



RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO


Centre de
Direito Biomédico

1 2 9 0

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Em
-nifes-
so de
o lucro
quela,
inten-
como
numa
gando
na sua
mento
o pos-
nações
ens ju-
e sinta
ico pe-
decido
ecanis-
pa pelo
cebola.
petição
minha
ei-os e
empre,
io Jean

Para o Doutor João Vaz Rodrigues
cuja participação muito espe-
cial e aprofundada, deixando
a saúde, íntima e pos-
sibilidade.

É a grande estima de
Jorge Sinde Monteiro

Coimbra, 27 de Junho de 2008

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

C O O R D E N A Ç Ã O

André Gonçalo Dias Pereira

Filipe Miguel Albuquerque Matos

Javier Barceló Domenech

Nelson Rosenvald

P A R T I C I P A N T E S

Albert Ruda González

André Gonçalo Dias Pereira

António Pinto Monteiro

Cláudia Monge

Eduardo Dantas

Eugenio Llamas Pombo

Filipe Albuquerque Matos

Graziella Trindade Clemente

Javier Barceló Domenech

João Pinto Monteiro

João Carlos Loureiro

João Vaz Rodrigues

Luís Duarte Baptista Manso

Mafalda Miranda Barbosa

Maria Inês Oliveira Martins

Maria Paz García Rubio

Miquel Martín-Casals

Nelson Rosenvald

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Paula Francesconi de Lemos Pereira

Paulo Mota Pinto

Rui Miguel Prista Patrício Cascão

Rute Teixeira Pedro

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE
DIÁLOGO COM O PROF. DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

FICHA TÉCNICA

Coordenação

André Gonçalo Dias Pereira
Filipe Miguel Albuquerque Matos
Javier Barceló Domenech
Nelson Rosenvald

Propriedade

Centro de Direito Biomédico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdb@fd.uc.pt
www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Imagem da capa

S. Cosme e S. Damião; Garcia Fernandes; 1525-1531; MNMC 2540

Execução gráfica

Ana Paula Silva

Impressão

Simões & Linhares, Lda

ISBN

978-989-9075-00-9 (eBook)
978-989-9075-06-1 (livro impresso)

Depósito Legal

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
Prefácio	xi

1.ª PARTE

PRESSUPOSTOS E LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE

André Gonçalo Dias Pereira ALGUNS CONTRIBUTOS DA OBRA DO DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE.....	1
António Pinto Monteiro EXCLUSÕES DE RESPONSABILIDADE NA ACTIVIDADE MÉDICA..	33
Cláudia Monge RESPONSABILIDADE MÉDICA EM HOSPITAIS PÚBLICOS E EM HOSPITAIS PRIVADOS	59
Eduardo Dantas REVISITANDO “A RESPONSABILIDADE POR CONSELHOS RE- COMENDAÇÕES OU INFORMAÇÕES”: TRÊS DÉCADAS DE EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SEU IMPACTO NAS ATIVIDADES DE SAÚDE	83

Filipe Albuquerque Matos

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA DA CULPA 101

João Vaz Rodrigues

O ABISMO DO DESESPERO DA RESPONSABILIDADE
EM MEDICINA: NÃO^(?) É NÃO!? — REVISITAÇÃO AO
DISSSENTIMENTO..... 141

José Ramón de Verda y Beamonte

RESPONSABILIDAD CIVIL: OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y
OBLIGACIÓN DE RESULTADO (LA EXPERIENCIA JURÍDICA
ESPAÑOLA RESPECTO A LA CIRUGÍA ESTÉTICA) 193

Mafalda Miranda Barbosa

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CAUSALIDADE FUN-
DAMENTADORA E CAUSALIDADE PREENCHEDORA DA
RESPONSABILIDADE. IMPUTAÇÃO OBJETIVA..... 215

Nuno Manuel Pinto Oliveira

PRESCRIÇÃO NA RESPONSABILIDADE MÉDICA..... 237

2.ª PARTE

COMPENSAÇÃO DO DANO E ATOS EM SAÚDE

Eugenio Llamas Pombo

FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS Y SALUD
MENTAL..... 259

João Pinto Monteiro

OS CUSTOS DO DESCONHECIDO: A MEDICINA DEFENSIVA
COMO RESPOSTA À INTERNALIZAÇÃO
DE UMA EXTERNALIDADE 275

Maria Inês Oliveira Martins

SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A PROTECÇÃO SOCIAL..... 291

Maria Paz García Rubio

APUNTES COMPARATIVOS HISPANO-PORTUGUESES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD317

Miquel Martín-Casals

LA TRIPLE RACIONALIZACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL O "BAREMO" 341

Nelson Rosenvald

O DANO-MORTE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, PORTUGUESA E OS VINDICATORY DAMAGES 363

Rui Miguel Prista Patrício Cascão

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE E SISTEMAS NO-FAULT DE RESSARCIMENTO DO DANO IATROGÉNICO 393

Rute Teixeira Pedro

A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — UMA BREVE VISÃO PANORÂMICA NO FIM DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI 413

3.ª PARTE

CASOS ESPECIAIS DE RESPONSABILIDADE EM SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS

Albert Ruda González

EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO — REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO "AFFAIRE DU SIÈCLE" EN EL MARCO DE LA

LITIGACIÓN CLIMÁTICA..... 435

Graziella Trindade Clemente

RESPONSABILIDADE CIVIL, GENÉTICA E RISCOS DESCONHECIDOS 457

Javier Barceló Domenech

DANOS A LA SALUD DE LOS HIJOS MENORES POR NEGATIVA DE LOS PADRES A SU VACUNACIÓN: ¿UN NUEVO CASO DE RESPONSABILIDAD CIVIL? 479

Luís Duarte Baptista Manso

REVISITANDO AS ACCÇÕES DE “WRONGFUL LIFE”: PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E “SELECTING FOR DISABILITY” – PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS 499

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 519

Paulo Mota Pinto

AINDA A INDEMNIZAÇÃO POR “NASCIMENTO INDEVIDO” (WRONGFUL BIRTH) E “VIDA INDEVIDA” (WRONGFUL LIFE) .. 541

Wlademir Paes de Lira

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DOS FILHOS NASCIDOS ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA CONHECEREM SUA ORIGEM GENÉTICA.... 577

Posfácio

João Carlos Loureiro

SÃO COSME E SÃO DAMIÃO, SAÚDE(S) E RESPONSABILIDADE(S)
ALGUMAS NOTAS EM REGISTO DE POSFÁCIO 603

O ABISMO DO DESESPERO DA RESPONSABILIDADE EM MEDICINA: NÃO (,) É NÃO!?

REVISITAÇÃO AO DISSENTIMENTO¹

JOÃO VAZ RODRIGUES*

* Prof. auxiliar na Universidade de Évora · Escola de Ciências Sociais
Orcid: 0000-0001-7898-0000 · Mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com

¹ A expressão dissentimento — encontra-se aqui como o *negativo* do consentimento, sentido em que vi já o termo utilizado por Jorge FIGUEIREDO DIAS, cf. *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra Ed., 3.^a ed., 1987, p. 428, nota 28, bem como por Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971 (reimp), pp. 19 e 25 — foi introduzida por José de FARIA COSTA para apelidar um modelo cuja aplicação foi traçada para a matéria das transplantações (cf. *O valor do silêncio do legislador penal*, in *Transplantações, Colóquio Interdisciplinar, Public. do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 3, Coimbra, 1993, pp. 125 e ss.). Tomem-se ainda em consideração, entre outros, Nuno Manuel PINTO DE OLIVEIRA, cf: *O Direito Geral de Personalidade e a 'Solução do Dissentimento'*, CDBM da FDUC n.º 5, Coimbra Editora, 2002; e André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, CDB da FDUC, n.º 9, Coimbra Ed., 2004, pp. 501 e ss. Esta noção, segundo creio, pode ser ampliada para abarcar toda a declaração informada e esclarecida mediante a qual se recusa a prestação de um tratamento médico proposto, ou já iniciado (revogação). Em sentido mais amplo, até por ser *problematizante*, cf. Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na confirmação do seu regime*, Teses, 5, FDUP, Coimbra Ed., 2004, de onde destaco os textos de pp. 867 a 883.

Resumo: Aprendemos desde tenra idade que não é não. A medicina, porém, nutre uma obsessiva prática beneficente, tão logo se lhe reconheça alforria científica. Queira-se ou não, este imperativo categórico consiste em *trespassar* um paciente vivo. Os profissionais de saúde são naturalmente conservadores, assim como os juizes e o legislador. Mudanças importantes exigem crises, e essa fratura epistemológica acontecerá com um inequívoco conceito de *leges artis* que inclua expressa e radicalmente tanto o consentimento quanto a recusa com esclarecimentos. E são realidades diferentes a pedir diferentes posturas. Ignorar isto é enganar todos, endossando a confiança médica para o vetusto anedótico, mas perigoso cinismo, das lições de William Taplin para profissionais de saúde (*Labirinto de Esculápio*: século XVIII). Taplin, charlatão, adverte o médico que curar pacientes é completamente irrelevante para o sucesso: o que importa é a imagem certa. 'Mostra sabedoria; fala pouco, esse pouco que seja incompreensível, mostra-te apressado, adapta-te à categoria dos pacientes: o que vai desde a ostentação pomposa, à humildade, quase servil' (*apud Wootton, Bad Medicine, 296*).

Palavras-chave: Consentimento informado; recusa esclarecida; *leges artis*; responsabilidade médica.

Abstract: We, from an early age, know that no means no. Medicine, however, has an obsessive goal of doing good, as soon as recognized science allows, even if we do not want it (we must remain alive). Health professionals are naturally conservative, as judges and legislators also are. Major changes require crisis, and this epistemological fracture will happen with one concept of *leges artis* that radically includes both informed consent and enlightened refusal, as different realities as they are. Ignoring this will deceive everyone, endorsing medical trust to the old anecdotal, but dangerous, cynicism of the William Taplin's eighteenth century lessons for medical practitioners (*Aesculpiian labyrinth*). Taplin advise any sort of medical practitioner that curing patients is completely irrelevant to success: what matters is the right image. 'look wisdom; speak little', incomprehensible, be in a hurry, adapt yourself to the rank of your patients (from pompous personal ostentation, to the meanest and most contemptible servility). (*apud Wootton, Bad Medicine, 296*).

Keywords: Informed consent; enlightened refusal; *leges artis*; medical liability.

«Porque a sua carta define maravilhosamente aquilo que eu sinto. É o médico expondo ao cliente toda a engrenagem minuciosa da sua enfermidade. E como nos conforta sempre sabermos-nos compreendidos, a sua carta me confortou. Feriu sobretudo o meu amigo, notas que eu nunca esquecerei. E esta particularmente: 'A família, para essa doença, não é o antídoto, mas a cama.' Como isto é bem verdade, como tantas vezes, sem o exprimir, o tenho sentido!...»

Mário de SÁ CARNEIRO²

Concordo com a ideia de que o ensino à distância acelerou vertiginosamente com Gutenberg, em torno dos meados do II milénio, com essa plataforma que é a Imprensa. Uma chapelada grata ao útil, endereçada à edição com novas plataformas pelo Instituto Jurídico da FDUC.

Explico-me: o presente texto, estruturado em um primeiro momento para finalidades pedagógicas, vai, na sua simplicidade, endereçado a homenagear um Mestre, o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, cujo ensino 'à distância' me influenciou muitíssimo, exatamente pela forte componente da sua obra e pensamento científico em benefício da responsabilidade civil médica. Fora do exercício forense, a questão que fui abordando situei-a em um pano prévio, é certo, mas trata-se de tecido que só faz sentido se for útil para o propósito de guardar o corpo e servir a alma. No campo do Direito, a densidade axiológica terá de ter projeção na responsabilidade, na materialização de uma Ética da Responsabilidade. E a consciência desta realidade e desta necessidade encontrei-a nos inúmeros estudos que, desde logo, emanam ainda antes dessa obra fulcral de 1989, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações* (valiosíssima Dissertação de Doutoramento, de onde me imponho apontar como ex.º, iluminação *in illo tempore*, tal como hodiernamente, como um nó prévio de reflexão, as pp. 272 a 276, sem esgotar, evidentemente); a saber, do *Relatório sobre Responsabilidade Médica em Portugal* (BMJ n.º 332, 1984). Os estudos foram multiplicando-se na área do Direito da Saúde e da Medicina até aos nossos dias e nestes. Assim, cimentou (também

² Cf. *Cartas a Fernando Pessoa*, I (Prefácio de Urbano Tavares Rodrigues), Ed. Ática, Lisboa, 1973, p. 33.

com Jorge Figueiredo Dias) o que veio a ficar cunhado na doutrina e jurisprudência como um princípio da plenitude do ordenamento jurídico médico, a que não foi nada estranho outro Mestre: Guilherme de Oliveira. Este filão, aqui sobretudo epistemológico, veio contribuir para uma autonomia disciplinar ao magnetizar aspetos disciplinares vários, muitos eventos relevantes, e, especificamente várias linhas novas de Ciência.

O Doutor Sinde Monteiro nunca deixou de desafiar frutuosas colaborações científicas escritas. Neste campo mais amplo, e para não ferir injustamente destacados cientistas, endosso apenas para a valiosa bibliografia do Professor (pública e notória), de onde resulta um traço singular: uma colaboração consagrada de AA em muitas centenas de páginas, tuteladas, sobre esta matéria.

Ao exemplo que antecede acrescento, com gratidão, todo o benefício recebido e aprendido nas tarefas que prosseguimos na Direção do Centro de Direito Biomédico. Aqui, a convivência com o Doutor Sinde Monteiro mostrou-me o cientista e o cavalheiro: a genuína cortesia do sábio que corrige sem ferir, semeando ou plantando no cérebro do aprendiz, como se pertencesse a este, a simplicidade de uma solução com que dissolveu o problema que se afigurou mais intrincado a quem o interpelou. Além da sua inteligência superior, distribui como quem respira a sua vastíssima cultura, uma atuação plena de cuidados, de generosidade, de prudência e de tolerância, entre os muitos outros adjetivos que merece. Penso que o elogio o incomoda, e, por isso não prossigo. Registo apenas o penhor da minha estima e de uma admiração sem fim.

Articulado da revisitação: 1 | O Drama | 2 | O problema: quando a vontade se revela 'birra' | 3 | Os estatutos da liberdade e da autonomia: jugo e salvação | 4 | O milagre da vontade relevante | 5 | Partes de um todo ou um todo em partes? | 6 | Modalidades da recusa: inicial | 7 | Modalidades da recusa: ulterior (revogação) | 8 | Adeus ao paternalismo!? | 9 | Modalidades da recusa: outro eixo, a recusa total e a recusa parcial (alternativas). Uma primeira abordagem | 10 | Modalidades da recusa: total e parcial. Termos específicos | 11 | O segredo da recusa: | 12 | Um problema entre problemas: esclarecimento certificado como integrante das *leges artis* | 13 | A recusa: uma das primeiras 'cautelas' do legislador em matéria de proteção da autodeterminação em Direito da Medicina | 14 | Modalidades da recusa: as diretivas antecipadas de vontade | 15 | Outro problema entre problemas: a recusa no campo do esclarecimento (para a autonomia e terapêutico). O direito a não saber | 16 | Justificação conclusiva: o teste da recusa (antecipação) | 17 | Sempre o esclarecimento: mais alguns problemas | 18 | O esclarecimento especialmente reforçado

no campo da recusa | 19 | Modalidades da recusa: recusa posterior suspensiva, com termo ou com alternativa | 20 | Declarações escritas de recusa | 21 | O teste intelectual da recusa | 22 | Uma contribuição para o incremento da literacia e da saúde individual e coletiva | 23 | A literacia, o discernimento e a capacidade formal de exercício. Os menores | 24 | Conclusão.

