por aqueles juristas que ainda hoje, aos arripes de todas as solicitações metodológicas, queiram continuar, mesmo neste campo, a deduzir as soluções para os casos concretos (por forma puramente lógica, abstrata e formalista) da lei ou de conceitos pretensamente legais, como se o Direito fosse alguma coisa de imutável, um complexo de proposições arvorado em sistema fechado, e não uma *aspiração de justiça material* que irradia de um caso da vida, uma construção do espírito humano que para ele representa uma tarefa a cada momento cumprida e a cada momento renovada”. Segundo o mesmo autor, “uma adequada conceção metodológica da função do pensamento jurídico mostra que nem ele se pode dizer inadequado para dar solução aos problemas suscitados pela responsabilidade que ao médico deverá sempre - mesmo no seu próprio interesse - exigir-se, nem é admissível a consequência

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Ortotanásia...*, p. 34.

⁷¹ *Ibidem*.

que uma parte do pensamento médico procura tirar daquela pretensa inadequação: a de que no momento da intervenção, estando o médico «sozinho» com o doente e com a sua consciência, as decisões por aquele tomadas deverão em princípio considerar-se *juridicamente insindicáveis*, não podendo constituí-lo em responsabilidade jurídica mas somente moral e deontológica; ou pelo menos a de que terá sempre o jurista de aceitar, para solução destas hipóteses, *os critérios de valoração e decisão que a própria medicina ofereça*⁷² (itálico nosso).

Face ao exposto, propugnamos o pensamento do autor segundo o qual, “pelo lado dos juristas, nunca estes poderão - sem negarem a missão que lhes está confiada - conceder que outros domínios de pensamentos lhes forneçam critérios definitivos de valoração e definição, impedindo-os de procurarem o específico critério objetivo de juridicidade postulado pelo caso da vida; como não poderão dar uma latitude ilimitada ao princípio da irresponsabilidade jurídica do médico, pelo menos sempre que se possa comprovar, no caso concreto, a lesão ou perigo de lesão de interesses do paciente juridicamente protegidos. Ao que acresce ainda o inegável interesse que deve ter o médico em que o próprio Direito lhe exija uma completa responsabilidade: não só porque, fazendo-o, o Direito estará a revestir de particular dignidade a atividade profissional médica (...), como ainda porque a relação de confiança que é indispensável ao exercício da medicina será assegurada e reforçada na medida responsabilidade”⁷³.

8. O ato médico

Desde há muito que doutrinadores e diversas legislações têm vindo a procurar a definição material do ato médico. Mas esta indefinição material de ato médico parece não

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Ortotanásia...*, pp. 34-35.

⁷³ Em compensação, realça o autor, “tem o médico o direito seguro de exigir do jurista: primeiro, capacidade para interpretar os pontos de vista próprios da atividade profissional médica e para cuidadosamente ponderar os riscos a ela inerente; e, depois, segura consciência dos conflitos que a cada momento podem surgir à consciência do médico entre o dever de cuidar da saúde e da vida do paciente e o de respeitar a sua liberdade de determinação - segura consciência, em suma, de que a relação entre médico e doente põe face a face, de maneira particular, dois seres cuja autonomia ética terá de ser, em todas as hipóteses, por igual respeitar. E não só. Pois tem igualmente o médico direito de pedir ao jurista: o reconhecimento de que a solução dos problemas da sua responsabilidade não pode, de maneira simplista, deduzir-se logicamente da lei, que só poderá fornecer um critério, uma diretriz para a solução, ou, quantas vezes menos, só oferecer uma limitação negativa das possibilidades de soluções; mas, ao mesmo tempo, a coragem para, sem nunca deixar de ouvir as conclusões da ciência, recusar como juridicamente vinculante os critérios de determinação da responsabilidade oferecidos ou propugnados pela ciência médica e para procurar incansavelmente, para cada caso, o critério imposto de juridicidade.” *Ibidem*, pp. 35-36.

ser preocupante. É o que defende FARIA COSTA. Para o autor, “a força do conceito, a espessura e a densidade do conceito de ato médico saem reforçadas pela inexistência de uma sua definição material. Saem-no precisamente porque ao admitir-se uma tal situação está-se outrossim a afirmar aquilo que é uma evidência”. Que o ato médico toca e liga-se à raiz mais funda do humano⁷⁴.

A complexidade inerente ao ato médico é também denunciada por JOÃO CARLOS GRALHEIRO. Para o autor, “a medicina moderna revela-se na sua faceta diagnóstica, terapêutica, farmacológica, cirúrgica, estética, hormonal, laboral, ligada aos seguros, às práticas desportivas, de procriação assistida, de transexualismo, de esterilização, de transplantação, experimentação (...). Em qualquer uma destas vertentes encontraremos sempre presente ou a função preventiva, ou a curativa ou a paliativa que caracterizam o “Ato Médico”, que é muito mais do que o conjunto dos simples atos mecânicos que, incorporando, o exteriorizam. Também, subjetivamente, não o identifica o simples facto dele ser praticado por um licenciado em Medicina que se encontre inscrito na Ordem dos Médicos.”⁷⁵ Porém, diz-nos FARIA COSTA, “isso não impede, e dentro de certos parâmetros, até pode ser desejável encontrar-se uma aproximação legal e funcional de ato médico⁷⁶”.

Portanto, apesar de não termos um conceito material de ato médico, o direito penal dá-nos uma definição legal. Ao defender que “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 intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física”⁷⁷.

⁷⁴ COSTA, José de Faria. Em redor da noção de ato médico..., p. 214.

⁷⁵ GRALHEIRO, João Carlos. *O Ato Médico é uma Empreitada?*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, N.º III/IV, Lisboa, 2014, p.862

⁷⁶ COSTA, José de Faria. Em redor da noção de ato médico..., p. 214.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 215. Cfr., entre outros preceitos, artigos 150.º do Código Penal português; artigo 144.º do Código Penal da Região Administrativa Especial de Macau e artigo 155.º do Anteprojeto do Código Penal angolano.

PARTE II - TUTELA PENAL DA AUTONOMIA DO PACIENTE FACE AO ATO MÉDICO: A SOLUÇÃO ALEMÃ E A SOLUÇÃO PORTUGUESA

1. O modelo germânico: tutela da autonomia do paciente à luz do tipo das ofensas corporais

Tal como já foi referido, foram autores alemães que se pronunciaram pela primeira vez sobre a dignidade penal das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos sem ou contra o consentimento do paciente e a conseqüente necessidade de se proteger criminalmente a liberdade do paciente face ao ato médico. Apesar disso, a Alemanha não dispõe de um tipo legal de crime que tutela autonomamente o bem jurídico-penal liberdade pessoal do paciente⁷⁸. Facto que tem gerado divergência de soluções entre a jurisprudência e a doutrina, no que a tutela penal da autonomia do paciente respeita.

Segundo WOLFGAN FRISCH, “a jurisprudência alemã vem, desde as primeiras decisões do Tribunal do Império, qualificando estes tratamentos médicos associados a uma invasão da integridade física - particularmente as operações, as intervenções para diagnóstico, os exames dolorosos, etc. - como ofensas corporais típicas”⁷⁹.

É, portanto, “nos apertados limites da incriminação das *Ofensas corporais* que o intérprete e aplicador do direito germânico se veem compelidos a dar respostas às antinómicas exigências de tutela da *integridade física* e da *liberdade pessoal* de decisão sobre a saúde e a própria vida”⁸⁰. Segundo COSTA ANDRADE, é aqui que *radica a causa objetiva do dilema da experiência jurídica alemã*. Isto é, “ter de optar entre Cila de soluções político-criminalmente inadequadas, ou Caríbdis de alargar a área de tutela da incriminação das *Ofensas corporais* para além dos limites consentidos pelo programa positivamente codificado”⁸¹. A controvérsia, torna-se maior, diz o autor, “à medida que nos afastamos dos enunciados de princípios e nos aproximamos dos problemas concretos de regulamentação jurídico-penal.”⁸²

⁷⁸ Apesar de a Alemanha ser a pátria “onde emergiu e amadureceu a doutrina da tutela penal autónoma da liberdade face ao tratamento médico, continua a não dispor da incriminação”. ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 597.

⁷⁹ WOLFGAN FRISCH. Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14, ano 2004, p. 67.

⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 419.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 422.

A proteção do bem jurídico-penal liberdade pessoal do paciente no contexto das ofensas corporais parece ter aceitação por parte de alguns autores, para além da jurisprudência. Trata-se de autores que rejeitam - ao contrário de outros - a necessidade de se criar uma incriminação que tutele de modo autónomo o referido bem jurídico. Estes doutrinadores fundamentam-se no entendimento de que o tipo das ofensas corporais já engloba a autonomia do paciente. Assim, segundo KRAUSS, a solução da problemática dos tratamentos médicos efetuados sem ou contra a vontade do paciente, passa por “(re)interpretar” o “bem jurídico das *Ofensas corporais* como uma síntese de tutela da sua substância e da vontade pessoal de conformação”⁸³. KRAUSS rejeita a tutela autónoma da liberdade do paciente porque considera que “a vontade autónoma da pessoa configura já um fator constitutivo do bem jurídico da integridade física”⁸⁴. O autor “opõe-se (...) à tese da doutrina dominante que faz uma distinção e contraposição entre a integridade e a autonomia pessoal, esta última caindo já fora da área de tutela das *Ofensas corporais* e só podendo valer como referente de um autónomo crime contra a liberdade”⁸⁵. Portanto, para KRAUSS, “punível é não já a mera arbitrariedade médica, enquanto tal, mas apenas e a título de *Ofensas corporais*, a lesão da capacidade ativa e do bem-estar pessoal, ambos articulados pela vontade do paciente. A mera arbitrariedade médica que não lesa um interesse do doente relacionado com o corpo (...) não só não é punível à luz do direito vigente, como nem sequer é digna de pena. Isto ressalvadas as hipóteses de formação da vontade mediante violência. A introdução de um tipo legal relativo aos tratamentos arbitrários torna-se, assim, perfeitamente dispensável”⁸⁶.

Por outro lado, surge HORN. Este autor, apesar de recusar a ideia do autor anterior de que a liberdade pessoal *configura já um fator constitutivo do bem jurídico da integridade física*, defende a ideia geral de que os tratamentos arbitrários são puníveis a título de ofensas corporais. Para HORN, o tipo legal das ofensas corporais protege dois autónomos bens jurídicos: a integridade física e a autodeterminação. Assim, defende, “toda a intervenção imediata e física no organismo de outrem, levada a cabo sem consentimento real ou presumido, preenche, por isso, o tipo legal em causa”. Continuando, o autor adverte que

⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 432.

⁸⁴ BOCKELMANN, P. *Zur Reform des Sexualstrafrechts, Fest. Maurach*, p. 565, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p.432.

⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p.432.

⁸⁶ BOCKELMANN, P. *Zur Reform des Sexualstrafrechts, Fest. Maurach*, p. 575, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 433.

“(…) não pode tratar-se a intervenção médico-terapêutica levada a cabo segundo as *leges artis*, como uma lesão da saúde. Ela valerá, porém, como um atentado à autodeterminação, o segundo dos bens jurídicos protegidos pela incriminação das *Offensas corporais*”⁸⁷.

Ao se subsumir no tipo das ofensas corporais as intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, emerge a questão de saber quais intervenções médicas. Todas? Algumas? Quais? Apenas as não sucedidas? Ou também as bem-sucedidas? Não há unanimidade nas respostas.

Segundo alguma jurisprudência germânica, diz-nos WOLFGAN FRISCH, “não são só ofensas corporais típicas as operações sem sucesso ou as intervenções que não prosseguem finalidades terapêuticas (…) também configuram lesões corporais típicas as intervenções medicamente indicadas, empreendidas com finalidades terapêuticas, levadas a cabo segundo as *leges artis* e que são bem sucedidas (...)”⁸⁸.

A prática jurisprudencial encontra fundamento na ideia de que “também a vontade do paciente deve decidir sobre uma operação medicamente indicada, realizada segundo as *leges artis*”. No entender da jurisprudência, “esta autodeterminação do paciente estaria em perigo se a intervenção medicamente indicada, prosseguida segundo as *leges artis* (e bem-sucedida em sentido médico) escapasse ao tipo legal das ofensas corporais”⁸⁹. Nesse sentido vai ESER. O autor defende que “em caso de operação com sucesso será necessário distinguir entre a cura sem mais e a cura à custa de modificações essenciais da substância corpórea, v.g., uma amputação”. Segundo o autor, “no segundo caso, só o consentimento justificante pode excluir a ilicitude.”⁹⁰ Inversamente estão as vozes que defendem que “a intervenção médica sucedida escapará em qualquer caso a factualidade típica das *Offensas corporais*”⁹¹.

Para além do que fica dito, importa salientar que há, na experiência penal alemã, outro paradigma de compreensão jurídico-penal da problemática da tutela da autonomia do paciente. Trata-se de uma conceção que “se propõe assumir consequentemente e em toda a linha tanto a fidelidade ao *significado social* do ato médico-cirúrgico, como a contraposição entre a *integridade física* e a *autodeterminação pessoal* e a não pertinência desta última à área de tutela da incriminação das *Offensas corporais*”⁹² (itálico nosso). Essa conceção acaba,

⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 434.

⁸⁸ WOLFGAN FRISCH. *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 68.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ ESER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 428, nota. 194.

⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 428.

⁹² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 428.

assim, “por sufragar as soluções mais extremadas de exclusão da intervenção médica da factualidade típica desta infração”⁹³. Segundo a mesma, a exclusão dos tratamentos médicos do âmbito das *Ofensas corporais* vale para “toda a intervenção medicamente indicada e realizada segundo as *leges artis*, independentemente dos resultados mais ou menos negativos para a integridade física ou mesmo a vida”⁹⁴.

Nessa perspetiva, SCHMIDHAUSER vem dizer que “é certo que toda a intervenção médica atinge a integridade física, implica dores e acarreta perigos ulteriores. Só que os sacrifícios a que a integridade física está exposta seriam muito maiores caso não se realizasse a intervenção medicamente indicada. «Do ponto de vista do respeito pela integridade física de outrem estas intervenções são não apenas permitidas, mas até reclamadas (...). A lesão típica do objeto da tutela não significa uma lesão típica do bem jurídico». O que corresponde à denegação pura e simples da tipicidade, seja qual for o resultado que em definitivo venha a ter lugar.”⁹⁵

ENGISCH aponta para a mesma direção. O autor defende que “a valoração da intervenção médica terá de fazer-se *ex ante*, não podendo em qualquer caso depender da álea dos resultados que em definitivo venham a ter lugar”. O autor “apela para a «interpretação teleológica» dos tipos penais. Que imporá que os resultados indesejados (morte, ofensa à saúde, atentados à liberdade) só possam ser compreendidos e tratados como pertinentes ao tipo quando a sua produção causal é adequada e contrária ao dever de cuidado. (...). “Quem, numa consideração *ex ante*, atua com o cuidado devido e só por força de um *acaso* infeliz provoca um resultado lesivo, não age contrariamente ao direito nem cai, por isso, sob a alçada do tipo-de-ilícito.”⁹⁶

Nessa linha vai igualmente HIRSCH. Para o autor, “quem vence ou previne um defeito físico não prejudica a integridade física, antes afasta ou reduz um prejuízo, isto é, realiza o contrário da lesão corporal”. Por outro lado, o autor considera “não ter sentido fazer valer a autodeterminação como bem jurídico diretamente tutelado pela incriminação das *Ofensas corporais*. «De outro modo, bem jurídico protegido não seria já a integridade física mas sim a vontade de conservação do corpo», desta forma «se esbatendo diferenças entre os

⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 428.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ SCHMIDHAUSER, Eb. *Strafrecht. Besonderer Teil, Studienbuch*, Tubingen, 1980, p.266, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, pp. 428- 429, nota 196.

⁹⁶ ENGISCH, ZStW, 1939, p. 9 e ss, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 429, nota 196.

crimes contra a integridade física e contra a liberdade». Ficando, assim, «claro que os casos cuja punibilidade preocupa a jurisprudência (...) configuram crimes contra a liberdade».⁹⁷

Portanto, e apesar das críticas da doutrina ao modelo sustentado pela jurisprudência, a prática jurisprudencial metem-se firme na sua posição⁹⁸. Uma posição, reitera-se, *baseada na ideia de que toda a intervenção médico-cirúrgica preenche a factualidade típica do crime de Ofensas corporais, só podendo a respetiva ilicitude ser excluída mediante consentimento*.

Segundo COSTA ANDRADE, “o consentimento converte-se, assim, no mediador privilegiado pela jurisprudência para lograr a necessária tutela da autonomia pessoal do paciente”⁹⁹.

2. A solução jurídico-penal portuguesa: tutela da autonomia pessoal do paciente num tipo legal distinto do das Ofensas corporais

2.1. Estatuto jurídico-criminal do ato médico: análise do artigo 150.º/1 do Código Penal português

O Código Penal português (doravante, CP) confere à atividade médica um estatuto especial, distinguindo-a expressamente das *Ofensas corporais*. Nos termos do seu artigo 150.º, n.º 1, retira-se que “*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 leyes artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.*”

O regime vertido neste n.º 1 mostra-nos, segundo COSTA ANDRADE, duas realidades: por um lado, “a proclamação da *atipicidade* das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de *Ofensas corporais* e de *Homicídio*”; em segundo lugar, a “punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico *crime contra a liberdade*”¹⁰⁰. Contrariando desta forma a linha sustentada pela jurisprudência germânica. Em causa estará,

⁹⁷ ENGISCH, ZStW. 1939, p. 9 e ss, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 429, nota 196.

⁹⁸ WOLFGAN FRISCH. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 68.

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 425.

¹⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º, In Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 457.

agora, um paradigma baseado “na distinção e contraposição entre dois distintos e autónomos bens jurídicos: a *integridade física* (a saúde e a vida), por um lado, e a *liberdade ou autodeterminação pessoal*, por outro lado”¹⁰¹ .

O estatuto especial que a lei penal confere às intervenções médico-cirúrgicas, isto é, a sua não qualificação como *Ofensas corporais*, é independente da consequência medicinal do ato clínico. Não valendo nesta sede a *teoria do resultado*, segundo a qual, “a intervenção médico-cirúrgica não conseguida preencheria a factualidade típica das ofensas corporais”¹⁰². Não há, na lei penal portuguesa, uma cisão entre tratamento terapêutico sucedido e tratamento terapêutico não sucedido. Segundo COSTA ANDRADE, “o enunciado da lei portuguesa (...) é unívoco no sentido da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas na perspetiva das *ofensas corporais*. E é assim tanto nos casos em que a intervenção tem sucesso como nos casos em que ela falha: porque não cura, antes agrava a doença ou mesmo porque provoca a morte do paciente”¹⁰³.

Quando ao fundamento da atipicidade, COSTA ANDRADE entende que a não qualificação das intervenções médico-cirúrgicas como ofensas corporais, “tem por si pertinentes razões de fundo político-criminal e dogmático. Por um lado, é a única que se ajusta ao sentido social e simbólico do ato médico que (...) não pode se equiparar ao ato do faquista. Mesmo que apenas para efeitos de relevância ao nível do limiar mínimo da infração criminal. (...) a equiparação da intervenção médica à facada de um brigão, mesmo que só em sede de tipicidade, não deixará de agredir o médico, atingindo-o no rosto da autorrepresentação. Por outro lado, a tese contrária sobrecarrega a área de tutela das ofensas corporais com a proteção de valores ou interesses (a liberdade de dispor do corpo e da própria vida) que lhe são estranhos e teria como consequência o esbatimento da diferença entre os crimes contra a integridade física e os crimes contra a liberdade”¹⁰⁴.

2.1.1. Elementos do conceito jurídico-penal de ato médico

A proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de Ofensas corporais e de Homicídio, pressupõe que o ato médico preencha

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º, In Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo I...*, p. 458.

¹⁰² *Ibidem*, p. 461.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 463.

determinados critérios. Ou seja, a intervenção médica apenas beneficiará do referido estatuto especial se estiverem verificados os elementos constitutivos do conceito penal de ato médico. Caso contrário, a intervenção caíra no contexto das ofensas corporais ou do homicídio.

O conceito jurídico-penal de ato médico é, assim, constituído por quatro elementos: dois subjetivos e os restantes objetivos¹⁰⁵. Do lado subjetivo exige-se, em primeiro lugar, “*a qualificação específica do agente*”, isto é, o agente terá de ser um médico *ou pessoa legalmente autorizada*; em segundo lugar, a “*intenção terapêutica*” — essa compreende o diagnóstico e a prevenção. Do ponto de vista objetivo, constituem o conceito “*a indicação médica*”, por um lado; e, por outro lado, “*a realização segundo as *leges artis**”¹⁰⁶. Estes quatro elementos, bem como o seu caráter cumulativo, foram igualmente destacados no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Nos termos do qual, “(...) O conceito de tratamento e intervenção médico-cirúrgica assenta em quatro pressupostos, necessariamente cumulativos, dois de natureza subjetiva e os restantes dois são elementos objetivos”¹⁰⁷.

Como se pode ver, para a exclusão das intervenções médico-cirúrgicas da factualidade típica das ofensas corporais é irrelevante a “existência ou não de consentimento”, contraria-se, desta forma, o pensamento “que subsume na factualidade típica das ofensas corporais todas as intervenções médico-cirúrgicas: em termos tais que só o consentimento pode afastar a pertinente ilicitude penal”¹⁰⁸. Como bem sublinha o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: “a realização de uma intervenção médico-cirúrgica sem consentimento do paciente não constitui um crime contra a integridade física, pois o art.º 150.º, n.º 1, do CP, não inclui tal consentimento entre os elementos característicos da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico”¹⁰⁹. Em outro Acórdão, do mesmo Tribunal, os Juízes Desembargadores concluíram igualmente que “a ineficácia do consentimento para a realização de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, por não ter sido precedido de

¹⁰⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 463.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5.

¹⁰⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 462.

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5.

uma informação clara acerca dos riscos das intervenções e dos tratamentos, é irrelevante para o preenchimento do crime de ofensa à integridade física por negligência”¹¹⁰.

Cabe-nos, agora, olhar separadamente para estes elementos constitutivos do conceito penal de ato médico. Começaremos pelos elementos subjetivos e, depois, falaremos dos elementos objetivos.

