

Intervenção ou Tratamento Médico-Cirúrgico Arbitrário Um Crime Contra a Liberdade Pessoal*

José Manuel Costa

*Jurista do Gabinete para os Assuntos Legislativos
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA FACE AO ARTICULADO DO CÓDIGO PENAL DE MACAU.

O novo Código Penal de Macau, doravante, CPM, aprovado pelo Decreto-Lei nº 58/95/M, de 14 de Novembro, veio consagrar, no seu artigo 150º, o crime de tratamentos ou intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, isto é, os tratamentos ou intervenções levadas a cabo sem o consentimento eficaz do paciente.

À semelhança do que já acontecia com o Código Penal Português de 1982, e do que acontece agora após a reforma levada a efeito pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, também o Código Penal de Macau coloca este tipo de ilícito no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, demonstrando, de forma inequívoca, o bem jurídico que visa tutelar.

O referido artigo 150º do CPM terá de ser lido conjuntamente com um outro, o artigo 144º, que regula as intervenções médico-cirúrgicas retirando-lhes tipicidade criminal. Segundo este artigo, “a intervenção ou tratamento que, segundo o estado dos conhecimentos e experiência da medicina, se mostrar indicado e for levado a cabo, de acordo com as regras da profissão, por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se considera ofensa à integridade física”.

Com isto o legislador de Macau aderiu às mais modernas doutrinas neste

* O presente trabalho corresponde, praticamente sem alterações, ao relatório para a disciplina de Direito e Processo Penal apresentado no âmbito do Curso de Mestrado em Direito, 1996, na área de Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito de Macau. Trata-se, como aliás se diz no texto, de um trabalho cuja feitura apenas teve como objectivo, por parte do seu autor, o cumprimento apenas suficiente das suas obrigações académicas.



campo e pôs fim à questão de saber se as intervenções médico-cirúrgicas caberiam ou não no tipo das ofensas corporais, não punidas em virtude de uma causa de justificação baseada no consentimento, ou se representavam antes, o exercício de um direito profissional dos médicos.

Assim, para analisarmos o problema das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias previstas no artigo 150º do CPM, teremos que ter sempre presente o artigo 144º, inserido no capítulo que trata dos crimes contra a integridade física, já que é este artigo que define os potenciais agentes e a área das expressões susceptíveis de valer como tratamento médico-cirúrgico arbitrário¹.

É portanto o artigo 144º que nos traça as fronteiras do que, para o direito penal é considerado intervenção médico-cirúrgica. Este artigo não prevê um crime, mas sim, um conjunto de actividades que não se consideram típicas. Ou seja, as intervenções médico-cirúrgicas, quando realizadas conforme descrito no artigo 144º — por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis*, mesmo que agravem o estado de saúde do paciente ou provoquem a sua morte, não constituem ofensas corporais ou homicídio, não constituem condutas criminosas. Essa descrição, a que vai ser acrescentada mais um elemento — a falta de consentimento eficaz — é que vai constituir o tipo de crime de intervenção médico-cirúrgico arbitrário e as pessoas ali indicadas é que são os potenciais agentes.

Os tratamentos médico-cirúrgicos só serão condutas reprovadas e punidas pelo direito penal quando levadas a cabo sem o consentimento eficaz do doente. O motivo da incriminação não será a intervenção em si, mas o facto de ela ser feita sem o necessário consentimento do paciente, violando assim a liberdade pessoal deste, o seu direito à autodeterminação, o seu *direito a dispor do seu corpo ou da própria vida*, utilizando a expressão de FIGUEIREDO DIAS. É esta ideia, de haver um direito de cada pessoa a se autodeterminar, de que cabe ao doente decidir se pretende ou não submeter-se à intervenção médico-cirúrgica, que justifica, no direito penal de Macau, à semelhança do que acontece no direito português, que se puna um médico ou pessoa legalmente autorizada que, em flagrante desrespeito por esses direitos, leva a cabo uma intervenção médico-cirúrgica.

É claro, como já ficou dito, o bem jurídico que se quer proteger. A liberdade do paciente que se manifesta no seu consentimento, ou na recusa, a uma intervenção médica na sua pessoa. Mas o consentir ou recusar algo pressupõe conhecimento daquilo que se recusa ou se aceita sob pena de não serem prosseguidos os objectivos que se pretende com a incriminação das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias. O “sim” ou o “não” que determinará a licitude ou ilicitude da conduta do médico não poderá advir de um processo de “cara ou coroa” ou de um entregar-se ao destino dos deuses, mas antes, de uma avaliação consciente das consequências do “sim” ou do “não”.

¹ Vide Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pág. 450.



É neste sentido que o legislador de Macau vem prever, no artigo 151º, o dever de esclarecimento como condição necessária de um consentimento eficaz, apto a legitimar uma intervenção médico-cirúrgica. Dispõe este artigo 151º 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, 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 ofensa à saúde, física ou psíquica.” De facto, o consentimento ou recusa só constitui uma manifestação do direito à liberdade pessoal quando, a pessoa, tendo conhecimento, na medida do possível, das consequências e dos efeitos da sua recusa ou do seu consentimento, livremente opta por um sentido ou por outro. Só assim se pode falar de uma autodeterminação. É por isso que a lei impõe esse dever de esclarecimento ao médico na medida em que esse mesmo esclarecimento não resulte gravoso para a saúde física ou psíquica do paciente.

São estes três artigos do Código Penal de Macau, o 144º, o 150º e o 151º que constituirão a base do presente trabalho, que incidirá mais propriamente na falta de consentimento e no dever de esclarecimento.

Dir-se-á ainda, como nota prévia, que se trata de um modestíssimo trabalho, sem nenhuma pretensão, apesar do seu nome pomposo, que mais não pretende do que demonstrar o interesse nestas matérias que os distintos Professores dos módulos de Direito e Processo Penal souberam despertar no seu autor.

2. INTERVENÇÃO OU TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICO ARBITRÁRIO

Diz o nº 1 do artigo 150º do CPM:

“As pessoas indicadas no artigo 144º que, em vista das finalidades nele referidas, realizarem intervenção ou tratamento sem consentimento eficaz do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Pelo nº 1 do artigo 150º temos que, realiza-se o tipo de crime de intervenção médico cirúrgica arbitrária quando:

- a) Haja uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico levado a cabo por um médico ou pessoa legalmente autorizada e realizado segundo as regras da profissão;
- b) Seja medicamente indicado, isto é, que essa intervenção ou tratamento se mostre adequado segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina;
- c) Com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença,

sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental — finalidade terapêutica.

d) Não haja consentimento eficaz do paciente.