1 | O drama:

A mitologia nórdica antiga, como a generalidade das demais, construiu Deuses e fábulas a que sempre se dedicaram as comunidades para resolver os problemas intrincados. Nem sempre a solução funcionou, claro está. Odin, o Deus dos Deuses, é a demonstração disso: amigo da morte, senhor da guerra, teve o domínio das doenças, da salvação de corpos e de almas, da sorte e do azar, do dá e tira; em suma: foi, a um tempo, divino e trapaceiro. Terá sacrificado um olho pela sabedoria. Este preço alto da ambição e do labor persiste: a cegueira pela intensidade da luz. De quando em vez lá se distraiu, e terá sido assim que deixou escapar a poesia e a esperança para os seres humanos. Com estas virtudes, aprendemos a dizer o que queremos e o que não queremos, até nas medidas confluentes. É sobre último parágrafo, quando pensado sobre os direitos e deveres de profissionais de saúde e dos pacientes, que me atrevo a desafiar releituras e a ampliar cogitações.

2 | O problema: quando a vontade se revela 'birra'.

Já se sabe que a essencialidade dos problemas relacionados com a vontade relevante reside fundamentalmente em três momentos da vida individual, sempre sob imperativos. O primeiro, no arco de tempo em que nada sabemos, mas devemos (radical: *temos de*, diria Ortega) aprender a saber (menoridade). O segundo, no arco de tempo em que já sabemos que julgamos saber, e somos responsáveis pela ignorância ou, ao menos, pela diligência (maioridade com capacidade de exercício). No terceiro arco de tempo, quando procuramos recordar as ignorâncias que pensámos saber e devemos saber para nos mantermos com capacidade de exercício (decisões mais ou menos acompanhadas ou em risco de serem substituídas). Existem zonas cinzentas, todavia, em regra, o empecilho da ignorância tem terapia na intervenção de terceiro ou terceiros que nos

ajudam a decidir ou decidem por nós. São as *tutelas*: parentais, técnicas, de diretivas relevantes, judiciais, etc.

2 § 1.º | Os seres humanos estão vocacionados para uma projeção sócio comunitária solidária significativa (*asabiyyah*), como ensinou Ibn Khaldun, antecipando logo no séc. XIV a sociologia eurocêntrica, e, padecemos os paradoxos das opções, das escolhas, como aponta Barry Schwartz. Este oxigénio é alteridade com autonomia misturada.

3 | Os estatutos da liberdade e da autonomia: jugo e salvação.

Por que *carga d'água* se torna necessário alterar um texto constitucional por forma a dar guarida inequívoca à prévia normação que permite adotar medidas compulsivas que carecem de soluções que se formulam evidentes? Ao menos, aparentemente. Vejam exemplos: as medidas médico medicamentosas tidas por adequadas a um ser humano afetado por doença contagiosa, estão estritamente dependentes da sua vontade? Mesmo quando coloquem em risco o património ou saúde do próprio ou de outros? O reduto axiológico fundamental impõe cautelas, mesmo onde a mera intuição nos convence existir bondade. A privação da liberdade, mais ou menos radical, surge com evidência a reclamar tributo e justificados receios e divergências.

3 § 1.º | Fará sentido persistir na senda germânica perante os especiais cuidados em matérias mais sofisticadas, como são as necessárias para que o corpo humano que se vai vitalmente a exaurir, sirva para, em tempo útil, fornecer órgãos, tecidos ou demais material genético que servem outros, carenciados, ou a Ciência?

3 § 2.º | Se a condição humana é o resultado de uma projeção individual nos demais 'conviventes', forçosamente comunitária, parece pedagógico que a organização da ou das comunidades se não *atreva* —no estado civilizacional em que todos estamos— a deixar de encontrar uma justificação legitimadora para emprestar um "mandamento da força" (Ferreira da Cunha) em que resulta o Direito, ao sacrifício de faces do caleidoscópio da dignidade individual, que o justificam. Assim se coloca em persistente debate, eventualmente em rota de colisão, o reduto individual e as suas limitações.

3 § 3.º | Está o ser humano profundamente dependente, desde que é concebido até para lá do decesso (onde —ao modo do Xintoísmo, de clã, ou, mais elaborado: de reintegração— ainda vê respeitados corpo e memória), mas não ousa bulir a comunidade em que vive, sem colocar-se

a exigência prévia de recolher-lhe uma vontade expressa ou de se pôr a pensar qual seria uma vontade aceitável pelo próprio, segundo os inúmeros modelos disponíveis pela inteligência. Ou mesmo, como justificar a desnecessidade de ponderar esta vontade hipotética. É espantoso.

4 | O milagre da vontade relevante.

Mas que vontade? Damos toda a atenção ao consentimento como requisito —e ainda bem— e esquecemo-nos logo de esmiuçar o momento antecedente, o da recusa em muito do que não seja o esclarecimento que certifica a necessidade de informação prévia. Se preciso de consentimento é porque, sem este 'sim!', não posso fazer o que pretendo, certo? Quando pensamos nesta evidência, lá nos ocorre um 'estalo de Vieira' (um milagre em homenagem à Sr.^a das Maravilhas que, vai para cerca de 400 anos, terá bafejado as dificuldades do jovem estudante, futuro Padre, António Vieira, no Colégio Jesuíta em Salvador da Baía de Todos os Santos).

4 § 1.º | Após a cefaleia do estalo, vislumbro (vislumbramos?) ainda com espanto que é a recusa que permite a liberdade de mudar de opinião, de mudar o rol das prestações (fora da regra contratual: *pacta sunt servanda*, a submissão ao contrato feito, com que nos habituámos a reger em termos éticos e ensinamos os nossos...). Em rigor, podemos levar a recusa a um expoente nada habitual ao 'mundo dos negócios', como se verá. Isto do exercício da medicina (e não só) permite negócio, mas não deve ser um negócio. Não é a fonte inspiradora.

4 § 2.º | Na verdade, a atividade médica é o resultado da *construção* de uma ou mais *propostas* de atuação em sentido positivo ou negativo, com que é/são confrontado(s) aqueles que a(s) suscita(m), seja por necessidade, própria ou alheia e aqui adentro, específica ou geral, seja por mero desejo ou conveniência. Juridicamente, ensina a boa doutrina (Geraldo Rocha Ribeiro e Guilherme de Oliveira), pouco importa estar a qualificar 'à peça' ou 'às fatias' se são contratos ou atos jurídicos; estes regem-se pelas normas daqueles onde se imponha tutela do Direito (cf. art. 285.º do CCiv). E ensina André Dias Pereira (e não está sozinho, no esteio de Jorge Sinde Monteiro) que existe responsabilidade civil à espreita para quem faça descaso negligente das boas regras de conduta médica, causando danos, cuja relação ainda se situe em esfera ilícita, até exatamente do acréscimo de risco da responsabilidade (esfera do risco), intolerável, que viabilize uma conexão (uma imputação, como convém e aponta Mafalda Miranda Barbosa) que convença o Tribunal. É o ponto

de crise onde se ganha ou perde a licitude, mesmo no céu ou no inferno das boas intenções. Mas, chegado aqui, impõe-se escrever um alerta: — juristas e profissionais de saúde não encontram os mesmos conceitos nas mesmas expressões. Desde logo, essencial ao tema, o sentido e alcance de *leges artis*, de onde decorre a necessidade de averiguar se existiu uma preterição dos deveres objetivos do lesante, profissional de saúde. A confirmar-se a síncope da esfera de risco (*vg.* sem que o lesado a reduza ou justifique), poderemos prosseguir para o exercício judicativo que ajuste o que seria um dano evitável pelo cumprimento do correto agir médico. A diligência que os profissionais de saúde entendem ser-lhes exigível uma responsabilidade judicial (em sentido amplo) é a que resulte objetivamente da natureza do próprio ato médico (*rectius*: termos técnicos ditados), tomando em consideração as condições das pessoas do tempo, do modo e do lugar (Jorge Costa Santos). Já as *leges artis* que tomo aqui por referenciais comportam o que acresce de tal modo que se determinem os direitos absolutos decorrentes da dignidade. Assim, a natureza do ato médico tem de entrar na esfera da licitude, pelo que as *leges artis* comportam ainda os deveres, cujo respeito, conjugado no gerúndio, viabilize o exercício da possibilidade de optar esclarecidamente em determinar-se uma pessoa a facultar a sua esfera físico-psíquica a uma invasão, a uma ofensa consequente. Voltarei a esta questão.

4 § 3.º | A bondade das motivações técnico-profissionais, por um lado, e a necessidade de quem se encontra *fora* das condições físico-psíquicas prévias (dando por adquirido que me refiro às condições possíveis ideais de um determinado indivíduo no momento do porvir em que se encontra), por outro lado, pressionam o paciente (ou um terceiro, no caso da ação médica visar o benefício alheio) para a aceitação da intervenção³. Esta é a busca do 'templo' perdido/desejado da Saúde. O guião do melhor filme do Mundo. Onde o espelho declinado reflete todas as realidades (Manuel Silvério Marques).

³ Por todos, cf. Guilherme de OLIVEIRA, *Temas do Direito da Medicina*, CDBM da FDUC, I, Coimbra Ed., 1999, pp. 59 e ss., e 91 e ss.

5 | Partes de um todo ou um todo em partes?

É assim tão evidente? Dizem alguns: «A própria expressão *consentimento informado* sugere muito mais a expectativa de os pacientes aceitarem ser tratados do que a de declinarem o tratamento»⁴. Esta asserção decorre de uma premissa anterior, a não ser esquecida: a de que a prestação médica se oferece como uma prestação adequada ao seu desiderato, que é *proposta* pelo profissional de saúde, atendendo ao *estatuto* do proponente (conteúdo funcional profissional) e ao quadro de intervenção.

5 § 1.º | Devo deixar explanado que os tempos ditaram a inserção de muitas dúvidas ao excursus, segundo o qual, a intervenção dos profissionais de saúde não se demonstra equivalente perante a indicação técnica de um desequilíbrio da saúde a debelar ou em casos de intervenção tida por supérflua ou de mera vaidade⁵. Se os primeiros enquadraramen-

⁴ Cf. APPELBAUM *et al*, APPELBAUM, Paul S., LIDZ, C., MEISEL, A) *Informed Consent — Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford, 1987, p. 190.

⁵ Penso na esterilização pura ou na cirurgia estética destinada a inverter o decurso do tempo ou a preencher as aspirações individuais de satisfação narcísica.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, e a subsequente regulamentação necessária, será possível adicionar a estes exemplos um outro novo: a cessação voluntária da gravidez, por opção exclusiva da mulher, se realizada nas primeiras 10 semanas da concepção (cf. a al. e) aditada ao n.º 1 do art. 142.º do CP). Isto com as demais condicionantes previstas no Diploma (intervenção realizada por médico; em estabelecimento garantido pela 'tutela'; sempre antecedido de um período mínimo de 3 dias após a (pelo menos uma) consulta; fornecimento da informação relevante para a formação da vontade, mediante «decisão livre, consciente e responsável»; e com o consentimento prestado por escrito ou a rogo da interessada, com a certificação médica comprovada de que a gravidez não ultrapassou o prazo máximo previsto. Atendendo à nova redação introduzida no n.º 6 (antigo n.º 4) do preceito em referência suscita-se uma dúvida (*se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efetivação da intervenção se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação...*), a saber: — verifica-se uma circunstância de *urgência* quando a gravidez seja comprovada em momento, dentro das 10 semanas, em que o período de reflexão, já informado — e outras eventuais condicionantes —, já não permita a cessação da gravidez? Propendo para responder negativamente. Estando fora do campo da indicação médica prévia e explicitando a letra da lei que nada mais deve ser atendido além da pura decisão da mulher grávida, então avulta a necessidade da reflexão, como requisito sem o qual a

punibilidade regressa à esfera de proteção da vida intrauterina. Tanto se me oferece evidente perante a divergência das redações das alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do art. 142.º: para as situações previstas nas als. *a*) a *d*) do n.º 1 deste preceito, o período mínimo de reflexão será cumprido «sempre que possível»; ora, foi exatamente esta frase que o legislador expressamente retirou do campo da cessação da gravidez fundada exclusivamente na decisão da mulher, cf. citada al. *b*) do n.º 4, ao prescrever: «... e sempre após...» o período de reflexão, contado «... da data da consulta destinada a facultar a informação relevante...». Assim, acresce mais um caso em que a ausência ou a deficiência dos requisitos prévios (comprovativo médico da gestação; falta de informações relevantes; ausência da documentação do consentimento) pode despoletar o crime que lhe subjaz no caso concreto (?). No que concerne ao registo escrito do consentimento a doutrina refletiu estas mesmas dúvidas: cf. FIGUEIREDO DIAS e Damiano da CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo I, (Dir. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Ed., 1999*, anotações ao art. 142.º, § 49 e § 57 para o primeiro A. e § 34 e § 35 para o segundo. Posteriormente, FIGUEIREDO DIAS propendeu para considerar (em termos gerais) que «... não se torna necessário (nem conveniente) que a (...) eficácia do — consentimento — seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos...», alertando, todavia, para o facto de existirem casos em que a lei condiciona a eficácia do consentimento à sua formalização por escrito (cf. ID, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2.ª ed., 2007*, pp. 452 e s.). Concordo com esta posição. Sobre a mesma, à luz da redação anterior do preceito, pronunciei-me já: cf. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, pp. 102 e ss. (cf. especialmente a nota n.º 136 das pp. 109 e ss.) e pp. 428 e ss. Devo, contudo, agora, acrescentar o seguinte: a *tese*, que defendi, relativamente à eventual irrelevância da deficiência no cumprimento das formalidades para a prestação do consentimento, convive com muitas dificuldades, mesmo nos casos em que o legislador impõe expressamente a dependência da eficácia da manifestação da vontade na correspondente documentação. E estes últimos casos verificam-se normalmente densificados nas intervenções puras (*vg.* esterilização, etc.). Pois parece estarmos perante uma *replacação* das aludidas dificuldades perante a cessação da gravidez, praticada por vontade da mulher até às primeiras 10 semanas da sua gravidez, independentemente de considerar ou não a natureza terapêutica da intervenção, mais ou menos densa. É necessário *separar as águas*: se esta interrogação poderá *atormentar* a jurisprudência caso se verifique a ausência do documento, o mesmo sucederá em princípio quando a manifestação da vontade padeça do inadimplemento integral do período de reflexão, porquanto, por aqui, também não se afigura formal determinar se a ponderação da informação acarretaria uma outra decisão (e este seria um dado objetivo que, de outro modo que não a ratificação, vicia fatalmente o consentimento). Só a *ratificação* ulterior da visada poderá ter o condão de levantar dúvidas que determinem ao juiz a aplicação casuística do princípio *in dubio pro reo*, apreciação que ficará sempre nublada pelo

tos acarretam maiores dificuldades por via dos deveres de disponibilidade subsequentes, os segundos densificam os requisitos da manifestação da vontade do *candidato* e os parâmetros da atividade do profissional requisitado. Isto persiste assim? Duvido. A vontade de alterar a velocidade dos grãos de areia na ampulheta pessoal ou a própria imagem são legítimas. Constituem, nos respetivos diferentes parâmetros, cariz terapêutico. Transformou-se e densificou papéis. Cuidado, portanto, em termos de esclarecimento no gerúndio, i.e., não apenas o prévio, mas o subsequente ao procedimento. E

desvio ao comportamento insubstituível. Acrescento ainda que a expressão *urgência*, empregue na lei, levanta a questão sobre se, em sede hermenêutica, abarca o seu sentido mais geral ou se (como o elemento histórico pode indicar no ratio da redação anterior do preceito) está *misturado* com a existência da *indicação médica* prévia e necessária para as demais intervenções previstas e apenas nesta ótica se delimita o seu significado de algo que não pode adiar-se (imminente). E falta aqui o conceito de emergência, que implica uma circunscrição mais fina, menos exigente para o profissional de saúde que se confronta com aspetos vitais. A terminar, não posso deixar de apontar uma séria censura ao desprezo com que o legislador ignorou os sucessivos *protestos* sobre a matéria da menoridade e decisão em representação, enunciadas no art. 142.º, n.º 5 (anterior al. *b*) do n.º 3). Sobre este aspeto, tão-pouco devo apenas reiterar o que já expus e a doutrina que citei (cf. *O Consentimento...*, pp. 105 e ss.). As soluções abertas pela conjugação deste n.º 5 com a viabilidade prevista no n.º 1, al. *e*), a que me venho referindo, adensam todas as críticas e permitem conjeturar sobre se os princípios constitucionais da dignidade, integridade físico-psíquica e outros direitos pessoais não impunham, à luz do princípio da igualdade e da não discriminação, outro desenlace. Terá este direito ficado a *tinir*, seriamente *magoado*, senão ferido, mercê exatamente da desproporção e da desigualdade face à violação equivalente de outros (ou análogos) bens jurídicos que ficaram a coberto da auto-determinação que foi pacificamente reconhecida por via da constatação do discernimento reconhecido a um menor com 16 anos? (cf. art. 38.º, n.º 3, do CP, após a alteração que resultou das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 04/09). Com a sensação de uma resposta positiva, respondo a esta inquietação com a preferência, em termos de Direito a constituir, com a remessa para uma solução jurídico-judicativa perante cada caso concreto. Fico perplexo perante a opção legislativa pela *harmonização etária cega*—explicação que não convence— com outros tipos de crime—designadamente os de natureza sexual— decorrente do aumento da idade dos 14 anos para os 16 anos. E esta perplexidade que levanta inúmeras questões e merece aprofundamento, fica reforçada quando, como refiro no texto, em 2018, o legislador deixou incólume o limite etário dos 14 anos ao rever o preceituado no art. 5.º, n.º 3, da LSM.