2.1.1.1. Qualificação específica do agente

O disposto no n.º 1, do artigo 150.º, do CP, ajuda-nos a perceber a amplitude subjetiva do preceito, dá-nos a imprescindível compreensão de quem estará fora do conceito penal de intervenção médico-cirúrgica. Se um determinado indivíduo, não médico, mas conhecedor de algumas artes médicas, efetuar um determinado tratamento ao seu companheiro que se encontra a carecer de intervenção médica, porque sofreu um grave acidente, por exemplo, a sua conduta não será abrangida pelo regime do artigo em presença, pois falta-lhe um elemento: subjetivo. O que equivale significar que, para que beneficiasse desse regime, seria necessário que fosse *médico ou pessoa legalmente autorizada*¹¹¹.

Segundo TERESA QUINTELA DE BRITO, “exigindo a lei que a intervenção seja efetuada por médico ou pessoa legalmente autorizada, (...) o «tratamento» por um leigo ou por um curandeiro escapa ao regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgico.”¹¹²

Em regra, segundo a autora, um “*tratamento* efetuado por um *leigo* ou por um *curandeiro* constituirá um crime doloso contra a integridade física¹¹³, pois o agente tem necessariamente conhecimento de estar a afetar pelo menos o corpo do indivíduo que pretende curar”¹¹⁴. Uma regra que, no entender da autora, conhece exceções, “porque se o tratamento realizado pelo leigo diminuir o risco em que se encontra o paciente, não poderá falar-se de um crime contra a integridade física. Quando muito, existirá um delito de

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/18/2007, Relator: EMÍDIO SANTOS, Processo: 5965/2007-5.

¹¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artgo 150.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 463.

¹¹² BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade Penal dos Médicos: análise dos principais tipos incriminadores, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 12, ano 2002, p. 372.

¹¹³ Segundo a autora “a ilicitude da intervenção de pessoa não legalmente autorizada poderá ser afastada por consentimento sério, livre e esclarecido do paciente. O que não jamais sucederá no caso do curandeiro, já que o ocultismo a que recorre como método de “cura” se situa nos antípodas do esclarecimento necessário à relevância do consentimento”. *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

usurpação de funções, nos termos do artigo 358.º, alínea b), do CP”. Segundo a autora, isso sucede, “não por a intenção curativa ser o elemento decisivo para a exclusão da intervenção do âmbito das lesões da integridade física (...) mas por força do princípio geral da diminuição do risco como causa de exclusão da própria tipicidade da conduta ou, apenas, da imputação objetiva do resultado à atuação diminuidora do risco.”¹¹⁵

3.1.1.2. Finalidade terapêutica

A finalidade terapêutica (ou a intenção de curar) constitui outro elemento subjetivo que o ato médico deverá ter. Este elemento revela-se de grande importância porque vem definir os objetivos que o ato médico deve prosseguir. Assim, a intervenção médico-cirúrgica tem de ser efetuada com a *intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental*¹¹⁶ Por exemplo, diz COSTA ANDRADE, “o teste da sida valerá como tratamento médico-cirúrgico sempre que o paciente figura como seu beneficiário direto. Isto é, sempre que o teste seja levado a cabo com a finalidade de diagnosticar a doença. O facto valerá já como atentado típico a integridade física se levado a cabo no interesse de terceiros (v.g., assegurar a proteção de médicos e enfermeiros ou os reclusos da mesma prisão, etc.) ou para prosseguir finalidades comunitárias ou supra individuais (rastreamento, elaboração de estatística, meio de prova em processo penal, etc.)”¹¹⁷.

Segundo TERESA QUINTELA DE BRITO, a intenção curativa significa que “o móbil terapêutico tem que ser preponderante, e não mera consequência acessória de uma conduta primordialmente para a experimentação”¹¹⁸.

Assim, por ausência de finalidade terapêutica, ficam de fora, em princípio, as experimentações humanas. É o que nos ensina COSTA ANDRADE. Segundo o Professor, “a acentuação da finalidade terapêutica denuncia o propósito de exclusão do âmbito e do

¹¹⁵ *Ibidem*, BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 12, ano 2002, pp. 372-373.

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Relator: JOSÉ ADRIANO, Processo: 5335/2006-5.

¹¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 466.

¹¹⁸ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 373.

regime dos tratamentos médico-cirúrgicos as intervenções de índole meramente experimental”¹¹⁹.

Porém, o problema parece ganhar maior relevância prática quando somos confrontados com a questão de saber o que é uma intervenção de *índole meramente experimental*, para efeitos da sua exclusão do conceito legal de intervenção médica. Por outras palavras: toda experiência cairá fora do regime de intervenção médica aqui em análise?

É certo que a ausência de *finalidade terapêutica* determina a exclusão das intervenções experimentais da categoria e do regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Mas tal não vale, segundo COSTA ANDRADE, “de forma rígida e indiscriminada já que a *ideia terapêutica e a ideia experimental* não se excluem em absoluto”. Segundo o Professor, “todo o tratamento médico comporta um coeficiente de experiência”, por um lado; por outro lado, “há casos de experimentação a fazer inequivocamente jus ao adjetivo de terapêutica e, por vias disso, a reivindicar a pertinência à categoria e ao regime das intervenções médico-cirúrgicas”¹²⁰.

Para COSTA ANDRADE, a solução da controvérsia passará pela distinção entre “experimentação pura e experimentação terapêutica”¹²¹. Acompanhando o autor, salienta-se, portanto, que a experimentação pura (ou científica) está, pela positiva, “preordenada ao alargamento do horizonte da ciência médica, figurando o paciente como objeto”¹²². Diferentemente, a experimentação terapêutica (ou ação terapêutica) tem o paciente como “beneficiário direto” do ato médico¹²³. Uma diferença que poderá ser igualmente perspectivada pela negativa, diz o autor. Nesse caso, estaremos diante de experimentações meramente científicas quando as mesmas não visam “diagnosticar, prevenir ou tratar doenças que ameacem ou atinjam o paciente, antes estão ao serviço de interesses supra individuais”¹²⁴. Por isso, diz-nos o autor, a diferença decisiva entre experimentação científica e ação terapêutica “há de buscar-se no facto de o terapeuta (...) prosseguir uma finalidade terapêutica-concreta, enquanto a realização de uma experiência humana se

¹¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 468.

¹²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 465.

¹²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 465-466; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 468. Nesta segunda obra, o autor usa a terminologia “experimentação científica e ação terapêutica”.

¹²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 468.

¹²³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 468.

¹²⁴ *Ibidem*.

caracteriza por se orientar apenas para a cura de doentes futuros: aqui apenas se pode falar duma finalidade terapêutico-geral, que pode mesmo estar inteiramente ausente.”¹²⁵

Portanto, a prossecução mais ou menos explícita de uma finalidade científica, defende COSTA ANDRADE, “não é necessariamente incompatível com a subsunção do tratamento no conceito e no regime das *intervenções médico-cirúrgicas*”¹²⁶. Neste caso, “pressuposto o primado do interesse terapêutico, não parecem subsistir razões dirimentes a contrariar a inscrição no regime do artigo 150.º, do CP. Nestes termos hão de equacionar-se e tentar solucionar-se (...) os casos em que, a falta de tratamento devidamente testado e cientificamente convalidado, o médico se vê compelido a utilizar - *no interesse do paciente* - meios terapêuticos cujas consequências não é possível antecipar nem controlar com segurança”¹²⁷. Como defende TERESA QUINTELA DE BRITO, “o objetivo de curar tem que ser o principal, mas não o único”¹²⁸.

As dificuldades agudizam-se quando a intenção é aplicar pela primeira vez ao paciente métodos de tratamento apenas testados em laboratório ou em animal, “casos em que o irrecusável *propósito de curar* não neutraliza uma não menos irrecusável e objetiva dimensão experimental”¹²⁹. Para COSTA ANDRADE, “também aqui não será, apesar de tudo, difícil referenciar intervenções institucionalmente legítimas e, nessa medida, medicamente indicadas e fazendo jus ao regime dos tratamentos médicos cirúrgicos. Será assim quando, suposta adequada comprovação em laboratório ou em animal, a utilização, pela primeira vez, de um método terapêutico se revela como a *ultima ratio* de que pode, por exemplo, esperar-se fazer recuar uma morte que se adivinha iminente.”¹³⁰

Citando BOCKELMANN, COSTA ANDRADE vê como legítimo o recurso “a um método não suficientemente convalidado, mas que «constitui o único meio para preservar a vida de um doente que, de outra forma, não poderá salvar-se da morte iminente» (...)”. O autor defende, pois, que “o médico não deve hesitar ante a representação dos riscos, mesmos face à possibilidade de o método falhar e apressar o desfecho fatal. «A aplicar o único meio que garante alguma esperança face à ameaça de morte será melhor do que não fazer nada. Este juízo, *ex ante* tido por correto, permanece intocado quando *ex post* se verifica que a

¹²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 469.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 373.

¹²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, pp. 469-470.

¹³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, pp. 469-470.

utilização do meio, em vez de um adiamento do fim, teve como consequência a sua precipitação”¹³¹. Porém, sublinha o autor, “a legitimação *ex vi consentimento* reclama um *esclarecimento qualificado* sobre o sentido do ato e principalmente sobre as alternativas terapêuticas disponíveis”¹³².

O elemento finalidade terapêutica convoca outras questões: as operações cosméticas, esterilização voluntária e o transexualismo. Caberão esses no regime penal das intervenções médico-cirúrgicas, aqui em análise?

Quanto às intervenções cosméticas, a resposta dependerá do caso concreto. Para isso, devemos fazer uma distinção entre: intervenções puramente cosméticas, por um lado, e intervenções cosméticas que se destinam a remover ou minorar uma patologia física ou psíquica, por outro¹³³.

Segundo a doutrina, não cabem no regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos “as intervenções de índole puramente cosméticas”¹³⁴. O que, segundo COSTA ANDRADE, “não equivale a concluir pela sua ilegitimidade, menos ainda pela sua ilicitude, que estará normalmente afastada por consentimento justificante”¹³⁵. Na mesma linha vai TERESA QUINTELA DE BRITO. Para a autora, as intervenções puramente cosméticas “consustanciam ofensas típicas à integridade física, cuja ilicitude pode ser excluída por consentimento do ofendido, «dado com base num esclarecimento especialmente completo»”¹³⁶. Todavia, defende COSTA ANDRADE, “não podem deixar de levar-se à categoria e ao regime das intervenções médico-cirúrgicas as intervenções cosméticas que constituam «correções do foro ortopédico». Ou mesmo das intervenções destinadas a eliminar a causa de limitações pessoais a nível da comunicação intersubjetiva, superando as correspondentes fontes de sofrimento.”¹³⁷

Quanto à esterilização voluntária e à castração, a resposta ao problema também variará consoante o caso concreto. Assim, integram o conceito em análise quando realizadas

¹³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 470.

¹³² ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 466.

¹³³ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 374.

¹³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 467-468.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 468.

¹³⁶ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal...*, p. 374.

¹³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 467-468.

“por indicação médica (...)”¹³⁸. Isto é, “para debelar perturbações mentais ou doenças relacionadas com um instinto sexual anormal”¹³⁹. Já não valerão como tal, quando efetuadas por indicação económica, social (...)”¹⁴⁰.

Segundo COSTA ANDRADE, “estes casos, hão de, pelo contrário, levar-se à conta de *lesões corporais típicas* como uma importante limitação da pessoa enquanto unidade físico-psíquica”¹⁴¹.

Segundo TERESA QUINTELA DE BRITO “a castração criminológica (destinada a remover o perigo de comissão de crimes sexuais ou de crimes contra a vida), a esterilização para evitar a gravidez constituem lesões típicas da integridade física justificada por consentimento do ofendido”¹⁴².

Quanto às situações de transexualismo, a doutrina tem entendido que as mesmas não se enquadram no artigo 150.º do CP. Segundo COSTA ANDRADE, “hão de, em princípio, cair fora do conceito e do regime das intervenções médico-cirúrgicas, devendo antes ser tratadas como *ofensas corporais típicas*”¹⁴³. Na mesma linha, TERESA QUINTELA DE BRITO vem dizer que “na hipótese de transexualismo, a intervenção cirúrgica e o tratamento hormonal, destinados a corrigir os caracteres somáticos-exteiores de pertença a um sexo com o qual o indivíduo se não identifica psiquicamente, não seguem o regime das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. Apesar de um certo entono terapêutico - por visarem afastar um sofrimento psíquico -, estas intervenções não devem beneficiar do regime previsto no artigo 150.º, n.º 1”¹⁴⁴.

2.1.1.3. A indicação médica

Na proclamação de ENGISCH, “só pode falar-se em indicação médica (...) em relação ao tratamento médico, reclamado por uma doença, *ex ante* considerado como idóneo,

¹³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 468.

¹³⁹ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 374.

¹⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 468.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 374.

¹⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 468-469.

¹⁴⁴ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, pp. 374- 375.

que não pode evitar-se recorrendo a métodos mais benigno e de idoneidade relativamente equivalente, e proporcionado à gravidade da doença”¹⁴⁵.

Segundo TERESA QUINTELA DE BRITO, o n.º 1, do artigo 150.º, do CP, ao se referir ao estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, “reporta a indicação médica à medicina académica ou institucional, com a consequente exclusão dos métodos naturalista, homeopático e afins”¹⁴⁶.

2.1.1.4. As *leges artis*

O último elemento do conceito *sub judice* são as *leges artis*. Essas abrangem, na formulação de TERESA QUINTELA DE BRITO, “as regras generalizadas reconhecidas da ciência médica e, ainda os demais e gerais deveres de cuidado do tráfego médico. Regras e deveres que respeitam tanto ao diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto a execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica. Na expressão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, “entre os deveres médicos avultam o de tratar em conformidade com as *leges artis*, isto é, respeitando as regras técnicas adequadas ao procedimento exigível”. O mesmo Tribunal releva que, “(...) o diagnóstico pode não ser atingido, a terapia pode falhar. Ao médico basta-lhe medicar. Exige-se-lhe que empregue os meios corretos para a finalidade, incluindo neste processo a ponderação de alternativas, dos riscos e dos efeitos em ordem a obter a prevenção e o diagnóstico, a diminuição ou extinção de um sofrimento ou perturbação física ou mental ou de um estado doentio.”¹⁴⁷

Os deveres de cuidado a observar pelo médico ou pela pessoa legalmente autorizada determinam-se no caso concreto¹⁴⁸. Não são, por isso, estáveis nem imutáveis. Segundo COSTA ANDRADE, o “espectro e o peso dos deveres de cuidado varia (na direção, sentido, intensidade, relevo prático-jurídico) tanto com as condições físicas, psíquicas, sociais e culturais do paciente, dos recursos disponíveis. E com as qualificações e preparação técnica do médico. Os deveres de cuidado serão uns para o médico de um periférico centro de saúde, a quem, não raro, as *leges artis* impõem a omissão de tratamento e o encaminhamento do

¹⁴⁵ *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 469-470.

¹⁴⁶ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 375.

¹⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-10-2014, Relator: FILOMENA LIMA, Processo: 6180/11.2 TDLSB.L1-5.

¹⁴⁸ BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 376.

doente para o médico ou o hospital indicado. Serão outros e situados em limiares claramente mais elevados de exigência, um especialista altamente qualificado, a trabalhar numa unidade hospitalar, apetrechada com instrumentos e técnicas de última geração.”^{149_150}

2.2. Tratamentos médicos arbitrários: análise do artigo 156.º do CP

2.2.1. O bem jurídico tutelado

No direito penal português, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários são puníveis nos termos do artigo 156.º do CP. Segundo o seu n.º 1, “*as pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*”

O bem jurídico tutelado por esta incriminação é, assim, a *liberdade pessoal*, e não a *integridade física*. Um entendimento reforçado pela posição da incriminação no Código. Visto que o preceito está localizado no Capítulo *Dos crimes contra à liberdade pessoal*” e entre dois dos crimes paradigmáticos contra a liberdade, que são a Coação e o Sequestro¹⁵¹. Portanto, os tratamentos médico-cirúrgicos que correspondem ao exercício consciente da atividade médica não constituem ofensas ao bem jurídico integridade física, mas quando

¹⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 470-471.

¹⁵⁰ O n.º 2 do artigo 150.º, por não dizer diretamente respeito ao problema por nós traçado, não irá ser estudado. Trata outro problema, o “*crime de violação das *leges artis*””. BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 377. Na expressão COSTA ANDRADE, está em causa uma nova incriminação: “*a criação de um perigo para a vida ou de grave ofensa para o corpo ou para a saúde*, como consequência da violação das *leges artis*”. É, portanto, “uma incriminação que vem alargar o arsenal de meios punitivos dos ilícitos imputáveis aos médicos. Para além de responderem por homicídio negligente (art.º 137.º), ofensas corporais negligentes (art.º 148.º) e por Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 156.º), os médicos passam a responder por um novo crime, que terá sido pensado como um crime de perigo concreto”. Artigo 150.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 471. Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, “verificando-se uma violação das *leges artis*, da qual resulte perigo para a vida, ou perigo grave para a saúde ou para o corpo, realiza-se o crime previsto no art.º 150.º/2. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, p. 165. Sobre esta incriminação, conferir ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-02-2014, Processo: 1116/10.0TAGRD.C1, Relator: VASQUES OSÓRIO; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03-05-2004, Processo: 717/04-1, Relator: TOMÉ BRANCO; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08-04-2010, Processo: 683/05.5TAPTG.E1, Relator: CORREIA PINTO; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-01-1993, Processo: 042747, Relator: LOPES DE MELO.*

¹⁵¹ ANDRADE. Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 599.

realizados sem consentimento do paciente podem ser incriminados nos termos deste artigo como tratamentos médicos arbitrários, pois estamos diante de um crime contra a liberdade¹⁵².

2.2.2. A ação típica

O conceito de ação típica é apresentado por COSTA ANDRADE como sendo “toda e qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, com o sentido e alcance que o artigo 150.º empresta a este conceito: *terapia, diagnóstico, prevenção, profilaxia, etc.*” A ação típica “pode não implicar uma lesão da integridade física em sentido corrente, como sucede quando se administra um medicamento (comprimido ou xarope) por via oral. Mas tem, em qualquer caso, de ter uma relação direta e imediata com o corpo do paciente”¹⁵³.

A intervenção médica, *v.g.*, uma injeção, feita com o único “propósito e efeito de atenuar ou afastar a dor ou o sofrimento”, pode constituir ação típica. Segundo afirma COSTA ANDRADE, “será seguramente uma situação rara e, nessa medida, com reduzido alcance prático jurídico, mas nem por isso ela é, de todo em todo, impensável”. Por exemplo, “no contexto de situações de índole existencial e, por isso, de direção incontavelmente centrífuga, bem pode acontecer que, por insindicáveis razões religiosas ou filosóficas, o paciente queira enfrentar e suportar o sofrimento”. De qualquer maneira o desejo do paciente deve ser respeitado¹⁵⁴.

2.2.3. A inobservância das *leges artis* e o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

A responsabilidade penal por intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário pode convocar outras questões. Nomeadamente a de saber se a atuação em violação das *leges artis* e a atuação sem o consentimento do paciente são realidades que se excluem ou se, pelo contrário, o médico poderá ser responsabilizado pelas duas infrações.

A problemática foi, por exemplo, recentemente levantada no Tribunal da Relação de Lisboa. No caso, a assistente pedia a responsabilidade do arguido (médico) pelos crimes de tratamento médico-cirúrgico arbitrário e de ofensa corporal negligente. Quanto aos factos,

¹⁵² GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal português, anotado e comentado*, legislação complementar, 17ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 562.

¹⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa, *artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense...* op. cit., pp., p. 604

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.606

a assistente alegou lesão corporal (doença superveniente) resultante da violação do dever de esclarecimento, pois não foi devidamente informada dos efeitos secundários de um determinado fármaco, o que resultou em outra patologia¹⁵⁵.

A doutrina divide-se quando a esta questão. VERA LÚCIA RAPOSO vai no sentido de admissibilidade de um concurso efetivo. Segundo a autora, “a circunstância de existir uma violação das *leges artis* na execução (...) não pode afastar nem consumir a aplicação do artigo 156.º do CP”. No entender da autora, “estão aqui em causa bens jurídicos distintos de modo que a sua violação pode coexistir na mesma situação concreta. Ou seja, um ato médico pode ser ilícito e culposo, de tal forma que cause danos ao paciente ou, pelo menos, perigo de dano, mas simultaneamente ter sido praticado sem o respetivo consentimento informado. Caso todos estes elementos se comprovem o médico deverá ser condenado, em concurso efetivo, por intervenção arbitrária (art.º 156.º do CP) e por intervenção contra as *leges artis* (art.º 150.º/2 do CP), ou por ofensas corporais (art.º 143.º do CP) ou mesmo por homicídio negligente (art.º 137.º do CP) (...), estão em causa duas violações a bens jurídicos distintos, e nem sequer correlacionados”¹⁵⁶.

É outro o entendimento de COSTA ANDRADE. Segundo o autor, “uma ação que realiza o tipo do artigo 156.º do CP não pode preencher o tipo das ofensas corporais (...). Isto tanto vale para as ofensas corporais dolosas como para as ofensas corporais negligentes, s.c. provocadas por violação das *leges artis*. Isto porquanto a violação das *leges artis* afasta sem mais a subsunção nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. E, por princípio, converterá o facto em ofensa corporal negligente, a que se aplicará, nomeadamente, o disposto no nº 2, al. a) do art.º 148.º do CP. O que fica exposto vale, *mutatis mutandis*, para o Homicídio”¹⁵⁷. A linha defendida pelo autor foi identicamente seguida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁵⁸. Um caminho por nós propugnado.

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/18/2007, Relator: EMÍDIO SANTOS, Processo: 5965/2007-5.

¹⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, pp. 170-471.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 631.

¹⁵⁸ Na esteira do pensamento de COSTA ANDRADE, o Tribunal concluiu: “A pretensão da assistente de ver pronunciados os arguidos simultaneamente pelo crime de Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e pelo crime de Ofensa à integridade física por negligência sempre estaria votada ao fracasso”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/18/2007, Relator: EMÍDIO SANTOS, Processo: 5965/2007-5.

2.2.4. O acordo do paciente

No exercício do seu direito à liberdade pessoal, o paciente pode tanto recusar um tratamento médico, nesse caso, já vimos, o profissional de saúde deverá respeitar esta recusa; como poderá aceitar a intervenção médico-cirúrgica.

No contexto do crime de *Intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário*, artigo 156.º do CP, defende COSTA ANDRADE, “a concordância do paciente configura 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”¹⁵⁹. Mas importa destacar, na linha do autor, que, “como exercício da liberdade de dispor do corpo e da própria vida, o acordo vale apenas para o tratamento e para o médico em relação aos quais foi concretamente dado”¹⁶⁰.