Os três primeiros pontos constituem os requisitos necessários para que a intervenção seja considerada uma intervenção médico-cirúrgica nos termos do artigo 144º. O ponto d) é que constitui a pedra de toque para a tipificação do crime de intervenção médico-cirúrgica arbitrária. No entanto só estaremos perante este crimes se estiverem preenchidos os requisitos legais das intervenções médico-cirúrgicas pois, caso contrário estaremos, antes de mais, perante um possível crime de ofensas corporais ou de homicídio.

Analiseemos então, de modo necessariamente sucinto, os pontos referenciados².

2.1. Intervenção ou tratamento médico-cirúrgico levado a cabo por um médico ou pessoa legalmente autorizada e realizada segundo as regras da profissão.

Da norma referida resulta, *a contrario*, que não será considerado tratamento ou intervenção médico-cirúrgico, o tratamento ou intervenção médico cirúrgica levada a cabo por pessoa que não seja médico e ou não esteja legalmente autorizada.

A fórmula que a lei utiliza quanto a este aspecto — “médico ou pessoa legalmente autorizada” — pretende afastar qualquer confusão, pelo menos, em termos abstractos. É suficientemente amplo para abranger todos os médicos, quer de medicina científica, quer de medicina tradicional, enfermeiros, odontologistas, acupuncturistas, terapeutas, entre outros, desde que exerçam a sua actividade com a devida autorização, isto é, com o devido licenciamento.

Quanto aos médico propriamente ditos, para se integrarem na descrição do artigo 144º, não basta serem titulares de uma licenciatura em medicina. Têm antes que estar inscritos num organismo apto e competente a conferir-lhes o direito a exercerem a profissão. Em Portugal, como se sabe, o exercício da medicina está dependente da inscrição na Ordem dos Médicos, associação pública profissional, a quem cabe regular e disciplinar a profissão e estabelecer o seu regime de exercício.

Em Macau, apesar do anterior Estatuto da Ordem dos Médicos de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 40651, de 21 de Junho de 1956, ter sido estendido a Macau, quando este era mais umas das províncias ultramarinas de Portugal, não existe uma entidade semelhante. Sendo certo que nunca houve uma revogação expressa deste diploma, é também certo que o seu conteúdo útil para o

² Idênticos, aliás, às alíneas propostas por Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, BMJ, 332, pág. 68.

território é hoje extremamente reduzido e inaplicável, mormente no tocante ao acesso ao exercício da profissão.

Alias, foi o próprio Estatuto, com a alteração que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 48587, publicado no Boletim Oficial de Macau de 12 de Outubro de 1968, a consagrar a possibilidade de os médicos chineses e os médicos naturais de Macau poderem exercer a profissão sem estarem inscritos na ordem³.

Posteriormente, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 84/90/M, de 31 de Dezembro, que regula o licenciamento para o exercício da actividade privada de prestação de cuidados de saúde. Este diploma abrange médicos, médicos de medicina tradicional chinesa, médicos dentistas, odontologistas, enfermeiros terapeutas, massagistas, acupuncturistas e mestres de medicina tradicional chinesa. A todos põe como condição necessária para o exercício da profissão, o prévio licenciamento concedido pela Direcção dos Serviços de Saúde de Macau e que tem por finalidade verificar se estão preenchidos os requisitos para o exercício da respectiva profissão ou actividade⁴.

Com todos os problemas que isso possa levantar, somos de crer que, qualquer um dos acima referidos, com o devido licenciamento, leva a cabo um tratamento ou uma intervenção num paciente, desde que circunscrito à actividade para que foi licenciado e de acordo com as regras da profissão respectiva, realiza um tratamento ou intervenção médico-cirúrgico nos termos do artigo 144º.

Num contexto como o de Macau, cuja população é, na sua larga maioria, chinesa, assumem grande importância os tratamentos levados a cabo pelos mestres de medicina chinesa e o médicos de medicina tradicional chinesa. Daí a sua institucionalização e a sua parificação legal, pelo menos quanto ao exercício, à medicina académico-científica. Daí, também, que os tratamentos levados a cabo pelas pessoas que exerçam essas actividades, desde que devidamente autorizadas, têm que ser considerados, não como ofensas à integridade física, quando as haja, cuja ilicitude está afastada em virtude do exercício de um direito ou por um consentimento, mas sim, como condutas atípicas enquadradas na descrição do artigo 144º do CPM.

O enquadramento de um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica levada a cabo por um médico ou pessoa legalmente autorizada na descrição do artigo 144º do CPM, depende do respeito pelas regras da profissão ou, como o Código Penal Português refere, pela *leges artis*.

Quer isso dizer que o tratamento tem que ser conduzido por forma técnica e cientificamente correctas⁵.

Deve, contudo, dizer-se que a *leges artis* não compreendem apenas as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica. Ela compreende tam-

³ Artigo 6º, § 2º, do DL nº 48587, 12.10.68.

⁴ Artigos 1º, 4º e 9º, do DL nº 84/90/M, de 31.12.

⁵ Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, est. cit., pág. 64.

bém todos aqueles deveres gerais de cuidado vigentes no tráfego da actividade médica e concorrentes para a determinação de uma prática medicamente incorrecta⁶.

A violação dos deveres de cuidado implica o afastamento do âmbito e das regras próprias das intervenções médico-cirúrgicas⁷.

Saber se numa intervenção ou tratamento médico houve ou não cumprimento das *leges artes*, ou como o Código de Macau diz, das regras da profissão, não é tarefa fácil, mesmo no que diz respeito ao âmbito restrito da chamada medicina académica ou científica⁸, quanto mais se entrarmos no campo da chamada medicina tradicional, onde, na maior parte das vezes, é difícil determinar onde termina a ciência como conhecimento exacto e raciocinado e onde começa a fé, o ritualismo ou o mero empirismo.

