

# VI CURSO PÓS-GRADUADO EM BIOÉTICA

## O CONSENTIMENTO INFORMADO: O FIM DO PATERNALISMO CLÍNICO E O INÍCIO DO RESPEITO PELA AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

João Ricardo de Abreu Carreira Caiado Lopes

Sumário: Introdução. 1. Contexto Histórico. 2. Enquadramento Legal. 3. Natureza jurídica da relação médico-paciente. 4. Pressupostos do consentimento informado. 4.1. Atualidade. 4.2. Capacidade. 4.3. Liberdade e Vontade. 4.4. Esclarecimento. 5. Informação. 6. O Dissentimento. 7. Modalidades do consentimento. 8. Exceções do consentimento informado. 8.1. Privilégio Terapêutico. 8.2. Situação de urgência. 8.3. Direito a não saber. 8.4. Autorizações legais. Considerações finais. Bibliografia e Webgrafia.

### INTRODUÇÃO



A problemática do consentimento tem ganho relevância nos últimos anos não só nos vários ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, como também, obviamente, na vida privada das pessoas. O consentimento, seja ele para que ato for, é de extrema importância numa relação interpessoal pois estabelece a possibilidade das partes manterem algum controlo sobre a sua vida. A necessidade de consentimento para certos atos é exposta

em alguns diplomas e normas legais portuguesas, como o caso do consentimento para atos sexuais (artigo 164.º, n.º 3, do Código Penal (CP) (à contrario)<sup>1</sup>), o consentimento para o tratamento de dados pessoais (artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD<sup>2</sup>)) e também o consentimento para intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (artigo 156.º, n.º 1, do CP<sup>3</sup>), entre outros<sup>†</sup>.

Este artigo foca-se no consentimento necessário para os atos que envolvem intervenções ou tratamentos médicos (mas não necessariamente cirúrgicos), que, para efeitos das situações do artigo 150.º e 156.º do CP é um consentimento que necessita de ser informado. O facto de ter de ser informado implica que o mesmo tenha de ser esclarecido, como estipulado o artigo 157.º também do CP. Os conceitos de “informado” e “esclarecido” serão aprofundados no decorrer do artigo.

A componente ética do consentimento é algo que devia ser reforçadamente discutida, contudo essa análise ética não será realizada neste artigo, reconhecendo, no entanto, que seria muitíssimo gratificante para o desenvolvimento deste tema tão complexo, que é o assentimento de algo.

O consentimento é mais importante do que podemos pensar, dando-o, em muitas situações, como se de algo descartável se tratasse. O consentimento traduz-se, de modo geral, numa autorização ou permissão que damos com base nos nossos

---

<sup>1</sup> Artigo 164.º, n.º 3, do CP: “*contra a vontade cognoscível da vítima*”. Advirto para o facto de no caso deste artigo o importante a reter é que tem de haver uma vontade cognoscível das pessoas em causa para que não haja violação.

<sup>2</sup> Artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD: “*O titular dos dados tiver dado o seu consentimento*”.

<sup>3</sup> Artigo 156.º, n.º 1, do CP: “*realizarem intervenções sem o consentimento do paciente*”.

<sup>†</sup> Índice de Abreviaturas; CC – Código Civil; CDHB – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; CP – Código Penal; CRP – Constituição da República Portuguesa; DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem; IPO – Instituto Português de Oncologia de Lisboa; RGPD – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto.

interesses. Alguém que vá às compras, em princípio, nunca sairá de lá com elas nos braços. Ser-lhe-á perguntado se deseja um saco, ao qual a pessoa, se não tiver um, consentirá. Nas aplicações para *smartphones* cada vez mais é pedido que se aceitem termos de condições para uso das mesmas, com regras específicas de conduta, e nós, utilizadores, com mais ou menos atenção vamos aceitando-as. Estamos a dar o nosso consentimento. Estes são exemplos em que as pessoas não perdem nem um segundo a pensar sobre se devem ou não consentir, porque, regra geral, a aceitação não terá um grande impacto nas suas vidas. No caso de tratamentos médicos, por exemplo, em que a aceitação ou recusa terá impacto significativo nas nossas vidas, mais concretamente na nossa saúde, o dilema complica-se e é necessário pensar bem sobre o problema que temos em mãos.

Quer certas decisões que tomemos acabem por ter efeitos positivos ou negativos, a verdade é que o consentimento estabelece a ideia de que controlamos, em certa medida, o nosso destino. E quando esse consentimento é condicionado? Imagine-se as situações em que para acedermos a certos serviços temos de consentir com certas condições. É o caso das fotocópias do Cartão de Cidadão para a inscrição numa Licenciatura ou Mestrado, ou ainda para se abrir conta num Banco. É sabido que em nenhum destes casos é legalmente possível pedir-se às pessoas que disponibilizem fotocópia do dito documento, no entanto, somos muitas vezes “coagidos” a fornecê-lo com a velha frase de “Se não nos der fotocópia do documento não poderemos fazer a sua inscrição/não poderemos abrir a conta” e como é claro, quer seja porque não nos queremos maçar ou simplesmente por não conhecermos bem a lei, acabamos por aceitar a condição de disponibilizar a fotocópia do nosso documento de identificação pessoal. Poderemos assim dizer que este é um verdadeiro consentimento? Óbvio que não. Uma das condições para haver consentimento é o facto de este ter de ser livre. Sendo a liberdade de aceitação uma condição intrínseca ao consentimento, analisá-la-

emos *infra* em conjunto com os outros pressupostos do consentimento informado, sendo apenas importante para esta introdução explicar que nem tudo o que parece consentimento é o consentimento que realmente gostássemos que existisse.

Afirmo com toda a veemência que o consentimento informado reflete a autodeterminação do ser humano<sup>4</sup> e essa autodeterminação é particularmente importante no âmbito médico. Tem de ser o doente, em última instância, a decidir sobre a sua vida, mesmo que o médico não concorde com a decisão. O médico ou outros profissionais de saúde indicarão o melhor tratamento ou intervenção, apetrechando o paciente com as informações necessárias à sua decisão, disponibilizando-se para esclarecer qualquer dúvida que surja ao doente. A relação que se pretende que exista entre o médico e o paciente é uma de autodeterminismo por parte do indivíduo que requisitou os serviços do agente médico e não uma em que o profissional de saúde escolha o que fazer com a saúde daqueles que o procuram, sendo imoral colocar em causa a saúde do paciente por aplicação de métodos ou tratamentos que não estejam de acordo com “*o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina*”<sup>5</sup>.

Associado aos tratamentos e intervenções médicas, à relação médico-paciente e à conduta médica em geral, está o conceito de *leges artis*. Infelizmente não existe uma noção tipificada na lei de *leges artis*, no entanto a jurisprudência tem-se encarregado de estabelecer uma possível definição. Veja-se o exemplo do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 16 de Dezembro de 2015<sup>6</sup>, que no ponto V do seu sumário define *leges*

---

<sup>4</sup> Cf. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 7: “Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do princípio da autonomia que marca a bioética dos nossos dias”.

<sup>5</sup> Artigo 150.º, n.º 1, do CP.

<sup>6</sup> Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/786D32FD304B2E4A80257F9D0033CBF1>

*artis* como “um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente”, indo mais longe, ao referir, no ponto seguinte, os meios pelos quais se pode definir essas *leges artis*: “Estes princípios profissionais e complexo de regras, adotados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis à concreta situação individual, resultam de normas de orientação clínica, do Código Deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, guidelines, livros e revistas especializadas”. Este conceito em latim está intimamente ligado com o artigo 150.º do CP, que se versa sobre as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. As *leges artis* são um conceito de extrema importância, e a sua violação, se for conjugada com o facto de se ter criado um perigo para a vida ou para a integridade física do lesado, pode levar o lesante a cumprir uma pena de prisão até dois anos ou uma pena de multa até 240 dias<sup>7</sup>.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), de 26 de Fevereiro de 2014<sup>8</sup> dá-nos critérios/pressupostos para estipularmos as situações em que pode ou não haver crime de intervenções e tratamentos médicos cirúrgicos com violação das *leges artis*. O Acórdão, no ponto I do sumário apresenta três elementos. O primeiro é a “realização de intervenção ou tratamento por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com propósito curativo, e com violação das *leges artis*”, o segundo é a “criação de perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, em consequência da inobservância das *leges artis*” e por fim, o terceiro elemento, consiste no dolo, ou seja, “o conhecimento e vontade de praticar o facto”.

Todo o respeito que o médico tem de ter, não só para com

---

<sup>7</sup> Artigo 150.º, n.º 2, do CP.

<sup>8</sup> Processo n.º 1116/10.0TAGRD.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/221af72962b0078880257c910057bd89?OpenDocument>

o paciente, mas também para com as *leges artis*, culmina na confiança que se deve estabelecer na relação médico-paciente que nunca deverá ser uma de hierarquia, em que o médico dita as regras, mas sim, numa em que ambas as partes se ajudam mutuamente com o propósito de assegurar o estado de saúde do doente.

## CONTEXTO HISTÓRICO

O consentimento informado do paciente é um tema que há muito se discute não só em termos jurídicos como também em termos práticos, consolidando-se em vários ordenamentos jurídicos por via da necessidade de defesa dos direitos, liberdades e garantias que pertencem aos enfermos. Apesar de se achar fácil de analisar a relação médico-paciente, a verdade é que isso não podia estar mais longe da verdade, pois essa relação, sendo interpessoal, não se cinge apenas à intervenção de uma das partes, mas sim de duas (regra geral) ou mais. Com intervenção quer-se dizer atuação/ação, pois de um lado temos o médico que vai diagnosticar e aconselhar, e do outro temos um paciente que terá de fornecer certas informações de modo a que o profissional de saúde consiga desempenhar as suas funções o melhor possível.

Isto leva-nos à relação que se cria entre médico e paciente e que até há bem pouco tempo tinha um teor intensamente paternalista. O paternalismo médico/clínico era o modelo tradicional da relação que se estabelecia entre o médico e o doente, baseando-se na ideia de que a atitude do médico seria sempre a de preservar o bem-estar e a saúde do paciente, retirando, no entanto, deste último, a possibilidade de escolher o que fazer sobre o seu corpo, prevalecendo a “*beneficência paternalista*”<sup>9</sup> que

---

<sup>9</sup> Cit. Glória Jólluskin, *O consentimento informado na prática clínica: Aspectos bioéticos da relação entre o profissional e o utente dos serviços de saúde*, 2010, p. 308.

permitia ao médico realizar a sua vontade em detrimento da do enfermo.<sup>10</sup> O aparecimento do consentimento informado como prática corrente no âmbito hospitalar contribuiu para a “*superação do paternalismo clínico*”<sup>11</sup> e abriu portas ao “*princípio da autonomia do paciente*”<sup>12</sup> que passou a constituir o primado desta relação. Esta relação paternalista, apesar de bem-intencionada, é, como se pode perceber, completamente desapegada do que podem ser os interesses dos utentes dos serviços de saúde, não sendo isso de admirar, pois falamos de algo que tem séculos de existência, inspirado num sentido ético e moral muito distinto do que temos hoje e que advém do juramento de Hipócrates datando a sua primeira versão ao ano de 1771.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Cf. Glória Jóluskin, *O consentimento informado na prática clínica: Aspectos bioéticos da relação entre o profissional e o utente dos serviços de saúde*, 2010, p. 308.

<sup>11</sup> Cit. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 2.

<sup>12</sup> Cit. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 2.