A eficácia do acordo não se resume na sua mera existência. É necessário que o mesmo preencha outros requisitos. Para beneficiar do estatuto de validade e eficácia, ele terá de ser “esclarecido” e não pode estar “inquinado por erro-vício, nomeadamente por erro fraudulentamente induzido”¹⁶¹. Como sublinha BOCKELMANN, “só à margem de erro o consentimento representa um ato de livre autodeterminação e só como tal ele pode ser eficaz”¹⁶². Isso não quer dizer, alerta COSTA ANDRADE, que “todo e qualquer erro implique, sem mais, a ineficácia do acordo e, por vias disso, a ilicitude do tratamento”¹⁶³. Segundo o autor, só determinará a ineficácia do acordo o erro que, tendo em conta o caso concreto, compromete a liberdade do paciente de dispor do corpo e da própria vida, “naquele núcleo irredutível e último cuja integridade o legislador se propõe salvaguardar.”¹⁶⁴. É necessário que estejamos diante de erros que “mediatizam atentados à liberdade que transcendem os limiares da tolerabilidade social e da dignidade penal pré-determinados pelo legislador”¹⁶⁵.

¹⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² BOCKELMANN. *Strafrecht des Arztes*, 1968, p. 57, apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

¹⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

¹⁶⁴ *Ibidem*; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 664.

¹⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 664.

Difícil será a cisão entre o *erro relevante* e o *erro irrelevante*¹⁶⁶. Isto é, a questão de saber quando é que estamos diante de um erro que, pela sua gravidade, determina a ineficácia do acordo e, conseqüentemente, a ilicitude do tratamento.

O critério para ultrapassar o problema é dado por COSTA ANDRADE. Segundo o autor, a solução da problemática deverá ser alcançada a partir da interpretação do artigo 157.º do CP. O que quer dizer que, defende o autor, “podem o intérprete e aplicador da lei penal portuguesa contar com a importante e decidida redução da complexidade operada pelo legislador no artigo 157.º do CP (*Dever de esclarecimento*). Que, ao prescrever os tópicos do esclarecimento, aponta ao mesmo tempo expressões passíveis de *erro relevante*. E, reversamente, circunscreve o âmbito do erro relevante”¹⁶⁷. Portanto, “será ineficaz o acordo inquinado por erro sobre qualquer dos tópicos do esclarecimento prescritos no artigo 157.º CP, salvo se o erro estiver coberto pelo chamado *privilégio terapêutico*. Inversamente, devem considerar-se irrelevantes erros como os atinentes ao *preço, data, ou implicações sociais ou económico-profissionais da intervenção*”¹⁶⁸.

Se é certo que para aferição do erro relevante o intérprete e aplicador do direito penal terá no seu arsenal jurídico os critérios constantes do artigo 157.º do CP, é igualmente verdade que “o erro sobre os tópicos de esclarecimento legalmente prescritos (...), não esgota o âmbito do erro relevante”, defende COSTA ANDRADE. Segundo o Professor, “também determinarão a ineficácia do acordo os erros sobre a necessidade do tratamento ou mesmo sobre a sua própria natureza”¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

O erro sobre a identidade do médico que realiza a intervenção médica pode determinar a ineficácia do acordo. Mas este critério não é absoluto. É o que nos diz COSTA ANDRADE. Para o autor, por um lado, “há erros sobre tópicos ou elementos que colocam a intervenção fora do conceito e do regime das intervenções médico-cirúrgicas e cuja disciplina jurídico-penal terá de buscar-se no âmbito das ofensas corporais. É o que

¹⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

¹⁷⁰ Pensa-se no seguinte caso, apresentado pelo autor: “recusando-se o doente (D), por razões de índole religiosa, a aceitar uma transfusão de sangue, o médico realiza o tratamento, fazendo-o acreditar que não se trata de sangue”. Nesse caso, defende o Professor, o médico atuou ao abrigo de um acordo ineficaz: “cremos dever acompanhar-se a doutrina austríaca, que se pronuncia pela ineficácia do acordo obtido por um médico que faz dolosamente o seu paciente acreditar que a sua doença é mais grave ou perigosa ou que o tratamento é mais urgente e eficaz do que na verdade se passam as coisas”. *Ibidem*, pp.607-608.

acontecerá com o erro sobre a qualificação do agente como médico ou pessoa legalmente autorizada: o agente faz-se passar falsamente por médico, levando a cabo indevidamente (...) tratamentos que só um médico está autorizado a empreender”¹⁷¹. Por outro lado, “nos casos em que o paciente declara expressamente que só aceita submeter-se à intervenção se realizada por um especialista concretamente identificado, dificilmente poderá furtar-se à responsabilidade por *intervenção médico-cirúrgica arbitrária* aquele que operar o paciente frustrando as expectativas e a relação de confiança que o ligava ao médico”¹⁷².

2.2.5. O tipo subjetivo

No que ao tipo subjetivo respeita, o crime constante do artigo 156.º do CP é punível a título de dolo, para tal, é suficiente o dolo eventual. É igualmente punível a título de negligência, conforme resulta do n.º 3.

Na linha de COSTA ANDRADE, “o dolo exige a representação, por parte do agente, de que atua sem consentimento ou de que o consentimento está inquinado por circunstâncias (v.g., erro) capazes de determinar a sua ineficácia”¹⁷³. Aqui, “o erro sobre qualquer pressuposto da factualidade típica - v.g., a convicção de que há consentimento ou de que não é necessário o esclarecimento (porque o paciente renunciou a ele ou é uma pessoa, à partida, esclarecida) - exclui o dolo”¹⁷⁴.

A negligência é punível, mas apenas em determinados casos. É o que se subtrai do n.º 3, do artigo 156.º da CP: “*se por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento*”¹⁷⁵.

¹⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 608.

¹⁷² *Ibidem*, p. 609.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 610.

¹⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 610. Como consta do artigo 16º do CP- “*Erro sobre as circunstâncias do facto: n.º1 – o erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo; n.º 2 - O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente; n.º 3 - Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.*”

¹⁷⁵ Segundo COSTA ANDRADE, não podemos qualificar este preceito “como uma derrogação do regime geral do artigo 16.º do CP e, por via disso, como uma forma algo sofisticada de prever o crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários negligente. Por um lado, o n.º 3 só faz sentido tendo como pano de fundo precisamente o regime geral do artigo 16.º do CP; por outro lado, o preceito dá corpo à decisão legislativa (...) de limitar a punibilidade da negligência às manifestações qualificadas desta modalidade de ilícito, e identificada através da fórmula negligência grosseira”. *Ibidem*.

2.2.6. A justificação da conduta do médico

Entre as causas de justificação, sobressaem as “autorizações legais”.

Nos termos do artigo 154.º, n.º 3, al. b), “*o facto não é punível (...) se visar evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico*”. Segundo COSTA ANDRADE “também deverá aproveitar da eficácia dirimente desta *autorização legal* o médico que, face a uma tentativa falhada de suicídio, leva a cabo tratamentos para salvar a vida do suicida”¹⁷⁶.

Por outro lado, defende o autor, as *autorizações legais* podem “justificar as ações médicas que, embora portadoras de uma finalidade mais ou menos direta de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente preordenadas à promoção de interesses jurídicos supra individuais, no contexto de prevenção de epidemias, doenças contagiosas, etc.”¹⁷⁷.

O consentimento justificante, não terá aqui lugar, pois, e como foi evidenciado, o assentimento do paciente vale aqui como *acordo-que-exclui-a-tipicidade*. Quanto ao direito de necessidade, diz COSTA ANDRADE, ele não poderá justificar um tratamento não consentido, “mesmo quando empreendidos como indispensáveis para preservar a saúde ou salvar a vida do paciente”. Segundo o autor, “ressalvando o regime particular previsto para o caso de tentativa de suicídio e à vista da prevalência assegurada à autodeterminação (“*e não se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”), (...) um tratamento levado a cabo contra a vontade do paciente nem sequer pode pedir a ajuda do direito de necessidade (...)”. De fora, ficará igualmente a *legítima defesa*¹⁷⁸.

2.3. O Consentimento presumido (artigo 156.º/2)

2.3.1. Localização jurídica, importância e estatuto dogmático

A figura do consentimento presumido nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos encontra a sua consagração legal no n.º 2, artigo 156.º do CP. Nos seus termos, o

¹⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 611.

¹⁷⁷ *Ibidem*, 612

¹⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 611. No mesmo sentido, cfr. FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas...*, p. 70.

facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Na relação médico-paciente, o consentimento presumido representa uma densa importância, porque, por um lado, demonstra “a superação normativa de uma situação de conflito (...). Conflito entre a vontade presumida pelo agente e a vontade real, possivelmente contrária, do titular do bem jurídico. Uma colisão superada porquanto, na base de critérios objetivos e diferenciados, se fixou 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”¹⁷⁹. Por outro lado, o consentimento presumido presta *homenagem à autonomia* do doente, pois o recurso à vontade presumida visa solucionar os casos em que “uma intervenção só pode ser levada a cabo com o consentimento do interessado, mas em que a pessoa que pode dar o consentimento não se encontra no momento - v.g., por inconsciência - em condições de uma declaração de consentimento”¹⁸⁰.

Quanto ao seu estatuto, a doutrina tem entendido que o consentimento presumido, embora mantendo importantes pontos de contacto com causas de justificação como o consentimento (efetivo), o direito de necessidade e (...) o risco permitido, é uma causa de justificação autónoma¹⁸¹. Portanto, diz COSTA ANDRADE, o consentimento presumido “legitima e justifica uma conduta criminalmente típica, legalmente prevista como atentado à liberdade de dispor do corpo e da própria vida”¹⁸².

2.3.2 A vontade hipotética do paciente

O consentimento presumido justifica a conduta do médico “em nome da vontade hipotética do paciente em casos que em não é possível obter o consentimento efetivo,

¹⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 123.

¹⁸⁰ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 108.

¹⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 617.

¹⁸² ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 615.

expresso ou ao menos concludente. Ou só é possível obtê-lo adiando a intervenção à custa de riscos e danos para a saúde ou a vida do paciente”¹⁸³.

Na determinação da vontade hipotética do doente, “o que é decisivo é um juízo de probabilidade de que o interessado, se tivesse tido conhecimento da situação de facto, teria consentido na ação”¹⁸⁴. A vontade hipotética do paciente “não pode ser ultrapassada pela ponderação supra individual e “mais racional” dos seus interesses (ou do seu verdadeiro bem)”¹⁸⁵.

Importa destacar que “ (...) a consideração objetiva dos interesses poderá relevar como critério, indício ou suporte da vontade hipotética. Não como fundamento da justificação a título de consentimento presumido”¹⁸⁶. Assim, “confrontado com uma situação de conflito entre o que considera corresponder à vontade hipotética do paciente e o que considera ser o seu melhor interesse, o médico terá de conformar-se com aquela vontade”¹⁸⁷.

Segundo COSTA ANDRADE, “na falta de indicação em sentido contrário, a vontade hipotética corresponderá ao que, numa ponderação objetiva, representa o melhor interesse do paciente”¹⁸⁸.

2.3.3. Características do consentimento presumido

O consentimento presumido, na conjuntura das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, apresenta duas características ou princípios: o “*favor vitae vel salutis*”; e a subsidiariedade em relação ao consentimento efetivo¹⁸⁹.

A característica do “*favor vitae vel salutis*” resulta igualmente da figura geral do consentimento presumido, n.º 2, artigo 39.º do CP¹⁹⁰. Mas o âmbito de justificação oferecido

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 615.

¹⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 134.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 136.

¹⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 618.

¹⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 618.

¹⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 618-619.

¹⁹⁰ Artigo 39.º - Consentimento presumido - “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 o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”

pelo disposto no n.º 2, do artigo 156.º do CP, respeitante às intervenções médico-cirúrgicas, é maior. Segundo defende COSTA ANDRADE, “para haver consentimento presumido nos termos do regime geral exige-se uma situação que permita *razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto*”. As exigências de justificação são menores - e reversamente mais alargado o campo de justificação - do lado das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*. Desde logo, não se exigem circunstâncias que permitam supor que o consentimento seria dado. A justificação *só será excluída se puder concluir-se com segurança que ele seria recusado (...)*. A justificação estende-se assim até à fronteira demarcada pelas constelações em que o consentimento seria com segurança recusado. É o que sucede nos casos em que, antes da intervenção, o paciente declara expressamente que se opõe à intervenção ou tratamento em causa”¹⁹¹.

VERA LÚCIA RAPOSO defende que “não basta supor razoavelmente que o consentimento seria recusado, é preciso fazer prova da recusa, de modo que, em caso de dúvida, deve decidir-se a favor da atuação do médico (... *in dubio pro vita*)”¹⁹².

A segunda característica do consentimento presumido prende-se com o facto de o mesmo ter uma natureza subsidiária em relação ao consentimento expresso. Assim, nos termos do n.º 2 do artigo em análise, o profissional de saúde apenas deverá atuar ao abrigo do consentimento presumido em situações que não lhe seja possível obter o consentimento *efetivo, expresso ou ao menos concludente ou só é possível obtê-lo adiando a intervenção à custa de riscos e danos para a saúde ou vida do paciente*. É o que igualmente defende COSTA ANDRADE. Segundo o autor, “a eficácia justificativa do consentimento presumido está limitada pelo seu carácter subsidiários face ao consentimento/acordo expresso”¹⁹³.

Portanto, diz VERA LÚCIA RAPOSO, “é lícito ao médico atuar sem o consentimento expresso do paciente (...) se o mesmo não puder ser obtido no momento e o adiamento implicar perigo para a vida ou para a saúde do paciente, ou se tiver sido prestado para certa intervenção ou tratamento no decurso do qual outros passos se revelaram necessários”¹⁹⁴.

A natureza subsidiária que se atribui ao consentimento presumido vem reforçar a ideia, já descrita, de que a figura do consentimento presumido, resultante do n.º 2, não afeta

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 619.

¹⁹² RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, p. 172.

¹⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 136.

¹⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, pp. 171-172.

o primado da autonomia do doente sobre o corpo ou sobre a própria vida. Prova disso, são os fundamentos apresentados por COSTA ANDRADE. Segundo o autor, “(...) o médico que, antes de realizar uma intervenção, já representa a indicação no sentido do seu alargamento, mas não procura obter o consentimento para o efeito, não vê a sua conduta - o ulterior alargamento - justificada a título de consentimento presumido. Por outro lado, e complementarmente, a eficácia justificativa do consentimento presumido radica no sistema de preferências do paciente, na sua ordenação de valores”¹⁹⁵.

Não há, por último, contradição entre o carácter subsidiário do consentimento presumido e o “*favor vitae vel salutis*”. Há, pelo contrário, uma harmonia e uma complementaridade entre as duas características. Na expressão de COSTA ANDRADE, “se a subsidiariedade presta homenagem à prevalência da vontade hipotética sobre a composição “racional” dos interesses, a inclinação a favor da vida ou da saúde reequilibra de algum modo as coisas a favor destes valores (vida, saúde) conflitantes”¹⁹⁶.

2.3.4. Diferenças entre as alíneas a) e b), do n.º 2

Aqui chegados, é oportuno sublinharmos que a leitura do n.º 2, do artigo 156.º do CP deve ser feita em duas perspetivas. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “é possível reconduzir a extensa e diversificada fenomenologia de situações reconduzíveis ao consentimento presumido a dois grupos de constelações típicas (...)”. Assim, continua o autor, “de um lado, estão os casos em que o médico se depara com um doente - vítima, por exemplo, de um acidente vascular ou de um massivo acidente ferroviário - a necessitar de tratamento (...) que não é possível diferir para o momento em que possa obter-se o consentimento efetivo. Haverá, neste caso, a aplicabilidade da al. a), nos termos da qual *o facto não é punível quando o consentimento (...) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde*”. Do outro lado, “estão as situações (...) de *alargamento da operação*: já no decurso de uma intervenção e com o doente sob o efeito da anestesia, o médico depara-se com a conveniência/necessidade de *estender a intervenção* a campo(s) que não estava(m) coberto(s) pelo *consentimento*

¹⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 616.

¹⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 618-619.

efetivo dado antes do início da operação. Não sendo indicado esperar pelo termo da intervenção para então, com o doente já suturado e acordado da anestesia, o confrontar com o problema e solicitar o seu consentimento para o submeter a uma nova operação”¹⁹⁷ (itálico nosso).

A diferença entre as duas alíneas é igualmente apontada por VERA LÚCIA RAPOSO. Para a autora, enquanto o primeiro caso “exige, como pressuposto da atuação do médico, que o perigo para o corpo ou para a saúde seja “grave”; o segundo caso, constante da alínea b), “não exige que o perigo em causa seja “grave”, nem sequer “eminente”, mas somente que se vise evitar um perigo para a vida, para o corpo ou para a saúde”¹⁹⁸.

Porém, o disposto na linha b) tem os seus limites. Ou seja, o alargamento da intervenção cirúrgica não valerá sempre. Segundo WOLFGANG FRISCH, “o alargamento da operação deve ser evitado quando ele possa causar um estado irreversível, possivelmente contrário à vontade do paciente, e ao mesmo tempo se verifica que a operação pode ser posteriormente levada a cabo sem se comprometerem gravemente as hipóteses de sucesso”¹⁹⁹. VERA LÚCIA RAPOSO vai no mesmo sentido. Segundo a autora, “deve interromper-se a intervenção quando os efeitos que derivem da sua continuação, e da prática do ato médico que se entende necessário no caso, sejam pelo menos tão graves como os danos que possam advir da sua repetição”²⁰⁰.

2.3.5 Diferenças entre o consentimento presumido e o consentimento hipotético

O consentimento hipotético significa que, “apesar da falta de esclarecimento bastante por parte do agente (...) e da consequente ineficácia dirimente do consentimento,

¹⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 616-617; FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 108. Sobre o alargamento da intervenção médica ao abrigo do consentimento presumido, cfr. igualmente, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-06-2015, processo: 1263/06.3TVPRT.P1.S1, nos termos do qual: “o consentimento presumido destina-se a fazer face a situações em que no decurso de uma operação se verifica um perigo imprevisto para a vida ou para a saúde, que é preciso resolver de imediato enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento”.

¹⁹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, p. 172.

¹⁹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 110-113.

²⁰⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato Médico ao Problema Jurídico...*, p. 172.

está afastada a punibilidade por crime consumado quando se possa sustentar que, na hipótese de ter havido consentimento regular, o consentimento teria sido igual e eficazmente dado”²⁰¹.

Como se pode ver, o consentimento hipotético, para além de outros campos de relevo, tem o seu âmbito de aplicação no regime dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários²⁰². Como sublinha COSTA ANDRADE, a doutrina do consentimento hipotético tem “o seu campo privilegiado de aplicação e discussão precisamente nos casos de falta ou insuficiência do esclarecimento”²⁰³. Segundo o autor, “o consentimento hipotético determina a quebra da conexão do risco entre um comportamento contrário ao dever (violação do dever de esclarecimento) e o resultado lesivo”²⁰⁴.

A figura do consentimento hipotético distingue-se da do consentimento presumido. Primeiramente, diz COSTA ANDRADE, “o consentimento hipotético não afasta a ilicitude, apenas impede a punição do agente pelo ilícito consumado. Como que produzindo a neutralização do desvalor do resultado”. Em segundo plano, “diferentemente do que sucede com o consentimento presumido, o consentimento hipotético tem lugar *em situações em que é possível obter o consentimento efetivo*”. De aludir igualmente, em terceiro lugar, que “o consentimento presumido é uma causa de justificação, enquanto o consentimento hipotético deixa persistir a ilicitude e a punibilidade, se bem que apenas com a pena aplicável à tentativa”. Por último, “o consentimento presumido intervém e produz efeitos numa consideração *ex ante*, determinando a exclusão da marca da atuação contrária ao dever e do risco proibido, enquanto o consentimento hipotético apenas intervém *ex post*, deixando persistir a marca da violação do dever objetivo de cuidado e da criação do risco proibido”²⁰⁵.

2.4. Dever de esclarecimento e privilégio terapêutico (artigo 157.ºCP)

Nos termos do disposto no artigo 157.º do CP, “(...) *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,*

²⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 629.

²⁰² *Ibidem*, p. 628-629

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*, 629

²⁰⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 630.

poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

Do teor literal deste preceito sobressaem dois tópicos distintos, mas complementares: o privilégio terapêutico, por um lado, e o dever de esclarecimento, por outro²⁰⁶. São momentos “nucleares” do artigo em análise, mas, como afirma COSTA ANDRADE, estes dois momentos “não esgotam (...) o regime jurídico-penal do dever de esclarecimento. Eles devem, pelo contrário, ser lidos e interpretados tendo como pano de fundo um paradigma geral do dever de esclarecimento que se analisa num conjunto de princípios ou exigências mais amplas (...). Um paradigma para que o próprio artigo 157.º abre intencionalmente às portas ao sancionar a exigência de um esclarecimento *devidamente feito*”²⁰⁷.

2.4.1. Dever de esclarecimento

No Código Penal português, o dever de o profissional de saúde esclarecer o paciente acerca do ato médico, permitindo, dessa forma, que o doente exerça devidamente a sua autonomia (consentindo ou dissentindo), resulta da primeira parte do artigo 157.º. Nos seus termos, “(...) *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 (...)*”.

O esclarecimento do paciente é, segundo COSTA ANDRADE, “um pressuposto conatural do consentimento e da expressão concreta da autodeterminação que ele mediatiza”²⁰⁸. Este dever configura, por isso, “parte integrante da disciplina da incriminação das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, rectius* do seu momento típico-negativo «*sem consentimento*»”. Nesta perspetiva, continua o autor, “será ineficaz o consentimento inquinado por qualquer vício da vontade, coação ou erro”²⁰⁹.

²⁰⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 157.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 634.

²⁰⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 157.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 634-635.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 632.

²⁰⁹ *Ibidem*.

Nessa linha foi o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Segundo o mesmo, “o consentimento só é válido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou”²¹⁰.

A exigência de um consentimento livre e esclarecido resulta igualmente do artigo 5.º, da *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*. Nos termos da qual, “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

O esclarecimento deve visar uma determinada finalidade, um determinado objetivo. Segundo WOLFGANG FRISCH, “o objetivo principal do esclarecimento tem de ser assegurar ao paciente a possibilidade de uma decisão: se - na base do seu sistema de valores - faz sentido autorizar uma determinada intervenção ou se, pelo contrário, deve pronunciar-se contra ela”²¹¹.

Em sentido convergente vai o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, ao defender que “o fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, conhecendo os custos e consequências, sendo que quando o médico não cumpriu devidamente o seu dever de esclarecimento o consentimento deve considerar-se, em regra, inválido”²¹².