fica com sabor de incompletude a premissa do parágrafo anterior. Existe aqui uma primeira vontade proponente, de desafio, de quem recebe a proposta de intervenção de medicina.

5 § 2.º | Tudo aponta para o consentimento do paciente ⁶, isto é, para o comportamento que revele uma aquiescência relevante na intromissão na esfera fulcral de cada pessoa, último reduto da dignidade e da liberdade e da autonomia de cada um de nós (cf. arts. 1.º, 25.º, 26.º e 41.º da CRP ⁷). Estes valores constituem o núcleo fundamental e *fundamentante* (por oposição às reservas decorrentes da inserção social) de um ser humano, já que são o verdadeiro terreiro para o exercício da autodeterminação, onde se exige, em regra, o pleno respeito da vontade individual, embora reconhecida pela medida do discernimento do sujeito em questão ⁸. Piso terrenos difíceis: a faculdade de optar pelas decisões (boas ou más) que me sirvam a racionalidade, a emoção ou, até, o mero capricho. Eis a síntese magistral de Ronald Dworkin: existe um direito de tomar más decisões ⁹. Tem limites, pois claro. Senão, ficava já por aqui. Será antes a liberdade de cuidar do meu corpo e da minha psique, mas este meu corpo e a minha psique é que constituem o reduto que reage e deve reagir a demandar reparação se aquela for desconsiderada. Assim sempre entendi o preceituado no art. 1.º da CDHB ou o teor do art. 32.º da Constituição da República italiana: «(...) Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei (...)». Mais

⁶ E perante o que antecede se explica a preferência pela designação do sujeito da relação jurídica de paciente. Com efeito: utente, aponta para os deveres do Estado no âmbito da saúde; enfermo, sugere o étimo redutor; doente, revela-se restritivo...

⁷ Sem esquecer o que ilumina ainda a esfera de proteção individual em sede dos demais direitos pessoais: à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, etc., cf. art. 26.º da CRP. Neste aspeto, cf. por todos, Paulo MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in AA.VV., *Portugal-Brasil Ano 2000*, BFDUC | Coimbra Ed., 1999, pp. 149-246. Querendo, cf. ainda, André PEREIRA, *op cit*, e João LOUREIRO, *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, Coimbra, Dezembro de 1994, pp. 57-39.

⁸ Para alguns desenvolvimentos sobre a matéria ínsita aos citados preceitos constitucionais, cf. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 52 e ss., 268 e ss., 282 e ss., 446 e ss.

⁹ Cf. *El dominio de la vida...*, p. 290.

se impõe, portanto, que os modelos fundamentalistas da autonomia cedam perante os das decisões partilhadas, que os princípios sejam os da confiança, os da hospitalidade (Manuel Silvério Marques, Guilherme de Oliveira, José de Faria Costa).

5 § 3.º | Alerto que me proponho apenas deixar algumas *reflexões tópicas* sobre alguns aspetos suscitados pelo eventual repúdio do paciente sob uma lupa que vos excite, que vos provoque desenvolvimentos. Neste recanto, desde o virar do século que aponto dúvidas a justificar incursões neste tema. Uma das incursões foi concretizada pelo Tribunal Constitucional espanhol, cf. STC n.º 37/2011, de 28 de março, apontando a violação da esfera da liberdade e um foco (inevitável) no prejuízo oriundo da violação do direito à integridade física, mas, sublinhando a função principalmente negativa «a excluir uma intervenção sobre o próprio corpo, mais do que a exigir uma atuação positiva», cf. os interessantes desenvolvimentos (em despeito da autonomia) de Carolina Pereira Sáez, pp. 49-65).

6 | Modalidades da recusa: inicial.

A recusa pode surgir, ou melhor: reafirmar-se explicita ou concludentemente, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia / aqui em um sentido muito lato, a incluir plena subjetividade, por ex.º radical: a da pessoa que pretende modificar o seu corpo para se afirmar melhor ou em prejuízo da busca da sua identificação pessoal.

7 | Modalidades da recusa: ulterior (revogação)

A recusa pode surgir após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada. Nesta sede, como liberdade essencial, terá o condão de independentemente da forma que revista ¹⁰ destruir o consentimento prestado.

¹⁰ É curioso constatar que o legislador, exatamente nas matérias onde convocou a formalização dos procedimentos para a prestação do consentimento (em benefício da garantia de uma superior certificação da integridade físico-psíquica dos envolvidos), consignou igualmente a manutenção da regra da *consensualidade* do dissentimento posterior.

7 § 1.º | Logo desta última afirmação parece resultar uma trincheira entre as duas realidades. Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que podem ser opostas¹¹. Adiante retomarei este fio condutor. Por ora, serve o exposto apenas para justificar que as duas realidades não podem ser encaradas com leveza, mas devem ser estudadas nas respetivas diferenças.

7 § 2.º | É fulcral alertar desde já para a constelação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e pelo Direito Civil. Em ambos pontificam o direito geral de personalidade: a autodeterminação nos cuidados de saúde e a integridade física e moral das pessoas (cf. art. 70.º, 483.º e 762.º e ss. do CCiv.). Nos *terrenos* do Direito Penal, os crimes contra a vida — aqui em sentido amplo, a incluir a vida intrauterina — (cf. arts. 133.º e ss. CPenal), contra a integridade física (cf. arts. 143.º e ss. CPenal, onde avulta com interesse — ainda que dificilmente concretizável uma atuação dolosa por parte de um profissional de saúde — a responsabilidade decorrente da violação das *leges artis*, cf. art. 150.º CPenal) e, muito especialmente, em torno da liberdade individual, designadamente os que se suscitam sobre as *intervenções médico cirúrgicas arbitrarias*, a saber: o discurso em torno do tipo de crime (dependente de queixa) previsto no nosso CPenal (cf. arts. 156.º e s.) que permite punir (pena de prisão até 3 anos ou multa) o profissional de saúde que despreze a necessidade de colher o prévio consentimento esclarecido do paciente em relação à intervenção adequada e pretendida e aceite em termos do *zeitgeist* da ciência médica. E isto (recordo) independentemente de a atuação se revelar eficaz ou não; independentemente de o agente médico poder até salvar o paciente. Hum! Talvez seja exagerado, mas, em termos gerais e abstratos...

Salvo o devido respeito, que é muito, a formatação estrutural que separa as densidades éticas relativas à integridade física, a liberdade e a liberdade e autodeterminação sexual, esconde a realidade substancial. E esta é muito nítida nestes últimos, mercê da agravação prevista para as sequelas em termos de integridade física (cf. art. 177.º, n.º 5 do CPenal). Oferecem-se com evidência as sequelas na integridade física, a proteger igualmente.

¹¹ Cf. João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB da FDUC, n.º 3, Coimbra Ed., 2001, pp. 353 e ss.

8 | Adeus ao paternalismo!?

Parecem e são longínquos os tempos (1929) em que o cirurgião Jean Louis Faure escreveu: «penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...). Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde os próprios os primeiros a agradecer a minha violência...»¹². *Agradecer a violência*. Eis o que sublinho nesta repetição que me imponho, com que náuseo as novas cascas da mesma cebola. Pois se 20 anos depois, reaberta a questão, ressuscitada a diferença pelo legislador, parece persistir a judicatura portuguesa resistente ao mecanismo, que me sobra?

8 § 1.º | Estamos perante uma aparente esquizofrenia: agradecido por lhe ter sido *devolvida a saúde*, o paciente pode acionar o médico pelas responsabilidades decorrentes da lesão à sua liberdade, onde se sinta inconformado com a lesão efetivada a este bem jurídico.

8 § 2.º | A questão não é ainda hoje pacífica em todas as ordens jurídicas. Existem persistentes notícias sobre a legitimidade das atuações compulsivas perante a recusa do paciente. Constitui um exercício possível procurar decisões judiciais em que a doutrina do consentimento informado foi respeitada até à morte (em princípio desnecessária na sua dimensão temporal) do doente¹³.

8 § 3.º | Ocorrerá ainda especular sobre se o paciente, avançando com a pretensão judicial, não estará a incorrer processualmente numa contradição? Se for conjeturável que a liberdade individual possui como substrato a sua integridade físico-psíquica, então um benefício (intencional, se bem que de meios) nesta esfera não terá repercussão naquela, isto é, não se verificará uma *compensação do dano* (liberdade) *com o lucro* (integridade física)?

8 § 4.º | Todos pensamos intuitivamente na restrição do 'abuso de direito', i.e., naqueles casos em que tropeçamos em um excesso manifes-

¹² *Apud* José CALVET DE MAGALHÃES, *A Responsabilidade Penal do Médico—Em caso de morte do doente*, Coimbra, 1945, p. 65.

¹³ Cf. APPELBAUM *et al*, pp. 192 e ss. Sobre a questão ver ainda, por todos, André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 501 e ss.

to dos limites impostos pela boa-fé ou pelo fim do direito em causa (cf. art. 334.º do CCiv). No Brasil, em termos Éticos, o Conselho Federal de Medicina ao acatar a recusa terapêutica, que desenvolve em leitura recomendada, cf. Resolução n.º 2.232/2019, de 16 de setembro, elegeu explicitamente dois pontos de abuso de direito, cf. art. 5.º, a saber:

Quando a terapêutica recusada coloque em risco a saúde de terceiros;

Quando se trate de recusa que coloque em risco a verificação do perigo de contaminação.

8 § 5. | O ordenamento jurídico da Saúde, em toda a sua *dispersão e mobilidade* normativas, acaba por encontrar coerência na ética concreta, na prática quotidiana. Esta necessidade vai a ser preenchida pelas ‘normas administrativas’, ‘orientações’ e quejandos, produzidas pela estrutura administrativa. A exemplificar as dificuldades escolho a ‘Orientação n.º 021/2011, de 06 de junho da Direção-Geral de Saúde (DGS) que fundando-se em competência para criar «normas de boas práticas e orientações para o desenvolvimento da excelência na prestação de cuidados de saúde», determina “medidas de contenção», entre outras, para doentes que «recusem tratamento vital urgente», cf. § 2.3., para cuja aplicação deve-se «obter, sempre que possível, o consentimento da família ou pessoa significativa do doente.», contenção esta que pode ter várias naturezas: terapêutica, ambiental, física, mecânica, e química ou farmacológica. Enfim, sem duvidar das necessidades concretas, as traduções e as interpretações das necessidades podem conduzir a desastres irremediáveis. O contraste, está na analogia oriunda do *General Medical Council* (site: gmc-uk.org): *Decision making and consent (...) Working for patients* (2020), quanto aos “deveres de um médico”, onde se alerta imediatamente para a responsabilidade individual e para a necessidade de justificar as decisões e as atuações: para os casos de discórdia com as opções do paciente, cf. §§ 48-49; inclusive em emergências (situação aguda em relação a urgência, em que, reduzindo o tempo para decidir, mantêm-se os princípios: procurar consentimento; respeitar recusa, cf. §§ 73-75); §§ 60-96).

9 | Modalidades da recusa: outro eixo, a recusa total e a recusa parcial (alternativas). Uma primeira abordagem.

Ou será, por outro lado, que muito do que está em causa não é o simples resultado de incompreensões? Neste caso, a resposta estará na informação e no esclarecimento do paciente? É provável que sim; estou

convencido disso. Mas em mais de em mais de 25 anos de investigação e ensino em Direito da Medicina, muitos médicos portugueses afirmaram-me, de viva-voz (aqui e ali misturada com alguma indignação), que, mesmo para além dos casos das exceções médicas de silêncio ou de atuação substituída ou de atuação sobre incapaz, é absurda a condição (refiro-me quer à recusa quer ao consentimento), como absurda é a premissa (falo do esclarecimento). Em suma, o tema não está desatualizado, pelo contrário, parece antropologicamente digerido e contornado em novas faces de paternalismos, assinaturas de formulários, endossos em «títulos de crédito» de libertação de responsabilidades. Resultado? Um conjunto de práticas em que se ofendem fisicamente as pessoas, mas em que estas se vêm empecilhadas na demonstração de que tudo resultou de deficiências técnicas. Isto, até ao cúmulo de terem de demonstrar que inexistente relação causal nem imputação quando o ato foi repudiado ou o sim foi enviesado por deficiência de informação. Será assim tão difícil de entender a analogia com a violação? Não! Não? não é não? É, não é? E a autodeterminação sexual não *convive* com a ofensa à integridade física quando esta ocorra? É sempre necessário avançar até ao argumento apagógico? Não ultrapassámos o cinismo da pessoa provocadora? Tão pouco o da hipocrisia do sim camuflado? Da intenção benévola? Hum! Não é não. Ponto. Final. Parágrafo.

9 § 1.º | Existem outros argumentos, argumentos pesados. Perante, por exemplo, os drásticos números de Mohan Monasingue e os seus *objetivos de desenvolvimento sustentável*: «sustainomics». A saúde constitui recurso muito caro, a arriscar inacessibilidade aos números elevados de pessoas e de casos previstos em saúde pública, cuja dimensão nas conjeturas de Hans Rosling se mostram a breve trecho em 8 mil milhões de pessoas e recursos, também de *bilhões de dólares*¹⁴. As necessidades de proteção na saúde são incomensuráveis. Mas não! É não.