Inclusivamente, pode-se questionar a própria referência a *leges artis* em certos campos da medicina tradicional. Não temos capacidade para o fazer, nem é este o lugar ideal para disso se tratar. Sempre se dirá, no entanto, que a sua institucionalização pressupõe requisitos, uma vez que não se institucionalizam milagreiros nem curandeiros para prestarem cuidados de saúde. O licenciamento em Macau dos mestres de medicina chinesa e dos médicos de medicina tradicional chinesa para prestarem cuidados de saúde, pressupõe a sua aptidão para isso e a existência de certas regras minimamente racionais que hão de ser seguidas e que serão naturalmente diferentes das de medicina académica⁹, ou se quisermos, ocidental. Entendendo-se assim, faz sentido falar quanto à medicina tradicional institucionalizada em *leges artis* e no dever de cuidado que aquela já traz implícita. E também a ela se deve aplicar, com as necessárias adaptações, a síntese conclusiva de DEUTC citada por COSTA ANDRADE: “O cuidado exigido no tráfego é um elemento móvel: não só não define nenhuma regras rígidas como não recebe da ciência quaisquer critérios inflexíveis. *Antes terá sempre de se questionar como, na situação concreta, se teria comportado um experimentado e cuidadoso clínico geral ou um médico especialista*”¹⁰ ...

2.2. Seja medicamente indicado, isto é, que essa intervenção ou tratamento se mostre adequado segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina

O tratamento ou a intervenção médico-cirúrgica tem que ser aquela que

⁶ Neste sentido citando opiniões contrárias de autores estrangeiros, C. Andrade, ob. cit., p. 484 e segs.

⁷ Neste sentido, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, est. cit.

⁸ Costa Andrade, ob. e loc. cit.

⁹ Quando se fala aqui em medicina tradicional chinesa e nos mestres e médicos de medicina chinesa não se pretende referir aqueles que aplicam conhecimentos já convalidados, aceites ou mesmo adoptados pela medicina dita académica ou científica, mas sim, àqueles sem esse aval.

¹⁰ Costa Andrade. ob. e loc. cit. O destaque é nosso.

segundo o estado actual dos conhecimentos e da ciência médica seja o indicado e adequado ao tratamento do caso concreto.

Assim, há que afastar do campo das intervenções médico-cirúrgicas as intervenções ainda não cobertas pelos conhecimentos da medicina, ainda não dominados pela ciência, ou seja, as intervenções terapêuticas de carácter experimental ou de êxito não assegurado, mesmo quando levadas a cabo por forma técnica e cientificamente irrepreensível¹¹. É assim que todos os autores portugueses comentam o disposto quanto a este aspecto, no artigo 150º do Código Penal Português cuja redacção é idêntica a do artigo 144º do CPM.

Afastam do âmbito dos tratamentos e das intervenções médico-cirúrgicas:

- a) As intervenções e tratamentos tentados como métodos ainda não cientificamente convalidados — intervenções terapêuticas de carácter experimental.
- b) As intervenções e tratamentos excêntricos em relação à medicina institucionalizada.

Quanto ao primeiro ponto, além de derivar necessariamente da letra da lei, é o entendimento consensual na doutrina. No entanto, é também entendimento unânime que deve ser entendida com muitas cautelas. Essas cautelas derivam não só da importância que a experimentação de novas técnicas e de novas tecnologias médicas representam para o desenvolvimento da ciência médica e para o bem da humanidade, ponto a que faremos referência adiante, como também de um certo reconhecimento de que todo o tratamento ou intervenção médico-cirúrgico é uma forma de experimentação, já que todo o tratamento ou intervenção médico-cirúrgico é uma repetição de uma experimentação com probabilidades reconhecidas de sucesso¹². Isto devido ao facto de cada intervenção ter o seu quê de novo e de diferente, como diferentes são as características de cada indivíduos e a as suas reacções face a um mesmo tratamento ou intervenção.

A este propósito chama COSTA ANDRADE a atenção para que a formulação legal, “postas entre parêntesis as hipótese extremadas, mais não farão, afinal, do que assinalar e enfatizar as linhas de fronteira e de problema cuja separação recta era suposto esperar-se da sua elevação à letra de lei”¹³. É que, como lembra este ilustre penalista, deve-se ter sempre presente o constante e acelerado progresso da ciência médica onde os conhecimentos duplicam no espaço de seis anos. Citando-o ainda: “suposta a possibilidade teórica de referenciar com alguma segurança as fronteiras entre o sistema de medicina académica e o seu ambiente (ocupado sobretudo pelos novos métodos, em busca de convalidação e legitimação),

¹¹ Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, est. cit., pág., 68 e 69 e Costa Andrade, ob. cit., pág. 466.

¹² Vide Sheila Mclean e Gerry Maher, *Medicine, Moral and the Law*, pág. 113.

¹³ Costa Andrade, ob. e loc. cit.

sempre se trataria de fronteiras em permanente mudança. O impossível converte-se todo os dias em possível; o temerário em rotineiro; o mais respeitável é abandonado nas margens do supersticioso. Ora, esta experiência não pode deixar de ter reflexos sobre as representações colectivas, tanto cognitivas como axiológicas, estreitando o espaço dos juízos e valorações com aspiração à estabilização intersubjectiva”¹⁴.

Na verdade, como também refere COSTA ANDRADE, “só pelos caminhos da inovação se poderão afrontar, de forma medicamente indicada e segundo as *leges artis*, as manifestações e as ameaças da doença”.¹⁵ De facto, seria desastroso para o progresso da medicina uma “vinculação rígida ao estágio actual da ciência médica”, o que poderia conduzir à chamada medicina defensiva, isto é, uma medicina em que o medo das sanções penais inibe o médico de assumir os riscos de tratamentos que, para além de reclamadas pelo bem estar do paciente concreto, tornam possível o desenvolvimento da medicina no interesse da comunidade¹⁶.

Questão também bastante relevante para este aspecto é a chamada liberdade de acção médica ou a liberdade dos métodos. É que, conforme nos lembra JUNG¹⁷, “a acção médica não se compadece com a redução canónica. É ditada pelas especificidades do caso concreto, pela necessidade de se ajustar à individualidade do paciente. Só muito raramente se tem à mão o método. E mesmo quando tal acontece, a sua aplicação é sempre determinada por variáveis individuais. A partir da pluralidade dos métodos facilmente conclui o direito penal para a liberdade de métodos”.

Ponto assente é que, na sua actuação, o médico ou pessoa legalmente autorizada terá que ter em primeira linha de conta, tal como diz o juramento de HIPÓCRATES, a saúde do paciente e o respeito pelas suas *leges artis*. A partir daí, ao tratar-se estas questões, deve-se ter sempre presente, como já foi referido, a liberdade de métodos, os progressos da ciência médica que tornam obsoleto hoje o que era prática generalizada e comumente aceite pela comunidade médica ontem e manter equidistância da defesa de posições que conduziriam a estagnação da medicina e das que levariam a irresponsabilização, sem mais, de actuações médicas não suficientemente testadas e a utilização de novos modelos e ou novas técnicas cuja idoneidade científica não está devidamente comprovada¹⁸.