No artigo 157.º do CP está em causa o “esclarecimento-para-a-autodeterminação, indispensável ao livre exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida”²¹³.

Diferentemente do dever de esclarecimento que o presente artigo se refere, existe o *esclarecimento terapêutico*. Esse, “em vez de valer como pressuposto da liberdade pessoal, releva antes no contexto dos deveres objetivos de cuidado, das *leges artis* preordenadas à

²¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-03-2010, Processo: 301/06.4TVPR.T.P1.S1, Relator: PIRES DA ROSA.

²¹¹ FRISCH, WOLFGANG. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 78-79.

²¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-1º-2013, Processo: 3163/07.0TBAMD.L1-2, Relator: MARIA JOSÉ MOURO. Ainda sobre a relevância prática do dever de esclarecimento, mas no plano do Direito Civil, cfr., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-06-2015, Processo: 308/09.0TBCBR.C1.S1, Relator: MÁRIO MENDES.

²¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 633.

tutela da integridade física ou da vida”. “Visa orientar o paciente para a adoção de cuidados e comportamentos consonantes com a intervenção e, reversamente, evitar os comportamentos contraindicados. Não está preordenado a realização da autonomia do paciente, mas à *prevenção de perigos para sua vida, a integridade física ou a saúde*. A sua falta determina, não a ineficácia do consentimento, valendo antes como violação das *leges artis*, determinando, se for caso disso, a responsabilidade do médico por *homicídio* ou *ofensas corporais* (negligente)”²¹⁴.

Quanto ao modo, “o esclarecimento deve privilegiar a orientação para o caso concreto. (...). Isto por forma a produzir a indispensável comunicação entre dois discursos distintos: o da *experiência e profissão médica* e o da *experiência comum*, perturbada pela presença da doença”²¹⁵.

Quando aos destinatários e ao momento do dever de esclarecimento, defende COSTA ANDRADE: “ressalvados os casos de incapacidade, o esclarecimento *deve ser feito diretamente ao doente*, não sendo para tanto suficiente o esclarecimento dado, por exemplo, aos familiares”. O momento em que o esclarecimento deve ter lugar assume particular destaque na relação médico-paciente. Por esta razão, o autor entende que, “sem prejuízos das situações de urgência, o esclarecimento deve ser dado com a antecedência necessária para que o paciente possa assumir uma posição ponderada”²¹⁶.

Não menos importante é a questão respeitante à intensidade do dever de esclarecimento. A doutrina tem entendido que o critério de determinabilidade da intensidade do dever de esclarecimento deverá variar em função do paciente concreto, não podendo ser visto de modo igual para todos os doentes.

Segundo COSTA ANDRADE, “a medida do esclarecimento depende, em primeira linha, da pessoa do paciente, da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de juízo”²¹⁷.

²¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 633-634.

²¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 636.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 636-637. No mesmo sentido, o autor WOLFGANG considera ainda que a informação devida pode ser excepcionalmente renunciada. Isto quando o paciente já dispõe de informações necessárias. Por exemplo, “nos casos em que o paciente, ele próprio médico, é já um especialista (...)”. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 79.

²¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 636.

WOLFGANG FRISCH, admitindo igualmente que a intensidade do esclarecimento altera consoante o concreto paciente, estabelece alguns cânones para ajudar na clarificação da problemática. Portanto, sublinha o autor, “decisivo, em primeiro lugar, é saber se se trata de ou não de uma intervenção medicamente urgente. Também no caso de uma operação urgente há de naturalmente (...) proceder-se a um determinado esclarecimento fundamental. Sobre a natureza, envergadura, consequências e necessidade da intervenção, bem como sobre os riscos específicos e elevados a ela associados. De qualquer formas, o esclarecimento pode ser aqui essencialmente mais reduzido do que no caso de intervenções ditadas exclusivamente por fins de diagnóstico ou que pura e simplesmente não obedeçam a uma indicação médica, apenas prosseguindo propósitos de índole estética”. Em segundo lugar, “a intensidade do esclarecimento depende também (...) do significado de que certas circunstâncias pertinentes ao âmbito do esclarecimento se revestem para o modo de vida e o projeto de vida do paciente. Assim, o risco que uma certa intervenção representa para a tonalidade ou a expressividade da voz terá um peso completamente diferente no processo de ponderação de uma cantora ou de outra pessoa que ganha a vida como trabalhador manual ou como burocrata”²¹⁸.

Quanto a forma, COSTA ANDRADE entende que “o esclarecimento não obedece a requisitos de ordem formal”. Salientando, por outro lado, que “a prática de um esclarecimento escrito — com vantagens do ponto de vista probatório — para além de não necessário, não é, normalmente, suficiente, não dispensando o diálogo oral e direto entre médico e paciente”²¹⁹.

O conteúdo do dever de esclarecimento merece igualmente destaque. Sobre o assunto, COSTA ANDRADE defende que “o esclarecimento deve ser de molde a colocar o paciente na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção”²²⁰. WOLFGANG FRISCH comunga dessa linha. Segundo o autor, “o paciente tem de ser informado, acima de tudo, sobre a própria *intervenção* planeada, sua envergadura e consequências, bem como sobre os riscos (específicos) que lhe andam associados (...) o paciente deve também ser informado sobre as razões que militam a favor da intervenção

²¹⁸ FRISCH, WOLFGANG. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 83-84.

²¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 636.

²²⁰ *Ibidem*, p. 635.

médica, sua urgência, bem como sobre as consequências da não realização do tratamento da doença diagnosticada”²²¹.

No conteúdo do dever de esclarecimento se insere, agora²²², o diagnóstico.

Segundo COSTA ANDRADE, a exigência do diagnóstico, introduzida pela reforma de 1995, “operou uma transformação da conotação simbólica e da compreensão normativa do dever de esclarecimento, no sentido da sua aproximação ao desenho do esclarecimento-para-a-autodeterminação”²²³. O autor entende, por isso, que “não pode questionar-se a pertinência do diagnóstico no contexto de um *esclarecimento-para-a-autodeterminação*”²²⁴. Em sentido convergente vai HIRSCH: “o conhecimento (...) do diagnóstico assume invariavelmente grande relevo na decisão de alguém se submeter ou não a uma intervenção, bem como na sua escolha do médico a que há de ser confiada”²²⁵.

Para além do diagnóstico, o conteúdo do dever de esclarecimento abrange *as possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*.

Segundo COSTA ANDRADE, esta exigência deve ser interpretada no sentido de abranger “não apenas às consequências sobre a integridade física e às demais (e negativas) sequelas da intervenção. Mas abarcar também as *virtualidades* (hipóteses de sucesso) *terapêuticas* do meio utilizado (...) O esclarecimento deve estender-se também aos riscos típicos da intervenção ou tratamento. Mas não já a todos (...)”. Por exemplo, “o médico dentista não está obrigado a esclarecer os riscos excepcionais e raros que um tratamento estandardizado (v.g., anestesia, extração ou tratamento de um dente cariado, etc.) pode desencadear. De qualquer forma, o médico é sempre obrigado a esclarecer as dúvidas manifestadas pelo paciente e responder às suas perguntas mesmo que aparentemente impertinentes e sem sentido para um paciente «normal»”²²⁶.

Salienta-se, por último, que nem sempre a não verificação do dever de esclarecimento determinará a ineficácia do consentimento e a ilicitude do ato médico. Pensa-

²²¹ FRISCH, WOLFGANG. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 78-79.

²²² “Apesar de tudo, está longe de ser inteiramente pacífica a inclusão (...) do diagnóstico no esclarecimento”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 638.

²²³ *Ibidem*, p. 637.

²²⁴ *Ibidem*, p. 638.

²²⁵ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 638.

²²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I..., p. 638.

se, por exemplo, nos casos em que o médico supõe que o paciente já foi devidamente esclarecido, e atua. Neste caso, o médico age “com erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação”. A sua punibilidade a título de dolo pode ser afastada²²⁷.

2.4.2. Privilégio terapêutico

Sendo o dever de esclarecimento um momento típico da incriminação das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgico arbitrário*, a sua falta pode determinar a responsabilidade criminal do médico, nos termos do artigo 156.º do CP. Mas nem sempre será assim, pois, já vimos, a intensidade do esclarecimento mudará consoante o caso concreto. Segundo, COSTA ANDRADE, “o esclarecimento não tem de obedecer a um modelo único de densidade e intensidade. Ele pode ser reduzido em maior ou menor medida ou ser, pura e simplesmente, recusado. E isto em nome do *favor vitae vel salutis* (...)”²²⁸.

É por isso que se fala em privilégio terapêutico. Esse traduz-se na “*não comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*” (artigo 157.º do CP, *in fine*). Porque consagra o privilégio terapêutico, este preceito tem a vantagem de “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*)”²²⁹.

Segundo COSTA ANDRADE, o privilégio terapêutico figura como “uma causa autónoma de justificação - da omissão total ou parcial do esclarecimento - que radica na prevalência reconhecida às contraindicações de índole terapêutico que, em geral, podem desaconselhar o esclarecimento (total) do paciente”. “O privilégio terapêutico representa de algum modo o equilíbrio normativo alcançado entre duas posições antinómicas e extremadas. A primeira, a advogar o primado irrestrito da autodeterminação e do esclarecimento, sustentado, na proclamação de ART. KAUFNANN, que a autodeterminação do homem constitui o seu valor soberano face à vida, à saúde, ao bem-estar. A segunda,

²²⁷ FRISCH, WOLFGANG. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 83-84.

²²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 639.

²²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 639.

procurando, pelo contrário, assegurar o primado da vida e da saúde, pondo a tónica no mandamento *nihil nocere* e denunciando o «heroísmo romântico» numa conceção exacerbada da autonomia e da verdade”²³⁰.

PARTE III - O PARADIGMA SANCIONADO PELO DIREITO PENAL ANGOLANO

1. De *Iure Constituto*: Tutela da autonomia do paciente à luz das ofensas corporais?

Tivemos oportunidade de referir que a jurisprudência alemã, diante da ausência de uma norma como a portuguesa, tutela a liberdade pessoal de dispor do corpo e da própria vida no tipo das ofensas corporais. Um caminho que não merece o aplauso da doutrina dominante. No segundo momento, confrontamos essa solução com a defendida pela experiência penal portuguesa. Verificamos que a doutrina, a jurisprudência e a lei penal portuguesa defendem que a tutela da autonomia do paciente deve ser efetuada de modo autónomo, considerando que o tipo das ofensas corporais visa proteger a integridade física, e não a liberdade pessoal.

Porque defendemos que no contexto angolano o paciente deve ter a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico, e, dando como assente a dignidade penal das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias e a necessidade de tutela penal do bem jurídico liberdade pessoal do paciente, pergunta-se, novamente, se essa liberdade encontra tutela entre nós. Por outras palavras, pode esse bem jurídico ser tutelado no contexto das ofensas corporais, à semelhança da linha seguida pela prática jurisprudencial alemã? Ou estamos diante de uma ausência de proteção penal desse bem jurídico?

No contexto jurídico-criminal angolano, isto é, no Código Penal vigente, a matéria respeitante às “*Ofensas corporais*” encontra-se inscrita nas Secção IV e V, do Capítulo III, referente ao Título IV, do Livro II. A IV secção, artigos 359.º a 367.º, é reservada à matéria respeitante aos “*Ferimentos, contusões e outras ofensas corporais voluntárias*”; por outro

²³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 639-640.

lado, a V secção, artigos 368.º a 369.º, à matéria atinente ao “*Homicídio, ferimento e outras ofensas corporais involuntárias*”²³¹.

Diante da necessidade de se proteger penalmente a liberdade pessoal do doente e face a ausência na lei penal angolana de um tipo legal orientado para a proteção do referido bem jurídico, a solução que, à primeira vista, se poderia retirar da lei vigente é a de que a autonomia pessoal do paciente encontra proteção no contexto das ofensas corporais. Por isso, os tratamentos médicos arbitrários são puníveis à luz desta incriminação. É o que resulta de uma análise histórico-comparativa do atual Código Penal, que corresponde ao antigo Código Português (de 1886). Assim, reportando-se a esse, o ainda vigente em Angola, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO afirmam que “a doutrina de longe dominante e a jurisprudência praticamente unânime, anteriores à entrada em vigor do novo Código Penal, eram no sentido de que todas as intervenções e tratamentos médicos, qualquer que fosse o seu tipo, constituíam tipicamente ofensas corporais. A não punibilidade do médico só podia, pois, ficar a dever-se à intervenção, no caso, de uma causa de justificação”²³². Para esta conceção, “o tipo das *Ofensas corporais* abrange todas as formas de agressão ou intervenção na integridade física do organismo humano, independentemente da sua eventual finalidade ou resultado terapêutico”²³³.

A ser esse o caminho, ao intérprete e aplicador do direito penal angolano, preocupado em tutelar a autonomia do doente, caberia: “ou (re)interpretar a incriminação das ofensas corporais, em termos de nela subsumir toda a intervenção levada a cabo sem ou contra a concordância do paciente (...), desta forma se assegurando a necessária tutela penal da liberdade; ou, inversamente, reconduzir a área de tutela da incriminação às ofensas reais à integridade física, deixando de fora os atentados à liberdade que ocorram à margem do sacrifício da integridade física ou da vida (...)”²³⁴.

Não será, porém, difícil adivinhar as dificuldades que condenam esta corrente de pensamento. Antes de destacarmos as mesmas dificuldades, vejamos a problemática da

²³¹ Mais desenvolvidamente sobre a problemática das *Ofensas corporais*, no Direito Penal português, Cfr., entre outros, FARIA, Paula Ribeiro de. Artigo 143.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 298 e ss.

²³² DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984, p. 53.

²³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 424.

²³⁴ *Ibidem*, p. 420.

justificação da conduta do médico: se é o consentimento do paciente, ou se é o exercício do direito profissional do médico.

1.1 A justificação do ato médico: exercício do direito profissional do médico ou consentimento do doente?

Ao se considerar que as intervenções médicas correspondem ofensas corporais típicas, “significa igualmente que o ilícito da lesão corporal está estruturalmente presente e que só pode ser afastado mediante particulares razões”²³⁵. A questão é a de saber quais são essas razões, isto é, se é o exercício do direito profissional do médico que exime o agente de responsabilidade criminal, ou se é o consentimento do doente.

Alguns autores e também alguma jurisprudência defendem que a ilicitude apenas seria dirimida em nome do *exercício de um direito*²³⁶. Isto é, o “direito do médico exercer a medicina”²³⁷. Um entendimento que, segundo a doutrina, encontra acolhimento legal no artigo 44.º, nº 4 do CPA, nos termos do qual, “*Justificam o facto: (...) os que praticarem o facto (...) no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação, se tiverem procedido com a diligência devida (...)*”.

O consentimento do paciente, ao que parece, não ganha aqui qualquer eficácia justificativa²³⁸. Segundo MAUNEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “o consentimento do ofendido (...) não é (...) uma causa de justificação, mas condição do exercício da medicina no caso concreto (...)”²³⁹. Um pensamento comungado por ORLANDO RODRIGUES. Ao considerar que “(...) relativamente à questão de saber se o consentimento tem alguma relevância penal nestes casos de intervenção cirúrgica com o fim de cura ou de salvação da vida, a resposta só poderá ser afirmativa se se considerar a ação do cirurgião como uma ação típica, indiciadora de ilicitude, o que (...) é negado pelo princípio da ação «socialmente adequada». O consentimento do paciente, nos casos em que a lei o exige, seria tão somente um pressuposto ou condição necessária da atividade do cirurgião”²⁴⁰. Essa linha de

²³⁵ WOLFGAN FRISCH. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 69.

²³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 451

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica...*, p. 53.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Editorial VERBO, 1992, p. 256

²⁴⁰ RODRIGUES, Orlando. *Apontamentos de Direito Penal...*, pp. 186-187, nota 41.

pensamento mostra-se cada vez mais ultrapassada, sobretudo porque nega a autonomia do doente face ao ato médico. É, nessa medida, contrária ao que temos estado a defender, bem como aquilo que é constitucionalmente defendido: o direito de o paciente aceitar ou recusar dar o seu consentimento perante uma intervenção médico-cirúrgica.

Outros autores posicionam-se no extremo oposto e advogam que *só o assentimento do paciente pode legitimar a intervenção*²⁴¹. Por isso, na linha de WOLFGANG FRISCH, a justificação da conduta a partir do “direito profissional do pessoal da saúde à realização das intervenções deve ser afastada (...) Desde logo, porquanto um tal direito profissional seria incompatível com o direito de autodeterminação do paciente, (...) constitucionalmente fundado”²⁴². Para o autor, o ilícito só poderá ser afastado mediante “o consentimento ou (na sua falta) o chamado consentimento presumido, independentemente de valerem como causa de exclusão do tipo ou (tão só) como causa de exclusão da ilicitude”. Continuando, o ator entende que “a autonomia do paciente face à invasão da sua integridade física só resulta garantida quando se faz depender a exclusão da ilicitude (da lesão corporal) de um consentimento que cobre a intervenção, dado por um paciente capaz de autodeterminação ou da consonância com a sua vontade presumida”²⁴³.

1.2. Crítica ao direito vigente: lacuna de proteção da liberdade pessoal face ao ato médico

Um modelo que pretenda tutelar a autonomia do paciente no tipo das ofensas corporais, considerando que esta incriminação visa tutelar dois bens jurídicos ou que o bem jurídico-penal integridade física já abrange a autonomia pessoal do doente não é por nos sufragado. Ao logo do nosso percurso foram, aliás, notórias as contradições que condenam a conceção *supra* referenciada.

O Direito Penal angolano, sem prejuízo da sua identidade jurídico-cultural, é também influenciado pela experiência jurídica portuguesa e germânica. A racionalidade jurídica construída por estas realidades pode, e bem, nos ajudar na construção do nosso paradigma. Assim sendo, acompanhamos o pensamento defendido pela doutrina maioritária

²⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 420.

²⁴² FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-Cirúrgicas...*, pp. 69-70.

²⁴³ *Ibidem*, p. 70.

germânica e pela experiência jurídico-penal portuguesa na crítica que as mesmas tecem à solução que tenta ver no tipo das ofensas corporais a tutela da autonomia do doente.

Há, como se pode ver, uma heterogeneidade de bens jurídicos e que, por isso, reclamam por tutela autónoma. Por um lado, temos a *integridade física*, protegida pelo tipo das ofensas corporais; e, por outro, a *liberdade de dispor do corpo e da própria vida*, que não é tutelada pela lei penal vigente. Não podemos, por isso, seguir o pensamento de KRAUSS quando considera que o bem jurídico tutelado pelo crime das ofensas corporais já abrange a liberdade do paciente, não sendo necessário tutelar autonomamente esse bem jurídico. De recusar é também o pensamento do HORN quando advoga que o tipo das ofensas corporais tutela dois bens jurídicos. Segundo COSTA ANDRADE, o pensamento proposto por KRAUSS “relewa duma errónea interpretação da evolução dogmática e do irrecusável, e cada vez maior, peso dos valores da liberdade e autonomia na direção da integridade física”²⁴⁴. Para COSTA ANDRADE, “esta compreensão da integridade física, enriquecida com a dimensão da autonomia pessoal, tem, porém, como reflexo imediato, a redução do alcance jurídico-penal desta última. Ela passa a relevar apenas na medida consentida pela tutela da integridade física. A integridade física e a autonomia pessoal figuram aqui como duas faces da mesma realidade, definindo-se e conformando-se reciprocamente o âmbito de relevância jurídico-penal, tendo em qualquer caso os limites da área de tutela da incriminação das *Ofensas corporais*”²⁴⁵. A crítica é extensiva ao pensamento de HORN. Segundo COSTA ANDRADE, “a relativa solvabilidade político criminal da doutrina de HORN tem como contrapartida o agravamento dos custos dogmático-jurídicos. Desde logo, ela tem de suportar o lastro da ilegitimidade constitucional, nomeadamente na direção do princípio de legalidade: só é possível elevando, *praeter ou sine lege*, a liberdade de dispor do próprio corpo à constelação dos bens jurídicos diretamente protegidos pelo direito penal positivo”²⁴⁶.

O intérprete e aplicador da normatividade jurídico-criminal angolana, preocupado em tutelar a autonomia pessoal do paciente, não deverá, a nosso ver, seguir a linha hermenêutica advogada pela jurisprudência alemã. Caso contrário, estaria em contradição, para além das exigências de legalidade criminal, com o sentido social do ato médico. É o que resulta dos ensinamentos de COSTA ANDRADE. Segundo o autor, os resultados

²⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 432.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 432-433.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 434- 435.

avançados pela jurisprudência germânica apenas são alcançáveis “à custa do alargamento da área de tutela da incriminação das Ofensas corporais e da qualificação indiscriminada como atentado à integridade física e à saúde de todas as intervenções médicas com dignidade penal. Um caminho minado de escolhos, logo no plano simbólico, na medida em que colide com o significado social do ato médico e com a autorrepresentação dos próprios médicos”²⁴⁷. Em sentido convergente, ESER defende que “a equiparação da intervenção médica à facada de um brigão, mesmo que tão só para efeitos de tipicidade, não deixará de agredir o médico, atingindo-o no rosto da sua autorrepresentação”²⁴⁸.

Um outro argumento resulta da sistematização do Código Penal. No Título reservado aos “*crimes contra as pessoas*”, o Código penal tutela, no Capítulo I, “*a liberdade das pessoas*”. Ou seja, o legislador separa o bem jurídico liberdade das pessoas do bem jurídico integridade física. São bens jurídicos tutelados em Capítulos distintos. Por isso, não se poderá afirmar aqui que o bem jurídico liberdade pessoal encontra-se já abarcado no bem jurídico integridade física. Porém, apesar de reconhecer e tutelar a liberdade das pessoas, não encontramos no respetivo Capítulo qualquer referência à incriminação dos atentados à liberdade pessoal do paciente. O que só reforça e demonstra o desconhecimento pelo legislador desse bem jurídico.

O pensamento de que o tipo legal das ofensas corporais não tutela a autonomia do paciente, sai também reforçado quando convocamos a génese do Código Penal atual. Como já se pode perceber, e não obstante algumas alterações legislativas, a verdade é que o atual Código Penal angolano corresponde ao Código Penal português de 1886. Na altura da sua elaboração, o problema da tutela da autonomia do paciente face ao ato médico não se levantava. Não se colocava o problema da responsabilidade criminal por tratamentos médicos arbitrários, pois, como vimos, não se tinha noção do bem jurídico-penal em causa. Assim, ao contrário do nosso legislador penal, o legislador português rapidamente se apercebeu da necessidade de inserir na lei penal um preceito que tutelasse a liberdade pessoal do paciente. O que sucedeu com a reforma de 1982²⁴⁹.

²⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 425.

²⁴⁸ ESER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 425.

²⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 598. Também, DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica...*, p. 54.

Portanto, ao que tudo indica, e segundo cremos, a lei penal angolana não tutela a autonomia pessoal do paciente face ao ato médico. Estamos diante de uma lacuna de proteção deste bem jurídico-penal. O que nos leva a pensar no direito a constituir.

2. De iure condendo: Um novo bem jurídico e uma nova incriminação

Existindo uma lacuna de proteção penal da autonomia do paciente face ao ato médico, e porque recusamos que a mesma seja efetuada na incriminação das ofensas corporais, defendemos, *de iure condendo*, a criação de um tipo legal que venha reconhecer e tutelar a liberdade de dispor do corpo e da própria vida. Um tipo legal que considera puníveis as intervenções médico-cirúrgicas sem ou contra a vontade do paciente.

Esse entendimento é, aliás, reforçado pelo Anteprojeto do Código Penal angolano. Por isso, cumpre-nos reservar a nossa atenção ao tratamento que esse concede à autonomia pessoal do paciente.

Começaremos por analisar o estatuto jurídico-penal do ato médico à luz do Anteprojeto, depois falaremos de alguns aspetos problemáticos ligados à incriminação dos tratamentos médicos sem o consentimento. Nomeadamente, a questão da vinculação às Diretivas Antecipadas da Vontade; a problemática da eutanásia passiva; das intervenções médicas no paciente menor, em caso de oposição dos representantes legais; da autonomia do paciente suicida; e, por último, a questão da liberdade pessoal do paciente-recluso.

2.1. Atipicidade das intervenções médico-cirúrgica na direção das ofensas corporais

A atipicidade das intervenções médicas no sentido das ofensas corporais é anunciada pelo n.º 1 artigo 155.º do CPA. Nos termos do qual, “*não se considera ofensa à integridade física a intervenção e o tratamento realizados por um médico ou por qualquer pessoa autorizada, de acordo com os conhecimentos e práticas da medicina, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou diminuir doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental.*” O presente preceito vem anunciar um novo paradigma para o direito penal angolano. Um modelo baseado, segundo COSTA ANDRADE, “na distinção e contraposição entre dois distintos e autónomos bens

jurídicos: a *integridade física* (a saúde e a vida), por um lado, e a *liberdade ou autodeterminação pessoal*, por outro lado”²⁵⁰.

Tal como vimos suceder com o regime jurídico-criminal português, também aqui, o ato médico apenas será atípico em relação às ofensas corporais se obedecer quatro requisitos: dois subjetivos e os restantes objetivos. Quanto aos subjetivos, temos, por um lado, a qualificação específica do agente, isto é, o agente terá de ser um *médico ou qualquer pessoa autorizada*; por outro lado, a “*intenção terapêutica*”, que compreende *tanto o diagnóstico como a prevenção*. No plano dos elementos objetivos, destacam-se a *indicação médica*, por um lado; e, por outro lado, a *realização segundo as leges artis*.

O teor literal do regime aqui em causa, distingue-se ligeiramente do conceito jurídico-penal de ato médico constante do Código Penal português. Sobretudo, no que respeita ao elemento subjetivo “*qualificação específica do agente*”. Isto é, enquanto o Código Penal português (artigo 150.º) estabelece que o agente deve ser médico ou pessoa *legalmente* autorizada, o artigo 155.º do ACPa diz-nos que o agente deverá ser médico ou *qualquer pessoa autorizada*. Colocando-se a questão de saber quem deverá autorizar o agente a praticar um ato médico? A lei? Também o costume? Um regulamento administrativo? Questões que carecem de resposta do legislador.

Ao ter como um dos seus elementos a *indicação médica*, o artigo 155.º do ACPa revela-se de grande importância para a compreensão prática, no contexto angolano, do regime relativo às intervenções médicas. A medicina não institucionalizada tem forte expressão na realidade social angolana. Os pacientes procuram frequentemente a medicina alternativa: por diversas razões. A procura de meios alternativos de cura constitui igualmente exercício da autonomia do paciente, já vimos. O Anteprojeto não proíbe estas práticas (aliás, não pode), apenas nos diz que as mesmas não beneficiam do estatuto especial. Por isso, serão tidas como ofensas corporais, justificáveis pelo consentimento²⁵¹.

Esta solução não nos parece ser a mais acertada. O legislador peca por defeito ao não atribuir um estatuto especial também aos tratamentos efetuados por terapeutas “tradicionalistas” (com as devidas adaptações). É demasiado ampla a importância que a denominada medicina alternativa ocupa na sociedade angolana. A mesma é solicitada por

²⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 458.

²⁵¹ Segundo a doutrina, «ao aludir ao estado dos conhecimentos e da experiência da medicina» o preceito «reporta a indicação médica à medicina académica ou institucional, com a consequente exclusão dos métodos naturalista, homeopático e afins» BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 375.

uma parte significativa da população. São inúmeras as razões que estão na origem da forte procura da mesma. Não iremos, naturalmente, aqui descrever estes motivos. A verdade é que a lei deve ser adaptada ao contexto sociocultural de cada povo, para a sua eficácia e assimilação social. O legislador devia, a nosso ver, adaptar o presente conceito à nossa realidade, de modo a incluir determinados atos efetuados na medicina alternativa (*na medicina tradicional*). Uma prática legitimada pelo costume, fortemente presente em Angola, e que não deve ser negligenciada pelo legislador. Seria uma homenagem merecida ao estatuto social do ato médico efetuado por outros profissionais, embora com medicamentos não cientificamente comprovados. Portanto, o preceito deve ser *construído* no sentido de também incluir determinados atos efetuados na medicina tradicional. Uma solução que deve ser imposta no plano formal, não devendo estar dependente da subjetividade do intérprete e aplicador do direito.

À semelhança do que vimos suceder na parte anterior, sublinha-se também aqui que para a exclusão das intervenções médico-cirúrgicas da factualidade típica das ofensas corporais é irrelevante a existência de consentimento, pois o consentimento não é um dos quatro elementos exigíveis pelo preceito. Assim, “a intervenção terapêutica - mesmo levada sem ou contra a vontade do paciente - não realiza a factualidade típica do crime de *Ofensas corporais* nem indica o respetivo ilícito”²⁵². Como destaca BELING, “uma ação que não configura qualquer lesão corporal não se converte em tal pelo facto de o interessado protestar contra ela; e uma ação que constitui uma lesão corporal, não deixa de o ser pelo facto de o interessado estar de acordo com ela”²⁵³. Ou na expressão de EB. SCHMIDT, “independentemente de haver ou não consentimento, a intervenção médica terapêutica cai fora dos tipos das *Ofensas corporais* e do *Homicídio*. O que não significa afirmar de qualquer forma a irrelevância pura e simples deste consentimento para efeitos de direito penal médico. Um tratamento médico que contraria a vontade do paciente pode ser típico do ponto de vista de um atentado à liberdade”²⁵⁴. Ou seja, o ato médico efetuado sem ou contra o consentimento/acordo do paciente constituirá um crime de intervenção médica arbitrária, e não de ofensas corporal.

²⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 426.

²⁵³ BELING, E. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 1924, p. 226, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, pp. 428-429.

²⁵⁴ SCHMIDT, EB. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 426.

2.2. Análise crítico-reflexiva da incriminação dos tratamentos médicos arbitrários (artigo 166.º do ACPa)

No Anteprojeto do Código Penal angolano, a incriminação relativa aos tratamentos médicos arbitrários encontra-se prevista no artigo 166.º. Esta incriminação, no que as soluções que dela se retiram e no que o seu ter literal respeita, apresenta fortes semelhanças com a que consta no Código Penal português, no artigo 156.º. Desta forma, alguns aspetos a ela ligados (e também ligados à temática anterior), porque já foram estudados na segunda parte, não serão aqui densificados.

Sob epígrafe “*Intervenção médica sem consentimento*”, o artigo 166.º, n.º 1, do ACPa, dispõe: “*Quem, sendo médico ou pessoa legalmente autorizada, realizar intervenção ou tratamento médico sem o consentimento do paciente é punido (...)*”. No que ao bem jurídico-penal respeita, o preceito visa tutelar *uma específica dimensão da liberdade pessoal*: o livre direito de autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo e sobre a sua própria vida²⁵⁵.

Aqui, o bem jurídico-penal *liberdade pessoal*, à semelhança dos demais bens jurídicos com a mesma estrutura, apresenta-se numa dupla dimensão: positiva e negativa²⁵⁶. Ou seja, este direito à autodeterminação do doente pode ser “*agredido*” de duas maneiras: por um lado, “e na medida em que pode ser levado a cabo uma intervenção ou um tratamento médico contra a vontade do paciente, este carece de tutela contra a atuação arbitrária do médico”; por outro lado, “e na medida em que as intervenções médico-cirúrgicas levadas a cabo com o *consentimento* ou mesmo a *pedido* do paciente devem ficar impunes também para o profissional de saúde, há de respeitar-se a vontade do doente, como causa de exclusão da punibilidade”²⁵⁷.

A concordância do paciente na intervenção médico-cirúrgica não figura aqui como renúncia ao bem jurídico. Também aqui, sublinha COSTA ANDRADE, “o exercício da liberdade ativa - o consentimento para a realização de uma intervenção medicamente indicada - afirma e atualiza a expressão do bem jurídico tipicamente protegido (...). O paciente que decide submeter-se a um tratamento curativo não autoriza que seja violada a sua liberdade mas exercita um direito de liberdade; de igual modo, o médico que cura a

²⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 127.

²⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 600.

²⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 453.

pessoa não viola a liberdade, embora a coberto do consentimento, antes torna efetiva a liberdade do paciente”²⁵⁸.

Ao contrário do que sucede nos crimes de ofensas corporais, onde a liberdade de dispor do corpo encontra limites na cláusula geral dos *bons costumes*²⁵⁹, no regime relativo à proibição dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, a questão parece processar-se de modo diferente.

Segundo COSTA ANDRADE, “a recusa do tratamento não está limitada pela cláusula dos bons costumes nem por qualquer sucedâneo que apele v.g., para a razão ou aprovação da moral”²⁶⁰. Segundo o Professor, “a intervenção ou tratamento arbitrário é típico mesmo quando a sua recusa se revele, em concreto, injustificada ou irracional, porque claramente prejudicial para o paciente (...) tem de assistir ao paciente 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 objetivamente irracional do paciente (...) um entendimento diferente, que reservasse o direito e reconhecesse ao médico uma *soberania de razão* representaria uma lesão do direito de autodeterminação do paciente que não seria suportável numa sociedade livre (...)”²⁶¹.

A liberdade pessoal aqui em causa não está condicionada nem limitada pela dimensão ou gravidade do risco da recusa²⁶². Como ensina COSTA ANDRADE, “o tratamento arbitrário é típico quer a recusa do consentimento se faça à custa da saúde ou da integridade física quer à custa da própria vida”²⁶³. O profissional de saúde deve, assim, obedecer à vontade do paciente que se opõe a um tratamento indicado para lhe salvar ou

²⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 600-601.

²⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 149.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 436 e ss. No Anteprojeto do Código Penal angolano, a cláusula dos bons costumes como limite à liberdade de dispor do corpo, no âmbito das ofensas corporais, resulta dos artigos 34.º e 153.º. Nos termos do n.º 1 do artigo 34.º, “além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento do ofendido exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses livremente disponíveis e o ato não for contrário aos bons costumes”. O n.º 1, do artigo 153.º vem reforçar essa ideia. Nos seus termos, “para efeito de consentimento (...) a integridade física considera-se livremente disponível”. O seu n.º 2 vem nos apresentar alguns critérios que podem auxiliar o intérprete na realização concreta do direito penal. Segundo o referido, “a contrariedade aos bons costumes é avaliada em função, nomeadamente, dos motivos e dos fins do agente e do ofendido, dos meios utilizados e da amplitude previsível da ofensa.”

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 604.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² *Ibidem*, p. 605.

²⁶³ *Ibidem*, pp. 436 e ss.

prolongar a vida, ou a vontade do paciente que reclama a interrupção do tratamento já iniciado e indispensável para assegurar a sua sobrevivência.

O médico que obedecer a vontade do paciente não cometerá o crime de homicídio a pedido da vítima, previsto no artigo 139.º do ACPa, nos termos do qual, “*quem matar outra pessoa atendendo a pedido expresso, sério e insistente da vítima é punido (...)*”.

Segundo COSTA ANDRADE, “a obediência à vontade do paciente (...) não colide com a incriminação do *Homicídio a pedido da vítima*”²⁶⁴. “Em caso de vontade contrária do paciente, extingue-se, sem mais, o dever de garante do médico. Não há nenhuma possibilidade de uma cura coerciva”²⁶⁵. *O desrespeito da vontade do paciente configura um tratamento arbitrário*, suscitando-se deste modo o problema da punibilidade do médico (...) ²⁶⁶.

Mesmo que tenha curado uma determinada patologia, mas se efetuado sem o consentimento expresso do doente, o ato médico é arbitrário e o médico pode ser responsabilizado por isso. O que está em causa é a tutela da liberdade pessoal. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “(...) será punido pelo crime - contra a liberdade - de intervenção e tratamentos médico-cirúrgicos o médico que, contrariando a vontade expressa, livre, esclarecida e atual do paciente, leve a cabo tratamento mesmo que indispensável (e como tal sucedido) para salvar a vida do paciente”²⁶⁷.

Há, portanto, uma notória intenção do legislador penal angolano em consagrar o primado da autonomia do paciente sobre a saúde e sobre a sua própria vida.

O consentimento do paciente configura também aqui *um acordo-que-exclui-o-tipo*. Assim sendo, acompanhando COSTA ANDRADE, “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”²⁶⁸. Portanto, a relevância típica do tratamento arbitrário será afastada se o acordo do paciente for válido e eficaz²⁶⁹. Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, “o dissentimento (...) conforma um elemento do tipo objetivo de

²⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 605.

²⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 605.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 455.

²⁶⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 130.

²⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 607.

ilícito e em que por isso, nesta aceção, o consentimento constitui uma causa de exclusão da tipicidade”²⁷⁰.

O Anteprojeto prevê igualmente situações em que, por qualquer razão, o paciente não pode dar o seu consentimento expresso, admitindo, em determinados casos, o recurso ao consentimento presumido para justificar a intervenção médica. Assim, o médico recorrerá ao consentimento presumido em duas situações. Por um lado, em casos de urgência, isto é, nos casos em que se depara com um doente a necessitar de tratamento que não é possível diferir para o momento em que possa obter-se o consentimento efetivo. É o que consta da alínea a), do n.º 2, do artigo 166.º do ACPa, segundo a qual, “*o facto não é punível, se o consentimento não puder ser obtido ou renovado sem dilação que ponha em risco a vida do paciente ou que implique perigo grave para o seu corpo ou saúde*”; por outro lado, nos casos de alargamento da intervenção cirúrgica. Conforme consta da alínea b), do n.º 2, do artigo 166.º do ACPa, o facto não é punível, se o “*consentimento for dado para certa intervenção ou tratamento e acabar por ser realizada intervenção ou tratamento diferente por estes terem sido considerados, de acordo com os conhecimentos e a experiência da medicina, o meio adequado para evitar um perigo sério para a vida, o corpo ou a saúde do paciente*”. Porém, reza o n.º 3 do mesmo preceito, que “*o facto descrito na alínea b) do número anterior é punível, se ocorrerem circunstâncias que permitam concluir, com segurança, que o consentimento teria sido recusado pelo paciente*”. Este n.º 3 vem demonstrar, mais uma vez, que o consentimento presumido não faz desaparecer a autonomia do paciente. Também aqui, o consentimento presumido é composto por duas características: o “*favor vitae vel salutis*”; e a subsidiariedade face ao consentimento efetivo.

Adequado é destacar que a distinção e contraposição entre *consentimento justificante e acordo-que-exclui-o-tipo* não terá lugar no contexto do consentimento presumido. Não há aqui uma cisão entre “*consentimento presumido justificante e acordo presumido que exclui o tipo*”²⁷¹. Segundo COSTA ANDRADE, “tanto o *consentimento presumido* como o *acordo presumido* configuram, a igual título, uma *autónoma e específica causa de justificação*”²⁷². Isso é assim porque, continua o autor, “à semelhança do que

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral...*, p. 473.

²⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 130.

²⁷² *Ibidem*, p. 131.

acontece do lado do consentimento, também do lado do acordo presumido subsiste a possibilidade da lesão penalmente relevante do pertinente bem jurídico”²⁷³.

O dever de esclarecimento está igualmente presente. Assim, o acordo do paciente, para ser válido e eficaz deverá ser devidamente esclarecido, não podendo, por exemplo, “assentar em erro, *maxime*, em erro fraudulentamente provocado”²⁷⁴. É o que resulta do n.º 4 do preceito em destaque. Segundo o qual, “*o consentimento só é relevante quando o paciente tiver sido devidamente elucidado a respeito do diagnóstico, da natureza, alcance e consequências possíveis da intervenção ou do tratamento*”.

Ao contrário do que resulta da sistematização conferida pela lei penal portuguesa, no Anteprojeto, o dever de esclarecimento aparece inscrito no mesmo preceito referente aos tratamentos médicos arbitrários. O legislador penal angolano, tendo presente, ao que parece, a ligação que existe entre a matéria respeitante a proibição das intervenções médicas sem ou contra o acordo do doente e o dever de esclarecimento para a autodeterminação, decidiu-se por colocar a exigência desse dever no mesmo artigo, isto é, no n.º 4 do artigo 166.º

Entre as várias exigências, já apontadas²⁷⁵, particular destaque merece o alcance do dever de esclarecimento. Assim, pergunta-se: olhando para a (atual) conjuntura sociocultural angolana, qual é o significado prático da expressão *o consentimento só é relevante quando o paciente tiver sido devidamente elucidado*? Por outro lado, como deverá ser efetuado o esclarecimento do paciente no nosso contexto: deverá adotar-se o critério do homem médio, ou do concreto paciente? São questões que, do ponto de vista prático, expressam uma densa complexidade, sobretudo quando olhamos para um país como o nosso, Angola, em que o nível de literacia médica por parte do cidadão comum nos parece bastante reduzido. Dando isso como certo, a dialética comunicacional entre o médico (que usa uma terminologia revestida de uma ampla tecnicidade) e o paciente (que apenas sabe que tem dores) pode ser patológica. O nexo de compreensão entre um e outro pode quebrar. Melhor, pode não existir. O que compromete o exercício devido da autonomia por parte do paciente. Como optar por um tratamento alternativo ou recusar uma transfusão sanguínea, se não compreendemos o alcance e as consequências do tratamento principal? *Vexata quaestio*.

²⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em Direito Penal Médico..., p. 131.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 130.

²⁷⁵ *Supra*, 2ª parte, dever de esclarecimento e privilégio terapêutico.

Angola é um país em que a população fala diversas línguas. A nosso ver, esta diversidade linguística deve ser relevante na determinação do *esclarecimento devido*. Por exemplo, diante de um paciente que não percebe a língua falada pelo médico, é imperativo que haja um tradutor, só assim estaremos em condições de concluir que o paciente foi devidamente esclarecido. O mesmo é dizer que, em nosso entender, não será esclarecimento devido o esclarecimento feito em língua portuguesa a um paciente que não tem o domínio da mesma (porque apenas fala uma língua nacional²⁷⁶. Realidade muito frequente), salvo se existir um tradutor. O paciente só poderá ponderar os prós e os contras de uma intervenção se compreender a linguagem do médico (e a linguagem médica).²⁷⁷ A mesma linha de pensamento valerá para os casos em que o paciente é portador de poucas habilidades académicas (não sabe ler, por exemplo, uma receita médica). Não haverá esclarecimento devido, quando o médico se limitou a usar vocábulos puramente científicos, sem medir o nível de assimilação do concreto paciente.²⁷⁸

Acompanhamos, por isso, COSTA ANDRADE quando salienta que “a medida do esclarecimento depende, em primeira linha, da pessoa do paciente da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de juízo”²⁷⁹. Ou, na linha de WOLFGANG FRISCH, “o paciente tem (...) de ser informado, acima de tudo, sobre a própria *intervenção* planeada, sua envergadura e consequências, bem como sobre os riscos (específicos) que lhe andam associados. (...) o paciente deve também ser informado sobre as razões que militam a favor da intervenção médica, sua urgência, bem como sobre as consequências da não realização do tratamento da doença diagnosticada”²⁸⁰. Informações que, segundo nos parece, devem ser efetuadas de acordo com o concreto contexto social. Também aqui, a intensidade do dever

²⁷⁶ A língua oficial de Angola é o português. Mas existem outras línguas, nomeadamente, Umbundu, Kimbundu, Kikongu, Fiote, Tchokwe, N'ganguela e kwanyama. Mais informações sobre Angola, cfr., entre outras fontes, WHEELER, Douglas; PÉLISSIER, René. *História de Angola*, Lisboa: Edições Tinta-da China, 2011

²⁷⁷ Como defende COSTA ANDRADE, “o esclarecimento deve ser de molde a colocar o paciente na situação de poder ponderar corretamente os prós e os contras da intervenção”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 635

²⁷⁸ Está em causa, na expressão de ANDRÉ G. DIAS PEREIRA, por um lado, “o direito a ser informado numa língua que o paciente compreenda”; por outro lado, “o direito a ser informado numa linguagem acessível a leigos. *O consentimento informado na relação-médico paciente*, estudo de Direito Civil, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 457 - 458

²⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 636.

²⁸⁰ FRISCH, WOLFGANG. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 78-79.

de esclarecimento deverá variar em função do paciente concreto. Só no caso concreto é que se poderá avaliar se o paciente foi devidamente esclarecido.

Todavia, não faltarão situações em que o conhecimento pelo doente do seu real estado clínico ou dos riscos da intervenção médico-cirúrgica pode originar graves consequências para a sua saúde ou para vida. Nestes casos, o dever de esclarecimento poderá não ter lugar ou poderá ser restringido. É o que resulta da parte final do n.º 4, do artigo 166.º, do ACPa, nos termos da qual, o dever de esclarecimento pode não ter lugar se isso “*implicar a comunicação de factos que, a serem conhecidos do paciente, poderiam pôr seriamente em perigo a sua vida ou causar dano grave à sua saúde*”. Estamos na presença do denominado *privilégio terapêutico*”, que, segundo alguma doutrina, abrange não apenas o diagnóstico, mas também os riscos da intervenção médica²⁸¹.