¹⁴ Cf Mohan MUNASINGHE e Rob SWART, *Primer on Climate Change and Sustainable Development: Facts, Policy Analysis and Applications*. Cambridge University Press, 2005, (ISBN 9780521008084), *ebook* pode ser solicitado via <http://www.ebooks-share.net/primer-on-climate-change-and-sustainable-development-facts-policy-analysis-and-applications-1/> ; e ID. Mohan MUNASINGHE, *Making Development More Sustainable: Sustainomics Framework and Practical Applications*, 2.ª ed. MIND Press., 2010, ISBN 978-955-0317-00-4 (cf. <http://www.mindlanka.org/sustainomics.html>). Cf. ainda: Hans ROSLING, *Factfulness*, Temas e Debates, 2019.

9 § 2.º | Depósito apenas a interrogação já reiteradamente ouvida: porque complicar o que é simples? Está em causa um bem cuja prossecução é um imperativo inquestionável: a vida ou a saúde; do outro lado, existem pessoas que estão profundamente habilitadas a protegê-la. Nada mais natural do que entregar essa tarefa nas *mãos* que estão preparadas para o fazer. O demais pode e deve ser afastado!? Será nefasto acalentar outros desígnios. Será? Não! É não.

9 § 3.º | Mais: o agente médico tem o dever de atuar e beneficentemente (cf. o dever de garante: art. 10.º, n.º 2; em termos gerais: a omissão de auxílio: o art. 200.º, mas especialmente o art. 284.º: *recusa de médico*, todos do CPenal); condicionado sobretudo pela contingência das reações imprevistas, indesejadas, do próprio organismo onde intervém. Já basta isto como empecilho¹⁵. E, contudo... a vontade do beneficiado é um imperativo maior, categórico. Deve ser assim; é assim que deve ser? É. Não! É não!

9 § 4.º | O direito a expressar o consentimento habilitante para o ato médico convive forçosamente com a faculdade de o visado expressar relevantemente a sua recusa: o seu dissentimento. Repito: tudo indica estar perante *duas moedas*. A moeda do sim, com o verso do esclarecimento. A moeda do não, que até pode estilhaçar a primeira, com um verso de um esclarecimento mais vincado, mais burilado, mais exigente.

9 § 5.º | Eis algumas questões com que justifico esta *ronda* sobre a *resposta inesperada do paciente: o repúdio, a recusa*.

9 § 6.º | Se me bastar pelo raciocínio de que o consentimento ou a recusa constituem um dos resultados do mesmíssimo processo de propor uma intervenção médica, então será eventualmente indiferente que o paciente, a final, recuse ou aceite a proposta.

9 § 7.º | A coincidência parece ser integral e, conseqüentemente, permite evitar ulteriores desenvolvimentos, além das explicações que se mostrarem úteis ou necessárias. Mas se adicionar outra hipótese nesta mesma

¹⁵ De acordo com outras análises, oriundas das estruturas e balanços substantivos à prestação concreta que está em apreciação, devem igualmente ser levadas em conta divergentes necessidades e requisitos. Penso em questões de natureza organizacional e de recursos escassos. Sobre o assunto, entre outros, cf. Manuel J. ANTUNES, *A Doença da Saúde*, Quetzal, 2001.

asserção, os planos deixam de coincidir. Se após ter sido dado o consentimento se verificar uma alteração da vontade do paciente e este repudiar a intervenção? Não! É não. Mesmo que um dos parceiros já tenha avançado no procedimento; mesmo perante um *estúpido* arrependimento na sedução.

É inevitável regozijar-me com a entrada em vigor (e ulteriores reiterações, cunhada em 2017 e 2019) da Lei n.º 15/2014, de 21/03, sobre Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde, onde, no art. 3.º, n.º 1 e n.º 2, consagra inequivocamente o que antecede.

10 | Modalidades da recusa: total e parcial. Termos específicos.

A resposta a esta inquirição necessita de ser antecedida por um curto esclarecimento: a aproximação à qualificação contratual da relação entre o médico e o paciente (independentemente de aquele estar ou não inserido numa estrutura maior, por ex.º: um Hospital), não é mais do isso mesmo: uma aproximação. O sinalagma aqui não permite *reificar* —tornar em coisa— a projeção dos direitos de personalidade nem esvaziar, por princípio, o bem jurídico que se extrai da liberdade individual atendível. E não vale igualmente, por força, os regimes análogos verificados com terceiros (*res inter alios acta*). Não podem os profissionais de saúde, nem deve a apreciação da judicatura, esquecer que a relação com o paciente é específica, singular, irrepetível. Aproveita a outros, sim, no campo estreitíssimo da tópica analítica. O regime geral do contrato pode regular alguns aspetos importantes da relação entre os profissionais de saúde e o paciente, mas esta, concretamente, vai muito mais além, pois retira do espectro das esferas das partes efeitos inesperados nas declarações negociais relevantes, unilaterais ou sinalagmáticas, como ocorre, por exemplo, em um fenómeno de dupla revogação por parte do paciente: consentimento —revogação— consentimento: intervenção inicialmente pretendida e ulteriormente reiterada após recusa intermédia e *arrependimento*¹⁶. Em suma: um enriquecimento do regime jurídico contratual que anima o processo de qualificação e decisão.

¹⁶ Designadamente sobre os complexos efeitos e aspetos que renúncia implica no campo dos negócios jurídicos, em Direito Civil, cf. FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil*, BFDUC, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1995, *passim*.

10 § 1.º | *Retomo a primeira premissa colocada*: se puder revogar livremente o consentimento anterior, então as duas manifestações de vontade opõem-se e posso até extrair que a recusa é mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior, que foi o resultado de uma proposta benéfica, prestada para uma melhor saúde e aceite como tal. Depois disto, o melhor será rever impressões sobre a *coincidência* entre o consentimento e a recusa.

10 § 2.º | Antes ainda de me debruçar sobre as consequências que esta realidade transmitirá ao processo dialógico de formação da vontade e conformação das prestações entre o agente médico e o paciente, devo acrescentar, pelo menos, um dos reflexos das inúmeras consequentes.

10 § 3.º | E se consentir apenas parcialmente, recusando esta ou aquela intervenção, aceitando, contudo, outras alternativas? Por ex.º: face a uma neoplasia recuso a intervenção cirúrgica, mas aceito uma terapia invasiva com radiações. Ou em outro ex.º: repudio apenas determinada atuação médico medicamentosa em fase de recobro pós-operatório? O que expus permite-me defender que a autonomia do paciente merece aqui ser igualmente protegida: se posso recusar o *bolo inteiro*, posso recusar *uma ou várias das suas fatias*. E, repito, contra o que é sensato em termos gerais e abstratos, cientificamente adequados, mas que não me servem, não me interessam.

11 | O segredo da recusa

Está bem de ver que a primeira distinção essencial que decorre dos dois planos da autodeterminação: consentimento *v.*º recusa, é muito simples. A recusa, em qualquer uma das modalidades e vetores dos eixos referidos, conduz o esclarecimento do paciente a um paroxismo. O profissional de saúde, por todas as razões, incluindo a da dúvida legítima sobre a inteligibilidade da 'explicação', insistirá, reiterará e certificará a decisão que ouviu.

11 § 1.º | A este respeito, desenvolvem-se questões como as da 'empatia', as de registo e as de trabalho de equipa. Estou também no campo da persuasão.

11 § 2.º | Mas estou igualmente em um terreno mais 'movediço'. Posso ter de demonstrar que a 'má decisão' da pessoa não foi o resultado de deficiências de informação. Não sendo indiferente o que acontece em seguida, melhor é que fique 'memória futura' do que aconteceu. Afinal, «não! é

não!», mas no que é dúbio, no que não é plausível, melhor é que sobre evidências que não maculem, não responsabilizem e não causem danos.

12 | Um problema entre problemas: esclarecimento certificado como integrante das *leges artis*.

A culminar o que assumo como uma *apresentação* inquisitiva do tema, constato não ser despendendo delimitar o cerne de todas as interrogações, de sorte a assumi-lo já como fonte essencial da maioria das controvérsias. Como aponta Costa Andrade: «... na sua expressão canónica e paradigmática, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos abrem um conflito que tende a esgotar-se na ponderação entre: por um lado, a vida e a saúde: e, por outro lado, a liberdade ou a autonomia do paciente. Trata-se, noutros termos, da antinomia entre o velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex esto* e o mais recente *voluntas aegroti suprema lex esto*, de étimo liberal-humanista.»¹⁷.

12 § 1.º | Responder positivamente à questão essencial subjacente terá as suas consequências, como serve desde já o ex.º das insuficiências reveladas no mecanismo tipificado do triângulo penal delineado entre os arts. 150.º; 156.º e 157.º do Código Penal. A intenção terapêutica afasta a ilicitude no campo da integridade física; muda-se de campo para o da proteção da liberdade e prossegue-se uma linha de censura até à intervenção levada a cabo sem o consentimento do paciente ou perante um consentimento deficiente (não esclarecido). Eis o que, por ora delimitado em termos grosseiros, se encontra tipificado. A questão natural será a seguinte: — seguindo esta linha de raciocínio, para as intervenções com carácter terapêutico, a intervenção prosseguida perante a recusa do paciente, i.e., prosseguida contra a sua vontade, ainda que em seu benefício, queda-se sobre a tutela benigna do preceituado no art. 150.º do CP? Parece que sim. Não consigo vislumbrar uma decisão de um tribunal português a contrariar este *benefício ao infrator*.

12 § 2.º | Exatamente porque não concebo o preconceito de reputar o exercício da medicina como uma atividade ilícita, ulteriormente justificada seja por indicação terapêutica, seja por consentimento rele-

¹⁷ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 20.

vante, — pecha a que a doutrina que defenda solução contrária ou em decisões a tomar em demais ordenamentos sempre terá de se reinventar em justificações, que, quanto mais elaboradas, mais afirmam a singeleza eficaz e abrangente das soluções portuguesa e austríaca — mais latente fica a omissão sobre a previsão da censura que se me oferece ingente por maioria de raciocínio. Todavia, realço aqui a cautela do legislador português em relação ao projeto alemão de 1966 (Manuel Costa Andrade, p. 451, n. 265), e, ainda, sublinho algumas reservas que deteto igualmente em Helena Moniz e em Andreia da Costa Andrade. Sem esquecer AA. como João Curado Neves ou Maria de Fátima Galhardas. Como ensina Helena Moniz, a atuação do profissional de saúde com cumprimento das finalidades previstas no art. 150.º, n.º 1 do CPenal, cai fora do escrutínio sobre uma putativa violação do dever de cuidado, assim se cumpram as «regras da atividade médica». Mas resta apurar se, em direito a constituir, o caso concreto não deveria permitir uma análise mais apurada. Claro que serão residuais os casos em que se logre apurar a materialização do perigo proibido à violação das *leges artis*. Será, pois, de convir com Helena Moniz por uma solução desejável mais alargada quanto à atipicidade dos comportamentos previstos no art. 150.º, n.º 1, do CPenal. Subscrevo a conclusão, compreendendo todas as cautelas.

12 § 3.º | Da mesma sorte, no que concerne ao tipo de crime de perigo, com alterações, a rever, da versão inicial de 1982, pela Lei n.º 65/98, de 02/09, no n.º 2 do art. 150.º do CP, pode sobrar um sabor amargo quanto à improvável exigência de uma conduta dolosa (neste sentido, cf. Ac. TRE, de 08/04/2010; Proc. n.º 883/05.5TAPTG; Rel. Correia Pinto, in www.dgsi.pt). Está bem de ver que muito dificilmente uma intervenção médica — e escolho entre estas as cirúrgicas, por serem as mais agressivas e conseqüentemente aquelas onde o dever de cuidado exorta a densificação do perigo por escrúpulo e se verifica diluição pelas competências compartimentadas dos vários intervenientes — deixará de se verificar candente na negligência grosseira. Exigir o dolo (como decorre do preceituado no art. 14.º em conjugação com o teor do 150.º, n.º 2, ambos do CPenal) será o mesmo que colocar o preceito sem consequência prática de relevo, mais a mais, com as já aludidas dificuldades que insuflam a circunscrição do que sejam atuações de cuidado e sentido e alcance das *leges artis* para efeitos penais. E, assim, será de questionar a pertinência da repristinação legislativa, tanto mais que parece inequívoco o impacte inevitável na esfera física e psíquica de uma intervenção que mereça censura. O reforço acaba com sabor amar-

go de maquiagem, com as múltiplas exigências de execução vinculada e perigo concreto, que a jurisprudência cursa com reiteração.

12. § 4.º | Retomo as *leges artis*. Estas, como já avancei, são usualmente objeto de uma delimitação conceptual estrita «de perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados», cf. Leal Henriques e Simas Santos (p. 72). As variações da aplicabilidade dos conhecimentos exigíveis são os decorrentes da evolução tecnológica reconhecida e ajustada à estrutura em causa. Prefiro o conceito avançado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, ao identificar este estado geral da arte com as *leges artis medicinae*; um «complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais». A estas se acrescenta (sem necessidade, sob a perspetiva do ilustre A. em referência), a indicação da adequação ao caso concreto (*ad hoc*). Esta expressão determinou expressamente, logo desde a década de 80 do século passado, por exemplo, adentro do portentoso *Tratado de Derecho Medico*, de Martinez Calcerrada, uma concretização mais exigente. Uma atuação em conformidade com as regras da arte deve preencher um agir honesto e diligente; deve revelar uma adaptação das regras gerais e abstratas do que é consensual e viável —ao limite da temeridade— em termos científicos em vista da sua exponenciação no paciente concreto. Mas a primeira «manifestação» destas *leges artis ad hoc* reside logo no início da relação assistencial: no que os AA. apelidam como «o jogo do consentimento ou da autonomia profissional». Muito embora sob a alçada dogmática da distinção entre o consentimento como elemento negocial do contrato de prestação de serviços; elemento prévio; não deixam de sublinhar e com veemência a necessidade de obtenção do consentimento para —fora dos casos da exceção —do privilégio— poderem atuar na esfera físico psíquica do paciente. Da mesma sorte, perante a Ley 41/2002, de 14 de novembro: *ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LBAP, com a notícia de consolidação legislativa reportada a dezembro de 2018 www.boe.es), José Manuel Busto Lago identifica a matriz comum normativa já plasmada, assente em um respeito pela dignidade que implica o princípio da autonomia, provocando o respeito pela recusa informada (cf. art. 4.1 da LBAP, no que concerne a não ser informado e quanto à revogação, prestada por escrito, cf. 8.5 do mesmo Diploma) e inclui expressamente «o consentimento informado como com-

ponente da *lex artis*», prosseguindo em seguida a uma exaustiva análise das sucessivas e numerosas correntes jurisprudenciais judiciais, que, em Espanha, acataram e reconheceram essa componente e a utilizaram para, por via da omissão descuidada de informação subjacente a uma decisão necessária, ressarcir danos decorrentes das consequentes lesões. Em rigor, se for analisado o art. 15, n.º 1 e n.º 2 da LBAP, retira-se que da 'historia clinica de cada paciente' estão 'todos aqueles dados que, por força de critério médico, permitem o conhecimento verdadeiro e atualizado do estado de saúde', aqui se inserindo entre o mais, 'como conteúdo mínimo' a documentação do consentimento informado.