O segundo ponto acima referido tem que ver com os tratamentos e intervenções excêntricos em relação à medicina institucionalizada. Assim, não seria

¹⁴ Costa Andrade, ob. cit., pág. 467.

¹⁵ Costa Andrade, ob. e loc. cit.

¹⁶ Costa Andrade, ob. cit., nota 308, citando Siebert.

¹⁷ Citado por Costa Andrade, ob. e loc. cit.

¹⁸ João Álvaro Dias, *Culpa médica: algumas ideias força*, RPDC, Novembro de 1995.

de incluir no âmbito do artigo 144º do CPM, os tratamentos e intervenções médico-cirúrgicos cujos métodos não estão provados cientificamente.

No entanto, e como já referimos anteriormente, este ponto tem também de ser entendido com muitas cautelas, principalmente em Macau, cuja situação especial tem que se ter bem presente. Trata-se de um território chinês, com população na sua esmagadora maioria chinesa, que, apesar do seu secular contacto com o mundo ocidental se mantém, em grande parte, apegada à sua cultura, credos e tradições. De notar ainda que, muito dessa população reside em Macau há relativamente pouco tempo e é o produto de um processo de imigração para Macau de população chinesa à procura de oportunidades que o franco desenvolvimento do território proporcionava.

Assim, o recurso à medicina tradicional e aos mestres de medicina chinesa não se resume aos casos esporádicos daqueles que procuram na fé¹⁹ ou em experiências tradicionais e naturalísticas, o que a ciência já não lhes pode dar, daqueles que procuram no divino a cura que a impotência humana lhes nega, antes constitui a prática normal de uma boa parte, senão da maioria, da população.

Reconhecimento disso é a institucionalização e a convivência entre a medicina tradicional e a medicina dita académica no Território, a existência e a equiparação entre médicos de medicina chinesa e os de medicina convencional no tocante a obtenção de licenças para o exercício da sua actividade. Isto reflecte-se até nas organizações dos profissionais de medicina no território, dificultando inclusivamente a formação de uma associação única que pudesse obviar aos problemas que se põem para a constituição de uma entidade do tipo da Ordem dos Médicos de Portugal.

Por tudo isso, não creio que se possa transportar, sem mais, os critérios da doutrina portuguesa a este respeito para Macau. Assim, se em Portugal, ao falar-se em tratamento ou intervenção medicamente indicada segundo o estado de conhecimento e da experiência da medicina, o jurista se deve manter estritamente dentro das fronteiras da medicina académica, em Macau terá de se fazer referência à *medicina legalmente autorizada e reconhecida como apta e idónea segundo as autoridades competentes*.

As fronteiras aqui são menos nítidas, maiores as zonas cinzentas e menos demarcados os limites entre a experiência médico-científica e o empirismo, a superstição o ritualismo e a própria fé. Ou seja, o trabalho do intérprete aplicador do direito torna-se mais árduo e espinhoso. Se se pode dizer, com COSTA ANDRADE, que “nada seguramente terá já a ver com a medicina o facto de um milagreiro colocar as mãos sobre um doente atingido por um cancro uma vez que aí já só se opera com categorias próprias da experiência da fé”, casos há em que não se pode distinguir com clareza as categorias dominantes. É o caso, por exemplo,

¹⁹ Fé aqui entendida, não apenas no sentido de crença religiosa mas também de crença ou confiança não raciocinada ou cientificamente comprovada.

dos tratamentos baseados em práticas milenares que a ciência ainda não convalidou ou, pelo menos, não conferiu o chamado “rigor científico”.

Tudo isto para demonstrar a impossibilidade de se encontrar, nesta matéria, respostas abstractas; aqui, no ordenamento jurídico de Macau, com problemas acrescidos. Terá de ser deixado ao intérprete aplicador do direito a tarefa hercúlea de saber, em cada caso individualizado, se houve ou não tratamento médico adequado, se houve violação da *leges artis* e, em suma, determinar até onde é que ainda se está dentro do conceito de tratamento médico como conduta atípica ou já se extravasou para o campo das ofensas à integridade física, porventura lícitas em virtude de um consentimento prévio, declarado ou presumido.

2. 3. Com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental — finalidade terapêutica.

A finalidade terapêutica é condição *sine qua non* para que um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica seja considerado como conduta atípica. Assim, não cabem dentro dos tratamentos ou intervenções médico cirúrgicos:

- a) As intervenções ou tratamentos de índole meramente experimental.
- b) As intervenções com finalidades cosméticas e a esterilização voluntária.

As intervenções de índole meramente experimental são aquelas que visam prosseguir finalidades científicas, procurando alargar os horizontes da ciência médica.

Por não prosseguirem uma finalidade terapêutica, isto é, por não terem como objectivo primeiro diagnosticar, prevenir ou debelar doenças que ameacem ou atingem o paciente, este aparece como um objecto e não como o beneficiário directo da intervenção. Como diz COSTA ANDRADE, citando SIEBERT, “a acção terapêutica caracteriza-se por visar, em primeira linha, um fim terapêutico concreto: a cura ou atenuação do sofrimento de um doente determinado. Pelo contrário, na experimentação humana o que aparece no primeiro plano é um interesse científico, por via de regra prosseguido no interesse da comunidade. Em conformidade, a pessoa sobre que recai a experiência humana terá de considerar-se não como um paciente mas como uma cobaia”²⁰.

Ora, como já se disse, à dignidade humana repugna a objectização do homem. Reconhecer a dignidade humana, e torná-la uma das bases de toda a organização política do Estado de Direito, significa considerar o homem não como um meio, mas sim como um fim em si mesmo.

²⁰ Costa Andrade, ob. cit. pág. 469.

No entanto, também aqui, existem as chamadas “zonas cinzentas” e indefinição de fronteiras. Assim, excluídos os casos extremos em que as intervenções tenham por fim unicamente a pura experimentação (que, como já vimos, estão totalmente fora do âmbito das intervenções médico-cirúrgicas tal como descritas no artigo 144º), outros há, em que é difícil determinar a finalidade dominante. De facto, além de já se ter referido que toda a intervenção médico-cirúrgica é, de certa forma, a repetição de uma experimentação, existem situações em que, mesmo que a intervenção médico-cirúrgica tenha intenção terapêutica, é manifesto o seu carácter experimental. É o que se passa, por exemplo, na aplicação pela primeira vez no ser humano de experiências laboratoriais apenas já tentadas em animais. O mesmo acontece ainda com os transplantes de alto risco e de probabilidades de sucesso altamente duvidosas²¹.