O legislador confere ao médico ou a pessoa legalmente autorizada uma certa *discricionabilidade*²⁸². Pode o médico denegar o esclarecimento²⁸³. Sublinha-se que, para além dos conhecimentos gerais que o médico deve possuir, pois lida diariamente com o paciente (e, eventualmente, com outros pacientes com a mesma patologia), as consequências da informação, devem ser avaliadas tendo em conta o concreto doente, isto é, o seu atual estado psicológico, mas também o seu meio familiar ou social. Por exemplo, o impacto da comunicação ao paciente de que irá ser-lhe amputado um membro ou de que é portador do HIV não será o mesmo, ao que nos parece, para o paciente “A” e para o paciente “B”. Por isso, o médico não deve apenas usar a experiência que teve com o primeiro paciente para fundamentar o não esclarecimento ao segundo paciente. Não obstante serem portadores da mesma enfermidade, têm (podem ter) personalidades diferentes. O profissional de saúde não deve simplesmente limitar-se, por exemplo, a presumir que o conhecimento pelo paciente

²⁸¹ “No direito alemão é hoje pacífica aceitação de um conjunto de hipótese em que a comunicação do diagnóstico pode - ou deve mesmo - (...) ser recusada. O mesmo valendo para tópicos como os riscos da intervenção ou as dores subsequentes. Será assim sempre que, pela natureza da doença, o esclarecimento cabal das circunstâncias pertinentes pode desencadear perturbações graves com consequências irreversíveis a nível da integridade física ou da vida, nomeadamente através do suicídio”. “Se o paciente sofre de uma psicose-Basedow, está excluída a hipótese de se lhe comunicar sequer que ele tem de ser operado. Muito menos se lhe poderá dar a conhecer por que razão, com que riscos, etc. A simples notícia do propósito da operação precipitá-lo-ia numa violenta agitação nervosa que o levaria à morte.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 462.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Porém, o entendimento não é pacífico na doutrina. Há autores que rejeitam a ideia do privilégio terapêutico. É o caso de GIESEN. Segundo o autor, “do direito de autodeterminação do paciente decorre o direito ao conhecimento de toda a verdade sobre seu estado de saúde e as consequências da intervenção médica, mesmo à custa dos perigos que a verdade reclamada comporta”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 462.

do seu estado de saúde o levaria a uma depressão profunda. Tudo isso para destacar que o médico não deve usar o privilégio terapêutico para se ausentar do seu dever de esclarecimento. Só excepcionalmente (e com fortes razões para o feito) é que o privilégio terapêutico deverá ser convocado. A regra é a do esclarecimento.

O legislador penal angolano, ao consagrar o denominado privilégio terapêutico adere à ideia de “*alargar*” a “fragmentaridade dos comportamentos puníveis a título de Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”²⁸⁴. Como sublinha COSTA ANDRADE, a liberdade que esse tipo legal de crime visa tutelar “não se inscreve nem se afirma num espaço vazio de valores e de reivindicações dissonantes e, como tal, asséptico de conflitualidade. Trata-se, pelo contrário, de um espaço provocado de profundas representações antropológicas (...) de étimo filosófico e moral e por teodiceias de diferente matriz religiosa e teológica. Para além disso e sobretudo, ele é também ocupado por valores juridicamente reconhecido, como a *vida* ou a *saúde*, muitas vezes a fazer valer reivindicações de sentido irreconciliavelmente contraditório com a satisfação paradigmática da autodeterminação pessoal. (...). A tutela da *liberdade de dispor do corpo e da própria vida*, na medida em que se reveste de relevo jurídico-criminal - sc., da dimensão *negativa de recusar o tratamento* - colide sistematicamente com a vida ou a saúde (...)”²⁸⁵.

Por isso, há também aqui lugar para as soluções de “*favor vitae vel salutis*”. Essas têm a sua expressão tanto do plano *processual* como no plano *material-substantivo*. Nesse segundo plano - é o que diretamente nos interessa - sobressaem aspetos gerais e especiais. Numa perspetiva geral, destacam-se: a) a consagração de um regime de consentimento presumido que visa legitimar as intervenções e tratamentos mais urgentes e indispensáveis para salvaguardar a vida ou a saúde (n.º 2 do artigo 166.º do ACPa); b) a consagração de soluções de *privilégio terapêutico*, como forma de justificar a recusa do esclarecimento em relação a tópicos cujo conhecimento pelo paciente *poderiam pôr seriamente em perigo a sua vida ou causar dano grave à sua saúde*. Num plano especial, as soluções de “*favor vitae vel salutis*” destacam-se nos casos de doentes terminais, dos incapazes (dos menores, por exemplo) e dos pacientes reclusos²⁸⁶.

Importa também destacar que “o paciente pode renunciar à informação”. Assim sendo, “não tem de haver esclarecimento quando o paciente declara ao médico que aceitará

²⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento em Direito Penal Médico...*, p. 129.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 128-129.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 129.

tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação. Temos presente o designado *direito a não saber*. Esse que constitui uma dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana”²⁸⁷.

2.2.1. O paciente portador de uma Diretiva Antecipada da Vontade

Ao longo do presente estudo, temos vindo a realçar a autonomia do paciente face ao ato médico. Nos termos do artigo 166.º do ACPa, o paciente poderá recusar um tratamento medicamente indicado, e o médico terá de respeitar, independentemente das consequências desta recusa. Podem, todavia, existir situações em que o paciente não se encontra em condições de manifestar o seu consentimento ou dissentimento no momento. Pensa-se no paciente que, por qualquer razão, se encontra em estado de inconsciência. Ora, para acautelar estas e outras situações análogas, surgiram as denominadas Diretivas Antecipadas da Vontade, “como forma de obviar os resultados nefastos para a autonomia pessoal - e para a própria dignidade humana - dessa impossibilidade”²⁸⁸. Como sublinha PAULO HENRIQUES, “a invenção do ato de diretivas antecipadas assenta precisamente na importância atribuída à proteção da autonomia do paciente”²⁸⁹.

Verifica-se, portanto, que “entre a vontade expressa e a vontade meramente presumida estará agora a vontade antecipada”²⁹⁰. Todas elas são alternativas para a proteção da autonomia do paciente face ao ato médico²⁹¹.

Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, as Diretivas Antecipadas da Vontade (doravante, DAV), desdobram-se “em duas modalidades, que não se excluem entre si”: *Testamento Vitale Procurador de Cuidado de Saúde*. No primeiro caso, o paciente manifesta num documento escrito a vontade que pretende fazer valer no futuro²⁹². O testamento vital (também designado por testamento biológico) é, assim, “uma declaração feita em um momento de saúde ou, pelo menos, antes da fase terminal de uma doença, por uma pessoa

²⁸⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação-médico paciente...*, p. 468. Sobre o direito a não saber, cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2008, p. 22 ss

²⁸⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida, in *Revista do Ministério Público*, n.º 125, 2011, p. 173

²⁸⁹ HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida..., p. 98.

²⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 622.

²⁹¹ HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida..., p. 98.

²⁹² RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas Antecipada de vontade..., p. 173.

capaz em que é manifestada uma vontade séria, livre e esclarecida no sentido de, em caso de doença em que se venha a encontrar inconsciente e, portanto, incapaz de manifestar a sua vontade, lhe serem ou não administrados determinados cuidados de saúde”²⁹³. No segundo caso, “se delega a manifestação dessa vontade num procurador especificamente instituído para esse efeito”²⁹⁴.

Relativamente ao direito angolano, nada há acerca da proibição ou admissibilidade das diretivas antecipadas. Admitindo que não sejam proibidas, e é o que nos parece, então, e tendo em conta a proteção da autonomia pessoal do paciente que o Anteprojeto quer imprimir no contexto jurídico-penal angolano, é oportuno questionarmos: o médico estará, ao abrigo do artigo 166.º ACPa, obrigado a respeitar o conteúdo de uma diretiva antecipada, não podendo, por exemplo, atuar contra a vontade do paciente anteriormente manifestada, do mesmo modo que está obrigado, por exemplo, a não atuar contra a vontade atual do paciente? Perguntando de outra maneira: à luz do artigo 166.º ACPa, qual é o valor que se deverá atribuir a uma DAV?

Não existe unanimidade acerca do valor a conferir à DAV. Duas correntes doutrinárias se contrapõem²⁹⁵. Por um lado, existem vozes que vão no sentido de reconhecer um caráter vinculativo ao conteúdo do testamento vital. Considerando que “a recusa de tratamento pode ser expressa numa diretiva antecipada, que isenta o médico do seu dever de agir (...)”²⁹⁶. Segundo esta corrente de pensamento, “nem sempre o consentimento tem que ser prestado no momento do ato médico”²⁹⁷.

Ao seguir-se esta construção de pensamento e ao tentar enquadrá-la ao nosso problema, dir-se-ia que o artigo 166.º do ACPa pretende igualmente abranger os casos em que a recusa de

²⁹³ Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, “O testamento vital pode apresentar um de dois conteúdos distintos: ou o testador recusa um tratamento (por exemplo, recusa de quimioterapia ou de transfusão de sangue), ou o testador solicita a aplicação de determinado tratamento, sendo certo que, nesta última hipótese, se o tratamento não se revelar adequado para aquele paciente de acordo com o estado atual do conhecimento científico o médico não está obrigado a aplicá-lo.” *Diretivas Antecipadas de vontade...*, p. 174.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 173.

²⁹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. *Diretivas Antecipadas de Vontade...*, p. 178

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. *Diretivas Antecipadas de Vontade...*, p. 178. André Pereira defende que as declarações antecipadas devem ser vinculativas. Contudo, realça o autor, “essa força vinculativa (...) deve depender de um controlo procedimental rigoroso, que deveria incluir o envolvimento de um médico, que preste esclarecimentos e que ateste a capacidade para consentir e para recusar um tratamento médico, bem como a ausência de qualquer coação, que será devidamente assegurada através da redação em documento autêntico, pelo Notário” (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 perspetiva integrada*, 1.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 59

uma intervenção médica consta do testamento do paciente. Portanto, nessa ordem de ideias, o médico estará obrigado a respeitar a vontade do paciente anteriormente manifestada, da mesma forma que estará obrigado a respeitar a vontade atual do doente, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal por tratamento médico arbitrário.

O problema da vinculação ao conteúdo dos testamentos vitais surge precisamente por causa do critério da *atualidade* exigível para eficácia do consentimento do paciente²⁹⁸. Como refere INÊS GODINHO, as críticas às DAV surgem por causa da “distância temporal que medeia entre a verdadeira e real manifestação de vontade e aquele momento em que aquela vontade irá ser interpretada e realizada”²⁹⁹. Um entendimento comungado por PAULO FERNADES. Segundo o autor, “não pode negar-se (...) que o ato de autonomia prospetiva, padece sempre de fragilidades adicionais quando comparado com o ato de autonomia contemporânea. Essas fragilidades adicionais resultam, nomeadamente, do lapso de tempo (...)”. Continuando, o autor sublinha que “a principal manifestação dessa fragilidade adicional está relacionada com os avanços tecnológicos e científicos na medicina e nos cuidados de saúde (...) Algumas das alternativas de cuidado podiam não estar disponíveis à data em que o paciente concluiu as diretivas antecipadas. Ele não tinha informação nem conhecimento suficiente sobre a situação que realmente se verifica”³⁰⁰.

Por esse facto, há outra linha de pensamento, na qual nos identificamos. São vozes que advogam o pensamento segundo o qual “a recusa de tratamento plasmada na diretiva antecipada não vincula o médico porque se trata de um consentimento não atual (...)”³⁰¹. Na expressão de COSTA ANDRADE, é impossível “referenciar com segurança, a postura definitiva do paciente. A tanto se opõe quer as mudanças, tão irrenunciáveis e profundas como insondáveis, que a experiência da proximidade com a morte induz, quer o ambiente de rutura da comunicabilidade em que elas ocorrem”³⁰². O autor conclui: “(...) não cremos que lhes deva valer mais do que um valor indiciário, não podendo ser assumidos em termos vinculativos no sentido de a sua violação determinar, sem mais, a responsabilidade penal do médico”³⁰³ (...). Em sentido convergente parece apontar ÁLVARO C. G. RODRIGUES.

²⁹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. *Diretivas Antecipada de vontade...*, p. 173; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento Informado na Relação Médico-paciente...*, pp. 252-253.

²⁹⁹ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 124.

³⁰⁰ HENRIQUES, Paulo. *A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida...*, p. 101.

³⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Diretivas Antecipadas de vontade...*, p. 178.

³⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 457.

³⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 457.

Para o autor, os designados testamentos do paciente (“*living-will*”) se revestem “de reduzido valor, sendo apenas meros indícios para a presunção do dissentimento (...)”³⁰⁴.

Daqui resulta que, à luz do disposto no artigo 166.º do ACPa, as DAV beneficiaram apenas de valor indiciário. Neste sentido parece ir igualmente VERA LÚCIA RAPOSO. A autora, analisando o problema, mas com o olhar posto para o direito português, defende: “à luz do artigo 156.º/2 CP³⁰⁵, e antes da vigência da Lei n.º 25/ 2012, um médico que se deparasse com uma DAV deveria, no mínimo, lê-la e ponderar sobre o seu conteúdo (isto é, tê-la em consideração), mas poderia atuar em desconformidade com a mesma se entendesse que fatores supervenientes à sua redação afastavam a vontade aí manifestada e que por conseguinte, não existia fundamento suficiente para entender que aquela era a vontade presumida do paciente”³⁰⁶. Segundo a autora, “se o médico decidisse atuar num paciente impossibilitado de manifestar a sua vontade em contra da decisão por este manifestada na respetiva DAV, provavelmente os tribunais portugueses não condenariam o médico por intervenção médico-cirúrgica arbitrária, atendendo (...), sobretudo, ao princípio de *favor vitae* (...)”³⁰⁷. Um entendimento igualmente defendido por PAULO HENRIQUES. Segundo o autor, “sempre que as circunstâncias atuais são diferentes das circunstâncias que o paciente efetivamente conhecia quando elaborou as diretivas antecipadas, o médico tem fundamento sério para duvidar que as diretivas antecipadas continuem a ser expressão de uma vontade esclarecida ou informada”. Portanto, continua o autor, “o médico não está imediatamente vinculado ao conteúdo das diretivas antecipadas”. Assim, conclui, “(...) se as informações obtidas no processo clínico ou através da audição dos familiares, levarem o médico a concluir, com segurança, que o paciente teria recusado o tratamento, o médico deve abster-se de iniciar o tratamento ou suspender o tratamento no caso de já o ter iniciado. Inversamente, se o médico não puder concluir com segurança que o paciente teria recusado o tratamento, o médico deve presumir o consentimento do paciente e iniciar ou continuar o tratamento”³⁰⁸.

Esta solução está em conformidade com o estabelecido no n.º3, do preceito em destaque, segundo o qual “*O facto (...) é punível, se ocorrerem circunstâncias que permitam*

³⁰⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Consentimento informado — pedra angular da responsabilidade criminal do médico*, in *Direito da Medicina*, I, Coimbra Editora, 2002, p. 37- 38

³⁰⁵ Entre nós, artigo 166.º, n.º 2, do ACPa

³⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Ato Médico ao Problema Jurídico...*, p. 178.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ HENRIQUES, Paulo. *A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida...*, pp. 102-103.

concluir, com segurança, que o consentimento teria sido recusado pelo paciente.” É esta a solução que melhor se adapta ao teor literal do artigo 166.º do ACPa. O que significa que, caso esse preceito ganhe vigência, dele não se poderá retirar o entendimento de que o médico estará vinculado a respeitar o conteúdo de uma DAV. Esse terá apenas um carácter indiciários da vontade do doente, podendo o médico agir contra a mesma, sem ser responsabilizado criminalmente.

O que fica dito não dispensa a possibilidade da existência de uma lei que venha a disciplinar especificamente o valor das DAV. Uma matéria que, a nosso ver, devia constar do Código Penal, num número pertencente ao artigo referente à incriminação das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos sem consentimento*, e não em diploma avulso. Parece-nos que há uma relação substancial e até de complementaridade entre a meteria dos tratamentos médicos arbitrários e o regime das diretivas antecipadas, o que justifica o tratamento das referidas temáticas no mesmo artigo ou no mesmo diploma, tal como sucede com o consentimento presumido e o dever de esclarecimento.

No direito positivo português, o problema de saber se as DAV são ou não vinculativas, parece que já não se coloca. É o que se retira da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Nos termos desta lei, verificados determinados requisitos de ordem formal e material³⁰⁹, o médico estará obrigado a respeitar uma DAV. Veja-se, para o efeito, o disposto no artigo 6.º, n.º 1³¹⁰.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina diz-nos que o profissional de saúde deve ter em conta o conteúdo de uma DAV. Nos termos do artigo 9.º, “*a vontade*

³⁰⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 621. No mesmo sentido, RAPOSO, Vera Lúcia. *Do Ato Médico ao Problema Jurídico...*, pp. 178- 179.

³¹⁰ Artigo 6.º - Eficácia do documento – “1 - Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei; 2 - As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando: a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las; b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado; c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura; 3 - O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV; 4 - Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante; 5 - A decisão fundada no documento de diretivas 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.”

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.”

2.2.2. Tratamentos médicos arbitrários e eutanásia passiva

O respeito à autonomia do paciente, nos termos em que temos vindo a referir, significa igualmente que, caso o paciente se oponha, por exemplo, a um tratamento médico, o profissional de saúde deve interromper o tratamento ou não deve começar com a medicação, consoante os casos. Ora, se dessa recusa resultar a morte do paciente, estaremos diante da denominada *ajuda passiva à morte*³¹¹, também chamada de *eutanásia passiva*.

A análise da problemática respeitante à eutanásia passiva, pode ser vista de dois planos. Por um lado, temos o exercício da autonomia pelo doente: o dissentimento. Por outro lado, temos um profissional de saúde que omite ou interrompe o tratamento médico, em obediência à vontade do doente. Posto isso, cabe-nos indagar a solução jurídica que o Anteprojeto do Código Penal angolano quer dar ao problema da eutanásia passiva (³¹²).

Antes, devemos dizer que o conceito de *ajuda passiva à morte* ou de *eutanásia passiva* é referente, diz COSTA ANDRADE, às “situações em que para corresponder à vontade do paciente, o médico omite um tratamento (v.g., uma cirurgia, uma transfusão de sangue) ou interrompe um tratamento (v.g., alimentação artificial por sonda, ligação a uma máquina de respiração artificial), omissões que têm como consequência provocar a morte do paciente”³¹³.

³¹¹ Na formulação de COSTA ANDRADE: “(...) tradicionalmente chamada de eutanásia passiva. E que hoje se propende antes a designar, porventura com maior propriedade, como ajuda passiva à morte (...) ou, mesmo, como acompanhamento passivo na morte.” *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 620.

³¹² Problemático é igualmente a questão inversa: a de saber se, no contexto em que não existe um tipo legal que tutela (autonomamente) a liberdade pessoal de dispor do corpo e da própria vida, a eutanásia passiva é punível. Mas não é essa a nossa problemática.

³¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 620. Sobre o assunto, Cfr., também, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Nótula antes do artigo 131.º, in Comentário Conimbricense...*, pp. 22- 28.

A eutanásia passiva distingue-se da eutanásia ativa. Essa - que pode ser direta ou indireta - consiste no encurtamento da vida através de uma influência no processo da doença³¹⁴.

A eutanásia ativa direta, afirma INÊS F. GODINHO, “consiste no encurtamento da vida de um doente que tal consentiu e pediu, através de uma conduta ativa”. Para a autora, o fundamento da punibilidade da eutanásia ativa direta é a “intenção de provocação da morte, pois neste caso, o resultado morte é sempre intencionado, independentemente de se encontrar em uma relação com a terapia para as dores ou não”. Segundo a autora, a eutanásia ativa direta é sempre punível a título de homicídio a pedido da vítima ^{315_316}.

No que à *eutanásia ativa indireta ou ajuda à morte ativa indireta* respeita, a doutrina propende para a não punibilidade da mesma³¹⁷. Ao contrário do que vimos suceder no parágrafo anterior, *na ajuda à morte ativa indireta*, diz a doutrina, não existe, por parte do agente, a “intenção de encurtamento da vida” ³¹⁸. Segundo INÊS GODINHO, aqui está em causa “uma intervenção ativa no decurso da doença, com a particularidade de haver intenção de dar ao paciente a medicação contra as dores solicitadas, mesmo que esta possa ter um risco de poder originar um encurtamento da vida”³¹⁹.

Não menos importante para a correta compreensão da nossa problemática, é o âmbito da *ajuda passiva à morte (eutanásia passiva)*. Segundo INÊS GODINHO, “esta forma de eutanásia inclui não apenas a omissão de medidas de manutenção da vida, como também a sua interrupção”. Continuando, a autora sublinha que “(...) o conceito de eutanásia

³¹⁴ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 245. Sobre o assunto cfr., entre outros, COSTA, José de Faria. *O Fim da Vida e o Direito Penal*, «*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*», Coimbra Editora, 2003, pp. 759-807.

³¹⁵ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 245.

³¹⁶ O atual Código Penal angolano não dispõe da incriminação do Homicídio a pedido da vítima. Impondo-se a questão de saber qual é o tratamento jurídico-penal que deverá merecer a problemática da eutanásia ativa direta (eutanásia em sentido estrito). Ao que nos parece, a resposta deverá ser encontrada na incriminação relativa ao Homicídio voluntário simples, prevista no artigo 349.º CPA. Contrariamente, o Anteprojeto do Código Penal angolano prevê, no seu artigo 139.º, o crime de Homicídio a pedido da vítima, nos termos do qual: “*Quem matar outra pessoa atendendo a pedido expresso, sério e insistente da vítima é punido com pena de prisão até 3 anos.*” Sobre a problemática respeitante ao Homicídio a pedido da vítima, cfr., entre outros, ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 134.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 95 e ss.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 115.

³¹⁸ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 248. Segundo COSTA ANDRADE, “O apelo à ausência de dolo direto intencional não significa que o conceito de ajuda à morte ativa indireta e, reflexamente a fronteira face ao punível Homicídio a pedido da vítima se esgota apenas em momentos ou pressupostos de índole subjetiva. (...), o facto só pode valer como ajuda à morte ativa indireta se, para além de realizado por um médico, for levado a cabo de acordo com as regras da ciência médico.” *Artigo 134.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 116.