<sup>13</sup> Hipócrates era considerado o pai da medicina. Até à data existem 3 versões do juramento de Hipócrates. O de 1771, que continha ainda um Prefácio e um Argumento, ditava o seguinte: “*Juro por Apolo Médico, por Esculápio por Higi por Panaceia e por todos os Deuses e Deusas que acato este juramento e que o procurarei cumprir com todas as minhas forças físicas e intelectuais, Honrarei o professor que me ensinar esta arte como os meus próprios pais; partilharei com ele os alimentos e auxiliá-lo-ei nas suas carências, Estimarei os filhos dele como irmãos e, se quiserem aprender esta arte, ensiná-la-ei sem contrato ou remuneração. A partir de regras, lições e outros processos ensinarei o conhecimento global da medicina, tanto aos meus filhos e aos daquele que me ensina!: como aos alunos abrangidos por contrato e por juramento médico, mas a mais ninguém. A vida que professar será para benefício dos doentes e para o meu próprio bem, nunca para prejuízo deles ou com malévolos propósitos. Mesmo instado, não darei droga mortífera nem a aconselharei; também não darei pessário abortivo às mulheres. Guardarei castidade e santidade na minha vida e na minha profissão. Operarei os que sofrem de cálculos, mas só em condições especiais; porém, permitirei que esta operação seja feita pelos praticantes nos cadáveres, Em todas as casas em que entra!; fá-lo-ei apenas para benefício dos doentes, evitando todo o mal voluntário e a corrupção, especialmente a*

Ao longo das décadas foram proferidas variadas sentenças a respeito do consentimento informado do paciente. Umas boas, outras más. Umas com sentido e outras sem. A primeira sentença conhecida sobre este tema é de 1767, comumente conhecida como *Slater v. Baker & Stapleton*, tendo como palco de atuação Inglaterra. O caso respeitava a dois médicos, que depois de lhes ter sido pedido para retirarem as ligaduras que revestiam

---

*sedução das mulheres, dos homens, das crianças e dos servos, Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso, Se eu respeitar este juramento e não o violar!; serei digno de gozar de reputação entre os homens em todos os tempos; se o transgredir ou violar que me aconteça o contrário.”.*

O de 1983, actualizado e mais curto dizia: “*Prometo solenemente consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade. Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação. Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado. Manterei por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus Colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, partido político, ou posição social se interponham entre o meu dever e o meu Doente. Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade. Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra.”.*

Por último, o novo juramento, de 2017, profere o seguinte: “*Como membro da profissão médica: Eu prometo solenemente consagrar a minha vida ao serviço da humanidade; A saúde e o bem-estar do meu paciente serão as minhas primeiras preocupações; Respeitarei a autonomia e a dignidade do meu paciente; Guardarei o máximo respeito pela vida humana; Não permitirei que considerações sobre idade, doença ou deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação política, raça, orientação sexual, estatuto social ou qualquer outro fator se interponham entre o meu dever e meu paciente; Respeitarei os segredos que me forem confiados, mesmo após a morte do paciente; Exercerei a minha profissão com consciência e dignidade e de acordo com as boas práticas médicas; Fomentarei a honra e as nobres tradições da profissão médica; Guardarei respeito e gratidão aos meus mestres, colegas e alunos pelo que lhes é devido; Partilharei os meus conhecimentos médicos em benefício dos pacientes e da melhoria dos cuidados da saúde; Cuidarei da minha saúde, bem-estar e capacidades para prestar cuidados da maior qualidade; Não usarei os meus conhecimentos médicos para violar direitos humanos e liberdades civis, mesmo sob ameaça. Faço estas promessas solenemente, livremente e sob palavra de honra.”.*



uma das pernas do paciente e desprovidos do seu consentimento, decidiram partir de novo um osso dessa perna, que na altura já se encontrava parcialmente recuperado.<sup>14</sup>

Célebre ficou também o caso *Schloeendorff v. Society of New York Hospital* de 1914 pela sua decisão “pioneira” e imensamente humanista ao ser proferido pelo juiz Benjamin Cardozo: “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his/her own body.*”. O caso concernente a um simples exame diagnóstico, em que foi detetado e retirado um tumor a uma paciente que tinha expressado a sua desaprovação a uma possível intervenção médico-cirúrgica, levou a que a ética médica conseguisse subir mais um degrau no seu percurso de constante evolução. Com este caso passou a dar-se ainda mais importância à individualidade e autodeterminação dos indivíduos que se submetem a ajuda médica, podendo ter voto na matéria aquando das decisões que afetam a sua saúde.<sup>15</sup>

É ainda de referir que em 1957 o caso americano *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* esteve na génese do termo “informed consent”<sup>16</sup> pelo caso hediondo que representou. Martin Salgo (o paciente), não foi devidamente informado dos riscos de paralisia que podia vir a sofrer ao realizar uma certa intervenção médico-cirúrgica que lhe tinha sido aconselhada, verificando-se no final, infelizmente, esses mesmos riscos.<sup>17</sup>

Não foram apenas as decisões judiciais que ajudaram a construir o caminho do consentimento informado. De grande relevância se revestiram também as convenções, diplomas internacionais e associações ou organizações que foram sendo

---

<sup>14</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 7.

<sup>15</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 7.

<sup>16</sup> Tradução: Consentimento informado.

<sup>17</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 7.

criadas com o intuito de fortalecer o direito ao consentimento do paciente. Delas podemos destacar o Código de Nuremberga<sup>18</sup>, de 1947, que introduziu a “*essencialidade do consentimento voluntário do ser humano no âmbito da investigação clínica*”<sup>19</sup> e a Declaração de Helsínquia<sup>20</sup>, de 1964, que veio complementar a ideia apresentada no Código de Nuremberga, ao estabelecer princípios éticos aplicáveis à investigação clínica em seres humanos (incluindo o direito ao consentimento do doente, vislumbrado do ponto 25 ao ponto 32 da Declaração)<sup>21</sup>. Em 1966 surgiu o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos que veio instituir a primeira norma legal internacional de carácter vinculativo sobre proteção do consentimento informado por via do seu artigo 7.<sup>22</sup> A Associação Médica Mundial (a mesma que apresentou a Declaração de Helsínquia) proclama em 1981 a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente, deixando clara a ideia de que uma pessoa pode ou não aceitar um certo tratamento ou intervenção médica depois de devidamente informado sobre os mesmos.<sup>23</sup> A Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes em 1994, a Convenção de Oviedo<sup>24</sup> em 1997 com o

---

<sup>18</sup> Apesar de nunca ter tido valor legal em nenhum país, teve um papel importantíssimo no que diz respeito ao consentimento pelo prisma da ética, orientando e guiando os textos legais que lhe precederam. Cf. Prof. Doutor Walter Osswald, *Limites do Consentimento Informado*, 2009, p. 152.

<sup>19</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 8.

<sup>20</sup> <https://ispup.up.pt/docs/declaracao-de-helsinquia.pdf>

<sup>21</sup> Cf. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 3.

<sup>22</sup> Artigo 7.º: *Ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.*

<sup>23</sup> Cf. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 4.

<sup>24</sup> Comumente conhecida como Convenção sobre os Direitos do Homem e da Bio-medicina.

seu artigo 5.<sup>o25</sup> e o n.º1, do artigo 6.<sup>o26</sup> da Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos de 2005, são apenas alguns exemplos dos esforços realizados que serviram para cimentar o consentimento informado como um direito inerente ao paciente e que se traduzia na sua autodeterminação como pessoa.

Fora estes diplomas legais aludidos *supra*, é importante mencionar ainda que as normas legais sobre o consentimento não se ficam por aí, aliás muito pelo contrário. A evolução da integração do consentimento nos vários ordenamentos jurídicos tem sido galopante. Prova disso tem sido Portugal que, na minha mais humilde opinião, tem desenvolvido a salvaguarda do direito ao consentimento de forma bastante vincada estando em vigor, à data, vários preceitos legais que demonstram que este direito está cada vez mais protegido. Claro que ainda são colocadas (diariamente) ações em tribunal por violação do consentimento do paciente, no entanto tem de ser reconhecido o trabalho que tem sido concretizado neste âmbito.

## ENQUADRAMENTO LEGAL

Cumpra ainda analisar, de forma breve, o alcance legislativo deste tema. Começemos pela nossa Lei fundamental. A Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê no seu artigo 25.º o direito à integridade física, sendo aprofundado no n.º 1 que “*A integridade moral e física das pessoas é inviolável*”. No

---

<sup>25</sup> Artigo 5.º: *Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.*

*Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo 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.*

<sup>26</sup> Artigo 6.º, n.º 1: *Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.*

artigo seguinte, sob a epígrafe “Outros direitos pessoais”, a CRP estatui especificamente, no seu n.º 3, que “*A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica*”. Estes, assim como todos os direitos fundamentais que se encontram na CRP, são direitos que têm de estar em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>27</sup> como determina o n.º 2, do artigo 16.º da Constituição e têm de ser directamente aplicados e vincular tantos as entidades públicas como privadas (n.º 1, do artigo 18.º).

No que diz respeito ao Código Penal, os artigos 150.º, 156.º e 157.º também revelam a preocupação com o consentimento informado do paciente para atos médicos. Os médicos ou outras pessoas legalmente autorizadas que realizem intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos que respeitem a *leges artis*, não incorrem num crime por ofensa à integridade física, como elucida o n.º 1, do artigo 150.º, do CP<sup>28</sup>. O crime passa a existir quando a intervenção acontece sem consideração pela *leges artis*; e se se criar um “*perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde*” (artigo 150.º, n.º 2, do CP), ou ainda se não for respeitado o consentimento do paciente (artigo 156.º, n.º 1, do CP<sup>29</sup>). Tais atos só não serão punidos por falta de consentimento quando se verifique uma das seguintes situações expressas nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 156.º, ou seja e de forma resumida, se houver urgência na

---

<sup>27</sup> Por exemplo os artigos 1.º e 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que dizem respeito, de certo modo, à dignidade da pessoa humana, ao seu reconhecimento como tal e à autodeterminação.

<sup>28</sup> Artigo 150.º, n.º 1: *As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.*

<sup>29</sup> Artigo 156.º, n.º 1: *As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*

intervenção/tratamento<sup>30</sup> ou se o consentimento tiver sido dado para uma certa intervenção/tratamento e se tiver revelado mais benéfico outro diferente<sup>31</sup>, respectivamente. A juntar a estas duas alíneas é ainda de considerar que não se podem verificar “*circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”, porque se assim for então o facto praticado volta a ser punível. No que concerne ao dever de esclarecimento previsto no artigo 157.º do CP<sup>32</sup>, este veio aprofundar o conceito de consentimento informado, não bastando por isso que o paciente fosse apenas avisado sobre o tratamento mais adequado e dos seus riscos. Tem de ficar assente a ideia de que o paciente não pode permanecer com dúvidas quanto à informação que lhe está a ser transmitida e se ficar com as ditas dúvidas deve ter a possibilidade de as esclarecer perante o seu médico ou outro profissional de saúde que esteja legalmente autorizado para tal.

Exceptuando estes dois diplomas legais, é importante também referir outros diplomas avulsos que complementam o arsenal jurídico de quem quer exercer o seu direito à autodeterminação por via do consentimento informado.