Assim, há que dizer com COSTA ANDRADE que, “a prossecução mais ou menos explícita de uma qualquer finalidade científica não é necessariamente incompatível com a subsunção do tratamento no conceito e no regime das intervenções médico-cirúrgicas. Pressuposto o primado do interesse terapêutico, não parecem subsistir razões dirimentes a contrariar a inscrição no regime do artigo 150º²², no nosso caso, do artigo 144º. Neste sentido, há que inserir no campo das intervenções médico-cirúrgicas aquelas actuações médicas em que, sendo a experimentação evidente, como por exemplo o caso referido da aplicação pela primeira vez no ser humano, de experiências laboratoriais ou em animal, ou os casos dos transplantes em que as probabilidades de sucesso são bastante baixos e que em cada um se aplicam novos conhecimentos, desde que aquelas se apresentem como a última hipótese para o paciente. Ou seja, quando as intervenções médico-cirúrgicas, se bem que com carácter marcadamente experimental, se apresentam como a única alternativa e como única possibilidade de salvar ou prolongar a vida do paciente. Como diz BOCKELMAN, citado por COSTA ANDRADE, quando a actuação médica “constitui o único meio para preservar a vida de um doente que, de outra forma, não poderá salvar-se de morte eminente”²³. Só com este entendimento se poderá dar ainda uma última hipótese ao doente e evitar os perigos da já referida medicina defensiva.

As intervenções médico-cirúrgicas com finalidades cosméticas e a esterilização voluntária são também, normalmente, afastadas do regime e do conceito de intervenções médico-cirúrgicas no sentido definido pelo artigo 144º do CPM, isto é, não são consideradas condutas atípicas.

De facto, nenhuma delas, *a priori*, visa finalidades terapêuticas, mas sim

²¹ Sobre este problema *vide* Paula Ribeiro de Faria, *Aspectos jurídico-penais dos transplantes*, UCP, Porto, 1995.

²² Costa Andrade, *ob. cit.*, pág. 469.

²³ Costa Andrade, *ob. cit.* e *loc. cit.* e Maria Paula Bonifácio, *ob. cit.* pág. 61.



de embelezamento exterior ou anticoncepcionais.

No caso das intervenções puramente cosméticas e de embelezamento exterior é de crer que devem ser afastadas do regime das intervenções médico-cirúrgicas previsto no artigo 144º do CPM. No entanto, convém não esquecer que, muitas vezes, as operações cosméticas podem, pelo menos em parte, servir para curar, ou para pelo menos minorar, lesões corporais ou perturbações psíquicas. Assim, sem falar nos casos em que as operações ditas cosméticas têm por fim superar deficiências ortopédicas, casos em que a sua finalidade terapêutica é irrecusável, outros casos há, em que determinado aspecto da aparência exterior de um indivíduo é susceptível de lhe provocar uma certa instabilidade psíquica que só a sua correcção poderá devolver-lhe essa mesma estabilidade. Cremos também que neste último caso estaremos em presença de uma intervenção médico-cirúrgica abrangida pelo artigo 144º do CPM. Neste sentido, afirmaremos com COSTA ANDRADE e ESER que, “deve afirmar-se a indicação médica sempre que a medicina plástica ou a cirurgia de reconstituição se destine à eliminação de deficiências e anomalias congénitas e adquiridas e cuja persistência signifique, pelo menos, uma perturbação espiritual. Mas já não poderá falar-se de finalidade terapêutica quando se trata apenas de uma alteração ou embelezamento da imagem exterior”^{24 25}.

Quanto a esterilização voluntária, é ponto em que não nos deteremos. Apenas diremos que é nossa convicção²⁶ que, para caber no artigo 144º, ela terá que ter única e exclusivamente finalidade terapêutica. Tudo o que for para além disso apenas pode ver a sua ilicitude afastada por virtude de um consentimento²⁷.

2. 4. Não haja consentimento eficaz do paciente

Tudo o que temos vindo a analisar até aqui prende-se com a delimitação do campo das intervenções médico-cirúrgicas como condutas atípicas. Pretendeu-se, ainda que de forma quicá atabalhoada, balizar a fronteira das actuações médicas que o Código Penal de Macau julgou adequado retirar do campo das ofensas corporais, porventura justificadas por um consentimento, para as considerar como condutas simplesmente atípicas. Trata-se, como vimos, da adopção da solução consagrada no Código Penal Português.

Assim, o que releva para a incriminação de uma intervenção médico-cirúrgica levada a cabo nos termos do artigo 144º do CPM, é, única e exclusiva-

²⁴ Costa Andrade, ob. cit., pág. 472.

²⁵ Assim, se se pode admitir como intervenção médico-cirúrgica para efeitos do artigo 144º o caso, do conhecimento do autor destas linhas, de um indivíduo que vivia obcecado, causando-lhe mesmo problemas a nível psíquico, pelo facto de ter um nariz exageradamente grande, o mesmo já não se pode dizer de uma extravagante senhora nos Estados Unidos que, querendo a todo custo assemelhar-se com as famosas bonecas “Barbie”, se sujeitou a 19 operações plásticas.

²⁶ No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica*, pág. 75.

²⁷ Para maiores desenvolvimentos, vide Costa Andrade, ob. cit., pág. 472 e segs.

mente, a falta do consentimento do paciente. O artigo 144º realiza a mera descrição de uma conduta que delimitará o campo de actuação do artigo 150º, também do CPM, este sim, uma conduta típica.

O artigo 150º do Código Penal de Macau, como já se disse, aparece no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, demonstrando-se assim, de forma inequívoca, que o bem jurídico que se quer tutelar é a liberdade pessoal, no caso a liberdade de cada indivíduo decidir e dispor do seu corpo e da própria vida, de acordo com a formulação de FIGUEIREDO DIAS. Como já vimos, trata-se de um direito reconhecido a cada pessoa, imediatamente decorrente do reconhecimento da sua própria dignidade como pessoa humana.

De facto, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, fundamentados precisamente nessa dignidade da pessoa humana, que é o que também lhes confere unidade, levou ao reconhecimento da autonomia dos cidadãos, ao reconhecimento de cada indivíduo como um centro de decisão e logo, livre de escolher aquilo que, no seu entender, é melhor para a sua pessoa.