*

Retomando o ordenamento jurídico português: é consabido que a lei coloca o consentimento sobre a livre disponibilidade, permitida pelo respeito pelos bons costumes e escopo e meios empregues (cf. art. 149.º do CP), mas se isso é assim onde o intuito terapêutico seja discutível (inexistente mesmo, como para tatuagens), não consigo vislumbrar que essa mesma disponibilidade deixe de estar inserida nas boas regras de intervenção terapêutica —nas *leges artis*— como aspeto prévio ao exercício técnico correto, invasivo da esfera individual, para a qual é livremente disponível, mas a ponto de, sendo desrespeitada, dar azo a um preenchimento específico de um tipo de crime autónomo. Cf. a este respeito, além de outros AA. a análise crítica que Vera Lúcia Raposo tece a respeito do Ac. TRL: proc. n.º 5965/2007-5 (dgsi | 18/12/2007). É importante assinalar a introdução dos dois tipos de crime (respetivamente 'mutilação genital feminina' e 'tráfico de órgãos humanos', cf. arts. 144.º-A e 144.º-B), pela Lei n.º 102/2019, 06/09. o mesmo diploma, cf. art. 149.º, n.º 3, dispõe na impossibilidade de o consentimento viabilizar a justificação da ilicitude dos comportamentos proibidos. Por fim, mas não em último lugar, uma chamada da atenção para o n.º 4 do art. 144.ºB segundo a nova redação. Parafrazeando, verificando-se que um dos profissionais de saúde indicado no art. 150.º do CPenal, 'transplantar ou atribuir um órgão humano a recetor diferente do elegível violando as '*leges artis*... será punido. Não obstante as variáveis, confesso que o legislador houve por bem incluir aqui os requisitos específicos do consentimento.

12 § 5.º | Como ingredientes das *leges artis (ad hoc)* estão, pois, a prestação de informações, seja para recolher os elementos de facto que viabilizem a proposta de intromissão na esfera físico-psíquica (liberdade e autodeterminação); seja para determinar o processo de diagnóstico e

posteriormente o terapêutico, e o acompanhamento que se mostre necessário ou conveniente. A distinção entre o que é pressuposto mais intenso da liberdade face à integridade física (autonomia para a intromissão na esfera individual) não deve descurar a componente de liberdade inserida em cada uma das *camadas* das fases seguintes: ainda com carácter de autodeterminação. Saber sobre os meios de diagnóstico ou sobre as opções possíveis em uma intervenção medico-medicamentosa insere-se ainda na esfera da liberdade, ora misturada ou melhor: para afirmar a esfera físico-psíquica. As decisões que se tomam possuem reflexos recíprocos.

Afirmar que apenas a minha liberdade foi eventualmente afetada pela opção que devo possuir sobre o risco e o perigo, decorrente de uma intervenção, que, por exemplo, pode acarretar cegueira radical, ou, uma mera e desejada redução de visão, eventualmente definitiva, não podem ficar entregues a terceiros, profissionais de saúde ou magistrados judiciais. As opções sob o futuro da minha visão segundo a perspectiva alheia, são muito simpáticas, mas são exatamente alheias. Têm reflexo evidente na esfera da integridade física e não podem quedar-se na elasticidade da liberdade. Uma de duas, ou a informação existe e é suficientemente forte para ser transmitida ou não. Se o for, passou a sua existência a constituir uma inferência lógico-dedutiva da minha decisão e da consequência. Esta consequência da minha decisão ficou amputada daquela premissa anterior. É tentador apurar se o elo é ou não adequado para a decisão no plano da prossecução hipotética da decisão, sem as ulteriores consequências (dano x ou dano y ou ausência de dano). É profundamente falacioso inserir o argumento que esse vácuo poderia dar azo a outras alternativas, igualmente adequadas. Existem sempre milagres e impulsos, erros e efeitos adversos. A informação dada da torre de controlo de tráfego aéreo de que a pista está visível e livre, não é análoga à informação de que a pista está apenas livre: a visibilidade insere um domínio na condução, importante para quem pilota. Sem prejuízo do que será desnecessário repetir sobre a matéria, sempre procederei adiante a uma revisão em súmula do que é essencial, especialmente porque se trata de deveres intensificados em caso de recusa. Assim, muito mais tentador é remeter para a apreciação da judicatura o dever de contrariar o que parece ser evidente. Poderiam ter-se interposto duas mil razões, mas não me vão exigir que demonstre que, sabendo que poderia cegar ao invés de permanecer com uma visibilidade reduzida, recusaria o risco radical da intervenção. O teste não me incumbe; mas, outrossim, ao profissional de saúde, que terá de conjecturar segundo as *leges artis ad hoc*, tal como decorre do preceituado no art.

156.º, n.º 2 do C.Penal, como não esclareceu nem congeminou o óbvio: as circunstâncias que se afiguram seguras da possibilidade de recusar. Se for grosseiro na apreciação, dita o n.º 3 do mesmo preceito o que não deixará de aproveitar na responsabilidade civil. Simplista? Sim.

13 | **A recusa: uma das primeiras 'cautelas' do legislador em matéria de proteção da autodeterminação em Direito da Medicina.**

Da leitura da lei extrai-se abundantemente¹⁸ o reconhecimento da legitimidade das projeções individuais a que me refiro. Desde o longínquo ano de 1968 que o ordenamento jurídico português admitiu e regulamentou aspetos da recusa. Com efeito, o Estatuto Hospitalar (DL n.º 48 357, de 27 de abril), estabeleceu — como novidade que punha fim à discussão sobre a admissão do consentimento do paciente previamente a exames ou tratamentos —, a faculdade de os doentes poderem recusar a assistência médica (art. 80.º, n.º 2) e impedia que pudessem «... ser retidos nos serviços hospitalares, contra sua vontade, por período superior ao estritamente necessário para diagnóstico e tratamento de que precisem, salvo nos casos expressamente previstos na lei.» (cf. art. 80.º, n.º 3 do EH).

Esta independência normativa do instituto do dissentimento, literal e expressamente preconizada, encontra-se hoje assumida na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CDHB); assim, confrontem-se os 1.º e o 3.º §§ do artigo 5.º da CDHB:

«Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada *depois* da pessoa em causa dar o seu consentimento, de forma livre e esclarecida.

A esta pessoa deve ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como quanto à sua natureza e aos seus riscos.

A pessoa em causa poderá *a qualquer momento*, revogar *livremente* o seu consentimento.»

¹⁸ E de tal modo assim é que me vejo obrigado a remeter para a bibliografia existente sobre a matéria o elenco das normas jurídicas correspondentes.

14 | Modalidades da recusa: as diretivas antecipadas de vontade

Mas devo ainda aqui incluir o dissentimento que resulte de uma pré-configuração de eventos futuros, em relação aos quais o paciente tenha já determinado a sua vontade (negativa, no que me importa agora sublinhar), mas que entenda prevenir em DAV para o caso *de não estar em condições de a poder exprimir no momento da intervenção* (cf. art. 9.º da CDHB, sob a epígrafe: *desejos previamente expressos*)¹⁹ e Lei sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (LDAV).

14 § 1.º | O mesmo acontece com a recusa, formulada em vida para a colheita de órgãos e tecidos no próprio corpo, após o decesso, mediante a comunicação a ulterior registo no RENNDA: o «sistema de oposição», acolhido pela nossa legislação, cf. art. 10.º, n.º 1, e art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22/04 (Lei sobre o Transplante de Órgãos)²⁰.

14 § 2.º | A faculdade referida no enunciado do 3.º § daquele art. 5.º da CDHB merece-me a denominação distintiva de dissentimento posterior. E veremos que, seja o repúdio, seja a revogação (encontro nesta nomenclatura duas 'faces' da recusa), podem verificar-se total ou parcialmente em relação ao consentimento a prestar ou ao prestado, quer se verifique em momento que antecede a intervenção proposta, quer se verifique já no seu decurso ou mesmo em face das suas sequelas, quanto aos procedimentos seguintes.

14 § 3.º | Isto significa discernir no procedimento médico, no que toca ao seu decurso, uma pluralidade de componentes (atividade e seus atos médicos parcelares integrantes) que adquirem independência relevante para requerer uma manifestação da vontade direcionada.

¹⁹ Sobre esta questão, por todos, cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 238, 240 e s., 250 e ss.

²⁰ O REENDA foi regulamentado pelo DL n.º 244/94, de 26/09. A formulação do preceituado no art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93 permite que a pessoa autorize uma disponibilidade total ou parcial dos seus órgãos ou tecidos, tal como, implicitamente, a indicação condicionada dos beneficiários, cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 393.

15 | Outro problema entre problemas: a recusa no campo do esclarecimento (para a autonomia e terapêutico). O direito a não saber.

Por outro lado, a lei consagra igualmente a figura do dissentimento no plano prévio da própria informação, cf. art. 10.º, n.º 2, da CDHB: « Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada. ».

15 § 1.º | Trata-se de uma dimensão específica da recusa: o *direito a não saber*. O paciente, independentemente do seu consentimento (posso conjecturar uma intervenção realizada em estado de inconsciência de onde resultem dados importantes para o visado), manifesta uma recusa sobre as informações prévias e ou consequentes da prestação médica, *v.g.* o paciente predispõe-se a qualquer atuação ou extensão da mesma que o agente médico propõe ou não quer saber os resultados das intervenções, sejam para diagnóstico, etc.

15 § 2.º | O repúdio sobre o esclarecimento pode ser qualificado como um direito potestativo? Como uma manifestação de vontade que projeta os seus efeitos sobre os demais sem restrições ou com restrições diminuídas, criando 'estados de sujeição' (é assim com a destruição da propriedade pessoal: sou dono do livro, posso, em princípio, queimá-lo, seja ou não uma 'má decisão').

15 § 3.º | Não me parece. Em primeiro lugar, porque a formação da vontade requer um resíduo de informações: pelo menos as minimamente suficientes para que o visado adote essa sua posição. Em segundo lugar, o direito a não saber pode ainda ser comprimido ou afastado, quer pela esfera de proteção do próprio paciente (*v.g.* uma doença em relação à qual o paciente deva tomar precauções ou alterar comportamentos, tomar medicação, etc., cf. art. 10.º, n.º 3 da CDHB), quer por motivos de segurança pública, prevenção de infrações penais, proteção da saúde pública ou de direitos e liberdades de terceiros (cf. art. 26.º da CDHB). E tanto justificará a correspondente intervenção legislativa (mesmo preceito)²¹.

²¹ O direito a não saber envolve inúmeras dissensões na doutrina e na jurisprudência.

16 | Justificação conclusiva: o teste da recusa (antecipação).

Em suma: destas inúmeras perspetivas, enunciadas sobre a matéria da recusa, retiro a fundamentação que me justifica uma análise autónoma sobre esta manifestação da vontade, designadamente quanto ao 'teste da recusa', que retiro do n.º 2 do art. 156.º do CPenal, como exercício intelectual essencial, até para que o intérprete ou o julgador possam preencher o primeiro pressuposto do respeito pelas *leges artis* pelo profissional de saúde, i.e., de que pode atuar e em que medida o pode e deve fazer. Pode o profissional de saúde presumir consentimento; poderá seguir as regras técnicas cujo protelamento signifique crie perigo para a vida ou grave dano à saúde; poderá alargar ou desviar a intervenção inicialmente consentida, verificados os perigos em referência, mas terá de conjeturar o conhecimento da esfera cognitiva do paciente (que não da sua família), em termos tais, prévios, que lhe afastem, que o assegurem, de que o que lhe dita a técnica e os perigos não seria recusado pelo paciente.

16 § 1.º | Não conseguindo esgotar o elenco de todos os *quesitos* em causa, abordarei alguns, ordenando-os em função de umas tantas considerações: A| Quanto ao agente médico; B| Quanto ao paciente; C| Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justifica restrições à liberdade e à autodeterminação.

A| Quanto ao agente médico:

16 § 2.º | Como já avancei, a confrontação com o repúdio do paciente aguçará os deveres de qualquer agente médico habilitado para a prestação de saúde de se certificar do *esclarecimento* do paciente. Impõem-se-lhe novas e sucessivas abordagens, colhendo e prestando com apurado detalhe as informações adequadas. Com efeito, a recusa do pa-

dência em variadíssimos aspetos da sua configuração. A título de exemplos temáticos, desde logo, como contradição em relação à própria autonomia; depois, por razões de carácter económico e de organização dos recursos disponíveis; por fim, quanto à sua extensão e limites. Para alguns desenvolvimentos sobre estas questões, cf. André Gonçalo Dias PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 467 e ss.; no que toca a testes arbitrários (SIDA), Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004, pp. 45 e ss.; e em termos mais gerais: Jochen TAUPITZ, *El Derecho a no saber...*, 8, pp. 105-125 e 9, pp. 163-178.

ciente constitui, senão *uma presunção*, uma suspeição sobre a existência de lacunas na compreensão da intervenção proposta ²².

16 § 3.º | É certo que deve esperar-se (melhor: é exigível) uma colaboração do paciente (cf. Bases 1.ª, n.º 2; 3.ª, n.º 4, als. *a*) a *c*), da LBS, Lei n.º 95/2019, de 04 de setembro; e cf. art. 24.º, n.º 1 a n.º 4, da LDDUCS: Lei dos Direitos e Deveres dos Utentes de Cuidados de Saúde, Lei n.º 15/2014, de 21/03, atualizada em 2019, 09/09) ²³, e nada se pode fazer contra o comportamento (expresso ou concludente) pelo qual o paciente não inicie ou rompa a relação, cf. art. 3.º da LDDUCS.

16 § 4.º | Todavia, enquanto tal não suceda, o dever do agente médico é o de persistir, até que dúvidas não subsistam sobre a opção consciente e legitimamente capaz do que lhe pede ou suscita atenções e cuidados. Para tanto, justificar-se-á alargar o horizonte das informações a dar e a pedir ao paciente. Onde uma lacuna das informações adequadas possa inquinar o consentimento pretendido, deixa a recusa de estar fora da suspeição de ser prestado sem esclarecimento do paciente.

16 § 5.º | A doença, por si só, pode acarretar sequelas ao nível psíquico do paciente, diminuindo as suas condições para uma ponderação adequada. Relembra Pauline Lesage-Jarjoura²⁴: «... sobre o efeito da ansiedade e do medo, o paciente ouve sem compreender». Em rigor, a ne-

²² Cf., Nancy Neveloff DUBLER & David NIMMONS, *Ethics on Call—A Medical Ethicist Shows to Take Charge of Life-and-Death Choices*, Harmony Books, New York, 1992, pp. 92 e ss. Para ilustrar a necessidade do aumento de cuidado com os deveres de certificação do esclarecimento, estas AA. relatam um caso em que uma equipa médica estava desesperada: o Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca, necessitava de uma relativamente simples intervenção cirúrgica — *a bypass surgery* — mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; o paciente, contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultado da persistência dos agentes médicos, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver.

²³ Sobre este aspeto dos deveres do paciente, cf. João VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, 224 e ss., e 236 e ss., e André Gonçalo Dias PEREIRA, *Consentimento...*, pp. 33 e 52.

²⁴ Cf., *La Cessation de traitement...*, pp. 144 e ss.

cessidade de certificar a interiorização de uma aprendizagem é requisito básico de todos os procedimentos, quanto mais os médico medicamentosos. Os receios agravam-se perante um quadro desejável dos procedimentos prévios ou da atuação que o visado não domina. Os temores e a depressão convidam o profissional de saúde a afastar qualquer urgência ou precipitação. As pressões não são aqui bem-vindas. Dar tempo e procurar esmiuçar as razões que subjazem à recusa transforma-se no *novo* objetivo do médico. Mas este tempo disponível, tem de estar... disponível, cf. art. 8.º da CDHB (urgências e emergências: uma outra dimensão já aflorada, aliás).

17 | Sempre o esclarecimento: mais alguns problemas.