Começamos por ver que desde muito cedo (1984) houve uma preocupação com o consentimento para certos atos, interpretados como, sensíveis. Vejamos o caso da esterilização voluntária presente no artigo 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março sobre a educação sexual e planeamento familiar. Por exemplo,

---

<sup>30</sup> Alínea a), do n.º 2, do artigo 156.º: *Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde;*

<sup>31</sup> Alínea b), do n.º 2, do artigo 156.º: *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;*

<sup>32</sup> Artigo 157.º: *Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.*

para este tipo de intervenção médica (altamente íntima diga-se) é necessário o cumprimento de três pressupostos:

- Ser-se *maior de 25* anos;
- Emitir uma *declaração escrita* com a *inequívoca manifestação de vontade* do paciente se submeter à intervenção, mencionando o facto de que *foi informado do procedimento* que lhe seria administrado, de outros tratamentos possíveis e dos riscos inerentes a cada tratamento;
- *A identidade e a assinatura do médico* solicitado a intervir.

A lei da Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho<sup>33</sup>) deixa claro quais são os direitos e deveres dos utentes no seu artigo 5.º, tendo maior relevância para este trabalho as alíneas a), c), d) e e), do n.º 1.

Como se pode imaginar o avanço jurídico tem, felizmente, desenvolvido a defesa deste direito dando-lhe a importância que desde sempre necessitou, vislumbrando-se tal evolução pela existência de textos legais que já incluem no seu repertório artigos focados no consentimento do paciente para certos atos médicos. Exemplos disso são a Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto<sup>34</sup> relativa à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, a Lei n.º 22/2007 de 29 de Junho<sup>35</sup> que aprovou o regime jurídico relativo à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana e ainda a Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Queria, no entanto, virar o holofote para a Lei de Bases da Saúde<sup>36</sup>, que, no meu entender, teve uma mudança jurídica considerável, no que concerne a este tema obviamente, e que

---

<sup>33</sup> Alterado por via da Lei n.º 101/99, de 26 de Julho, sendo recentemente revogada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

<sup>34</sup> Alterada pela Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril que aprovou a lei da investigação clínica.

<sup>35</sup> Alterada pela Lei n.º 12/2009 de, 26 de Março que aprovou o regime jurídico da qualidade e segurança relativa ao tratamento de tecidos e células de origem humana.

<sup>36</sup> Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, revogada pela Lei n.º 95/2019, de 04 de Setembro.

deve ser louvada. Na sua primeira versão, em 1990, colocou a matéria do consentimento do paciente na Base XIV, mais precisamente nas alíneas b) e e), do seu n.º 1. Mais tarde, com a alteração de 2019, o legislador, talvez num momento de “revelação divina”, achou por bem transferir essa matéria para a Base II. Assim, o consentimento do paciente passou a constar das alíneas e) e f), do n.º 1 dessa Base, relativa aos “Direitos e deveres das pessoas”. Não podemos ignorar esta alteração que, para muitos pode não ser nada de especial, mas para os juristas que trabalham nesta área e que são confrontados todos os dias com dilemas éticos médicos, em que o consentimento tem o papel principal, é importante e até mesmo necessário. Essa mudança significa que a consciência social do legislador mudou, dando mais relevância a algo que antes era menosprezado e deixado, muitas vezes, para segundo plano.

## NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Como explicado anteriormente, a relação entre o profissional de saúde e o utente dos serviços de saúde era de superioridade hierárquica por parte do médico, habitualmente designada por paternalismo clínico/médico. Escusado será dizer que a relação entre estas duas partes não se fica pelo mero “paternalismo clínico/médico” tendo de ser aprofundada pelo estudo da sua natureza jurídica, que, de certo modo, se liga com a responsabilidade médica.

Em Portugal o entendimento geral é de que a natureza jurídica desta relação é obrigacional, implicando por isso a existência de um contrato. O professor Pedro Romano Martinez, assim como a maioria da doutrina e jurisprudência portuguesas, defende a natureza obrigacional da relação médico-paciente, elucidando que essa relação obrigacional pode “*ter origem [num] contrato de prestação de serviços, [num] negócio*

*jurídico unilateral, ou [numa] atuação em gestão de negócios*<sup>37</sup>.

Em contrapartida o professor André Gonçalo Dias Pereira considera que nem todas as situações médicas implicam uma relação obrigacional, deixando implícito a possibilidade de a natureza jurídica da relação ser extracontratual. Enumera como exemplos os casos de “*inexistência própria de contrato*”<sup>38</sup>, nos casos de incapazes que não tenham representantes legais e ainda quando falamos de atendimento em hospitais públicos.<sup>39</sup> O professor esclarece que para ele a relação que se estabelece entre um paciente e um hospital público assemelha-se mais a de uma “*prestação de serviço público, e não de um contrato*”<sup>40</sup>, pelo facto de “*nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes normalmente escolhem os médicos*” e “*Por outro lado, o utente não está obrigado a qualquer contraprestação, à exceção do pagamento de uma taxa*”.<sup>41</sup>

O facto de a relação ter natureza obrigacional implica que a responsabilidade civil médica que se gera em caso de incumprimento do contrato seja uma responsabilidade contratual, mas como André Gonçalo Dias Pereira refere, a relação estabelecida entre o paciente e o médico pode ser também de natureza extracontratual, dando essa, consequentemente, origem a responsabilidade extracontratual.

A jurisprudência portuguesa apesar de tender maioritariamente para o lado da natureza jurídica obrigacional, e

---

<sup>37</sup> Cit. Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1971.

<sup>38</sup> Cit. Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1971.

<sup>39</sup> Cf. Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1971.

<sup>40</sup> Cit. Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1972.

<sup>41</sup> Cf. a nota de rodapé 10 de Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1972.



consequentemente da responsabilidade contratual, proferiu também decisões em que considera que dependendo das situações, a responsabilidade em causa pode ser extracontratual. Veja-se o exemplo do Acórdão do TRL de 19 de Abril de 2005 do qual pode ser retirada esta ideia no ponto III do seu sumário: “*A responsabilidade civil médica admite ambas as formas de responsabilidade, pois o mesmo facto poderá, ao mesmo tempo, representar a violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual*”.<sup>42</sup> Também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 14 de Maio de 2020 refere o mesmo no seu ponto I do sumário: “*A responsabilidade civil médica pode, em simultâneo, assumir uma natureza extracontratual e contratual, já que o mesmo facto, podendo corresponder a uma violação do contrato, pode também reconduzir-se a um facto ilícito lesivo de direitos absolutos do paciente/lesado*”. No entanto, o acórdão chama à atenção, no ponto II do sumário, para o facto de que “[e]m regra a jurisprudência aplica o princípio da consunção, segundo o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual”. Da mesma maneira se pronunciam dois Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), um de 2015<sup>43</sup> e outro de 2018<sup>44</sup>, no ponto I do sumário de ambos. O acórdão de 2018 recorre ao de 2015 e como tal, de forma sumária, o que ambos os pontos dizem é que o regime da responsabilidade contratual, para os casos de responsabilidade civil médica, acaba por ser o mais benéfico/favorável para o

---

<sup>42</sup> Processo n.º 10341/2004-7, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16fd2019fe8418c4802571b5003dd1b6?OpenDocument&Highlight=0,10341%2F2004-7>

<sup>43</sup> Acórdão do STJ de 02 de Junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

<sup>44</sup> Acórdão do STJ de 22 de Março de 2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>

lesado e o que é mais conforme com o princípio geral da autonomia privada (previsto no artigo 405.º do Código Civil (CC)).

Quanto ao Direito comparado, no Brasil a professora Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira aponta que a generalidade da doutrina e da jurisprudência também estabelecem a natureza dessa relação como contratual “*a partir da ideia de um negócio jurídico por meio do qual as partes estabelecem os efeitos que pretendem produzir a partir de suas declarações de vontade*”<sup>45</sup>, partilhando da opinião do professor André Gonçalo Dias Pereira, quanto a poder haver casos em que a natureza jurídica não é contratual, sendo, como anteriormente referido, extracontratual.

A relação médico-paciente, ao ser de natureza contratual, implica o cumprimento de certas obrigações. Os dois tipos de obrigações que existem são as obrigações de meio e as obrigações de resultado. Nas primeiras o devedor tem a obrigação de atuar diligentemente para alcançar um determinado resultado, *i.e.* “*obriga-se apenas a praticar os atos adequados à obtenção do resultado pretendido*”<sup>46</sup>, enquanto que nas segundas o devedor está obrigado a atingir um resultado específico e acordado pelas partes. Nas obrigações de meio, basta o devedor cumprir cada ato de forma o mais competente possível e que o mesmo seja adequado ao resultado final. Em contrapartida, nas obrigações de resultado, “*só há cumprimento [do contrato] quando o resultado efectivamente ocorrer, mesmo que o devedor tenha realizado todos os actos necessários a esse resultado e só por infortúnio o resultado não tenha ocorrido*”<sup>47</sup>.

O Acórdão do TRL de 16 de Dezembro de 2015<sup>48</sup> vem

---

<sup>45</sup> Cit. Sílvio Romero Beltrão, *O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise*, 2014, p. 1972.

<sup>46</sup> Cit. Diário da República Eletrónico, *Obrigações de meios e obrigação de resultado*, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/120820799/view>

<sup>47</sup> Cit. Diário da República Eletrónico, *Obrigações de meios e obrigação de resultado*, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/120820799/view>

<sup>48</sup> Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/786D32FD304B2E4A80257F9D0033CBF1>

aprofundar o facto de se considerarem as obrigações dos médicos, em particular, e dos hospitais, em geral, como obrigações de meio e nunca de resultado. Ridículo seria se assim não fosse. O profissional de saúde nunca pode, em circunstância alguma, estar completamente encarregue da vida de outra pessoa, até porque não é um Deus que consegue resolver esses problemas de forma mágica. A única coisa que está ao seu alcance é o conhecimento que adquire, aplicando-o a favor dos outros. Como menciona o acórdão, no ponto XVIII do sumário, “*O médico, em princípio, assume uma obrigação de atividade, diligência e prudência, conforme o estado atual da ciência médica, sendo, por conseguinte, devedor de uma obrigação de meios, porquanto na sua atividade se encontra sempre presente um elemento aleatório, no sentido de que o resultado procurado não depende exclusivamente do seu proceder, mas também de outros fatores, endógenos e exógenos, alheios à sua atuação e que escapam ao seu controlo*”. Com tal, e reforçando o que foi dito *supra*, o médico não poderá garantir a cura do paciente, “*mas sim o emprego das técnicas adequadas conforme o estado atual da ciência médica e as circunstâncias concorrentes em cada caso (das pessoas, do tempo e do lugar)*”<sup>49</sup>. Toda esta ideia de que o médico está obrigado apenas a aplicar as diligências necessárias (obrigação de meios) e não a obter um resultado concreto (obrigação de resultado) volta a ser reafirmada nos pontos XXIII<sup>50</sup> e XXIV<sup>51</sup> do sumário deste acórdão.

---

<sup>49</sup> Cit. XX ponto do sumário, acórdão do TRL de 16/12/2015, processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/786D32FD304B2E4A80257F9D0033CBF1>

<sup>50</sup> Ponto XXIII: “*O médico assume uma obrigação de meios, e como tal compromete-se não só a usar as técnicas previstas para a patologia em questão, com recurso à ciência médica adequada a uma boa praxis, mas também a aplicar tais técnicas com o cuidado e precisão exigível de acordo com as circunstâncias e os riscos inerentes a cada intervenção.*”.

<sup>51</sup> Ponto XXIV: “*Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar.*”.

## PRESSUPOSTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO:

Gostaria, antes de iniciar o desenvolvimento deste capítulo, de esclarecer que adotarei os requisitos de verificação do consentimento estabelecidos por Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, na sua tese de mestrado intitulada “*Os atos médicos na perspectiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o dever de esclarecimento do médico*”, por considerar, depois de uma vasta leitura sobre o tema, que são os mais adequados e aqueles que realmente são indispensáveis ao exercício pleno do direito ao consentimento. Dito isto, passarei agora a desenvolvê-los.

## ATUALIDADE

Para o consentimento ser válido é necessário que o mesmo seja atual. Sem essa atualidade o consentimento pode, em muitas situações, perder o seu efeito. Quando falamos de consentimento informado essa atualidade ganha uma relevância maior, pois se o elemento da informação existe, e essa informação pode mudar, o consentimento que foi dado de acordo com uma certa informação pode já não o ser de acordo com outra. O “*estado dos conhecimentos da ciência e da experiência da medicina*”<sup>52</sup>, está, principalmente no plano clínico, em constante mutação e como tal os tratamentos vão evoluindo, os riscos dos mesmos vão-se alterando e a informação concernente a cada intervenção médica, e que é transmitida aos pacientes, reformula-se para ser a mais correta possível.

O consentimento informado, para ser executado de forma correta, tem de ser “*prestado antes da realização do ato médico que se pretende levar a cabo, devendo igualmente manter-se*

---

<sup>52</sup> Artigo 150.º, n.º 1 do CP.

*durante toda a prática clínica*”<sup>53</sup>. Qualquer paciente pode, regra geral, “*revogar livremente o seu consentimento*” – como diz o § 3, do artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CDHB); e o n.º 2, do artigo 38.º do CP quando o mesmo revela que o consentimento “*pode ser livremente revogado até à execução do facto*”. – e errado seria se assim não fosse, pois estamos a falar da vontade de uma pessoa. Se não houvesse a possibilidade de alguém mudar a sua decisão estaríamos não só a ser eticamente incorrectos como estaríamos a desrespeitar preceitos legais – como o caso do artigo elencado *supra* – que foram criados para proteger o direito à autodeterminação dos enfermos. Como o artigo anteriormente mencionado nada diz a respeito de formalidades quanto à revogação do consentimento só se pode entender que as mesmas não são necessárias, concordando com Bárbara Sofia Brito da Silva Roque quando a mesma refere: “*sem necessidade de sujeição a qualquer formalidade*”<sup>54</sup>.

A decisão relativa ao ato médico, quer ela seja de consentimento ou de dissentimento, não pode, nem deve, ser apresada e como tal deve ser dado ao doente um tempo, razoável, para que este possa decidir depois de ponderadas todas as informações relevantes que lhe foram transmitidas. Esse tempo razoável é aquilo a que o Código Deontológico dos Médicos designa de “*intervalo de tempo que permita ao doente reflectir e aconselhar-se*”<sup>55</sup>. Como referi no início deste parágrafo, o tempo de reflexão “deve ser dado ao doente”, não utilizando o verbo “dever” como obrigação, mas sim como opção aconselhável. Com isto quero dizer que dar esse precioso tempo nem sempre é concretizável por razões que nem o médico nem o paciente controlam. Se alguém precisar de uma intervenção cirúrgica urgente e

---

<sup>53</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 27.

<sup>54</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 27.

<sup>55</sup> Artigo 45.º, n.º2, do Código Deontológico dos Médicos.

estiver inconsciente, lógico que esse tempo não é “aplicado”, e mesmo o consentimento não será alcançado, porque, como é óbvio, a pessoa em causa não o consegue dar, deixando-se muitas vezes ao critério do médico a solução a adotar<sup>56</sup>.

Quanto ao tempo de reflexão já foi dito que este deve espelhar-se num tempo razoável, o que deixa implícito que é um tempo que varia consoante as circunstâncias e que não está concretamente estipulado em lei. No entanto, em casos como a interrupção voluntária da gravidez, há um tempo estipulado por lei de pelo menos três dias (de tempo de reflexão) antes da resposta definitiva. É o que está estipulado nas alíneas a) e b), do n.º 4, do artigo 142.º do CP.<sup>57</sup>

Como mencionado anteriormente, o paciente nem sempre se encontra em condições de expressar o seu consentimento, “[p]ense-se nas situações de urgência ou de necessidade de intervenção quando o paciente está inconsciente”<sup>58</sup>. Para estes casos o legislador estabeleceu as declarações antecipadas de vontade, por via da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, que, por intermédio de testamento vital (o mais comum) ou de nomeação de um procurador de cuidados de saúde<sup>59</sup>, atuam como “*um modo de a pessoa expressar antecipadamente a sua vontade de aceitar ou recusar um cuidado de saúde, para o caso de se encontrar incapaz de exercer a sua autonomia*”<sup>60</sup>. Ressalvo o seguinte: nos casos de testamentos vitais<sup>61</sup> a vontade do sujeito não é actual,

---

<sup>56</sup> Muitas vezes, e com a minha concordância, a favor de salvar a vida e saúde do paciente, atuando por isso, no seu melhor interesse.

<sup>57</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 27.

<sup>58</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 27.

<sup>59</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, pp. 27 e 28.

<sup>60</sup> Cit. Emília da Conceição Cardoso dos Santos, *As Declarações Antecipadas de Vontade*, 2014, pp. 106.

<sup>61</sup> O testamento vital “*é o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa a quem se reconhece capacidade para*

pois esse tipo de documentos, como referido na lei acima apresentada, “*manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida*” – Artigo 2.º, n.º 1.<sup>62</sup>

## CAPACIDADE

No que respeita à capacidade para consentir a complexidade temática aumenta.

Começemos por explicar em que consiste, em termos gerais, a capacidade (jurídica). A capacidade jurídica é, de forma simplificada, a capacidade da pessoa estar sujeita a qualquer relação jurídica – Artigo 67.º do CC. Sabendo isto, e aplicando agora ao caso das relações que se formam entre médico e paciente, podemos concluir que é necessário existir capacidade jurídica, e consequentemente capacidade de decisão, para consentir num ato médico, seja ele de natureza interventiva ou não.

Normalmente – e agora em traços muito gerais – a capacidade jurídica só é verdadeiramente adquirida depois de alcançada a idade legalmente estabelecida para o efeito (18 anos – Artigo 130.º do CC) ou através da emancipação do incapaz (Artigo 132.º do CC). A capacidade jurídica divide-se em capacidade de gozo e capacidade de exercício. Na primeira, a pessoa singular pode gozar dos seus direitos, no entanto a necessidade de intervenção do mesmo é deixada para terceiros, ou seja, para os representantes legais. No caso da segunda, a pessoa singular

---

*exercer o seu direito de dispor do corpo e da vida, manifesta antecipadamente a sua vontade, livre e informada, no que concerne aos cuidados de saúde que aceita ou recusa, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente*”. Já a procuração de cuidados de saúde consiste no “[n]o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade”, Cit. Emília da Conceição Cardoso dos Santos, *As Declarações Antecipadas de Vontade*, 2014, pp. 107 e 121, respetivamente.

<sup>62</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 28.

só tem capacidade para executar acções que se interliguem com a defesa dos seus direitos e interesses depois da mesma atingir a maioridade ou de se casar, como referido anteriormente. Ou seja – e a título de exemplo – certa pessoa singular só poderá celebrar um contrato com outrem depois de ter preenchido um dos dois requisitos de alcance da capacidade de exercício.

Dito isto, convém agora perceber em qual destas capacidades se encontra a capacidade de consentir. O consentimento é algo extremamente pessoal porque é a manifestação da nossa vontade como pessoas e como tal não pode ser remetido a uma mera capacidade de gozo. Se assim fosse, estaríamos, na minha opinião, a enlamear o seu objetivo principal, que é a manifestação de vontade de alguém relativamente a certo ato que a irá afetar (na maioria das vezes) directamente. Como tal, considero que a capacidade em que se insere a capacidade de consentir não pode ser outra senão a capacidade de exercício. Só quem tem capacidade de exercício é que consegue exercer verdadeiramente a sua vontade de consentir. Nos casos dos menores não emancipados, estes estarão sujeitos a representação legal – na maioria das vezes por parte dos pais, outras menos frequentes por parte de tutores legais – o que significa que quem dará a resposta por eles será o representante legal designado para o efeito.

Imaginemos a seguinte situação. Um menor descobre que tem de se sujeitar a uma intervenção cirúrgica que porá fim a um problema renal. Se o mesmo não for tratado, poderá resultar em infecções urinárias e no pior dos casos, falha dos rins. O menor, depois de lhe transmitida a informação, de esclarecido sobre como se processará a intervenção e alertado para os riscos e benefícios da mesma, decide que não pretende seguir com o ato médico e comunica que dissente do tratamento proposto. Os seus pais, não concordando com tal afirmação, contrariam a vontade do filho e opõem-se, comunicando que o mesmo seguirá com a intervenção proposta.

Havendo uma discordância de vontades o caso seria



remetido para tribunal e como não me compete a mim decidir sobre ações jurídicas, muito menos casos hipotéticos, abstenho-me de fazer qualquer comentário adicional a esse respeito, dizendo apenas que quanto à vontade do menor de seguir ou não com o tratamento, a mesma deveria, no mínimo, ser levada em conta na ponderação da decisão final, tendo os representantes legais o dever de explicar ou esclarecer certos assuntos através da abertura a uma nova óptica que o menor pode ainda não ter considerado. No caso exposto *supra* não podemos dizer que houve um verdadeiro consentimento porque o “pressuposto” da vontade não foi respeitado. A vontade individual é algo muito pessoal e por isso não pode ser menosprezado numa decisão que diz respeito à pessoa que tem de dar o seu consentimento.

Admito que possa haver uma exceção a esta “regra”, como é o caso em que a vontade da criança é efectivamente respeitada pelo representante legal, por existência de uma consonância da vontade entre ambas as partes – ou seja, o menor consente e o representante legal apoia essa decisão.

Despachada que está a possível dúvida sobre o exercício do consentimento corresponder à capacidade de gozo ou de exercício volto a encaminhar-me para a capacidade “em geral” nos casos de consentimento informado.

A capacidade para consentir nos atos médicos pode cingir-se a dois factos muito simples.<sup>63</sup> Das duas uma, ou a pessoa em causa tem capacidade para consentir ou dissentir no ato, ou não tem e não consegue, por si própria, decidir o que lhe é mais benéfico, deixando essa decisão para um terceiro, normalmente o seu representante legal.

Quanto aos menores a questão é um pouco mais sensível.

---

<sup>63</sup> Sei que a matéria da capacidade, em si mesma, têm “muito pano para mangas”, no entanto, não pretendo complicar o tema com grandes esclarecimentos sobre algo que é facilmente percebido, principalmente quando não há necessidade para isso. Deste modo, explicarei o que é, com recurso a duas pequenas premissas que “o mais comum dos mortais” entende, focando-me depois na capacidade em relação aos menores, fazendo desde já a ressalva que também não me alongarei muito quanto a isso.

E é sensível porque, como se pode adivinhar, os menores são pessoas jurídicas dotadas de uma incapacidade generalizada, dissipando-se a mesma com o seu crescimento. Geraldo Rocha Ribeiro estabelece, no seu artigo “*Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*”, uma ideia fulcral aquando da capacidade dos menores, que é o facto de a incapacidade que os assola ir-se dissipando com o passar dos anos. Isto é algo a que o Professor Doutor chama de “*emancipação progressiva*”<sup>64</sup>. À medida que as crianças vão crescendo e as suas capacidades cognitivas vão aumentando, elas deixam de ter necessidade de um acompanhamento constante dos seus pais (ou, generalizando, dos seus representantes legais).<sup>65</sup> A maturidade da criança evolui com o crescimento da mesma.