No campo que nos interessa, isto manifesta-se na recusa do tradicional paternalismo médico e do privilégio terapêutico, da consideração do doente como um incapaz e da outorga ao médico, sem mais, do direito de escolher pelo paciente, mesmo que seja no seu próprio interesse. Ao invés, reconhece-se ao paciente o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, a sua livre determinação nesta matéria²⁸. Passou-se a entender que o doente não é um incapaz nem um “*infirmus*” ao qual se deve retirar a liberdade de decidir por ele próprio.

É esta a liberdade do paciente que o artigo 150º do CPM visa proteger. O direito penal de Macau reconhece essa liberdade como um bem jurídico digno da sua tutela. E essa liberdade realiza-se tanto com a aceitação da intervenção médico-cirúrgica medicamente indicada, como com a sua recusa.

Sendo assim, já se está a ver, que o consentimento a que se refere o artigo 150º do CPM não tem nada que ver com o consentimento referido no artigo 37º desse mesmo diploma. Neste artigo, trata-se do consentimento justificante que exclui a ilicitude. No artigo 150º trata-se, no entendimento da doutrina, de um acordo que exclui a tipicidade. Estando em causa o direito de dispor do próprio corpo, este direito realiza-se com o acordo.

No consentimento previsto no artigo 37º há sempre lesão do bem jurídico em causa. O que acontece é que esta lesão, por ser consentida, torna-se lícita. Diferentemente se passam as coisas no acordo previsto no artigo 150º. Havendo-o, não há lesão do bem jurídico tutelado mas sim a sua plena realização²⁹. Nas palavras de COSTA ANDRADE, que cita BENINCASA, “ não se trata do consentimento

²⁸ Guilherme de Oliveira, *O fim da Arte silenciosa...*, RLJ nº 3852, pág. 103.

²⁹ Costa Andrade, ob. cit., pág. 507.

numa lesão mas antes do próprio exercício do direito de liberdade, decidindo positivamente e por si mesmo, no que ao seu corpo respeita”³⁰.

2. 4. 1. O consentimento esclarecido — dever de esclarecimento.

O artigo 151º do CPM, preceitua 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 e 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 ofensa à saúde, física ou psíquica”.

Este artigo veio assim consagrar a doutrina do consentimento esclarecido e definir, ao mesmo tempo, aquilo que deve ser dado a conhecer ao paciente.

O consentimento para uma intervenção médico-cirúrgica deve ser livre e baseado no conhecimento e não ditado irremediavelmente pela ignorância e pela resignação. Por isso se impõe ao médico o dever de esclarecer o paciente sobre o diagnóstico e a índole, alcance e envergadura e possíveis consequências da intervenção para que ele, com base nisso, exerça o seu direito de autodeterminação em matéria da sua saúde.

Muito se tem escrito, principalmente na doutrina americana, sobre o problema do consentimento esclarecido e do que deve ser revelado ao paciente, demonstrando-se muitas vezes as dificuldades práticas deste esclarecimento, derivadas, nomeadamente, da linguagem hermética usada pelos médicos e de difícil compreensão para o paciente, da dificuldade ou mesmo impossibilidade de um médico expor a envergadura e consequências de um tratamento ou mesmo do perigo da hipervalorização, por parte do paciente, de determinadas consequências de um tratamento ou intervenção, sem falar das consequências negativas no doente do conhecimento do seu diagnóstico.

O direito penal de Macau positivou aquilo que considera essencial para a obtenção de um consentimento esclarecido.

Ao utilizar a fórmula “devidamente esclarecido”, a lei não se quer referir apenas ao facto de o médico dever prestar todas as informações devidas mas, fundamentalmente, ao facto de o esclarecimento dever ser prestado de forma compreensível e inteligível para o doente. Assim, impende sobre o médico que se propõe a realizar uma intervenção cirúrgica num paciente o dever de informá-lo do seu diagnóstico, do tratamento proposto, das probabilidades de êxito, dos riscos, dos efeitos colaterais, das alternativas ao tratamento proposto e das consequências de um não tratamento. O médico nunca deverá tomar uma atitude de confrontação ou de terrorismo para com o paciente, mas sim explicar-lhe, de forma simples e compreensível mas ao mesmo tempo rigorosa e objectiva, tudo

³⁰ Costa Andrade, ob. cit., pág. 508.



aquilo que seja relevante e que permita ao doente tomar uma decisão esclarecida³¹.

Como diz JOÃO ÁLVARO DIAS, “o consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico, em que ambas as partes trocam informação e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção. Se é certo que o doente necessita de conhecer certos detalhes elementares para decidir, com a objectividade possível, se pretende ou não submeter-se ao tratamento proposto, não é menos verdade que o médico tem necessidade de um leque substancial de informações vindas do doente, de molde a equacionar os riscos e benefícios que da sua intervenção podem advir”³².

Diz o artigo 150º, nº 3, que será punido o agente que, por negligência grosseira, representar falsamente os pressupostos do consentimento. Pretende-se assim proteger a autodeterminação do paciente contra a ligeireza do médico em interpretar determinadas atitudes do paciente ou determinadas situações como um consentimento. Obriga-se pois o médico a ter mais cuidado ou, se quisermos, os cuidados exigidos pela mais elementar prudência, ao considerar reunidos os pressupostos do consentimento. Viola esse elementar dever de prudência, por exemplo, o médico que, apenas pelo facto de um paciente se apresentar a uma consulta, julga estar implícito o seu consentimento para quaisquer tratamentos medicamente indicados, ou que não se preocupa em esclarecer devidamente o paciente quanto a um tratamento, julgando, sem que tivesse mínimas razões para o fazer, agir em conformidade com a vontade do paciente.

O legislador de Macau, ao dispor sobre o que deve ser o conteúdo da informação ao paciente, quis deixar claro quais as informações que devem ser prestadas, ou seja, que informações é que considera relevantes para a correcta formação da vontade do paciente. Assim, quanto a nós, ficam de fora as informações relativas aos custos e encargos financeiros decorrentes da intervenção médico-cirúrgica. Mas, por outro lado, cabe dentro do artigo 151º, todas as informações relativas às consequências da intervenção para a actividade profissional do paciente. Por exemplo, faltarão ao dever de esclarecimento o médico que não informa a um paciente, atleta profissional, que uma das consequências possíveis da intervenção é ele não poder voltar a exercer a sua actividade desportiva, ou a um cantor profissional, que poderá perder as suas faculdades vocais, etc.