Este dever decorre do sentido e alcance do preceituado no artigo 157.º do CPenal sobre esclarecimento, com uma amplitude que Guilherme de Oliveira, no seu ensino e perante a multidisciplinaridade do Direito da Medicina, sempre fez vingar como estrutura cuja elasticidade deve ser circunscrita ao paciente concreto, na medida das suas circunstâncias específicas. Da mesma sorte resulta das normas deontológicas que tutelam a atividade médica. Sem prejuízo do que foi vertido na legislação deontológica dos enfermeiros (CDE), de onde retiro constelações análogas²⁵, importa pesar os seguintes textos da legislação deontológica dos médicos (CDOM: Regulamento n.º 14/2009, de 13/01):

17 § 1.º | No que concerne à conexão entre os deveres puramente técnicos e os que permitem o exercício, encontro paradigmático o que decorre do art. 31.º do EOM. Parafraseando, encontra-se o médico incumbido do dever de atender um paciente adstrito aos deveres acessórios de lhe facultar os melhores cuidados, de agir com correção e delicadeza. Tudo com a teleologia exclusiva de « (...) promover ou restituir a saúde,

²⁵ Cf. o DL n.º 104/98, 21/08, designadamente os arts. 78.º, 84.º e 87.º. Quanto a esta matéria do dissentimento do paciente, na órbita da atuação dos enfermeiros, cf. Maria do Céu PATRÃO NEVES/Susana PACHECO, *Para Uma Ética da Enfermagem: Desafios*, Gráfica de Coimbra, 2004, pp. 246 e s., que encontram no teor do art. 84.º, al. a) e al. b) o fundamento para o repúdio do paciente. Concordo integralmente.

suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.».

17 § 2.º | E no que concerne ao consentimento esclarecido, ficou consignado no CDOM, art. 44.º a formulação feliz de se tratar de um dever de esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença. Assim o esclarecimento incidirá sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, objetivos e consequências funcionais. Tudo de forma a viabilizar uma decisão consciente. Para tanto, o vocabulário do médico deve ser adequado ao paciente concreto, de forma inteligível, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupe o doente (e acrescento: deva ser conjecturado como suscetível de lhe causar repúdio). E prossegue minuciosamente.

Adiante, sublinho no art. 46.º do CDOM o cuidado em destacar um prazo, um intervalo de tempo suficiente para permitir reflexão e conselho, deixando o preceito a sugestão de, especialmente frente a riscos significativos ou graves consequências, ouvir segunda opinião médica.

17 § 3.º | A autonomia é, pois, em princípio, pessoal e intransmissível.

17 § 4.º | A questão das procurações dos cuidados de saúde para as DAV inseriram modificações nesta asserção, o que só confirma a especificidade disciplinar das matérias do Direito da Medicina, o que acabou por ficar refletido no art. 46.º, n.º 6, do CDOM.

17 § 5.º | E, sem esgotar, a recusa, cf. art. 49.º (Recusa de exames e tratamentos)

«1 — Se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41.º (ausência de perigo sério e esclarecimentos reforçados), sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 6 do artigo 46.º» (suprimento judicial, não sendo o próprio). | 2 — Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coações.».

17 § 6.º | A seleção não esgota a matéria e insiro os preceitos no texto, incluindo os do consentimento, para permitir uma análise concreta das normas com que estes profissionais de saúde lidam quotidianamente, e, em relação às quais é absolutamente inaceitável sejam desprezadas ou incumpridas...

17 § 7.º | O direito a saber e a decidir parece agora caber ao paciente e só a este, decorrendo o demais de regimes excepcionais, como seja o do privilégio médico em matéria de informação e de atuação, verificados os

correspondentes requisitos: grave perigo para a vida ou perigos suscetíveis de causarem dano à saúde, física ou psíquica. Tanto poderá requerer um padrão de avaliação em sede de decisão substituída (cf. art. 340.º, n.º 3 do CCiv. e 39.º, n.º 2, do CP); ou de decisão segundo os melhores interesses do paciente (cf. art. 340.º, n.º 3, 1.ª parte, do CCiv.); ou de decisão partilhada com o próprio paciente; tudo isto no campo da verificação dos pressupostos para o consentimento presumido. Sendo certo que, em rigor, o padrão deverá ser sempre o da decisão substituída, servindo os demais como orientadores do que semostre necessário suprir. Esta decisão substituída cabe ao profissional de saúde.

18 | Mais alguns problemas relacionados com o esclarecimento, neste campo da recusa, reforçado.

Uma correta e cabal informação engloba os meios alternativos de diagnóstico e de tratamento, tal como a respetiva índole, alcance, envergadura e possíveis consequências... Tanto retiro do teor do citado artigo 157.º do CP e, em sentido mais genérico, do art. 573.º do CCiv.²⁶

18 § 1.º | Aqui entronca um primeiro problema: a escassez de tempo que os agentes médicos possuem para o exercício da sua atividade. Algumas organizações representativas dos médicos reivindicaram já a institucionalização de limites máximos para o atendimento de cada um dos pacientes em Hospitais e avançam números assustadores: 05m/10m. Está bem de ver as consequências destas restrições, que dispensam comentários, tão evidentemente se desnudam. Está bem de ver que o exercício da medicina inclui esta 'luta' contra o tempo, contra a sua escassez. Existindo escassez de tempo para cada paciente, então existe igualmente escassez de meios, e, entre estes, os meios humanos.

18 § 2.º | A ausência de tempo constitui um dos temas onde se verifica uma realidade que, oficiosamente, nenhum juiz deveria deixar de

²⁶ Sobre os aspetos da responsabilidade decorrentes deste dever de informação no campo do Direito Civil, por todos, cf. Jorge Ferreira SINDE MONTEIRO, *Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Ed. Lex, Lisboa, 1991, pp. 133-152; e *Responsabilidade por Conselhos, recomendações ou informações*, Almedina Ed., 1989.

procurar inteirar-se oficiosamente. Trata-se de averiguação do tempo de trabalho e dedicação usual dos profissionais de saúde. Pugno pela necessidade individual de um registo de atividade, que permita determinar o esforço e o descanso do profissional de saúde. Perante uma acusação de atuação negligente (e inexistindo falta de profissionais de saúde) não será indiferente que o 'suspeito' apresente semanas de serviços com mais do x horas tidas como adequadas para o exercício com discernimento e sem afobo das suas tarefas. Eis um bom exemplo para o teste da recusa. Embarcará o passageiro no avião, sabendo que a equipa está em estado de eventual exaustão? Não é conjeturável, obviamente, que essa recusa seja proferida em tais circunstâncias? A resposta é obviamente positiva. Assim sendo, assim não pode deixar de ser, como explicar a exigência decorrente de uma leitura estreitíssima sobre a atribuição do ónus da prova ao lesado: aquele quem foi retirada a informação? Estou a circunscrever os casos em que a lesão se verificou sem que deveres essenciais de informação tenham sido prestados, evidentemente.

18 § 3.º | Um outro problema resultará da verificação (em maior ou menor grau) da *obstinação dos profissionais de saúde*: as decisões do paciente que contrariem ou diminuam as expectativas de que os *meios* de intervenção propostos atinjam os escopos que as *leges artis* apontam, podem despoletar contrariedades ou, no mínimo, dúvidas ao nível ético e deontológico²⁷.

18 § 4.º | Um quarto problema. Tanto quanto vejo, também ao agente médico é lícito, em determinados casos, restringir a sua atuação profissional. Assim, para além dos casos gerais de justificação da ilicitude, previstos na lei penal e civil, *vg*: legítima defesa; estado de necessidade; conflito de deveres, acresce, por ex.º, a objeção de consciência (cf. art. 37.º do CDOM). E o que se afirma aqui para os médicos parece resultar

²⁷ Sobre este aspeto, Josefina Cerzo GRANADEIRO VICENTE, constatando uma baixa taxa de recusas dos doentes, afirma o seguinte: «O medo de não ser devidamente atendido se alguém se negar a uma intervenção e ser recriminado e catalogado de não cooperante, limita a autonomia do paciente. A estrutura hierárquica do meio hospitalar supõe uma diminuição da liberdade, difícil de evitar na totalidade.», cf. *Consentimento Informado — A verdade com sentido, Lisboa, 2004 (dissertação de mestrado apresentada, discutida e aprovada na FML)*, p. 52.

na sua maioria igualmente para os enfermeiros de acordo com o aludido regime deontológico (CDE, cf. arts. 75.º, n.º 2, al. j), 91.º e 92.º).

18 § 5.º | Acresce naturalmente o que de discricionário impõe a autonomia técnica. O agente médico, respeitando as regras da arte e os procedimentos ditados pela evolução da ciência, não se encontra à mercê dos meros *apetites* do paciente²⁸.

18 § 6.º | Tanto basta para atentar com mais cuidado na matéria enunciada sobre a recusa posterior. Nesta sede, como afirmei, a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada.

19 | Modalidades da recusa: recusa posterior suspensiva, com termo ou com alternativa.

Esta recusa posterior pode ser meramente suspensiva, ou com termo (inicial ou final) significando uma simples interrupção do tratamento, ou ser tendencialmente definitiva²⁹, ou significar alternativas (ex.º meios

²⁸ Sobre autonomia técnica e a respeito de algumas decisões judiciais portuguesas, cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 407 e ss.

²⁹ Quero sublinhar, como reflexo da autodeterminação, o respeito que penso merecer a decisão sobre a intensidade com que um enfermo decida viver. No séc. XX tem-se verificado um certo *triumfo da medicalização*, a significar, em síntese, que: «o tempo da morte alongou-se à vontade do médico: este não pode suprimir a morte, mas pode alongar a sua duração (...)» (cf. Philippe ARIÈS, *O Homem perante a morte, Volumes I e II*, (Coleção Biblioteca Universitária), Ed. Europa-América (trad. Ana Rabaça), Lisboa, 1988, II vol., pp. 337 e ss., *maxime* 339). Ora, não cumprir a decisão do paciente que requeira o fim da terapia de vida artificialmente sustentada pode implicar a violação do mesmo princípio da autonomia que fundamenta a doutrina do consentimento informado. Porém, a proximidade com a questão da eutanásia, numa matéria em que a necessidade do dissentimento possa eventualmente ser ultrapassada, por exemplo, mercê de uma decisão substituída por recurso à opinião de quem conviva na esfera íntima do paciente, obriga a tomar as maiores cautelas. Sobre este assunto, cf. João LOUREIRO, *Metáfora...*, pp. 43 e ss.; AD NIEUW, p. 128; R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, tr. Riccardo CARACCILO e Victor FERRERES, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 299 e ss. e nota 20; e, ainda, Joel LEVI, pp. 191 e s. Este A. cita algumas sentenças americanas em que foi admitido o direito de recusar tratamento médico, como corolário da doutrina do consentimento informado e do direito à autodeterminação, sentido em que afirma: «segue da

paliativos). Digo tendencialmente, por força da sua, também possível, revogabilidade, que, aliás, o profissional de saúde, muito naturalmente, procurará ativamente obter, caso o considere necessário ou conveniente.

19 § 1.º | A recusa, tão informada e esclarecida quanto possível, deverá ser registada no processo clínico do paciente, atenta a delicada posição do profissional de saúde³⁰, uma vez que, suspeito, não acontecerá tanto como resultado de um processo de sucessivas trocas de informações e conselhos entre ambos, por forma a que se atinja a declaração formal do paciente, mas antes pelo seu comportamento concludente.

19 § 2.º | Com efeito, invade-me a intuição de que o profissional de saúde só deixará de insistir quando o visado deixar de o procurar. Todavia, será compreensível que aquele possa reclamar que o repúdio seja reduzido a escrito e — verificando-se também dissentimento sobre este especto — seja testemunhada a sua opinião técnica em sentido divergente à tomada pelo paciente³¹.

20 | Declarações escritas de recusa.

Na maioria dos hospitais existem *termos de isenção de responsabilidade*, em suma: minutas pré-elaboradas em que o paciente assume a responsabilidade pela cessação do internamento e do tratamento hospitalar, outorgando o documento. Parece-me um procedimento desnecessário, mais a mais se — como existe notícia de se verificar muitas vezes com os modelos de consentimento — forem remetidos para um mero regime *administrativo*, em violação da verificação de uma relação interpessoal e direta que acredito estar aqui em causa como necessária.

necessidade de obtenção de consentimento informado previamente à intervenção terapêutica, que o paciente deverá igualmente conferir uma recusa informada dessa mesma intervenção terapêutica» (*ibid.*, p. 192).

³⁰ Será possível assacar responsabilidade a um médico pela incapacidade de vencer o seu paciente a aceitar um tratamento que, manifestamente, lhe irá minorar o sofrimento ou, até, salvar a vida? A resposta terá de ser negativa; trata-se exatamente de uma das manifestações da autonomia do paciente de que vimos tratando.

³¹ Neste sentido, cf. Daniel SERRÃO, *Riscos em recusar tratamento*, in AA.VV., *Bioética*, *Bioética*, (Coord. Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald), Verbo, 1996, pp. 81 ss

20 § 1.º | Mas as interrogações destes tópicos *problematizantes* apenas me sugerem que os beneficiários da informação e do esclarecimento sobre os direitos e os deveres decorrentes da relação médica não são apenas os pacientes, mas igualmente os profissionais de saúde. Afinal, também estes parecem querer emprestar à relação que estabelecem com os pacientes um incompreensível *pacto de silêncio*, à luz de um pragmatismo eivado por vezes de premissas favoráveis e atendíveis, mas em relação ao qual esta vertente tão importante das relações sociais oferece o flanco, ressuscitando os fundamentos do que Hannah Arendt (a outros propósitos) já identificou como suscetíveis de edificar o exercício da «banalidade do mal»³².

20 § 2.º | As informações adequadas a prestar e a obter serão, deste modo, todas aquelas que se afigurem como previsíveis e necessárias para determinarem ou influenciarem a proposta e a respetiva decisão. Insisto: perante uma resposta desadequada, ou a dúvida sobre a existência de uma omissão, quanto ao normal processamento da decisão do paciente, forçoso se torna indagar nessa parte até ao esclarecimento³³.

II. Quanto ao paciente

20 § 3.º | Para o paciente a recusa resulta como um direito de manifestar livremente a sua autodeterminação, livre de peias formais e, em princípio, até ao limite da sua radicalidade absoluta: sejam as aludidas *más decisões*, seja o exercício do seu direito a nada querer saber. Numa segunda perspetiva mais benévola, revela a faculdade de opção: a escolha de soluções que se adaptem menos à prossecução da

³² Sobre este conceito figura-se importante analisar o conjunto de textos reunidos e prefaciados por Jerome KOHN, in Hannah ARENDT, *Responsabilidade e Juízo*, trad. Miguel Serras Pereira, ed. D. Quixote, 2007, de onde destaco: *Algumas questões de filosofia moral*, pp. 43-131.

³³ Lembro aqui a decisão proferida pela *Corte de Cassazione* italiana em 8 de julho de 1994 (in *RIML*, ano XVII, 4, pp. 1282 e ss.), sobre a necessidade de o médico informar a paciente, antes de esta (voluntariamente) ter tido alta após uma intervenção para cessação voluntária da gravidez, de que a certeza do êxito da intervenção dependia do resultado dos exames histológicos a que deveria submeter-se. Mais deveria tê-la informado da necessidade de comparecer em consulta de controlo, em tempo útil para uma nova intervenção.

saúde, mas privilegiem as aspirações individuais a uma conformação da própria vida, de acordo com as alternativas que se ofereçam menos *eficazes*, mas desejáveis. É o que chamo de recusa parcial por oposição à recusa integral (total). Parece-me indispensável apontar aqui o tributo ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade, recordando os ensinamentos de Paulo da Mota Pinto.

20 § 4.º | Tanto extraído da lei em matéria de informações a prestar, e repito: garantindo-se a compreensão do essencial para que tome uma decisão livre e consciente, o paciente deve ser *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento* (aludido art. 157.º do CPenal). O facto de existirem outras normas relativas a procedimentos gerais ou concretos, para um catálogo de intervenções tipificadas, a especificarem os mesmos cuidados, ou procedimentos específicos, no mesmo caminho, não retira, aliás reitera, a extensão do referente que ilumina as necessidades aqui abordadas.