A maturidade leva-nos à muitíssima pertinente questão que é a da consciência dos menores. Apesar das crianças, regra geral, não terem capacidade para compreender muitos dos acontecimentos mais complexos na sua vida, a verdade é que muitas delas, quer pelas circunstâncias da vida, quer pelo próprio desenvolvimento cognitivo, conseguem ter consciência suficiente para dizer se “A” ou “B” está correto ou errado, ou se querem fazer “C” ou não.<sup>66</sup> Assim sendo, os representantes legais deviam incluir mais os menores nos processos decisórios que

---

<sup>64</sup> Cit. Nota de rodapé n.º 25, de Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, p. 111.

<sup>65</sup> “*A menoridade acompanha a criança enquanto esta, para sua proteção, o exija, pois a evolução da sua competência e maturidade implica o gradual e natural afastamento de tal estatuto com vista a assegurar a expressão progressiva da sua personalidade*”. Cit. Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, p. 111.

<sup>66</sup> “*A estatuição de uma incapacidade geral de agir não impede o reconhecimento, em determinadas circunstâncias, da capacidade de agir concreta e circunstancial consoante a natureza do acto e a maturidade da criança*” Cit. Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, p. 111.

digam diretamente respeito a eles. As crianças têm sim de ser ouvidas e a sua opinião tem de ser, pelo menos, levada em conta quando o alvo de tal decisão sejam elas.<sup>67</sup> A mesma coisa acontece – ou pelo menos deveria acontecer com mais regularidade – no caso do atos médicos que envolvam menores. Os mesmos devem ter a possibilidade de, no caso de terem maturidade e consciência suficientes para perceber o que está em causa, ter uma palavra a dizer no que respeita à sua vida. Como Geraldo Rocha Ribeiro escreve no artigo *supra* mencionado: “*a nossa ordem jurídica reconhece plena competência à criança consoante a sua capacidade de discernimento (natural) para se autodeterminar*”<sup>68</sup>. E não poderia estar mais de acordo. Sendo a autodeterminação tantas vezes falada no Direito, em geral, e nos casos de consentimento informado, em particular, errado da nossa parte seria se de repente esquecêssemos os menores, perpetrando a ideia de que não são capazes de tomar as suas próprias decisões.<sup>69</sup>

## LIBERDADE E VONTADE

A liberdade para decidir é algo que, como todos os pressupostos que constituem os pilares do consentimento informado,

---

<sup>67</sup> “... a incapacidade de agira, seja na esfera pessoal ou patrimonial, não afasta a criança da sua participação nas decisões de família, em particular nas que lhe dizem directamente respeito.” Cit. Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, pp. 111 e 112.

<sup>68</sup> Cit. Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, p. 112.

<sup>69</sup> Duas ressalvas que se impõem: 1ª: Ao usar o termo “menores” estou, obviamente, a incluir os jovens de 15, 16 e 17 anos, que, muitas vezes, já são capazes de decidir sozinhos porque têm maturidade para tal. Com “menores” não me refiro apenas às crianças mais pequenas. 2ª: Apesar do exposto acima, reconheço que há situações sobre as quais nenhum menor (incluindo os de 15, 16 e 17 anos) consegue decidir. O que quis concluir (se calhar de forma um pouco simples demais, bem sei) é que a generalidade das crianças, e para a generalidade dos atos médicos (que incluem consultas simples, administração de certos comprimidos para tratar dores de cabeça, garganta ou barriga, etc.) o menor pode já ter maturidade suficiente para decidir.

não pode ser deixado de lado quando se fala de consentimento para atos médicos. Esta baseia-se no facto de qualquer pessoa poder ter a possibilidade de decidir se quer, ou não, submeter-se a um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica.

Bárbara Sofia Brito da Silva Roque escreve na sua dissertação de mestrado que “*o ato de consentir não [pode] ser inquinado por erro vício*”<sup>70</sup>, explicando de seguida em que consiste esse erro vício: “*aquele erro que compromete a liberdade de dispor do corpo e da vida*”<sup>71</sup>. Com a explicação deste erro vício podemos concluir que nestes casos estão incluídas as situações de coação. Situações essas em que alguém se vê obrigado, de forma direta ou indireta, a decidir num certo sentido.

Considero, no entanto, que a questão da liberdade não pode findar apenas nas situações de existência ou não de coação. Devemos ir mais longe, ao estabelecer uma conexão entre a liberdade e a vontade do agente decisor. Não pode apenas haver liberdade, tem de existir também vontade de quem consente para, logicamente, o ato avançar. Mesmo que não haja erro vício – ou seja, caso não haja ninguém a coagir o doente que vai dar o seu consentimento – pode sempre haver falta de vontade de aderir a um certo aconselhamento médico, pelo simples facto de o individuo não perceber se o tratamento sugerido lhe é mais benéfico que os outros, ou até porque a pessoa simplesmente não quer “concretizar” o seu direito.

## ESCLARECIMENTO

O esclarecimento é, sem dúvida alguma, o elemento que distingue o consentimento informado do simples consentimento. Porque é que digo isto? Porque aliada à transmissão de informação tem sempre de existir, principalmente no que diz respeito a

---

<sup>70</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 29.

<sup>71</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 29.

atos médicos, o esclarecimento de tais informações. Sem ele, o paciente não poderá, nunca, tomar uma decisão de forma verdadeiramente informada.

Para além disto, é de grande interesse elucidar que é um pressuposto que depende de um terceiro<sup>72</sup>; de alguém que está fora da esfera íntima/pessoal do agente decisor. Refiro-me, obviamente, ao médico – incluindo também toda a equipa que o acompanha e que poderá, eventualmente, ter alguma intervenção no esclarecimento.

O facto de o esclarecimento ser um requisito do consentimento informado não serve apenas para defender os interesses dos pacientes, indo mais além ao dar também alguma segurança jurídica aos médicos. Estes, depois de terem cumprido o dever de informar e esclarecer, vêm-se protegidos por uma “capa”, que impede, ou pelo menos acalma, uma possível pena por incumprimento destes mesmos deveres. Na jurisprudência esta ideia não é nova, com decisões a estabelecer isto mesmo. Posso dar como exemplo o Acórdão do TRL, de 26 de Junho de 2008<sup>73</sup>, que, no ponto I do sumário nos diz que: “*Em matéria de acto médico só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico*”. E ainda o Acórdão do STJ, de 02 de Junho de 2015<sup>74</sup>, que deixa implícita esta mesma ideia no ponto III do sumário: “*O consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (artigos 5º da CEDH BioMed e 3º, nº 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico*

---

<sup>72</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 29.

<sup>73</sup> Processo n.º 4450/2008-2, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/92711794c1e817a9802574c2004dce19?OpenDocument>

<sup>74</sup> Processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

*será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada”.*

Uma pergunta que se impõem quando se fala de esclarecimento é, logicamente, sobre o que é que incidirá esse esclarecimento, e como já referi *supra*, incidirá sobre as informações dadas pelo médico. Mas o artigo 157.º do CP não se fica por aqui, ao estabelecer que “*o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*”, a não ser que o esclarecimento de dúvidas o levassem a pôr em perigo a sua própria vida ou a causar um grave dano à sua saúde física ou psíquica.

Concluindo, tanto o esclarecimento como os outros pressupostos são integrais à eficácia do consentimento sendo isso percebido no n.º 2, do artigo 38.º do CP, em que se dispõem que “*O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido*”.

## INFORMAÇÃO

Saídos da matéria relativa aos pressupostos do consentimento informado, impera agora falar – ainda antes de referir quais as modalidades de consentimento – sobre a informação transmitida ao paciente. O que é transmitido; o modo como é realizada essa transmissão pelo profissional de saúde; a forma pelo qual é feita e até mesmo as informações que não são divulgadas ao paciente, têm influência na decisão final do mesmo.

A matéria da informação não se coloca apenas do lado do médico, ou seja, não é apenas o médico que tem o dever de informar. O paciente, como interessado primacial do seu estado de saúde, tem o dever de colaborar com o médico, com as descrições mais concretas sobre o seu estado de saúde, para que este

possa chegar a um diagnóstico, o mais fidedigno possível, sobre a condição do doente.<sup>75</sup> Assim o subentende o n.º 3, do artigo 24.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de Março<sup>76</sup>, quando menciona que “*O utente dos serviços de saúde deve colaborar com os profissionais de saúde em todos os aspetos relativos à sua situação*”. Também o Acórdão do STJ de 15 de Outubro de 2009<sup>77</sup> se posiciona no mesmo sentido: “*Contributo relevante para a compreensão e solução desta problemática, é o Estatuto da Paciente, que, no passado recente se consolidou, nas vertentes de dignidade, visibilidade e parceiro total e igual, no binómio paciente-médico, sobretudo após o estabelecimento da doutrina do consentimento informado ou informed consent, donde resultou a vinculação do paciente ao dever de colaboração com o médico e o direito de obter deste o dever de prestar toda a informação sobre a natureza, características, técnicas a usar no exercício do acto médico, alternativas e riscos*”<sup>78</sup>.

Por remissão ao já mencionado artigo 157.º do CP, podemos ter um vislumbre do possível conteúdo das informações a serem facultadas ao paciente. Como tal, “*o diagnóstico e a índole, alcance envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*”<sup>79</sup>, assim como “*a natureza, as alternativas possíveis os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do*

---

<sup>75</sup> “[O] doente tem o importantíssimo dever de informar o agente médico, munido de todos os pormenores relevantes para o diagnóstico e para a melhoria do seu estado de saúde, respondendo com verdade a todas as perguntas que lhe forem feitas”. Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspectiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 31.

<sup>76</sup> Lei que consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde.

<sup>77</sup> Processo n.º 08B1800, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument>

<sup>78</sup> Ponto VI do sumário.

<sup>79</sup> Artigo 157.º do CP.

*plano de cuidados a adotar*”<sup>80</sup>.<sup>81</sup>

A informação a dar tem de ser o mais completa possível, no entanto “*nunca num sentido técnico e exaustivo*”<sup>82</sup>, devendo cingir-se à “*informação necessária a um consentimento esclarecido*”<sup>83</sup>. Assim, podemos concluir, em consonância com o ponto III do sumário do Acórdão do STJ, de 09/10/2014<sup>84</sup>, que “[O] conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação” e por isso ela deve ser adaptada a cada paciente (“*Informação essa que deve, em todo o caso, ser adaptada às características de cada paciente*”<sup>85</sup>).

Com a revelação da informação surge sempre a questão dos efeitos secundários ou dos riscos de certo tratamento. Todos os tratamentos ou intervenções cirúrgicas, quer sejam simples ou complexos, envolvem sempre um certo risco de que algo não corra como planeado. Com base nisso, o paciente tomará a decisão que mais lhe aprouver. Consequentemente, ao falarmos da informação transmitida, e da revelação dos riscos ou dos efeitos secundários, temos também de falar do dever de verdade que o médico tem para com o seu paciente. Deve o médico divulgar toda a verdade sobre os possíveis riscos da intervenção? Deve o médico ser totalmente direto e honesto quanto aos possíveis

---

<sup>80</sup> Presente na alínea e), do n.º 1, da Base 2, da Lei de Bases da Saúde (Lei 48/90, de 24 de Agosto, revogada pela Lei 95/2019, de 04 de Setembro).

<sup>81</sup> Cf. Cf. André Gonçalo Dias Pereira na Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, p. 8.