Se tudo o que dissemos acima tem cabimento, os problemas põem-se na válvula de escape que a lei deixa ao médico, ao dispor: “salvo se isso implicar a

³¹ Como nos dá conta João Álvaro Dias, ob. cit., pág. 286, o Tribunal de Cassação em França encontrou uma fórmula bastante feliz para sintetizar tais preocupações: “o médico deve facultar ao doente uma informação simples, aproximativa, inteligível e leal que lhe permita tomar uma decisão”.

³² João Álvaro Dias, ob. e loc. cit.

comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à sua saúde, física ou psíquica”.

Trata-se de um problema assaz complicado e que põe o médico numa situação delicada. O que se torna óbvio, mas que se terá de afirmar, é que esta solução legal não pode resultar na colocação do médico numa situação de “preso por ter cão e preso por não ter”, ou seja, de poder vir a ser censurado ou mesmo punido tanto por dar informações como por não as dar.

Trata-se, todavia, de uma situação difícil ou mesmo impossível de resolver em termos abstractos. A omissão do dever de esclarecimento para o bem do paciente terá de ser apreciada em termos concretos. Terá de resultar do conhecimento que o médico tem do paciente, daquele dialogo de que falávamos acima como forma desse conhecimento, da gravidade do diagnóstico, etc., por forma a que o médico possa, conscientemente, avaliar as consequências das suas revelações no paciente.

A segunda parte do artigo 151º limita assim, em certas circunstâncias, a autonomia do paciente e concede ao médico o privilégio terapêutico. Reconhece que nem sempre o respeito pela autonomia do paciente deverá prevalecer sobre a saúde, a integridade física e mesmo a vida do paciente³³. Refira-se que, mais cauteloso ainda que o Código Penal Português quanto às informações a ser prestadas ao paciente, o Código Deontológico dos médicos estabelece que “um prognóstico fatal só pode porém ser revelado ao doente com as precauções aconselhadas pelo exacto conhecimento do seu temperamento, das suas condições específicas e da sua *indole moral*...”.

2. 4. 2. Consentimento presumido — “*in dubio pro vita*”

O nº 2 do artigo 150º do CPM dispõe que a intervenção médico-cirúrgica a que falte o consentimento não é punido quando:

- a) “[o consentimento] só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou saúde; ou,

³³ Elucidativas, quanto a este problema, são as afirmações de Geilen, citado por Costa Andrade, ob. cit., nota 118, que não resistimos a transcrever: “Deve o médico, cuja arte se apela para salvar vidas, devem os familiares, cuja preocupação suprema tem de ser preservar completamente o doente das influências prejudiciais, responder às perguntas deste com uma verdade que lhe pode precipitar a morte? Pode o mais decantado moralista chamar à mentira trevas e à verdade luz? Oxalá que no quarto de um doente dos olhos, depois de uma operação às cataratas dominem as trevas, já que a luz seria aqui a eterna morte dos olhos. De modo análogo se passam as coisas com a verdade. Quando a luz traz a morte, é um dever apagá-la”. E também a citação de Bockelman, criticando Kaufmann: “(...) quem jaz na cama de um hospital há-de, por certo, desejar ardentemente que o mantenham e confirmem na crença de que aquele não é ainda o leito da morte. Os heróis são – felizmente – poucos. Para os restantes de nós, a morte não é nunca um hóspede desejado. Mesmo o perito e conhecedor da matéria, uma vez chegado à situação de fronteira, deixa-se facilmente enganar”.



- b) tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde; e
- c) não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”.

Em primeiro lugar terá de se dizer que esta última parte [c)] vale para as duas primeiras alíneas, ou seja, ambas estas são cumulativas com a parte final do n° 2³⁴.

Essas duas alíneas cumuladas com a parte final do n° 2 consagram o consentimento presumido e aquilo a que podemos chamar o princípio do *in dubio pro vita*.

Assim, na impossibilidade de se obter o consentimento do paciente e não havendo indícios seguros que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado, o médico deverá tratar o paciente. Com isto, fica bastante limitado o campo de actuação da incriminação das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Pelo que temos vindo a dizer, é óbvio que não constitui crime por violação do dever de garante, o médico que se abstém de tratar um paciente que, conscientemente, se recusa a um tratamento indispensável para salvar a sua vida. Ou seja o médico nunca pode ser responsabilizado penalmente pela eutanásia passiva quando seja o paciente a recusar o tratamento. Muito pelo contrário, incorreria no crime de tratamento ou intervenção médico-cirúrgico arbitrário o médico que, desrespeitando essa recusa, tratasse o paciente.

O problema é, pois, o de determinar quais as situações em que, dependendo de um tratamento ou intervenção médico-cirúrgico a vida ou a morte eminente de um ser humano, um médico pode ser responsabilizado pelo crime de tratamento ou intervenção médico cirúrgico arbitrário.

De facto, presumindo a lei o consentimento quando não haja circunstâncias que permitam concluir com segurança que o tratamento seria recusado, fica reduzido ao mínimo a possibilidade de punição do médico por tratamento médico-cirúrgico arbitrário, pois dificilmente será possível obter essa segurança de um paciente inconsciente e à beira da morte, e difícil, ou quase impossível, será a prova da verificação dessas circunstâncias. A punição do médico ficará quase que reduzida ao desrespeito pela recusa actual, expressa e em consciência, de um paciente a um tratamento indispensável para a sua vida ou saúde³⁵.

Assim, mesmo nos casos em que o paciente já tenha manifestado por diversas vezes a sua relutância em se sujeitar a tratamento médico-cirúrgico, ou

³⁴ Algo, aliás, deixado bem claro pela apresentação gráfica deste artigo.

³⁵ Costa Andrade, ob. cit. pág. 457.

nos casos em que exista declaração prévia, por escrito, do paciente manifestando um dissentimento em relação a qualquer intervenção ou tratamento médico-cirúrgico, mesmo nesses casos dizíamos, é difícil, ou mesmo impossível, determinar com segurança que, naquele preciso momento, o doente, no mais profundo do seu ser, inacessível para quem o rodeia, não deseja que apareça uma mão salvadora a livrar-lhe da morte que lhe escancara as suas portas.

É que, tem que se reconhecer, é relativamente fácil a alguém, em nome de valores por ele considerados mais altos, valores esses ditados pela sua fé ou pela sua consciência, manifestar com toda a seriedade e convicção a decisão de não se sujeitar nunca a um determinado tratamento ou intervenção médico-cirúrgica de que não carece imediatamente (por exemplo, uma transfusão de sangue para uma testemunha de Jeová); mas será consideravelmente mais difícil manter essa mesma decisão convicta, quando se está perante a situação dramática de ser aquele tratamento o único e indispensável meio de evitar a morte eminente. Como alguém já disse, os heróis são felizmente, poucos e, recordemos, os próprios textos bíblicos põem na boca de Jesus, um ser divino, a exclamação de desespero, entre suores de sangue, ante a aproximação da sua paixão e morte: *Pai, afasta de mim esse cálice*.