20 § 5.º | E isto mesmo se oferece com muita evidência, enquanto argumento apagógico, por exemplo, na necessidade imposta pelo legislador penal em sede do consentimento presumido (cf. art. 39.º, n.º 2, *in fine*, e 156.º, n.º 2, al. *b*), *in fine*, ambos do CP), isto é, quando, perante a impossibilidade de se obter um consentimento expresso viável ou constatando-se um perigo sério no decurso do tempo para a sua obtenção, se conceber a necessidade, ainda, de formular — como ensina Claus Roxin — «um juízo da probabilidade de que o interessado, se tivesse conhecimento da situação de facto, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na acção»³⁴. Mas, em rigor, o que se lê na norma em causa (156.º, n.º 2 do CPenal), para a pressuposição hipotética do consentimento, a necessidade de estabelecer uma conjectura materializada de «... não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.». Um teste racional cognitivo.

³⁴ *Apud* COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, p. 58. Sobre esta matéria cf, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 453 e ss.

21 | O teste intelectual da recusa.

Daqui se compreende o exemplo que a este respeito dá COSTA ANDRADE: «por isso é que, em princípio, o médico que trata um paciente, inconsciente por anestesia, não pode acolher-se ao consentimento presumido para levar a cabo outro tratamento, quando, sem dano para a saúde, se pode esperar que o paciente recupere a consciência e possa expressar a sua vontade.»³⁵. Esta garantia para o paciente de que o agente médico produzirá uma *decisão substituída* em que — podendo — conjeturará — com os elementos que possua ou possa adquirir — a decisão daquele, revela bem quão necessário e importante se torna o diálogo entre os sujeitos da relação médica. No mesmo sentido concorre a lei civil, cf. art. 485.º, n.º 2 do CCivl: existindo o dever jurídico de prestar conselho, recomendação ou informação, a atuação negligente desperta a obrigação de indemnizar. Aponto desenvolvimentos em Jorge Sinde Monteiro.

22 | Uma contribuição para o incremento da literacia e da saúde individual e coletiva.

A recusa revela-se ainda como um mecanismo que permite diminuir a ignorância do paciente (melhor seria optar pelo oposto: pelo aumento dos seus conhecimentos sobre a proposta de atuação ou sobre a *nosologia* que o afeta), como reflexo da intensificação dos deveres de informação que se condensam na esfera do agente médico.

23 | A literacia, o discernimento e a capacidade formal de exercício. Os menores.

Uma questão de particular delicadeza prende-se com o *peso* do dissenhimento dos menores³⁶. Em primeiro lugar, deverá o agente médico

³⁵ ID., *ibid*, p. 59.

³⁶ Para os demais incapazes existem igualmente especialidades e dúvidas. Para os respetivos desenvolvimentos, cf., por todos, André PEREIRA, *O Consentimen-*

certificar-se se o menor tem o «discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance» da sua decisão. Para a verificação deste requisito será de atender aqui à doutrina contida no art. 38.º, n.º 3, CPenal. A averiguação de maturidade confere legitimidade e eficácia àquela manifestação de vontade para justificar uma intervenção médica. Posta assim a questão subsistem dúvidas em atender à sua vontade? É óbvio que sim.

23 § 1.º | Interrogo-me sobre se o agente médico adotará uma postura análoga à que assume perante a recusa de um adulto. É que a decisão sobre a existência de maturidade pode pertencer-lhe. Será madura uma decisão que troca um benefício para saúde pela — usando aqui um velho exemplo — participação num torneio de xadrez?³⁷

23 § 2.º | Tudo me leva a crer que a análise do problema passa pela distinção entre as duas realidades: as medidas que envolvem o consentimento e o dissentimento são diferentes. A intervenção constitui um meio para tentar averiguar e/ou obter (na expressão de Orlando de Carvalho) as condições prévias do estado físico-psíquico do paciente. Vou agora pressupor a necessidade da intervenção para a melhoria do estado de saúde do paciente. No caso do consentimento, as informações visam dissipar dúvidas e confirmar a atuação proposta. Na recusa, estando em causa a mesmíssima intervenção, acentuam-se os cuidados a ter com a manifestação de vontade e a decisão do médico poderá até ser diferente da tomada pelo paciente, se concorrerem para a relação outros valores despertados pela recusa.

23 § 3.º | E isto acaba inevitavelmente por influir na relevância a atribuir pelo agente médico à decisão do paciente, pelo menos no plano pragmático da sua atuação. A tentação do médico será a de acatar a decisão do menor, mas apenas se esta coincidir com a sua. As dúvidas agravam-se pelo facto de a relevância a atribuir à decisão dos representantes legais dos menores não se afigurar definitiva nesta matéria. E explico: é cristalina a perplexidade do profissional de saúde, a quem

to..., pp. 214 a 289. Em relação aos menores, ID. *Ibid*, pp. 289 e ss.; e Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso...*, e João VAZ RODRIGUES, *Consentimento...* pp. 209 e ss.

³⁷ Será falacioso querer responder com o respeito pela vontade de um adulto nas mesmas circunstâncias. A reação excecional em termos de autonomia é de aceitar como tributo da autodeterminação. Mas não poderá ser exigido ao médico que se reporte a uma bitola de normalidade, à sensatez do homem comum?

se afirma o dever de agir contra o dissentimento paternal em caso de prossecução da saúde dos menores que não tenham autonomia relevante da vontade, como pode acontecer em situações já clássicas das convicções religiosas (é o caso clássico da transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová); e, simultaneamente, se possa configurar uma censura por não ter ultrapassado a autonomia do menor quando, nas mesmas condições de conveniência para a saúde, a atuação recusada tiver o beneplácito dos representantes legais³⁸. Bizarro será ainda explicar aos profissionais de saúde que não se pode estabelecer nenhum paralelo com o regime da Lei de Saúde Mental (LSM), onde o legislador — não obstante a revisão em 2018 exatamente do preceito em causa (Lei n.º 49/2018, de 14/08) — consignou a faculdade de o menor de 14 anos receber ou recusar intervenções médicas, eletroconvulsivoterapia, e participar em investigações, ensaios, etc., cf. art. 5.º, n.º 3 da LSM.

23 § 4.º | O que quero aqui sublinhar não é tanto aquilatar se basta o consentimento dos representantes para determinar a legitimidade da intervenção do agente médico ou se a autonomia do menor pode ser eficaz para consentir numa lesão da sua esfera jurídica, quando esta lesão se referir a interesses de que possa dispor. Isso constitui uma matéria melindrosa, mas em relação à qual a decisão médica pode perfeitamente coincidir com o respeito pela vontade esclarecida do menor. Da mesma

³⁸ A questão colocou-se já perante a jurisprudência inglesa, aceitando-se que a decisão capaz de um menor — devendo ser respeitada se for afirmativa e se confrontar com o dissentimento paternal — poderá ser ultrapassada pelo consentimento paternal para uma intervenção médica, que aquele repudiou. Face aos valores em conflito e, sobretudo, à enorme responsabilidade depositada no agente médico, alguma doutrina recomenda para tais casos o suprimento judicial. A decisão a tomar deverá acatar os desejos do menor, tendo por pressuposto os seus *melhores interesses*. Cf. John ECKELAAR, *White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts—Again*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 109, Abril de 1993, pp. 182-187. Idênticas dificuldades colho em Daniel SERRÃO, cuja aceitação parece ficar restringida às decisões tomadas por menores, verificando-se discernimento e as matérias em causa não impliquem perigo de vida, exemplificando com uma decisão aceitável de um menor sobre a não utilização de um aparelho de correção dentária (cf.: *Riscos...cit.*, p. 82). Sobre esta matéria, por todos, remeto para Guilherme de OLIVEIRA, *O acesso...cit.*, pp. 16 e ss.

sorte, pressinto quanto o médico sofrerá inevitavelmente perante as dúvidas sobre a existência da maturidade do seu jovem paciente.

23 § 5.º | O problema é que, neste caso, perante a negativa, o agente médico não recebe, como acontece com o consentimento, uma colaboração do visado ou do seu representante, e o Direito não fornece um quadro rígido de atuações. Em suma: o médico será provavelmente investido na responsabilidade da decisão. E esta será tomada levando em consideração a prossecução dos melhores interesses do paciente. Uma opção solitária e sempre casuística, em relação à qual o auxílio do magistrado do MP será bem vinda, seguramente, mas insuficiente para o profissional de saúde que pretenda o melhor exercício médico medicamentoso, que não meramente eximir-se de eventual responsabilidade.

23 § 6.º | Mas então, parece confirmar-se existir, ainda que ténue, uma diferença nas manifestações de vontade positiva e negativa. E não se prende apenas com a averiguação da capacidade do declarante, manifesta-se antes nas maiores cautelas que rodeiam a decisão negativa que ao médico se afigure como contrária aos interesses do paciente menor. Na verdade, dificilmente se censurará o médico que decida não atender à recusa de um menor, quando entenda a atuação médica como decisiva e fundamental. Recordo que o profissional de saúde deve proceder a uma aferição da maturidade do menor, para a qual não deixará de ponderar a justificação que este apresente para a recusa. Como atribuir discernimento ao declarante de uma justificação desequilibrada ou desajustada face aos efeitos em causa? Tenho consciência de que a resposta não será idêntica perante uma justificação similar proferida por um paciente maior e capaz. O que este raciocínio pode é, eventualmente, dissipar dúvidas perante a confirmação da similitude das premissas.

23 § 7.º | Num caso, porém, a recusa é tomada em conta independentemente da incapacidade do paciente que a manifeste, como vimos já: se houver oposição à experimentação que se pretenda prosseguir no incapaz (cf. art. 17.º, n.º 1, al. e) da CDHB). Mas este regime não revela igualmente a existência de um campo relativamente alargado, em que a eficácia a atribuir ao dissentimento convoca a proteção de bens jurídicos, como a saúde, que poderão colidir com a proteção da autonomia? Reclamando-se aquela proteção, acredito ser possível e desejável a compressão desta outra, salvaguardando os bens jurídicos fundamentais. E não se diga que ressuscito o paternalismo perante as dificuldades e o enterro logo que estas se esvanecem. A opinião dos intervenientes é contingente, mas deverá ser tomada em consideração pelo agente médico (cf. art. 6.º, n.º 2 e n.º

3, da CDHB). Neste mesmo preceito parece residir uma válvula de segurança que consiste em prever a possibilidade de a autorização dada pelos representantes dos pacientes incapazes, ou pelas autoridades em sua substituição, ser revogada quando se prossiga o «... interesse da pessoa em causa» (cf. o citado art. 6.º, n.º 5 da CDHB). Então porque não dar ao médico a possibilidade de recorrer igualmente à mesma autoridade em caso de dúvida sobre a maturidade da decisão do menor em recusar?

23 § 8.º | Eis uma solução que não me desagrada integralmente. Bem sei que as opiniões médicas subjacentes podem ser rotuladas como de *quase peritagem*, e esta qualidade arrisca-se a influenciar a magistratura judicial. Todavia, não é menos verdade que a perspectiva jurídica (acompanhada de uma fonte alargada de opiniões oriundas de outros quadrantes envolvidos) pode funcionar bem como um *fiel* equitativo que dite a superação das divergências entre a função beneficente da saúde (com riscos de paternalismo) e o precioso reduto da autonomia, pensadas que sejam as matizes do caso concreto. E agora respondo à inquietação que manifestei antes. O profissional de saúde tomará uma decisão tanto mais certa e segura quanto mais sereno estiver relativamente a procedimentos que questionem os respetivos fundamentos.

III. Quanto aos *tratamentos compulsivos* e demais intervenções em que se justificam restrições à liberdade e à autodeterminação.

23 § 9.º | Como afflorei já no tocante à matéria do *direito a não saber*, existem *terrenos* em que se constata uma (por vezes séria) *belicosidade* entre a *vontade* e a *saúde*. E para além desta *fragmentação*, outras circunstâncias se envolvem na *briga*: penso nas limitações individuais exigíveis aos próprios pacientes (na raia da contenção da sua própria esfera de personalidade); considero os direitos e os interesses de terceiros envolvidos (entre os quais os próprios agentes médicos), os interesses sociais que justifiquem a intervenção da Administração Pública no âmbito da prossecução da garantia constitucional da proteção da saúde (cf. art. 64.º da CRP) ou mesmo em outros âmbitos (no campo da Justiça, por exemplo: descoberta da verdade material).

23 § 10.º | As colisões entre direitos fundamentais exigem: uma avaliação permanente das *fronteiras* a traçar entre as compressões que os

bens jurídicos subjacentes convoquem; e o apuramento da prevalência abstrata ou concreta dos valores individuais *versus* valores sociais³⁹.

23 § 11.º | Não cabe aqui pugnar por qualquer prévio posicionamento do intérprete (ou do legislador) na defesa prevalente, em princípio, de um dos *beligerantes* em desfavor do outro, isto é: se do ponto de vista constitucional se deverá qualificar como excecional a intrusão na esfera individual, nos casos contados em que tal se ofereça absolutamente necessário e, conseqüentemente admissível; ou vice-versa. Não é a hierarquia que me interessa colocar em discussão, se bem que se trate de um tema que não posso deixar de indicar dever merecer uma cuidada atenção (e análise e debate), progressivamente premente perante: a *velocidade do tempo*; a *crise* que parece instalada no pós-modernismo; algumas teses *comunitaristas* emergentes, determinismos em cardápio, etc.

23 § 12.º | O que tenho por certo e estendo à generalidade destes tipos de cruzamento de valores e de bens constitucionalmente protegidos é a constatação de Costa Andrade: «De uma forma ou de outra, as decisões da pessoa 'irritam' o sistema social e projetam sobre ele uma complexidade que este é chamado a reduzir, segundo legitimação e critérios próprios. *Brevitatis causa*, segundo uma lógica de autorreferência.»⁴⁰.

23 § 13.º | Tanto me conduz a uma precisão de conceitos que ressalta exatamente da configuração autónoma da recusa: é que face aos tratamentos compulsivos, ou em termos mais gerais a intervenções arbitrárias, não é tanto a manifestação da vontade positiva (o consentimento) que fica colocada em crise, mas exatamente a desvalorização do dissentimento, da faculdade de repúdio ou de não adesão a uma intervenção ou constrição na esfera da liberdade ou da autonomia. Com efeito, o consentimento significa aqui apenas uma adesão voluntária (até ao limite do grau da autodeterminação existente) à compressão da vontade ditada,

³⁹ Sobre esta matéria não será de somenos indicar a consulta: da obra de VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais — Na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, 213 e ss.; das citadas anotações à *CRP Anotada* de Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS (a que adicionamos agora as relativas aos arts. 24.º, pp. 222 e ss.; e 64.º, pp. 652 e ss.); de Carla Amado GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual* ¾ *Casos da vida de um médico de saúde pública*, AAFDUL, Lisboa, 1999, entre outros, cuja indicação bibliográfica decorre das *supra* citadas.

⁴⁰ Cf. *Direito Penal Médico...*, p. 44.

isto é, imposta em termos juridicamente certificáveis como válida. Só a recusa revela a crise aberta pelo embate dos valores constitucionais em causa, até caso a caso. Aquela manifestação de vontade torna-se, em regra⁴¹, irrelevante; pelo contrário, a recusa — mais não sirva — *inquire* a norma que o constrange.

23 § 14.º | O elenco dos tratamentos compulsivos e das intervenções arbitrárias é extenso e apresenta inúmeros aspetos controvertidos, pelo que previno sobre a incompletude do que se segue, tal como o desequilíbrio com que são cotejadas as respetivas matérias.