<sup>82</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 34.

<sup>83</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 34.

<sup>84</sup> Processo n.º 3925/07.9TVPR.T.P1.S1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afd780257d6d003027bf?OpenDocument>

<sup>85</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 34.



efeitos secundários de um determinado tratamento? Estas são questões que, podendo parecer legais, tem a sua gênese na ética e como tal devem ser, primeiramente, analisadas desse ponto de vista. A resposta à questão “Devem os médicos divulgar todas as informações que tenham sobre um certo tratamento ou intervenção médica, mesmo que isso coloque o paciente em risco?” não é de todo simples. Por um lado, o médico tem um dever de contar toda a verdade ao paciente de forma a melhor apetrechá-lo com as informações necessárias à sua decisão. Por outro, ele não pode colocar em risco a vida ou integridade física e psíquica do doente, pois tem de ter sempre em mente o seu dever de proteger a saúde do enfermo. Admito, portanto, que a tarefa de médico é uma de difícil execução, tendo o mesmo de balançar, nestes casos, duas preocupações opostas. Walter Osswald alude, no seu artigo “*Toda a verdade ao doente?*” que “*o diagnóstico é sobretudo de natureza probabilística*”<sup>86</sup>. Como o diagnóstico é, em si mesmo, de natureza probabilística, então o tratamento ou intervenção médica que diga respeito ao tal diagnóstico também o irá ser. Aqui entramos verdadeiramente no problema, porque se o tratamento tem riscos e os riscos nunca são algo certo, então como é que o paciente pode ter a certeza absoluta de que não lhe acontecerá nada de mal? Não tem, e nunca poderá ter até avançar com o processo proposto pelo agente médico e verificar a existência ou não de tais riscos (quem diz riscos diz efeitos secundários). A barreira ética de contar ou não toda a verdade ao paciente é muito fina, sendo trespassada com uma facilidade muitas vezes inesperada. Alguns dos casos sobre responsabilidade médica que chegam aos nossos tribunais prendem-se com a matéria da informação, e um certo número deles prende-se com a problemática do médico ter, das duas uma, divulgado informações a mais, colocando o paciente num estado ainda pior do que estava no início do diagnóstico, ou de não ter dado todas as informações que o paciente precisava para decidir, acabando, não por

---

<sup>86</sup> Cit. Walter Osswald, *Toda a verdade ao doente?*, 2008, p. 317.

melhorar, mas por piorar a sua condição de saúde depois de realizado o/a tratamento/intervenção médica proposto/a. Ora se dão informações a mais, ora se dão informações a menos. Quanto a isto os médicos andam numa constante corda bamba que parece não ter fim; um campo minado em que a cada passo estão mais perto de uma ação cível ou criminal por terem “aconselhado” mal o paciente e por este (sem culpa alguma admita-se) ter escolhido a “porta” errada, num jogo de 50/50.

Para complementar a ideia que apresentei no parágrafo passado, cumpre agora, da minha parte, dar um exemplo por via de uma decisão judicial quanto a esta matéria. O Acórdão do STJ, de 02/11/2017<sup>87</sup>, ilustra, na minha mais humilde opinião, muito bem a questão do défice de informação (neste caso específico quantos aos riscos) e de como essa falta pode levar a péssimos resultados. O acórdão retrata o caso de uma senhora que, aquando de uma operação de remoção de um siso incluso, acabou por sofrer uma lesão no nervo lingual direito. Tudo isto por falta de informações que deviam ter sido providenciadas pelo dentista (e sua equipa) que realizou a intervenção médico-cirúrgica. O acórdão, no ponto VI do seu sumário, esclarece que *“Muito embora, naturalisticamente, não tenha sido a falta de informação que provocou “a lesão do nervo lingual direito” e demais danos que vêm provados, nem se tenha provado que a autora só aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quantos aos respetivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceitado, a perspectiva jurídica correta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências”*. Mais ainda, no ponto seguinte do acórdão é dito o seguinte: *“Tal perda de oportunidade, em si mesma, enquanto dano causado*

---

<sup>87</sup> Processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/D9767A1DF7FF6495802581CD0035C593>

*pela falta de informação devida é, em abstracto, susceptível de ser indemnizada, tendo a sua protecção como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP e art. 70.º, n.º 1, do CC), incluindo-se no seu conteúdo, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que agressões à sua integridade física consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (cfr. n.º 2 do art. 70.º e art. 81.º do CC)”. Percebemos assim que, a não revelação de certas informações, propositada ou não, pode levar a danos irreparáveis ou de difícil reparação, que acabam por envolver não apenas danos patrimoniais como também danos não patrimoniais. A atenção a este problema é imperativa, no entanto não nos podemos deixar levar por uma obsessão desmedida sobre que informações devem os profissionais de saúde dar, porque, como referi *supra*, isso também pode levar a uma preocupação desnecessária por parte do paciente, que, na maioria dos casos, já se encontra bastante nervoso. Na pior das hipóteses (e muitas vezes para tentar justificar o comportamento de ocultação de informação por parte do médico) podemos dizer que o mesmo o faz de forma inconsciente, partilhando neste artigo uma citação de Walter Ossawald, pertencente ao seu artigo já aqui mencionado: “*Tem-se () feito notar que a ocultação da verdade corresponde, mais vezes, a uma inconsciente recusa do médico a aceitar o sofrimento e morte do seu doente do que a uma atitude compassiva e piedosa*”<sup>88</sup>.*

O mais ético a fazer não é, nem dar todas as informações sobre o caso, nem esconder informações que podem ser relevantes. Tem de se encontrar um meio-termo em que o médico tenta conciliar as duas coisas. No entanto, o Acórdão do STJ, de 09 de Outubro de 2014<sup>89</sup>, pronunciando-se sobre a matéria que deve ser divulgada ao paciente, conclui, nos pontos V e VI do

---

<sup>88</sup> Cit. Walter Ossawald, *Toda a verdade ao doente?*, 2008, p. 319.

<sup>89</sup> Processo n.º 3925/07.9TVPR.T.P1.S1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afdfb780257d6d003027bf?OpenDocument>

sumário, que: “*Não se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe*” e “*Nem a referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento*”. O que o acórdão avisa, nos pontos VIII e IX do sumário, é que a referência a tais “*riscos e complicações de uma cirurgia*”<sup>90</sup> não permitem avaliar os “*riscos concretamente indicados*”<sup>91</sup>.<sup>92</sup> Só se o paciente disser que abdica de tais informações é que o médico não será responsabilizado por desrespeito ao dever de informar<sup>93</sup> (detalhadamente).

Quanto à forma pela qual a informação é transmitida existem duas opções. Ou é dada por escrito, ou por via verbal. A generalidade dos casos encontra-se sobre a alçada da segunda hipótese. Muitas vezes, por falta de melhor cuidado e atenção, os médicos dão as informações diretamente ao paciente aquando das suas consultas, deixando ao doente a possibilidade de colocar questões sobre o que acabou de ouvir, podendo, contundo, pedir – como já aqui foi dito – um tempo de reflexão, divulgando a sua decisão, normalmente, numa consulta posteriormente marcada.

Há situações, porém, que obrigam ao fornecimento de um documento em que se informa o paciente dos possíveis tratamentos para a sua doença, os riscos de cada tratamento, possíveis efeitos secundários e os resultados que se espera obter. O facto de ser por escrito justifica-se, não só porque podemos estar a falar de um tratamento ou intervenção complexos, mas

---

<sup>90</sup> Ponto VIII do sumário.

<sup>91</sup> Ponto VIII do sumário.

<sup>92</sup> “A referência num documento, assinado por médico e doente, a que aquele “expliou” a este, “de forma adequada e inteligível”, entre outras coisas, “os riscos e complicações de uma cirurgia” não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e, bem assim, dos riscos concretamente indicados, pelo que é manifestamente insuficiente”.

<sup>93</sup> Cf. o ponto IX do sumário do acórdão *supra* referido. “*Mas, se do mesmo documento consta que o doente não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”, deve entender-se que este abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados*”.

também porque os documentos escritos dão uma segurança maior aos profissionais de saúde quanto a possíveis ações judiciais. Sendo a atuação ilícita médica por falta de consentimento algo tão grave, é normal que os agentes médicos queiram ter uma garantia de que, se algo acontecer, estarão protegidos por um documento que demonstra que atuaram em conformidade com a vontade do paciente. E como será muito difícil para o médico provar que não atuou sem o consentimento informado do enfermo<sup>94</sup>, a verdade é que o documento passará a ter um grande valor probatório.

Como referi *supra*, a complexidade de certas intervenções médicas obriga à necessidade de assinar certos documentos de esclarecimento, de forma a garantir que o paciente tem noção dos aspetos importantes de dita intervenção, e que o médico tem o aval do mesmo para prosseguir com a operação. Como exemplos rápidos de consentimento informado por escrito temos o tratamento de tecidos e células de origem humana – no n.º 6, da parte A, do anexo IV<sup>95</sup>, por remissão do n.º 1, do artigo 24.<sup>96</sup>, ambos da Lei n.º 12/2009, de 26 de Março<sup>97</sup> –, a procriação medicamente assistida – o n.º 1, do artigo 14.<sup>98</sup> para o consentimento escrito e o n.º 2<sup>99</sup>, do mesmo artigo, para a disponibilização da informação por escrito, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho<sup>100</sup> – e ainda a investigação clínica – na alínea l), do artigo

---

<sup>94</sup> Porque na maioria dos casos são situações de “diz que disse” (com a ressalva de que o autor da ação tem os danos para comprovar que algo correu mal).

<sup>95</sup> “O consentimento do dador ou de quem o represente legalmente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável, excepto no caso em que, pela preparação pré-transplante já efectuada, a vida do receptor seja posta em risco”.

<sup>96</sup> “A colheita de tecidos e células de origem humana e a sua aplicação em seres humanos só pode ser efectuada após terem sido cumpridos todos os requisitos obrigatórios relativos ao consentimento informado previstos (...) no anexo iv da presente lei (...)”.

<sup>97</sup> Alterada pela Lei n.º 99/2017, de 25 de Agosto.

<sup>98</sup> “Os beneficiários devem prestar o seu consentimento (...) por escrito, perante o médico responsável”.

<sup>99</sup> “(...) devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito (...)”.

<sup>100</sup> Alterada pela Lei n.º 48/2019, de 08 de Julho.

2.<sup>o101</sup>, da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril<sup>102</sup>.

Chegados aqui, e antes de terminar o capítulo da “Informação”, é essencial falar do direito à informação como direito disponível. Por tudo o que já foi dito – como o facto de ter de se ter cuidado nas informações que se passam ao paciente – lógico será de se adivinhar que o mesmo pode decidir não querer saber de certas – ou até todas – informações sobre um determinado tratamento ou intervenção médico-cirúrgica. Como Glória Jólluskin escreve no seu artigo: “o paciente terá direito a receber informação até onde queira (e não só possa) entender”<sup>103</sup> e essa sua vontade tem de ser sempre respeitada<sup>104</sup> – mesmo que o médico não concorde com ela. Deste comportamento, por parte do paciente, subentende-se que “*não será precisa a obtenção do consentimento informado no caso de o sujeito rejeitar toda a informação*”<sup>105</sup>.