Essa impossibilidade de se concluir com segurança que o paciente recusaria o tratamento ou intervenção médico-cirúrgico leva que um médico não seja, sem mais, punido com o crime de intervenção médico-cirúrgica arbitrária mesmo naqueles casos em que tudo indica, *a priori*, que o consentimento seria recusado.

Considerem-se, por exemplo, os casos referidos por COSTA ANDRADE, de suicídios acompanhados de testamentos do paciente. Como diz este ilustre Professor, “não pretende, naturalmente, recusar-se ao paciente a possibilidade de, enquanto consciente, proferir declaração de oposição ao tratamento para vigorar na fase de inconsciência que eventualmente venha a ocorrer. O que não pode é desatender-se o tempo que medeia entre a declaração (consciente) de oposição ao tratamento e o momento (já de inconsciência) em que o problema do tratamento se coloca, seguramente o tempo mais denso da experiência humana e com as repercussões mais profundas e determinantes sobre o ser³⁶. Assim, ainda segundo COSTA ANDRADE e com ele a doutrina maioritária, aos testamentos do paciente não se pode atribuir mais do que um valor meramente indiciário e nunca vinculativo, ao ponto de conduzir à responsabilidade penal, sem mais, do médico que os viola.

No caso dos grevistas de fome põem-se os mesmos problemas do suicídio. Enquanto o grevista, mesmo em eminência de morte ou de grave risco para a sua vida, recusa alimentação ou tratamento sucedâneo, o médico deve abster-se de o tratar ou alimentar. Mas, também aqui, não se poderá responsabilizar, sem mais,

³⁶ Costa Andrade, ob. cit., pág. 457.



o médico que trate um indivíduo em greve de fome quando encontrado num estado de inconsciência. Também aqui, a abstenção de tratamento por parte do médico só deve acontecer quando se possa concluir com segurança que o doente o recusaria, segurança essa que, como já dissemos, é difícil de se obter e, muito mais, de se provar.

Quando o consentimento tenha sido dado para uma intervenção e se vier a realizar outra diferente, fundamental para que não se possa responsabilizar o médico por intervenção médico-cirúrgica arbitrário, é que esta tem que se revelar imposta pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde. Cremos que a expressão legal “imposto”, refere-se não só a sua necessidade e adequação, como a sua urgência e inadiabilidade. Isto é, aos casos em que não seja meramente conveniente a realização da intervenção diferente, mas sim que seja impossível adiá-la para a obtenção do respectivo consentimento, ou em que esse adiamento for susceptível de causar grave perigo para a vida, corpo ou saúde do paciente. E, quanto mais melindrosa for a intervenção e quanto maiores forem as suas possíveis consequências, mais imprescindível se torna a verificação da inadiabilidade e urgência de intervenção diferente da que foi consentida. Isto, é claro, desde que não existam circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

O problema do consentimento põe-se também em termos bastante complexos nos casos em que inexiste a capacidade para o fazer. Também aqui os problemas se põem com maior complexidade quando haja recusa do tratamento do incapaz por parte dos representantes legais. Sem nos alongarmos neste ponto diremos que o que o artigo 150º do CPM visa proteger é a autodeterminação pessoal, é a liberdade de dispor do próprio corpo e da própria vida, não do corpo e da vida de terceiros ainda que dependentes ou sob a tutela de outrem. Assim, cremos nós, que o representante legal não tem liberdade para dispor da vida e do corpo do seu representado.

O artigo 37º do CPM diz que o consentimento só é eficaz se for prestado por maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. Não querendo dizer que se devam aplicar, no caso do consentimento ou acordo para as intervenções médico-cirúrgicas, os mesmos requisitos para o consentimento como causa de afastamento da ilicitude, nomeadamente a idade mínima de 14 anos, este pode no entanto servir de um critério ou indício para o intérprete aplicador do direito. Se um menor, no uso da razão e capaz de compreender o sentido e alcance dos seus actos, se recusa a um tratamento após o devido esclarecimento, cremos que a sua vontade deve ser levada em conta.

Nos casos de tratamentos de urgência para salvar a vida do menor, interdito ou inabilitado, sempre se poderá dizer que valerá aqui também o princípio do

in dubio pro vita e nem se precisa de justificar a actuação médica com o exercício de um direito. Nos demais casos, sendo verdade que não se poderá deixar tudo ao critério do médico, também é verdade que, como já dissemos, a liberdade protegida pelo artigo 150º é uma liberdade pessoal, não para decidir relativamente a terceiros, logo extravasa, pelo menos em alguns casos, o âmbito da representação legal. Se a opinião destes deve ser levado em conta, a sua vontade pode e deve ser ultrapassada, nomeadamente, com uma medida tutelar do tribunal.

Com tudo isto, temos que o legislador penal teve muitas cautelas quanto à punição dos tratamentos ou intervenções médico-cirúrgicas arbitrários.

Cautelas de que ainda uma outra manifestação o facto de ter deixado ao atingido na sua liberdade pessoal a decisão de ser ou não instaurado procedimento criminal contra o médico. Trata-se de um crime que a doutrina portuguesa designa como semi-público ou semi-particular, isto é, de crime que, para que o Ministério público tenha legitimidade para acusar, precisa de ser integrado por uma denúncia do particular³⁷.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVARO DIAS, João — *Culpa médica: algumas ideias força*, in “Revista Portuguesa do Dano Corporal”, Novembro de 1995.
- ÁLVARO DIAS, João — *Procriação Assistida e Responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 1996.
- COSTA ANDRADE, Manuel da — *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Limitada, 1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge e SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira — *Responsabilidade Médica em Portugal*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 332, Lisboa, 1984.
- GUILHERME DE OLIVEIRA — *O fim da ‘Arte silenciosa’*. *O dever de informação dos médicos*, in “Revista de legislação e jurisprudência”, nº 3852.
- KENNEDY, Ian — *Treat me right*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- MAIA GONÇALVES, M. — *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 9ª Edição, Almedina, 1996.
- MCLEAN, Sheila e MAHER, Gerry — *Medicine, morals and the law*, 1986.
- RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula — *Aspectos jurídico-penais dos transplantes*, Edição da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995.

³⁷ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, pág. 120.