³¹⁹ GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima...*, p. 248.

passiva é restringido à limitação destas medidas em situações de mortes próxima, ou seja, no estágio final de uma doença fatal (doentes terminais)”³²⁰. COSTA ANDRADE parece defender uma posição mais abrangente. Para o autor, “no conceito e no regime da eutanásia passiva cabem também as situações em que o paciente não tinha entrado ainda no processo que leva irreversivelmente à morte”³²¹.

Quanto ao nosso problema, destacamos que o artigo 166.º do ACPa vem reconhecer um novo bem jurídico: *a liberdade de dispor do corpo e da própria vida*. Na esteira de COSTA ANDRADE, sublinha-se que, “na medida em que o legislador (tanto constitucional como ordinário) se propõe afirmar e promover a integridade deste bem jurídico, ilegítima por princípio as intervenções médicas que com ele contendem, *maxime* as que caem na malha de uma incriminação dos *tratamentos arbitrários*. Na medida em que proíbe - e pune - a intervenção ou, numa perspetiva mais ampla, na medida em que denega o direito de intervenção, a ordem jurídica preclui *eo ipso* qualquer *dever* de intervenção. E, por maioria de razão, um dever contrafaticamente assegurado pelas normas penais, concretamente as que incriminam e punem o *Homicídio*. Noutros termos, na medida em que incrimina, como arbitrário, tratamentos indicados para fazer face a uma situação de perigo de morte, o legislador decide-se pelo *primado da autodeterminação* sobre a própria vida”³²².

Portanto, na linha do autor, “a aproximação das questões a partir do sentido material-axiológico e da projeção normativa do direito de autodeterminação do paciente, como bem jurídico digno de tutela penal, oferece assim, um topo decisivo para a resposta ao problema jurídico-penal da chamada eutanásia passiva: uma resposta aberta no sentido de não-punibilidade”³²³. Ou seja, o Anteprojeto do Código Penal Angolano, à semelhança da Código Penal português³²⁴, vai no sentido da admissibilidade da eutanásia passiva.

A *ajuda passiva à morte* não será punível “quer se trate da ajuda à/na morte em sentido estrito, que se dá quando o paciente, já moribundo, entrou em processo final de morte; quer em sentido lato (...), que se dá quando é a própria omissão ou interrupção do tratamento que desencadeia e precipita uma morte que poderia demorar ainda muito tempo

³²⁰ GODINHO, Inês Fernandes. Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente, in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coordenadores: José de Faria Costa, Urs Kindhauser, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 112.

³²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 621.

³²² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 440.

³²³ *Ibidem*, p. 440.

³²⁴ GODINHO, Inês Fernandes. *Autodeterminação e morte assistida...*, pp. 113-114.

a ocorrer”³²⁵. Uma linha defendida igualmente por INÊS GODINHO. Segundo a autora, “a eutanásia passiva, quando em consonância com a vontade do paciente, não é criminalmente punida (...) a imposição de medidas terapêuticas contra a vontade do paciente deverá constituir um crime de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário”³²⁶.

2.2.3. A liberdade pessoal do paciente-suicida

Na definição de COSTA ANDRADE, *paciente-suicida* é “aquele que, em consequência de uma tentativa (falhada) de suicídio, se colocou em situação de perigo de vida”³²⁷. Nesse ponto, somos confrontados com a questão de saber se é justificável o tratamento médico feito contra a vontade do paciente-suicida.

Em homenagem à autonomia do doente face ao ato médico que temos vindo a realçar, uma autonomia que é reconhecida e protegida pela Constituição da Republica de Angola, julgamos que o médico deve, em princípio, respeitar a vontade do paciente suicida. Pensa-se, por exemplo, num paciente consciente, adulto e que, depois de tentar o suicídio, continua a recusar expressamente a intervenção médica. Parece-nos que, nesse caso, e nos termos do n.º 1, do artigo 166.º ACPa, o médico está impedido de efetuar qualquer intervenção. É o que nos ensina COSTA ANDRADE. Para o autor “o tratamento arbitrário é típico quer em relação ao paciente-normal, quer em relação ao suicida”³²⁸. “(...) um tratamento diferenciado, para além de não contar com arrimo no argumento literal ou sistemático não poderia igualmente louvar-se de qualquer razão pertinente de fundo teleológico-material, na perspetiva do bem jurídico protegido”³²⁹. Porém, defende o Professor, a equiparação entre o *paciente normal* e o *paciente suicida* não se afigura absoluta, pois em relação ao *paciente suicida* valem “possibilidades mais amplas e consistentes de justificação”³³⁰.

³²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 621.

³²⁶ GODINHO, Inês Fernandes. *Autodeterminação e morte assistida...*, pp 113-114. Sobre o assunto cfr., igualmente, MORÃO, Helena. *Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente, resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, n.º 1,

³²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º* in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 606.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 455.

³³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 606. COSTA ANDRADE referindo-se ao direito português, defende: “no contexto do direito

Pense-se, por exemplo, num paciente-suicida inconsciente. Nesse caso, a nosso ver, deverá ser justificável a conduta do médico tendente a salvar a vida ou evitar uma lesão irreversível para a integridade física do doente. É, por sinal, uma solução que melhor se adapta a consciência social angolana, parece-nos.

Importa também sublinhar, na esteira de COSTA ANDRADE, que a solução *supra* referida “não tem como reverso necessário a imposição ao médico de um *dever de agir*, no sentido de que a sua omissão implicaria a responsabilização (do médico) por homicídio a pedido por omissão”³³¹. Dito de outra forma, “terá de negar-se o dever de afastamento do resultado em caso de suicídio auto responsável de um adulto”³³². Diferentemente, a Declaração de Lisboa Sobre os Direitos do Paciente impõem aos médicos um dever de atuar. Assim, nos termos da alínea c) do seu 4.º princípio, “*os médicos sempre devem tentar salvar a vida de um paciente inconsciente quando devido a uma tentativa de suicídio.*”

2.2.4 O paciente menor, o dissentimento do representante legal e o bem jurídico tutelado pelo artigo 166.º ACPa

Como resulta do exposto, o ato médico será arbitrário quando efetuado sem ou contra o acordo do paciente. O referido acordo deve obedecer a determinados pressupostos, para que ganhe eficácia. Como realça WOLFGANG FRISCH, o paciente terá de possuir “capacidade individual de representação e avaliação indispensável para uma decisão correta”. Para o autor, “a capacidade de consentimento configura (...) uma caracterização objetiva no sentido de que uma pessoa possui os conhecimentos, os quadros de valores e os modelos de argumentação que podem ser reconhecidos como garantia de que é capaz de enquadrar corretamente o objetivo da decisão nos seus critérios de valores. E, sobre esse pano de fundo tomar uma decisão”³³³. Mas nem sempre o paciente terá a capacidade para, no caso concreto, manifestar a sua concordância ou recusa diante de uma intervenção

vigente não parece que deva negar-se a eficácia justificativa do art.º 154.º, n.º 3, al. b), ao médico que, contrariando a vontade expressa do suicida - paciente, leva a cabo tratamentos lhe salvar a vida”. *Ibidem*, p. 611. Do artigo 154º do CP – Coação – “n.º 3 - *O facto não é punível: b) Se visar evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico. Não encontramos no ACPa um preceito com o mesmo ter literal.*”

³³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 612.

³³² *Ibidem*, p. 606.

³³³ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, pp. 90-92.

médico-cirúrgica. Pense-se, por exemplo, nos casos de incapacidade por anomalia psíquica ou nos de incapacidade por menoridade. Essa última é a que nos interessa.

Face a incapacidade de consentir em função da menoridade, a doutrina e várias legislações, incluindo o Anteprojeto do Código Penal angolano, têm vindo a estabelecer critérios que visam suprir a referida incapacidade. Afastado parece ficar, desde logo, o recurso ao *consentimento presumido* para legitimar a intervenção médica no paciente menor. Na linha da doutrina, “a licitude da intervenção reclama antes um consentimento eficaz das pessoas constituídas da posição de representante legal”³³⁴.

Hoje, apesar de ser praticamente indesmentível a função que a medicina desempenha para o bem-estar de cada um de nós, não faltam pacientes que recusam determinadas intervenções médicas, por diversas razões: de cariz filosófica, religiosa, entre outras. Razões, essas, que o direito não ignora ou não deve simplesmente ignorar.

Se olharmos para o artigo 166.º do ACPa, apercebemo-nos que, quando em causa estiver um paciente adulto, *no pelo uso das suas faculdades mentais*³³⁵, não se colocam problemas maiores. Nesse caso, já vimos, o médico deverá respeitar a recusa do paciente, independentemente da consequência³³⁶. Caso contrário, o ato médico estaria em colisão com o bem jurídico-penal que o preceito quer tutelar.

Ora, sendo o paciente menor, e sendo certo que o poder de consentir cabe aos representantes legais, duas vias devem ser separadas: se os representantes legais consentirem para a intervenção ou tratamento médico, não resulta daqui problemas; o problema surge quando os referidos representantes recusam dar o seu consentimento para a intervenção médica, *v.g.*, transfusão sanguínea.

Não pretendemos desenvolver o regime relativo à incapacidade de consentir diante de um tratamento médico. Pretendemos somente refletir acerca da questão de saber se as intervenções médico-cirúrgicas feitas no paciente menor, mas contra a vontade dos seus representantes legais, são subsumíveis no artigo 166.º do ACPa.

³³⁴ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 99; RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), in *Lex Medicinæ*, Ano 7, nº 14, 2010, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 124 e ss.

³³⁵ FRISCH, Wolfgang. *Consentimento e Consentimento presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas...*, p. 94.

³³⁶ Este entendimento vai na mesma linha do disposto no artigo 31º do Código Deontológico e de Ética Médica da Ordem dos Médicos de Angola, segundo o qual “O Médico deve respeitar escrupulosamente as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do dente, não devendo exercer qualquer ato médico sem procurar o seu consentimento.”

A resposta afigura-se negativa. Segundo COSTA ANDRADE, “a concordância do representante legal, *rectius* a violação da respetiva exigência pode revestir-se (...) de relevância normativa: tanto no plano deontológico, disciplinar e jurídico-civil como inclusivamente no plano jurídico-penal, no contexto das *Ofensas corporais, ex vi violação das leges artis*”³³⁷.

Segundo o Professor, “uma coisa é (...) a ilicitude das intervenções e tratamentos sem ou contra a vontade do representante legal do menor, outra é a sua valência para efeitos” da presente incriminação³³⁸. Para o autor, “as intervenções médicas sem ou contra a vontade do representante legal não se identificam com o conteúdo material da incriminação dos tratamentos arbitrários (...)”. Portanto, subsumir a conduta do médico no preceito *sub judice* “representaria um salto a que se opõe quer a descontinuidade material e axiológica quer mesmo a barreira da legalidade”³³⁹.

Em sentido convergente aponta KAHL: “não se vê que possa fundamentar-se no consentimento do representante a justificação do médico, pois ninguém pode renunciar à vida e saúde de terceiro (...) Quem, conscientemente, em caso de morte ou de doença de um terceiro, impede um médico de salvar, torna-se ele próprio responsável pelo sacrifício daqueles bens jurídicos. Fazê-lo não pode valer como um direito. Por isso, não há qualquer direito a recusar o consentimento. Daí que, não possa afirmar-se que a recusa do consentimento por parte de um representante legal equivale à falta de fundamento jurídico de uma legítima intervenção médica”³⁴⁰. Uma linha sufragada igualmente por ENGISCH. Segundo o autor, “o consentimento necessário dos pais não é emanção do direito de autodeterminação do próprio paciente, mas do direito de assistência dos pais que é, ao mesmo tempo, um dever de assistência³⁴¹”. GERALDO ROCHA RIBEIRO comunga do mesmo pensamento. No seu entender, “os pais da criança, no exercício dos seus poderes-deveres, *não dispõem (...) de uma ampla liberdade sobre a saúde e a vida do incapaz*. Pelo contrário, podemos dizer que em primeira linha se encontram vinculados à vontade e estrutura de valores entretanto manifestados dentro da sua capacidade de discernimento -

³³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 413.

³³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 414.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ KAHL, W. «Der Arzt im Strafrecht», ZStW 1909, pp. 367-368, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 413.

³⁴¹ ENGISCH. *Arzt und Patient in der Strafrechts*, *Juristische Praxis*, 1965, p. 4, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 414.

superior interesse da criança subjetivo - e, na eventualidade de não se poderem determinar com clareza os mesmos, terão de pautar o exercício dos seus poderes pela *prossecação do superior interesse da criança no seu sentido objetivo*³⁴² (itálico nosso).

O Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República Portuguesa, de 16-01-1992, comunga da mesma solução: “(...) se, não obstante o esclarecimento (...), os pais mantem a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de molde a reccar perigo para a vida ou grave dano para a saúde do menor, não se compadecendo o seu estado clinico com o recurso a via judicial (...), dar-se-á prevalência a decisão médica de internamento”³⁴³.

Entre nós, o atual Código Penal não resolve a problemática. O Anteprojeto também não a resolve. Do seu artigo 153.º, nº 4, retira-se apenas que “*não é válido o consentimento de um menor de 18 anos, se não for prestado por ele e pelo seu representante legal*. O n.º 4 vem dizer que, *tratando-se de menor de 14 anos ou de um incapaz por anomalia psíquica, é necessária autorização judicial*³⁴⁴. Nada se diz acerca da atitude a ser seguida pelo médico em caso de uma intervenção médica inadiável, também nada se diz acerca dos casos em que o médico atua contra a vontade dos representantes legais do paciente menor.

Face ao exposto, a solução que nos parece ser a mais acertada é a defendida por COSTA ANDRADE. Segundo a qual, diante de um paciente-menor, sendo a intervenção médica inadiável, “o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica: se o fizer, - como *deve* - não incorrerá em responsabilidade criminal a título de *tratamento arbitrário*. A liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma *liberdade pessoal*, que não se comunica ao representante legal”, “nem é violada só por ser contrária à vontade do representante legal”³⁴⁵.

Por outras palavras, a autonomia pessoal que é tutelada pelo artigo 166.º ACPa não se “comunica” aos representantes legais. A estes “não assiste a *mesma* expressão de autodeterminação individual, na incindível plenitude da sua dupla dimensão de consentir ou

³⁴² RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem decide pelos Menores?..., p. 129.

³⁴³ Parecer do Conselho Consultivo da PGR, N.º Convencional: PGRP00000361, Parecer: P000081991, Data da Posição 1: 07-07-1992.

³⁴⁴ Do segundo parágrafo do artigo 31.º do Código Deontológico e de Ética Médica da Ordem dos Médicos de Angola, retira-se que “*O consentimento de crianças, menores ou incapacitados, é em principio pedido aos Pais, parentes mais próximos ou representantes legais, salvo quando existe conflito entre os familiares e o médico existente, em situação graves e de emergência, para as quais deverá Recorrer-se a decisão judicial suportada em legislação apropriada.*”

³⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 603.

recusar a intervenção, por mais drásticas e irreversíveis que apareçam as consequências da recusa”³⁴⁶.

Segundo COSTA ANDRADE, “só a custa de uma interpretação extensiva - a lei fala em consentimento do paciente - se poderia considerar preenchida a factualidade típica. Uma via que, por estar impedida, obriga a concluir por um certo desguarnecimento da tutela dos interesses aqui relevantes e a referenciar, nesta medida, uma lacuna de punibilidade”³⁴⁷.

Oportuno seria um tratamento legislativo que viesse clarificar a problemática ou que fosse no sentido de expressamente criar um dever de atuação do médico em caso de a intervenção médica ser inadiável. Um tipo legal específico que fosse no sentido de responsabilizar criminalmente quem (médico ou representante legal, nomeadamente) impedisse um médico de salvar a vida do menor. Nas palavras de COSTA ANDRADE, a solução “devia ser imposta, no plano formal, por razões atinentes à tipicidade e legalidade”³⁴⁸. É essa a linha que se advoga, por exemplo, no Reino Unido. Veja-se, a este propósito, os artigos 12.º e 14.º do *Code of Practice for The Surgical Management of Jehovah's Witnesses*³⁴⁹.

2.2.5. O paciente-recluso e a sua liberdade face às intervenções médico-cirúrgicas

O caminho até agora percorrido permitiu-nos compreender que, ao se implementar na ordem jurídica um tipo legal que pune as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados em oposição à vontade do concreto titular do bem jurídico criminalmente tutelado, está-se de igual modo a aceitar a tese de que a autonomia do paciente prevalece sobre outros bens jurídico-penais em presença, nomeadamente a vida e a integridade física.

Dando isso como assente e defensável, em consequência surge a questão de saber se o mesmo juízo vale para os casos em que o paciente é recluso ou se, pelo contrário, o

³⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 603.

³⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 414. No mesmo sentido, MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento do menor em sede de cuidados médicos terapêuticos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 43.

³⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 414.

³⁴⁹ Children: “*The children of Jehovah's Witnesses requiring blood transfusion present the most difficult management problem. The wellbeing of the child is paramount and if, after full parental consultation, blood is refused, the surgeon should make use of the law to protect the child's interests; 14 If a child needs blood in an emergency, despite the surgeon's best efforts to contain haemorrhage, it should be given. The surgeon who stands by and allows a 'minor' patient to die in circumstances where blood might have avoided death may be vulnerable to criminal prosecution*”.

primado da autonomia do paciente sobre a saúde ou sobre a sua própria vida é exclusivo para o doente em liberdade. Por outras palavras, pergunta-se: beneficiará o paciente recluso da proteção que o artigo 166.º do ACPa pretende dar à liberdade pessoal de dispor do corpo e da própria vida? É juridicamente aceitável que exista uma diferenciação de regime entre o paciente em liberdade e o paciente-recluso, no que a tutela da autonomia face ao auto médico concerne?

Não encontramos, entre nós, uma lei que nos possa ajudar a solucionar a controvérsia, cuja relevância jurídico-criminal se nos afigura indubitável. O Sistema Penitenciários angolano encontra a sua consagração positiva na Lei n.º 8/08, de 29 de Agosto (Lei Penitenciária). Apesar de os artigos 54.º e ss se reportarem à problemática da assistência médico-sanitária, não vemos qualquer preceito normativo que responde diretamente a questão *sub judice*.

Na linha de que a lei não constitui a única fonte do Direito³⁵⁰, e porque é nossa intenção olharmos para o presente e contribuirmos na edificação de um futuro Direito Penal capaz de responder os novos desafios que emanam da evolução das sociedades, por exemplo, a emergência de novos bens jurídicos e a necessidade de tutela penal dos mesmos, cumpre-nos trazer à colação os argumentos doutrinários que sobre o assunto debateram e debatem.

Fiéis a isso, é importante destacar que também na doutrina não existe unanimidade na resposta à questão de saber se o primado da autonomia do paciente sobre a saúde ou sobre a própria vida deve valer igualmente quando em causa estiver um paciente-recluso. Como veremos, a resposta, positiva ou negativa, comporta várias implicações de ordem prática. Duas correntes de pensamento se destacam.

Alguns autores vão no sentido de que o primado da autodeterminação sobre a vida ou sobre a saúde deve valer quer em relação ao paciente em liberdade, quer em relação ao paciente-recluso. Um entendimento em sentido contrário, segundo essa corrente doutrinária, seria inconstitucional, por violar o princípio da *liberdade de consciência*. Nesta linha vai, nomeadamente, AUGUSTO SILVA DIAS. Segundo o autor, “em caso algum é juridicamente requerido o cumprimento de um dever que comporta uma lesão da autonomia ética do paciente. De outro modo, conceder-se-ia ao médico um poder de decidir sobre interesses alheios, o que representaria um «desprezo olímpico» pela autonomia de decisão

³⁵⁰ BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*, 2.º Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 683 e ss.

do indivíduo, mais ajustado ao perfil de uma sociedade totalitária do que de outra respeitadora das liberdades e dos direitos das minorias³⁵¹. Também FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO questionam a constitucionalidade de um preceito normativo que legitime um tratamento coativo. Isto é, uma lei que sacrifique, por exemplo, a autonomia do paciente-recluso para tutelar um interesse da Administração Penitenciária/Estado³⁵².

Outra corrente doutrinária, na qual nos revemos, defende o pensamento segundo o qual a resposta à questão deve variar consoante o caso concreto. É o que nos ensina COSTA ANDRADE. No entender do Professor, “tudo está, à partida, em saber se a experiência prisional e a especificidade da interação entre o recluso e a Sociedade/Estado imprimem à recusa de tratamento/alimentação uma carga simbólica e normativa diferente da que é própria de idêntica atitude se assumida por um doente em liberdade. Admitindo que sim, mas ressalvando que tal não valerá de forma indiscriminada e generalizada, trata-se, num segundo momento, e reportando-nos exclusivamente à situação do recluso, de identificar a linha divisória entre: por um lado, os casos em que a liberdade do recluso/paciente face à intervenção médico-cirúrgica reclama e merece tutela idêntica à que é reconhecida ao cidadão em liberdade; e, por outro lado, os casos em que a experiência prisional empresta ao problema a relevância sistémico-social bastante para impor ou, ao menos, justificar alguma assimetria jurídica³⁵³. Este tratamento diferenciado de regimes, destaca o autor, “não radica (...) em qualquer discriminação do ponto de vista de maior ou menor dignidade das pessoas envolvidas”³⁵⁴.

Dito isso, surge a questão de saber quais são os concretos casos em que a referida *assimetria jurídica* é admissível ou justificável. Para tal, ANABELA MIRANDA RODRIGUES propõe que se faça uma distinção entre “intervenção médica em benefício da saúde pública” e “intervenção médica em benefício da vida e da saúde do visado”³⁵⁵.

³⁵¹ DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência...*, p. 133.

³⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica...*, p. 56.

³⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., pp. 613-614.

³⁵⁴ Segundo o autor, “a diferença de regime não radica, assim, em qualquer discriminação do ponto de vista de maior ou menor dignidade das pessoas envolvidas”. *Ibidem*, p. 614.

³⁵⁵ Cfr., entre outros, RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, Estatuto jurídico do recluso e socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e prisão, Projeto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 102 e ss.

2.2.5.1. Intervenções médico-cirúrgicas em benefício da saúde pública

Aqui não se colocam graves problemas. A generalidade da doutrina e várias legislações têm entendido que a autonomia pessoal do paciente pode sofrer fortes limitações quando o ato médico tiver como finalidade a saúde pública. O que quer dizer que as intervenções médicas em benefício da saúde pública, como, por exemplo, *vacinação obrigatória, doenças contagiosas, entre outras doenças análogas*, não carecem do consentimento do paciente.