Em defesa da ideia de que o direito de informação é um direito disponível, vai também o Acórdão, já aqui referenciado, do STJ, de 09 de Outubro de 2014<sup>106</sup>, que, por via do ponto I e II, estabelece que “( ) o doente tem direito a ser informado, pelo médico, em ordem a poder decidir sobre se determinado ato

---

<sup>101</sup> “I) «Consentimento informado», a decisão expressa de participar num estudo clínico, tomada livremente por uma pessoa dotada de capacidade de o prestar ou, na falta desta, pelo seu representante legal, após ter sido devidamente informada sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos do estudo, bem como o direito de se retirar do mesmo a qualquer momento, sem quaisquer consequências, de acordo com as orientações emitidas pela CEC, que devem incluir a definição do meio adequado de o prestar, o qual deve ser escrito, sempre que aplicável;”.

<sup>102</sup> Alterada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

<sup>103</sup> Cit. Glória Jólluskin, *O consentimento informado na prática clínica: Aspectos bioéticos da relação entre o profissional e o utente dos serviços de saúde*, 2010, p. 312.

<sup>104</sup> Cf. Walter Osswald, *Toda a verdade ao doente?*, 2008, p 319.

<sup>105</sup> Cit. Glória Jólluskin, *O consentimento informado na prática clínica: Aspectos bioéticos da relação entre o profissional e o utente dos serviços de saúde*, 2010, p. 312.

<sup>106</sup> Processo n.º 3925/07.9TVPR.T.1.1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afdfb780257d6d003027bf?OpenDocument>

*médico que o vise deve ou não ser levado a cabo*”<sup>107</sup> e “*Tal direito é disponível*”<sup>108</sup>.

## O DISSENTIMENTO

O dissentimento é a recusa, a divergência, o desacordo para com uma certa atuação. Neste caso, e como pilar deste artigo, falamos do dissentimento para os atos médicos. Se o paciente não quiser aceitar certa proposta de tratamento por parte do médico pode fazê-lo, contando que a situação ideal é a tomada de decisão depois de devidamente informado. O artigo 3.º, da Lei n.º 15/2014 de 21 de Março<sup>109</sup>, com a epígrafe “Consentimento ou recusa”, dispõem no seu n.º 1 que o paciente tem o direito a recusar o tratamento ou intervenção cirúrgica que lhe propuseram. Como o número desse artigo refere: “*O consentimento ou a recusa da prestação dos cuidados de saúde devem ser declarados de forma livre e esclarecida, salvo disposição especial na lei*”.

As razões que levam alguém a não consentir com um tratamento proposto – tratamento esse que em princípio melhorará a sua condição de saúde – podem ser variadas. Desde o medo dos efeitos secundários, passando pela desconfiança no próprio tratamento e acabando na objeção de consciência, os motivos que levam alguém a dissentir são intermináveis, e como o dissentimento versa sobre a saúde dos enfermos, a decisão acarreta uma responsabilidade e peso muito grandes. Das razões para o dissentimento que apresentei, a mais complexa parece-me ser, sem sobre de dúvidas, a objeção de consciência, principalmente por motivos religiosos. Em certos casos é muito complicado conciliar a crença religiosa e a manutenção do estado de saúde do paciente que recusa o tratamento. Veja-se o caso da recusa de

---

<sup>107</sup> Ponto I do sumário.

<sup>108</sup> Ponto II do sumário.

<sup>109</sup> Alterada pela Lei n.º 110/2019, de 09 de Setembro.

transusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Muito paradigmático é este tema, tanto que, muito recentemente os nossos tribunais se pronunciaram sobre o assunto, acabando o mesmo por chegar aos órgãos de comunicação social<sup>110</sup>. Refiro-me ao Acórdão do TRL, de 14 de Setembro de 2021<sup>111</sup>, que descreve o caso de um menor, de 16 anos, que, sofrendo de leucemia aguda, se recusa a receber transfusões de sangue devido às suas crenças religiosas. O menor e a família, como testemunhas de Jeová, ao rejeitarem qualquer tipo de intervenção que implique a transfusão de sangue, “obrigaram” o Instituto Português de Oncologia<sup>112</sup> (IPO) de Lisboa a apresentar o facto perante o Tribunal de família e menores, por o direito a dissentir estar a ser exercido por uma criança. O Acórdão, nos dois últimos parágrafos que antecedem à Decisão, explica que “*Salvaguardo primeiramente o direito à vida, que é responsabilidade maior atribuída ao Estado, através dos tribunais, logo se apreciará oportunamente se estão reunidos os pressupostos para que possa vir a ser respeitada a vontade do menor, caso se verifique ser a mesma livre, séria e devidamente ponderada.*”, acrescentando que “*Julgamos assim que a decisão provisória aqui recorrida justificava-se plenamente im procedendo todas as conclusões*

---

<sup>110</sup> Público: “*Tribunal admite que testemunha de Jeová de 16 anos recuse transfusão que lhe pode salvar a vida*”, disponível em: <https://www.publico.pt/2021/09/27/sociedade/noticia/tribunal-admite-testemunha-jeova-16-anos-recuse-transfusao-salvar-vida-1978783>; Observador: “*Tribunal aceita que testemunha de Jeová de 16 anos recuse transfusão de sangue*”, disponível em: <https://observador.pt/2021/09/27/tribunal-aceita-que-testemunha-de-jeova-de-16-anos-recuse-transfusao-de-sangue/>; Expresso: “*Tribunal admite direito de escolha de testemunha de Jeová de 16 anos que recusa transfusão no IPO de Lisboa*”, disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2021-09-27-Tribunal-admite-direito-de-escolha-de-testemunha-de-Jeova-de-16-anos-que-recusa-transfusao-no-IPO-de-Lisboa-9b5a80f9>; Rádio Renascença: “*Tribunal diz que jovem testemunha de Jeová pode recusar transfusão de sangue*”, disponível em: <https://rr.sapo.pt/noticia/religiao/2021/09/28/tribunal-diz-que-jovem-testemunha-de-jeova-pode-recusar-transfusao-de-sangue/254810/>.

<sup>111</sup> Processo n.º 17922/21.8T8LSB.L1-7, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/be989eaa98ae733480258759004564ca?OpenDocument>

<sup>112</sup> Hospital onde o menor estava a ser acompanhado.



*que sustentam o contrário, sem prejuízo de se entender que se se fizer prova oportuna do discernimento e maturidade do menor na expressão da vontade de recusa ao consentimento no tratamento autorizado, inevitavelmente deverá prevalecer essa vontade.”*. Ou seja, e simplificando, o que o Tribunal conclui é que o menor, apesar de já se encontrar na idade legal para consentir – como disposto no n.º3, do artigo 38.º do CP -, tem de ser submetido a uma avaliação do seu discernimento para que os pressupostos do n.º 3 do artigo *supra* mencionado sejam válidos, tornando o consentimento eficaz. Só depois do menor provar que tem o discernimento necessário para consentir na não realização de uma transfusão que poderá salvar a sua vida – averiguando também se o menor tem consciência dos riscos da não realização da dita transfusão – é que o consentimento será efetivamente válido, tendo os profissionais de saúde que aceitar a vontade do mesmo.

## MODALIDADES DO CONSENTIMENTO

Recorrendo mais uma vez a Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, estabelecerei as modalidades – ou tipos – de consentimento como a mesma autora o faz. Desse modo, poderemos afirmar que existem, essencialmente, três “modos” de manifestação do consentimento: Consentimento efetivo; Consentimento presumido; Consentimento hipotético.

Começando pelo consentimento efetivo<sup>113</sup>, este respeita às situações mais comuns em que o doente, confrontado com as informações pertinentes à realização do tratamento ou da intervenção cirúrgica aconselhadas pelo médico, consente de forma

---

<sup>113</sup> Presente no artigo 38.º do CP, dispoendo no seu n.º 2 que: “(...) *pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecido do titular do interesse juridicamente protegido (...)*”

livre, esclarecida, direta<sup>114</sup> e inequívoca, estando por isso perante uma “*manifestação clara da vontade do paciente*”<sup>115</sup>. O consentimento efetivo alberga ambas as formas de declaração de vontade, logo, tanto o consentimento expresso como o consentimento tácito são válidos para efeitos do consentimento efetivo.<sup>116</sup>

Quanto ao consentimento presumido, o mesmo respeita aos casos em que, devido à urgência que se apresenta em operar o paciente, o médico é levado a atuar sem o consentimento do mesmo, mantendo em mente a proteção da saúde do enfermo como objetivo principal. O n.º 2, do artigo 39.º do CP, elucida esta modalidade de consentimento ao explicar que: “*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*”. No entanto, este artigo “não está completo” sem a aplicação conexas das alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 156 do CP. O que elas refletem é exatamente o que mencionei *supra*, mas de forma mais detalhada. Vejamos:

“*O facto não é punível quando o consentimento:*

a) *Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou*

b) *Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência*

---

<sup>114</sup> Com “direta” não se quer dizer “de forma expressa”, mas sim que o consentimento tem de ser dado pelo enfermo e não por terceiros (com a exceção dos casos em que se tenha de recorrer ao representante legal).

<sup>115</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 16.

<sup>116</sup> Uso o n.º 1, do artigo 217.º do CC, com as devidas adaptações, para esclarecer os conceitos de “expresso” e “tácito”. Expresso: “*quando feit[o] por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade*”; Tácito: “*quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, [o] revelam*”.

*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.”*

O Acórdão do STJ, de 02 de Junho de 2015<sup>117</sup>, versa-se, num dos seus pontos e com as devidas adaptações, sobre o consentimento presumido. Este acórdão concerne a uma operação estética reconstrutiva mal sucedida, respeitante a cicatrizes na zona inguinal<sup>118</sup>, de forma a que estas não fossem visíveis abaixo da linha do fato de banho. A ideia prestada até agora tem visibilidade no ponto V deste acórdão, ao dizer que: “*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*”.

Por último, o consentimento hipotético consiste nas situações em que, não dando o paciente o seu consentimento, o médico consegue “prever” que, em circunstâncias normais, o doente tê-lo ia dado.<sup>119</sup> O Acórdão mencionado anteriormente também se versa sobre o consentimento hipotético, anunciando no ponto VI do seu sumário os requisitos para a verificação deste tipo de consentimento. São eles: “*1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da*

---

<sup>117</sup> Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

<sup>118</sup> Zona inguinal é a zona localizada na virilha.

<sup>119</sup> “(...), 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.”, Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 19.

*saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto*". Estes requisitos assumem-se, logicamente, como cumulativos, e assim, se um deles falhar, a punibilidade por crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário<sup>120</sup> volta a subir ao pódio, não podendo ser afastada.

Voltando ao exemplo das testemunhas de Jeová, um paciente que partilhasse estes valores e crenças não iria aceitar que, como foi previamente mencionado, lhe fizessem uma transfusão de sangue. Se o médico, sabendo desta informação – e com base no que referi – prosseguisse com o tratamento através da transfusão, estaria a desrespeitar a vontade do paciente e como tal seria responsabilizado por violação de pressupostos do consentimento hipotético.

## EXCEÇÕES AO CONSENTIMENTO INFORMADO:

Como em praticamente todas as matérias jurídicas, também aqui existem exceções à regra; regra essa que se espelha no facto de o médico precisar do consentimento do paciente para perpetrar o ato médico. Existem, de forma geral e quase que unânime na doutrina, 4 exceções, que permitem ao médico atuar sem o consentimento do enfermo. Existe ainda uma 5ª exceção, no entanto, por ser demasiado óbvia, não a aprofundarei, deixando apenas uma breve nota sobre ela antes de explicar as outras. Refiro-me às situações em que o paciente já está informado sobre o tratamento ou intervenção cirúrgica, sendo que nestes casos, como se pode adivinhar, o médico terá uma autorização implícita para atuar pois a componente de informar e esclarecer já não é necessária.

## PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO

---

<sup>120</sup> Artigo 156.º do CP.

O privilégio terapêutico consubstancia-se nos casos em que o médico pode não revelar todas as informações sobre um determinado procedimento ao paciente. A regra sobre a divulgação da informação ao doente encontra-se exposta no n.º 1 do artigo 50.<sup>o</sup><sup>121</sup> do Código Deontológico dos Médicos<sup>122</sup>, no entanto é no artigo 157.<sup>o</sup> do CP que se encontra a exceção de que aqui falamos. O que o artigo indicia é que o médico terá sempre de divulgar as informações ao paciente, “*salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*”.

Uma das particularidades desta exceção corresponde ao facto de só ser admitida para as intervenções terapêuticas, excluindo-se as intervenções estéticas, mesmo que tenham efeito curativo.<sup>123</sup> Para além disso, é considerada por muitos como uma ponte para a harmonia entre o direito à vida e o direito pessoal do doente de se autodeterminar.<sup>124</sup>

Apesar do médico poder omitir certas informações do seu paciente, a verdade é que ele terá de as avaliar previamente com a diligência que dele é esperada, pois não se encontra abrangido por uma espécie de “direito a mentir” que o protegerá de ações judiciais futuras.<sup>125</sup> Essa ponderação terá de ser feita com

---

<sup>121</sup> “*O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, (...)*”.

<sup>122</sup> Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro.

<sup>123</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 21.

<sup>124</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 21.

<sup>125</sup> “*É importante ressaltar que ao médico não está assegurado um direito à mentira. É certo que o privilégio terapêutico justifica que não se transmitam ao paciente algumas informações, quando o conhecimento destas coloque a sua vida em perigo ou danifique a sua saúde. Contudo, a decisão do agente médico terá sempre de ser avaliada objetivamente e deve por este ser ponderada com especial cuidado e atenção.*”, Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 22.

base no estado de saúde física e mental do enfermo – como já tinha referido anteriormente – à data do momento em que as informações são reveladas. Claro está que, o agente médico, para ocultar certas informações que possam pôr em risco a saúde do paciente, tem de ter a certeza absoluta – ou pelo menos com um grande grau de certeza – que tais informações afetarão gravemente o doente. Os casos típicos que levam os médicos a esconder certas informações dos seus pacientes, são os casos em que estes últimos, mostram sinais de depressão com possíveis pensamentos ou tendências suicidas. Aqui o médico terá de fundamentar a sua omissão com base em dados concretos como relatórios médicos por parte de psicólogos ou psiquiatras. Sem estes, dificilmente conseguirá sustentar uma posição – em tribunal – de que a omissão era o melhor caminho a seguir.

## SITUAÇÃO DE URGÊNCIA

Quando o médico se defronta com um indivíduo que, necessitando de ajuda urgente, entra no hospital em estado inconsciente, a única solução parece clara: ajudá-lo de modo a salvar a sua vida<sup>126</sup>. Estes são os casos que refletem a exceção da “situação de urgência”, disposta na alínea a), do n.º 2, do artigo 157.º do CP. Se o médico, evidentemente obrigado a garantir o direito à vida dos indivíduos, não cumpre os seus deveres como profissional, estará a incorrer num crime de omissão, previsto no artigo 10.º do CP<sup>127</sup>.

É por recurso à análise da alínea mencionada *supra* que retiramos a ideia de que se num determinado momento for imperativo realizar-se uma intervenção médica de modo a evitar

---

<sup>126</sup> Esse dever de ajudar está previsto no artigo 7.º do Código Deontológico dos Médicos, com a epígrafe “Situação de urgência” e que aqui se repete: “*O médico deve, em qualquer lugar ou circunstância, prestar tratamento de urgência a pessoas que se encontrem em perigo imediato, independentemente da sua função específica ou da sua formação especializada.*”

<sup>127</sup> Com a epígrafe “Comissão por acção e por omissão”.

uma desgraça maior, então o consentimento deixa de ser obrigatório para a validação do dito ato médico<sup>128</sup>. No entanto, esta exceção tem, ela própria, uma exceção. A exceção à exceção traduz-se nos contextos em que a demora no tratamento não implicará danos para o doente<sup>129</sup>.

## DIREITO A NÃO SABER

Relembrando que já dediquei algumas linhas à matéria do paciente recusar receber informação, quero agora apenas reforçar o que disse. Pretendo por isso rapidamente mencionar este direito em termos legais e em termos éticos.

Em termos legais, o direito a não receber informação, comumente designado por “direito a não saber”, funda-se na premissa de que alguém pode não querer receber uma determinada informação. Da mesma forma que os utentes dos serviços de saúde tem a possibilidade de não autorizar um certo tratamento, têm também a possibilidade de não adquirir informações que considerem não ser necessárias, relevantes, ou até porque preferem nem saber o que está em causa. No n.º 2, do artigo 10.º da CDHB expressa-se o seguinte: “*Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada*”. Também o n.º 3, do artigo 50.º do Código Deontológico dos Médicos defende o direito a não ser informado e o respeito que isso tem de implicar: “*A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar*”.

Em termos éticos a questão tem de ser analisada com a

---

<sup>128</sup> Esta ideia retira-se por estar escrito que: “*Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo (...)*” – Artigo 157.º, n.º 2, alínea a), do CP.

<sup>129</sup> “*Por outro lado, quando a demora não implicar nenhum tipo de dano para a saúde, o médico já terá de aguardar que o paciente recupera a sua consciência*”, Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 23.

mesma atenção porque, mesmo não parecendo, é a componente ética que influencia a componente legislativa desta questão. Como referi no capítulo “Informação”, o direito a ser informado é um direito disponível, verificando-se o seu oposto com a figura do “direito a não ser informado”. Esta disponibilidade traduz-se, naturalmente, na “*autodeterminação informacional*”<sup>130</sup>, figura a que se deve grande respeito por parte, não só do legislador e de quem a aplica, como também, e principalmente nestes casos, por parte do médico. Não poderíamos considerar outra coisa se não a liberdade de alguém recusar informações. Se fosse uma obrigação ter de receber certas informações, deixaria de fazer sentido a existência dos direitos à autodeterminação que tanto se tenta defender e elevar no Direito da Bioética em geral, e na matéria do consentimento informado em particular.

## AUTORIZAÇÕES LEGAIS

As autorizações legais baseiam-se no facto de os direitos não poderem ser vistos como absolutos, existindo situações em que os mesmos podem ser limitados por motivos diferentes. A Pandemia SARS-Cov-2 que vivemos deixou tal acontecimento em evidência, tendo sido restringidos certos direitos com a fundamentação principal de defesa da saúde pública. Nesse tipo de casos, em que é chamado a atuar esse “dever de restringir”, normalmente, a justificação é sempre uma de protecção geral que, quer se goste ou não, nos ultrapassa a todos e para a qual todos devemos contribuir, tendo, essa restrição de direitos, de ser encarada como um mal menor.

Isto é o que esta exceção representa. Ela, por via de decisões judiciais ou de normas legais e jurídicas<sup>131</sup>, permite determinadas limitações a Direitos Fundamentais das pessoas, com a

---

<sup>130</sup> Cit. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva juridico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 24.

<sup>131</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspetiva juridico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 26.



justificação de protecção de bens jurídicos considerados, consoante a situação, como “superiores”.<sup>132</sup>

Está claro que estamos perante um “conceito” – o das “autorizações legais” – que tem uma base intimamente ética. Essa base é a escolha e protecção da saúde de todos, ou seja, da coletividade, em detrimento dos interesses pessoais, que, diga-se, são normalmente mais egoístas que os motivos claramente altruístas de salvar a maioria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados ao final desta pequena contribuição para um tema tão complexo como o consentimento informado do paciente, cumpre agora fazer uma breve menção final ao longo caminho ético e legal ainda por concretizar por parte do legislador, de investigadores, juristas, e muitos outros que colaboram para uma sociedade melhor em que os direitos dos enfermos são respeitados.

Como referi *supra*, é a ética e o desenvolvimento ético que influenciam as leis e como tal essa é a fatia à qual se deveria dar mais atenção. Pensar-se sobre como concretizar o desenvolvimento deste tema – em termos gerais - ou como ajustá-lo às normas legais já existentes, e que podem entrar em conflito com as novas ideias que surgem, são questões a ponderar na “balança do pensamento lógico e empático”, de forma a não acabarmos com normas jurídicas demasiado restritas e que impedem ou contrariam o raciocínio inicial de auxiliar e beneficiar o doente.

A sensibilidade deste tema, por se tratar de questões ligadas à saúde, implica um cuidado adicional aquando da formulação de novas ideias, tendo as mesmas de ser apreciadas sob uma “lupa de compaixão”. No entanto – e deixo esta última advertência, à interpretação de cada um – também não podemos

---

<sup>132</sup> Cf. Bárbara Sofia Brito da Silva Roque, *Os atos médicos na perspectiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o esclarecimento do médico*, 2016, p. 26.

permitir que todas as ideias sejam aceites, cobrindo-as com um “manto de beneficência”, pois tal ação pode levar a uma mescla de normas legais que se contradizem, entram em conflito com outras, perdem o seu sentido ou até mesmo que acabam por ter o efeito inverso ao desejado.



## BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade, República Popular da China, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, 2008, Conferência.
- JÓLLUSKIN, G. (2010). O consentimento informado na prática clínica: Aspectos bioéticos da relação entre o profissional e o utente dos serviços de saúde. *Revista da Faculdade de Ciências da Saúde*, Nº 7: p.306-315.
- ROQUE, Bárbara Sofia Brito da Silva, Os atos médicos na perspetiva jurídico-penal: O consentimento do paciente e o dever de esclarecimento do médico, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016, Dissertação de Mestrado.
- OSSWALD, W. (2008). Limites do consentimento informado. Editores Almedina. SA, *Estudos de Direito da Bioética vol. III*, Almedina, Coimbra.
- BELTRÃO, Sílvio Romeno, O consentimento informado e sua dinâmica na relação médico-paciente: Natureza jurídica, estrutura e crise, Cadernos do programa de Pós-Graduação Direito UFRGS, 2014.
- SANTOS, E. (2014). As Declarações Antecipadas de Vontade. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*,

Nº 21-22: p.105-127.

- RIBEIRO, G. (2010). Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos). *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Nº 14: p.105-138.
- OSSWALD, W. (2008). Toda verdade ao doente?. Editores Almedina. SA, *Estudos de Direito da Bioética vol. II*, Almedina, Coimbra.
- Diário da República Eletrónico: em <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/120820799/view>
- Jornal Público: <https://www.publico.pt/2021/09/27/sociedade/noticia/tribunal-admite-testemunha-jeova-16-anos-recuse-transfusao-salvar-vida-1978783>
- Jornal Observador: <https://observador.pt/2021/09/27/tribunal-aceita-que-testemunha-de-jeova-de-16-anos-recuse-transfusao-de-sangue/>
- Jornal Expresso: <https://expresso.pt/sociedade/2021-09-27-Tribunal-admite-direito-de-escolha-de-testemunha-de-Jeova-de-16-anos-que-recusa-transfusao-no-IPO-de-Lisboa-9b5a80f9>
- Jornal da Rádio Renascença: <https://rr.sapo.pt/noticia/religiao/2021/09/28/tribunal-diz-que-jovem-testemunha-de-jeova-pode-recusar-transfusao-de-sangue/254810/>