23 § 15.º | Por tratamento compulsivo ou intervenção arbitrária da vontade do visado quero denominar o exercício potestativo da faculdade de atuação, que, além de bulir com a liberdade, seja suscetível de ser invasiva da esfera físico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde, com o objetivo da proteção social da saúde, ou seja, de acautelar os interesses da coletividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível coletivo e ou individual, em caso urgente; ou protegendo outro direito ou bem jurídico fundamental, mas sempre em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma decisão judicial proferida a coberto de legítima e específica habilitante⁴².

⁴¹ Quero acautelar, mesmo em sede do consentimento, as eventuais sequelas da adesão a um ditame normativo que venha a ser reputado como ilegal ou a uma decisão que não encontre estribo na formulação legal aparentemente habilitante, que suscitem ulteriormente ao visado que a acatou a possibilidade de, sentindo-se lesado, reagir.

⁴² Assim decanto a noção que avancei em o *Consentimento...*, pp. 290 e ss., tendo em mente o sentido e alcance da pertinente advertência — e recorrendo à expressão utilizada — de Paulo da MOTA PINTO na sua «declaração de voto», proferida no Ac. do TC n.º 228/2007, de 28/03 (Relatora: Maria Fernanda PALMA), cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt>. E aproveito para retificar o que deixei explanado em sede de *testes para aferição de perfis de ADN* (cf. o *Consentimento...*, pp. 326 e s.), aderindo à restrição — todavia com a divergência que antecede em que secundo Paulo da Mota Pinto — que o Ac. TC *supra* citado (na sequência do *fundamentante* Ac. TC n.º 155/2007, de 02/03 (Relator: GIL GALVÃO) introduz na interpretação do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, de onde se retira que a sujeição compulsiva a exame (colheita compulsiva de vestígios biológicos) carece de autorização do juiz competente; Ac. este último de onde retiro apenas a seguinte passagem (da longa e profunda fundamentação que merece toda a atenção), esclarecedora do que está em *jogo*: «Assim, admite-se que, em si mesmo, não existirá desproporcionalidade na utilização de tais meios invasivos» — colheita de saliva através de *zaragatoa*

bucal — «do corpo da pessoa (mas não lesivos da integridade física), da sua liberdade e privacidade, como único meio para obtenção da prova em situações (tal qual a do presente caso) de extrema gravidade dos factos perpetrados, com base numa ponderação de todas as circunstâncias *a efetuar por um juiz imparcial que não tem a seu cargo ou sob o seu domínio a investigação do processo*, e sendo assegurado o controlo de todo o aproveitamento possível dos resultados de tal intervenção.». O sublinhado pertence-me. Os Ac. do TC em referência acabam por iniciar um processo de *solvência* das dúvidas suscitadas pela Jurisprudência do TRC (Acórdãos ali citados), que culminou com o Ac. TRC de 13/09/2006 (Relator: Luís de ALMEIDA GODINHO, cf. <http://www.dgsi.pt>), cuja transcrição parcial pode igualmente ser encontrada em *RMP*, ano 27, n.º108, pp. 239 e ss. e que resultou assim corrigido. Devo sublinhar aqui o comentário crítico de Mário FERREIRA MONTE, cf. *ibid*, pp. 250-262, cuja argumentação não deve de todo ser desconsiderada, especialmente quando concebe que o próprio exame por *zaragatoa* «pode ocorrer mediante a utilização de força» e que todas estas diferenças podem e devem ser relevantes para a decisão a tomar, concluindo pela aludida necessidade — prevenida também por Paulo da MOTA PINTO, como disse já — da *prévia regulamentação*. Eis o plano distintivo (casuístico, é verdade), que me levou a considerar (em sede de testes para a deteção de álcool no âmbito das infrações rodoviárias) que, no estado corrente da legislação em vigor, a existência de soluções alternativas (*desobediência*, etc.) seriam suficientes para ultrapassar o que a lei parece não prever: o dissentimento efetivo, radical, ainda que ilegítimo e, até ilícito (cf. *O consentimento...*, pp. 328 e ss., neste aspeto — parece — secundadas por Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *CRP Anotada...*, I, p. 277). Pesam aqui, sempre, os ensinamentos de Guilherme de OLIVEIRA, *Implicações...* p. 328. E sendo certo que a ponderação dos valores e bens se altera muito significativamente perante os ilícitos em confronto, a verdade é ser inegável (para lá da justiça do caso concreto) que a obrigatoriedade dos exames e a sua efetivação compulsiva à custa da violação da integridade física constituem planos diferentes, a merecer este último uma competência legislativa para ser dirimido, com respeito pela proporcionalidade entre o exercício da força e o que a justifica. Bem compreendo a tentação da *descoberta a verdade material*, como entendo a tentação que sofrerá o médico ou o cientista no decurso de uma atuação ou de uma investigação importantíssimas para o combate de uma doença ou uma descoberta singular... Mas a verdade é que os princípios fundamentais, quando fragmentados sob a premência de uma *topoi* que os contradiga, não podem ser pulverizados, sem mais, sem o avisado e prévio *império da Lei*, à custa de inferências particulares não tipificadas. Subsiste sempre o perigo de revelarem, mais tarde, consequências chocantes, a jusante ou a montante, no edifício ético *codificante* do tecido social. Começamos por afirmar que a colheita de saliva é uma invasão insignificante da esfera físico-psíquica de uma pessoa e podemos acabar embasbacados perante uma queixada quebrada por um alicate cirúrgico... São as consequências da aludida «banalidade do mal» que impressionou tanto Hannah ARENDT.

23 § 16.º | Aqui se incluem: os serviços de polícia sanitária para as vacinações e os rastreios; a despistagem de doenças infetocontagiosas; os serviços que lutam contra epidemias, os serviços para internamento e tratamento de doenças mentais (cf. Base 34.ª da LBS e art. 5.º, (máxime: n.º 3, al. c) do DL n.º 82/2009, de 02/04), revisto pelo DL n.º 135/2013, de 04/10, sem esquecer a Lei n.º 81/2009, de 21/08 e o DL n.º 81/2009, de 02/04, e, ainda, LSM: Lei n.º 36/98, de 24/07)⁴³. E devem ainda ser consideradas as medidas decorrentes da declaração do *estado de calamidade pública* (cf. art. 19.º, n.º 2, da CRP), sobre as quais, à data em que escrevo se anuncia a 13.ª para a rotura mundial entre aCov-19 e dCov-19, com seguras replicações e desenvolvimentos.. E o mesmo se diga para os tratamentos em detidos, nos termos estritamente necessários a preservar os interesses do Estado quanto à vida, manutenção da ordem e da segurança nos estabelecimentos prisionais, *v.g.* casos de greve de fome, automutilação e de tentativa de suicídio⁴⁴; e para os exames médicos em medicina do trabalho (cf. art. 19.º do CT)⁴⁵ ou para a prática de atividades desportivas (cf. arts. 4.º a 11.º do DL. n.º 345/99, de 27/08 e art. 40.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, Lei n.º 05/2007, de 16/01). À data em que cunho o presente, afigura-se-me desnecessário entupir o texto com a explosão de normas que no último ano (e que persistem) sobre o estado de calamidade e instabilidade e dispersão nas atuações, designadamente com questões não estabilizadas na

⁴³ Sobre este aspeto e ressuscitando questões conexas com alguma da matéria aflorada na nota anterior, cf. o comentário crítico de André PEREIRA ao Ac. TRP, de 06/02/2002 (Internamento compulsivo de doente tuberculoso), in *LexMed*, I, 1, 2004, onde se pode analisar igualmente os extratos relevantes do Aresto. Cf. ainda Maria João ANTUNES, *O internamento...*

⁴⁴ Cf.: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1991, p. 408; Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária ¾ Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 101-128; e João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 304 e ss. Cf. Código de Execução de Penal e Medidas Privativas da Liberdade (Lei n.º 115/2009, na sua 6.ª versão de 2019), arts. 8.º, al. g), 33.º, n.º 2, 35.º n.º 2 a n.º 6, 95.º, n.º 5, 118.º e ss., 126.º e ss.

⁴⁵ Cf. Carlos LOPES DO REGO, *Comentário ao Ac. TC n.º 368/02, 25/09*, e este aresto, in *RMP*, Ano 23, n.º 92, pp. 117 e ss.

nossa jurisprudência. A seu tempo, com tempo e reflexão, se revisitarão estes problemas.

23 § 17.º | Outros aspetos devem ainda ficar também meramente referenciados, se bem que suscitem, de igual sorte, controvérsia em frações particulares de problemas que levantam os casos concretos em que são analisados: o tratamento coativo para evitar a tentativa de suicídio, pelo menos a partir da inconsciência⁴⁶; os limites da eutanásia⁴⁷; as já afloradas intervenções de perícia no campo do direito processual, penal e no civil, determinadas por decisão judicial legalmente habilitada⁴⁸; a já residual «solução de oposição» relativa à colheita de órgãos e de tecidos para fins de transplante e o mesmo digo para os «testamentos em vida» que possuam indicações negativas para prever a impossibilidade de manifestar a vontade face a quadros futuros previsíveis.

23 § 18.º | Por fim, mas não em último lugar, o que se avizinha, o pós-humano e a inserção robótica que resulta, no fundo, do apetite imenso que alguns sentimos em «engolir», em integrar o telemóvel mais sofisticado do mercado. Sobre esse já presente, designado *Futuro da Natureza Humana*, são consabidas as atenções de vários AA, de onde me permito apontar dois: Jürgen Habermas, e, entre nós, João Loureiro, com referência à temática. Ilustro apenas a temática com dois pontos. O primeiro, com o *ano da morte de Stephen Hawking* (referenciada à data com que cunho o presente), cientista cujas debilidades foram sendo superadas em termos extraordinários pela tecnologia. O segundo, com uma *estória*, com que, de quando em vez, animo as sessões dos sucessivos cursos de pós-graduação no CDB: — solicito que imaginem um cadáver humano hodierno, de pessoa sofisticada, a ser dissecado há cerca de 500 anos, por André Vesálio, no teatro anatómico da Universidade de Pádua ou de Paris. Pensem no estupor dos presentes ao deparar com pedaços de crânio em metal, chips incorporados, dentes aparafusados, lentes inseridas nos olhos, aparelhagem nas cordas vocais, sacos de silicone distri-

⁴⁶ Cf., por todos, André PEREIRA, *O Consentimento...*, pp. 508 e s.

⁴⁷ ID, *ibid*, pp. 509 e ss. e Luísa NETO, *op cit*.

⁴⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. João VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, pp. 324 e ss.

buídos pelo corpo, articulações em metal, uma profusão de cabelagem e motores... Enfim! Robotização? Pós-humanidade?

24 | Conclusão:

Escreveu Guilherme de Oliveira em janeiro de 2001: «Tenho para mim que o 'consentimento informado' vai ser uma dor de cabeça para os profissionais da saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão, do que se trata; mas não é fácil ter uma noção precisa do que se pode exigir dos médicos na vida real da prática clínica.».

24 § 1.º | O consentimento desvelou esta figura 'gémea', e, se teve já o condão de determinar-se como alavanca do ressarcimento de danos provocados pela atuação negligente de profissionais de saúde, judicialmente determinados nas mais elevadas instâncias dos Tribunais portugueses, não se 'adormecendo' em formalismos, poderá ter neste aspeto outras virtudes, que justificam a persistência da 'futuurologia' do Mestre.

24 § 2.º | A recusa constituiu o 'ponto de partida' da preocupação do legislador português em relação à autonomia, ao exercício da autodeterminação, do paciente no ordenamento jurídico português. O legislador tem 'revisitado' e circunscrito a temática, a ponto de facultar ao intérprete e ao julgador um 'teste' para apurar o exercício negligente, logo em terrenos que comprometem seriamente a ilicitude dos danos consequentes. Verifica-se mesmo pela recusa a viabilidade em alicerçar alguns dos aspetos de maior atualidade, como seja as Diretivas antecipadas de vontade, o seu sentido e o alcance possíveis. Sem esgotar.

24 § 3.º | A recusa revela-se uma pedra de toque que suscitará, eventualmente, as soluções para o *confronto* que vou pressentindo crescer, por força dos sucessivos pontos de fricção entre a *célula* individual do ser humano e a sua esfera de proteção com as esferas de proteção da sociedade e a intervenção, ao menos tutelar, do Estado. Ficam semeados alguns tópicos para futuras discussões sobre a matéria. É o que pretendi.

Ainda a bibliografia:

- AA.VV: MARTINEZ-CALCERRADA, Luis; co-ord: MARTINEZ CALCERRADA. Jose-Maria, cf. vol I, TECNOS, 1986, pp. 186-196)
- BUSTO LAGO, José Manuel: *Consentimento informado y responsabilidad civil*, in AA.VV. *Consentimento Informado, Julgar*, Coimbra Ed., 2014, pp. 157-182, máx pp. 174 e ss. [(Sala de lo Civil del TS, STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011|3279(; STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004|456), entre outras].
- COSTA ANDRADE, Andreia da: *Atipicidade da Conduta Médica (tentativa de (re)compreensão)*, CDB | FDUC 24, Petrony, 2018.
- COSTA SANTOS, Jorge: *Responsabilidade Civil: A avaliação pericial das 'leges artis'*; educast | cej: https://educast.fccn.pt/vod/clips/1cuowf-0n5g/link_box ;
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo: *Memória e Método (Tempos e Lugares para uma Metodologia Jurídica)*, in *RFDUP*, I, 2004, pp. 309-323, máx., 311, onde deixa registo valioso de bibliografia;
- GENICOT, Yves-Henri | LELEU, Gilles, *Le Droit Medicale: aspects juridiques de la relation medecin-patient*. Bruxelles, Ed. De Boeck Université, 2001, pp. 71 e s, onde apontam a gravidade da lacuna de informação que, ainda por beneficência, se destine a prevenir a recusa ou permita medrar a dúvida no paciente.
- GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha: *A Negligência Médica Hospitalar*, pp. 40-44
- KHALDÛN, Ibn, *Muqaddhima*, trad. Franz Rosenthal, Ed. N. J. Dawood, Introdução: Bruce B. Lawrence, Princeton University Press, Kindle Ed., e-book eISBN 978-1-400-86609-0;
- LEAL-HENRIQUES Manuel / SIMAS SANTOS, Manuel: *Código Penal Anotado*, 2.º vol., anot. ao art. 150.º, p. 172:
- MONIZ, Helena Isabel Gonçalves, *Risco e Negligência na prática clínica*, in *RMP*, n.º 130 (Abril | Junho), Coimbra, 2012, pp.81-100.
- ORTEGA Y GASSET, José: *A Rebelião das Massas*, Relógio D'Água, 1998. Ortega encontrava no homem que se não identifica nesse imperativo categórico de ter de ser, de alinhamento com a estrutura humana mais autêntica, em termos individuais, o 'homem-massa', enquanto ser inautêntico, vazio de identidade cultural, indistinto de qualquer outro ser humano, "sem a nobreza que obriga", a que está obrigado por ter de se ser a si.

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, CDB, n.º 22, Coimbra Ed., 2015;
- RAPOSO, Vera Lúcia: *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina, 2013, p. 171.
- SÁEZ, Carolina Pereira: in AA.VV., *Constitución y Consentimiento Informado: España*, in *Julgar*, 2014;
- SCHWARTZ, Barry: *The Paradox of Choice – Why more is less*, Harper Collins e-books, Kindle ed.
- TAPLIN, William: *The Aesculapian Labyrinth Explored*, 1789; Ebook n.º 54332, USA public domain since 09 de março de 2017; acesso via <http://www.gutenberg.org/files/54332/54332-h/54332-h.htm>