Nesse sentido defendem, entre outros, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MINTEIRO. Segundo os autores “desnecessário é ainda o consentimento (...) quando a intervenção ou o tratamento forem impostos pelo cumprimento de um dever legal”³⁵⁶. Segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “a harmonia dos interesses constitucionais em conflito não exclui, em geral, a possibilidade de uma intervenção médica coativa ordenada à defesa da saúde pública, desde que se respeitem os princípios que regem as restrições de direitos”³⁵⁷.

Outro problema que se pode levantar em sede de liberdade do doente é o que respeita aos Internamentos Compulsivos. Isto é, até que ponto é constitucionalmente permitido que determinado cidadão, portador de anomalia psíquica, por exemplo, seja visto como “perigoso” para a sociedade e, por isso, deva ser internado, independentemente da sua vontade? É uma questão que não será aqui estudada³⁵⁸.

³⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica...*, p. 56; BRITO, Teresa Quintela de. *Responsabilidade Penal dos Médicos...*, p. 383.

³⁵⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, p. 108.

³⁵⁸ A jurisprudência portuguesa já se pronunciou sobre o assunto. Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, “(...) quando a anomalia psíquica for grave e criar uma situação de perigo para bens jurídicos relevantes, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e o doente recuse submeter-se ao necessário tratamento médico ou não possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento e a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado, pode o tribunal determinar o seu internamento compulsivo (...)”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-12-2015, Relator: FERNANDO CHAVES, Processo: 5712/15.1T8CBR-A.C1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 23-04-2015, Relator: MARGARIDA VIEIRA DE ALMEIDA, Processo: 1/14.1T1LSB.L1-9. Em Portugal, o Internamento Compulsivo é disciplinado pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho Lei de Saúde Mental. Entre nós, e até ao presente momento, não encontramos uma lei publicada que verse sobre a matéria, nem jurisprudência publicada que sobre o assunto discutiu, o que não equivale concluir pela sua inexistência.

2.2.5.2. O recluso como beneficiário direto da intervenção médico-cirúrgica

As dificuldades surgem (ou são maiores) quando se está perante situações em que o tratamento coativo visa exclusivamente evitar um perigo para a saúde ou para a vida do paciente recluso. Nestes casos, segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a resposta à questão de saber se é justificável um tratamento diferenciado de regime entre o paciente em liberdade e o paciente-recluso deverá variar consoante estejamos diante de: *a) criação furtiva do risco; b) auto colocação em risco; c) colocação em risco derivada da vida prisional*³⁵⁹.

A *criação furtiva do risco* “compreende os casos em que a doença (eventualmente letal) que atinge o recluso não é diretamente causada por ação do próprio nem se relaciona imediatamente com o meio prisional. Por exemplo, o cancro ou a SIDA”³⁶⁰. Segundo COSTA ANDRADE, nos casos em que a doença atinge o paciente independentemente da sua vontade e da sua ação, “nada pode justificar a diferença entre recluso e paciente em liberdade”³⁶¹. Do mesmo pensamento comunga ANABELA MIRANDA RODRIGUES. Segundo a autora, nesse caso, “a intervenção médica coativa implicaria uma lesão da liberdade pessoal de autodeterminação de que o recluso é titular (...)”³⁶². “Se, em geral, a preservação da vida e a da saúde enquanto interesses do próprio paciente, não prevalecem sobre (...) a liberdade de autodeterminação (ficando penalmente proibida a intervenção médica coativa), o interesse próprio do Estado em preservar a vida e a saúde do recluso não pode (...) justificar a limitação da liberdade de recusar o tratamento”³⁶³. Segundo COSTA ANDRADE, “se a oferta de meios de cura colmata as carências da vida prisional não se vê por que haja de recusar-se a um recluso (de que se espera que, num futuro mais ou menos próximo, venha a ser capaz de levar uma existência socialmente responsável e sem crimes) o direito, o direito que no mundo *extra muros* é evidente, de se subtrair a agressões à sua integridade física suscetíveis de lhe prolongar a vida e, por essa vida, morrer de morte *natural*. (...) a terapia seria aqui sempre, mesmo que aplicável à margem de qualquer risco próprio, inexigível em relação ao interessado”³⁶⁴.

³⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, p. 110.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 614.

³⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, pp. 110-111.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo...*, p. 410.

O segundo caso, diga-se, a *auto colocação em risco*, acentua ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “tem por objeto os casos em que é o próprio recluso a criar diretamente a situação de risco para a saúde ou para a vida”. É, por exemplo, os casos “de greve de fome, automutilação, e tentativa de suicídio”³⁶⁵. Poderá, por exemplo, em caso de greve de fome justificar-se uma diferença de tratamento entre o paciente em liberdade e o paciente recluso?

Por greve de fome entende-se, diz ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “a situação contestatária ou reivindicativa que consiste em o recluso se recusar a ingerir alimentos, com o objetivo de protestar contra um facto ou uma circunstância de natureza judicial, penitenciária, política ou outra ou de reclamar a sua alteração”³⁶⁶⁻³⁶⁷.

Na situação de greve de fome do recluso, temos interesses em conflito: os do grevista, por um lado, e o da Administração Penitenciária, por outro. Entre os direitos do recluso sublinham-se: “o direito à autodeterminação sobre a vida e a saúde que deriva diretamente da dignidade humana, o direito à não ser submetido a tratamentos desumanos e degradantes, o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à liberdade de expressão”³⁶⁸.

Apesar do inegável relevo jurídico dos direitos suprarreferidos, “a decisão sobre a legitimidade do tratamento e da alimentação coativa, em caso de greve de fome, não pode atender apenas aos direitos do recluso: a solução do problema tem de ponderar também os interesses do Estado, que se realizam através da imposição de deveres à própria Administração Penitenciária. De entre esses ressaltam, em especial, os deveres de velar pela vida e saúde dos reclusos e de manter a ordem e a segurança do estabelecimento”³⁶⁹.

Admitindo a presença dos dois interesses dignos de proteção jurídica, COSTA ANDRADE defende que, nos casos em que a necessidade de tratamento resulta de “tentativa de suicídio ou de greve da fome (*“suicídio ativo”*)”, “a diferenciação pode já fazer sentido e justificar-se em relação à recusa de tratamento médico por parte de quem tenta suicídio ou

³⁶⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., pp.112-113.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 110-112.

³⁶⁷ A situação de greve de fome distingue-se do suicídio, pois não há na primeira situação “uma vontade de morrer (...) Pelo contrário, a intenção do recluso é exprimir, através da greve e conseqüente auto colocação em risco, uma contestação ou reivindicação orientada pelo impulso vital”. Não menos problemático é a questão de saber se os casos em que o grevista admite e se conforma com o resultado morte, como conseqüência da não ingerência de alimentos, é subsumível no conceito de suicídio. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária..., p. 115.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 116.

³⁶⁹ *Ibidem*.

leva a cabo uma *greve da fome intra muros*. E não só nem tanto em nome de juízos de valor sobre o suicídio, mas também e sobretudo pelo teor das relações - de conflito, mais ou menos latente mais ou menos patente - entre o recluso e o Estado e as suas instituições. Estado interessado tanto em preservar a integridade da sua imagem como Estado de direito e em prevenir que a invocação de eminentes direitos e liberdade fundamentais seja aproveitada para fins perversos e inconfessados do poder³⁷⁰.

Uma linha igualmente defendida por ANABELA MIRANDA RODRIGUES. Segundo a autora, “em caso de greve de fome, os direitos à liberdade pessoal, de autodeterminação sobre a vida, o corpo e a saúde, e a liberdade de expressão titulados pelo grevista são limitados pelo interesse do Estado em preservar a vida e em manter a ordem e a segurança do estabelecimento, nos termos estritamente necessários à satisfação desses interesses³⁷¹. Porém, diz a autora, “a legitimidade da intervenção coativa depende sempre do perigo grave para a saúde ou para a vida do recluso, não podendo ser administrada com o mero intuito de eliminar uma forma de protesto incómoda³⁷²”.

A primazia dos interesses do Estado sobre à liberdade do paciente-recluso de dispor do corpo e da própria vida, vale igualmente para os casos de automutilação e tentativa de suicídio³⁷³.

Uma conclusão que se estende, em terceiro lugar, para os casos de *colocação em risco derivada da vida prisional*³⁷⁴. Por exemplo, “situações de acidente (laboral ou desportivo)” ou “agressões perpetradas por terceiros dentro do espaço prisional³⁷⁴”.

Quanto a nós, admitimos igualmente que poderá existir um tratamento diferenciado de regime entre o paciente em liberdade e o paciente-recluso, isto é, a admissibilidade de tratamentos coativos para a segunda categoria de paciente, na salvaguarda do interesse da Administração Penitenciária/Estado. Isso, sem prejuízo do entendimento de que os referidos tratamentos deverão ser *limitados e temperados* pelos princípios de exigibilidade, proporcionalidade, necessidade³⁷⁵.

³⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 614 .

³⁷¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária...*, p. 116.

³⁷² *Ibidem*, p. 123.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 124-128.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 127.

³⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 615.

Em nosso entender, uma medida que vise limitar a liberdade pessoal do paciente-recluso de dispor do corpo e da própria vida, deverá, ao que tudo indica, resultar de lei específica. Esta distinção de regimes não resulta, como se pode ver, do artigo 166.º do ACPa. Há, assim, necessidade de criação de uma Lei que estabeleça os termos em que um tratamento coativo sobre o paciente-recluso deverá ter lugar. É um caminho que se mostra oportuno, numa altura em que se discute a introdução, na lei penal, de um preceito que torna puníveis os tratamentos médicos arbitrários. O legislador não deve renunciar esse caminho. Se o fizer, isto é, se não criar uma lei específica no sentido já referido, a nosso ver, nada obstará a aplicação do regime geral da proibição dos tratamentos sem ou contra o consentimento do doente, resultante do artigo 166.º do ACPa.

Devemos, portanto, seguir a experiência portuguesa. Nela, a admissibilidade dos tratamentos coativos no contexto prisional encontra consagração legal no artigo 35.º da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade).

Não faltam aqui vozes que questionam a constitucionalidade de um preceito que vai no sentido de legitimar tratamentos coativos. Também não faltam vozes que defendem uma posição contrária. Segundo COSTA ANDRADE, o artigo 35.º pode ser interpretado em conformidade com as disposições constitucionais. Para tal, defende, é necessário que, à semelhança do que sucede com as leis que *contendem com direitos fundamentais*, se faça uma interpretação restritiva do preceito³⁷⁶.

Outro problema que se levanta no direito português, mas que não será aqui desenvolvido, é a questão de saber se há harmonia entre o disposto no artigo 35.º da Lei n.º

³⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 613.

115/2009³⁷⁷ e o teor literal do artigo 75.º, n.º 1 do CDOM³⁷⁸ ou se, pelo contrário, estamos diante de preceitos contraditórios. A resposta parece ser dada por COSTA ANDRADE. Para o autor, o resultado prático-jurídico do artigo 35.º “não se afastará significativamente das soluções para que aponta o Código Deontológico dos Médicos (...)”³⁷⁹. A temática não será aqui desenvolvida.

³⁷⁷ Artigo 35.º - Cuidados de saúde coativamente impostos – “1 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação não podem ser coativamente impostos, salvo nas situações previstas no presente artigo e nos termos da lei; 2 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos podem ser coativamente impostos ao recluso em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para o corpo ou para a saúde de outras pessoas; 3 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação podem ainda ser coativamente impostos se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa; 4 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coativos limitam-se ao necessário e não podem criar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso; 5 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coativos são ordenados por despacho fundamentado do diretor do estabelecimento prisional e executados ou ministrados sob direção médica, sem prejuízo da prestação dos primeiros socorros quando o médico não puder comparecer em tempo útil e o adiamento implicar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou saúde do recluso; 6 - As intervenções, os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coativamente impostos são imediatamente comunicados ao diretor-geral dos Serviços Prisionais.”

³⁷⁸ Segundo o Artigo 75.º, n.º 1: “O médico não pode impor coercivamente aos presos ou detidos, capazes de exercer a sua autonomia, exames médicos, tratamentos ou alimentação”. O n.º 2 consagra o seguinte: “Em caso de perigo para a vida ou grave perigo para a saúde de presos ou detidos, a recusa pelo doente dos actos referidos no n.º 1 deste artigo, deverá ser confirmada por médico estranho à instituição”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica* ..., p. 56.

³⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I..., p. 615.

Conclusão

O presente estudo versou sobre o tema “*A tutela da autonomia do paciente face ao ato médico no direito penal angolano*”.

Depois de apresentados e discutidos os mais variados aspetos gerais e especiais respeitantes à autonomia do paciente face ao auto médico (na Alemanha, em Portugal e em Angola), conclui-se que:

Elevar a autonomia do doente a categoria de bem jurídico-penal, é afirmar o respeito pela dignidade humana. “A partir da elevação desta liberdade à categoria de bem jurídico-penal, o médico não pode apenas sacrificar ao velho mandamento hipocrático: *salus aegroti suprema lex esto!* Tem também de prestar homenagem ao imperativo: *voluntas aegroti suprema lex esto!*”³⁸⁰;

No plano da normatividade jurídico-criminal vigente em Angola, deparamo-nos com uma ausência de um tipo legal que tutela especificamente a liberdade pessoal do paciente, ao contrário do que sucede, por exemplo, com os regimes penal português, cabo-verdiano ou macaense. Não temos inscrito, na nossa lei penal, o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Não faltaram, porém, vozes a defender que o tipo das ofensas corporais pode ser interpretado no sentido de tutelar também a liberdade pessoal do paciente. Não acompanhamos estes autores. Rejeitamos a via que procura tutelar a liberdade de dispor do corpo e da própria vida no crime das Ofensas corporais. Assinalamos que o que realmente está em causa é a existência de um novo bem jurídico: a liberdade pessoal do paciente;

O bem jurídico protegido nas ofensas corporais é a integridade física e não a autonomia do paciente. São dois bens jurídicos distintos que reclamam igualmente por tutela autónoma. Há uma *heterogeneidade* de bens jurídicos. Assim, no que especificamente respeita à tutela da autonomia do paciente no direito penal angolano, concluimos que há nele uma lacuna de proteção. Não podemos, por isso, seguir o pensamento advogado, por exemplo, pela jurisprudência germânica. Essa que, diante da ausência de um tipo legal que tutela autonomamente a liberdade pessoal do paciente, procura proteger esse bem jurídico no tipo das ofensas corporais, sustentando que as intervenções medicamente indicadas e

³⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 156.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo I..., p. 601.

realizadas segundo as *leges artis* preenchem o ilícito típico das ofensas corporais, só podendo ser justificadas mediante o consentimento do doente;

Devido a ausência de proteção penal do bem jurídico em análise, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos efetuados sem ou contra o consentimento do paciente, devem permanecer impunes (³⁸¹). Um caminho que não é por nós seguido. Aliás, só através de uma interpretação extensiva, negada pelo princípio da legalidade criminal, é que seria pensável concluir que o tipo das ofensas corporais protege dois bens jurídicos;

De recusar é também a ideia de que o bem jurídico integridade física já compreende a liberdade pessoal do paciente. Para além de que, em homenagem ao estatuto social do ato médico, a atividade do cirurgião deve ser diferenciada da atividade do faquista;

Por isso, defendemos, de *iure condendo*, a criação de um tipo legal que venha reconhecer e tutelar a autonomia pessoal do paciente face ao ato médico. Um tipo legal que considera puníveis as intervenções médico-cirúrgicas sem ou contra a vontade do paciente. Um caminho reforçado pelo Anteprojeto do Código Penal angolano. Esse, que se distancia do Código Penal vigente, tem o mérito de reconhecer e proteger a autonomia do paciente, isto no artigo 166.º.

Nos termos do seu n.º 1, *quem, sendo médico ou pessoa legalmente autorizada, realizar intervenção ou tratamento médico sem o consentimento do paciente é punido (...).*

Como resulta do exposto, o bem jurídico em presença é a liberdade pessoal, e não outro.

O referido Anteprojeto adere igualmente à ideia de que as intervenções médico-cirúrgicas – verificados que estejam cumpridos os pressupostos objetivos e subjetivos – não preenchem a factualidade típica das Ofensas corporais nem do Homicídio, à semelhança do paradigma português. É o que dispõe o seu artigo 155.º, sob a epígrafe, “*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*”. Nos termos do n.º 1, *não se considera ofensa à integridade física a intervenção e o tratamento realizados por um médico ou por qualquer pessoa autorizada, de acordo com os conhecimentos e práticas da medicina, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou diminuir doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental.*

³⁸¹ No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo...*, p. 415.

Caminhamos, e bem, para um novo modelo. Um modelo que, por reconhecer ao paciente a liberdade de dispor do corpo e da própria vida, pune as intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Bibliografia

ÁLAMO, Mercedes Alonso. El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales, in *Autonomía personal y decisiones médicas, cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters (legal) Limited / Blanca Mendoza Buergo (Editora), Editorial Aranzadi, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Artigo 134.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Artigo 135.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012

_____. *Artigo 149.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Artigo 150.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____. *Artigo 156.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Artigo 157.º*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Consentimento e Acordo em Direito Penal, (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2008

_____. Consentimento em Direito Penal Médico, O Consentimento Presumido, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, N^os 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade Penal dos Médicos: análise dos principais tipos incriminadores, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 12, ano 2002.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*, 2.º Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º Ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, José de Faria. Em redor da noção de ato médico, in *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, 1.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Linhas Gerais de Direito e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *O Fim da Vida e o Direito Penal*, «*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*», Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra: Almedina, 1969

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. Nótula antes do artigo 131.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. O Problema da Ortotanásia: introdução à sua consideração jurídica, in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológicos-Morais e Jurídicos*, Porto: Companhia Editora do Minho-Barcelos, 1973.

DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Médica em Portugal*, Lisboa, 1984.

DOALLO, Noelia Martinez. O consentimento informado como direito fundamental: imunidade ou autodeterminación?, in *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 19, Ano 2015.

FARIA, Paula Ribeiro de. Artigo 143.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Editorial VERBO, 1992.

FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal no Exercício da medicina em equipa: O Princípio da Confiança e o Princípio da Divisão do trabalho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FIGUEIREDO, Amorim Rosa de. *Consentimento para o ato médico*, Gráfica de Coimbra, 2006, pp. 87-90

GODINHO, Inês Fernandes. Autodeterminação e morte assistida na relação médico-paciente, in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coordenadores: José de Faria Costa, Urs Kindhauser, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Eutanásia, Homicídio a pedido da vítima e os Problemas de participação em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal português, anotado e comentado*, legislação complementar, 17ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005.

GRALHEIRO, João Carlos. O Ato Médico é uma Empreitada?, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, N.º III/IV, Lisboa, 2014.

HENRIQUES, Paulo. A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida e o Relevo das Diretivas Antecipadas, in *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, Ano 14, n.º 29, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da; HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito Constitucional Angolano*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. O Princípio da Confiança como Instrumento Delimitador da Autoria nos Crimes Negligentes Perpetrados pelos Profissionais de Saúde, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 20, Volume 97, Julho-Agosto/2012.

MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (ir)relevância do consentimento do menor em sede de cuidados médicos terapêuticos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MORÃO, Helena. *Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente, resposta jurídico-penal a uma colisão de valores constitucionais*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora n.º1, ano 16, 2006

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, in *Revista de Legislação e de jurisprudência*, ano 125.º, n.º 3815.

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 perspetiva integrada*, 1.ª Ed., Coimbra Editora, 2010

_____. *O consentimento informado na relação-médico paciente*, estudo de Direito Civil, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PINA, J. A. Esperança. *A responsabilidade dos Médicos*, 2.ª Ed., LIDEL, edições técnicas, Lisboa—Porto—Coimbra, 1998.

RAMOS, V. Grandão. *Direito Processual Penal, Noções Fundamentais*, Escolar Editora, 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida, in *Revista do Ministério Público*, n.º 125, 2011.

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

_____. O ato médico perante o olhar judicial: breve apontamento à decisão proferida no processo n.º 218/ 211, in *Legisiuris de Macau em Revista*, 113 e ss.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Quem decide pelos Menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), in *Lex Medicinæ*, Ano 7, nº 14, 2010, Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado — pedra angular da responsabilidade criminal do médico, in *Direito da Medicina*, I, Coimbra Editora, 2002

_____. Responsabilidade Médica em Portugal, Estudo dos pressupostos sistemáticos, Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, Estatuto jurídico do recluso e socialização, Jurisdicionalização, Consensualismo e prisão, *Projeto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, Orlando. *Apontamentos de Direito Penal*, Escolar Editora, Lobito, 2014.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal, Coleção: Veja Universidade, Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 2ª Ed., 1993

RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

WHEELER, Douglas; PÉLISSIER, René. *História de Angola*, Lisboa: Edições Tinta-da China, Lda, 2011

WOLFGAN FRISCH. Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico-cirúrgicas, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14, ano 2004.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-12-2015, Processo: 5712/15.1T8CBR-A.C1, Relator: FERNANDO CHAVES.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-06-2015, Processo: 308/09.0TBCBR.C1.S1, Relator: MÁRIO MENDES.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-06-2015, Processo: 1263/06.3TVPRT.P1.S1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 23-04-2015, Processo: 1/14.1T1LSB.L1-9, Relator: MARGARIDA VIEIRA DE ALMEIDA.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04-03-2015, Processo: 44/14.5TOPRT.P1, Relator: CASTELA RIO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-10-2014, Processo: 6180/11.2 TDLSB.L1-5, Relator: FILOMENA LIMA.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-02-2014, Processo: 1116/10.0TAGRD.C1, Relator: VASQUES OSÓRIO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10-10-2013, Processo: 3163/07.0TBAMD.L1-2, Relator: MARIA JOSÉ MOURO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-05-2013, Processo: 105/08.0TAEVR.E1, Relator: CARLOS BERGUETE COELHO.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-03-2010, Processo: 301/06.4TVPRT.P1.S1, Relator: PIRES DA ROSA.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08-04-2010, Processo: 683/05.5TAPTG.E1, Relator: CORREIA PINTO.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-10-2009, Processo: 08B1800; Relator: RODRIGUES DOS SANTOS.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/08/2007, Processo: 5965/2007-5, Relator:
EMÍDIO SANTOS.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2007, Processo: 5335/2006-5, Relator:
JOSÉ ADRIANO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03-05-2004, Processo: 717/04-1, Relator:
TOMÉ BRANCO.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-01-1993, Processo: 042747, Relator:
LOPES DE MELO.

Parecer do Conselho Consultivo da PGR, N° Convencional: PGRP00000361, Parecer:
P000081991, Data da Posição 1: 07-07-1992.