



Universidades Lusíada

Neto, Catarina Baptista Bolas Cadete, 1998-

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente

<http://hdl.handle.net/11067/7825>

Metadados

Data de Publicação	2024
Resumo	<p>A relação de prestação de cuidados de saúde é uma relação prima facie desequilibrada, dado que o paciente constitui a parte mais débil, uma vez que, na maior parte dos casos, não dispõe de conhecimento das técnicas médicas. O consentimento do paciente existe precisamente para colmatar as referidas desigualdades por via da transferência dos riscos da intervenção ou tratamento inicialmente suportados pelo médico para a esfera jurídica do paciente. A teoria do consentimento informado e esclarecido ...</p> <p>The healthcare service relationship is a prima facie unbalanced one, given that the patient is the weaker party, as they often lack knowledge of medical techniques. Patient consent exists precisely to address these inequalities by transferring the risks of the intervention or treatment, initially supported by the doctor, to the legal sphere of the patient. The theory of informed and enlightened consent has evolved from being merely an expression of the patient's wishes to the recognition of auto...</p>
Palavras Chave	Médicos - Responsabilidade profissional, Consentimento informado (Legislação médica), Médico e Paciente
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-04-02T09:19:29Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente

Realizado por:

Catarina Baptista Bolas Cadete Neto

Orientado por:

Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente: Professor Doutor António Júlio da Fonseca Santos Cunha
Orientador: Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Arguente: Prof.^a Doutora Ana Sofia da Silva Gomes

Dissertação aprovada em: 30 de janeiro de 2025

Lisboa

2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente

Catarina Baptista Bolas Cadete Neto

Lisboa

Agosto 2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente

Catarina Baptista Bolas Cadete Neto

Lisboa

Agosto 2024

Catarina Baptista Bolas Cadete Neto

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Empresariais

Orientador: Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González

Lisboa

Agosto 2024

FICHA TÉCNICA

Autora Catarina Baptista Bolas Cadete Neto
Orientador Professor Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Título Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente
Local Lisboa
Ano 2024

CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

NETO, Catarina Baptista Bolas Cadete, 1998-

Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado e esclarecido do paciente / Catarina Baptista Bolas Cadete Neto ; orientado por José Alberto Rodríguez Lorenzo González. - Lisboa : [s.n.], 2024. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - GONZÁLEZ, José A.R.L., 1965-

LCSH

Médicos - Responsabilidade profissional
Consentimento informado (Legislação médica)
Médico e paciente
Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
Teses - Portugal - Lisboa

Physicians - Malpractice
Informed consent (Medical law)
Physician and patient
Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

KKQ3100.4.N48 2024

AVISO LEGAL

O conteúdo desta dissertação reflete as perspectivas, o trabalho e as interpretações da autora no momento da sua entrega. Esta dissertação pode conter incorreções, tanto conceptuais como metodológicas, que podem ter sido identificadas em momento posterior ao da sua entrega. Por conseguinte, qualquer utilização dos seus conteúdos deve ser exercida com cautela. Ao entregar esta dissertação, a autora declara que a mesma é resultante do seu próprio trabalho, contém contributos originais e são reconhecidas todas as fontes utilizadas, encontrando-se tais fontes devidamente citadas no corpo do texto e identificadas na secção de referências. A autora declara, ainda, que não divulga na presente dissertação quaisquer conteúdos cuja reprodução esteja vedada por direitos de autor ou de propriedade industrial.

RESUMO

A relação de prestação de cuidados de saúde é uma relação *prima facie* desequilibrada, dado que o paciente constitui a parte mais débil, uma vez que, na maior parte dos casos, não dispõe de conhecimento das técnicas médicas. O consentimento do paciente existe precisamente para colmatar as referidas desigualdades por via da transferência dos riscos da intervenção ou tratamento inicialmente suportados pelo médico para a esfera jurídica do paciente.

A teoria do consentimento informado e esclarecido passou de uma mera manifestação do doente até ao reconhecimento da autonomia da vontade enquanto direito do paciente, realçando a importância do contexto histórico, de modo a compreender-se a passagem do paradigma do paternalismo médico para um modelo atual e pluralista, assente em vários códigos morais e jurídicos, nacionais e internacionais.

O conceito de consentimento informado apresenta várias definições com pequenas nuances diferenciadoras. Este pode ser entendido, por um lado, como o direito do paciente de aceitar ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida qualquer tratamento médico, com o objetivo de proporcionar saúde em benefício próprio, alheio ou geral. Por outro, constitui ainda o correspondente dever do médico de obter o consentimento do paciente relativo a qualquer tratamento por si indicado, informado-o e esclarecendo-o acerca do mesmo.

O presente estudo versa sobre a responsabilidade médica, na vertente civil, devido à falta de consentimento informado, destacando-se as seguintes questões: a natureza jurídica do consentimento; os bens jurídicos protegidos; a comparação com determinadas figuras afins típicas da responsabilidade médica; a ausência dos requisitos externos e internos, particularmente, a questão da capacidade para consentir, as respetivas formas de suprir a sua falta e os critérios de transmissão dos riscos; os requisitos da responsabilidade civil, especialmente o nexo de causalidade; e as situações excecionais à responsabilidade.

Palavras-Chave:

Autodeterminação do paciente

Dever de informação

Capacidade para consentir

Dever de obtenção do consentimento informado

Ato médico

Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

The healthcare service relationship is a prima facie unbalanced one, given that the patient is the weaker party, as they often lack knowledge of medical techniques. Patient consent exists precisely to address these inequalities by transferring the risks of the intervention or treatment, initially supported by the doctor, to the legal sphere of the patient.

The theory of informed and enlightened consent has evolved from being merely an expression of the patient's wishes to the recognition of autonomy as a right of the patient. This highlights the importance of the historical context, enabling comprehension of the shift from the paradigm of medical paternalism to a current and pluralistic model based on various national and international moral and legal codes.

The concept of informed consent has several definitions with slight distinguishing nuances. On the one hand, it can be understood as the patient's right to freely, voluntarily, and informedly accept or refuse any medical treatment, with the aim of promoting health for their own benefit, that of others, or society at large. On the other hand, it also represents the corresponding duty of the physician to obtain the patient's consent for any treatment they recommend, informing and enlightening the patient about it.

This study focuses on medical liability in the civil sector, due to the lack of informed consent, highlighting the following issues: the legal nature of consent; the protected legal rights; comparison with certain similar figures typical of medical liability; the absence of external and internal requirements, particularly the issue of the capacity to consent, the respective means of addressing its absence, and the criteria for risk transfer; the requirements of civil liability, mainly the causal link; and the exceptional situations concerning liability.

Key words:

Patient self-determination

Duty to inform

Capacity to consent

Duty to obtain informed consent

Medical act

Medical civil liability

AGRADECIMENTOS

Após terminada a etapa desafiante da escrita da minha dissertação de mestrado, cabe-me agradecer a todas as pessoas que me acompanharam ao longo deste tempo e que deram o apoio de que eu precisava para chegar até aqui.

Começo por agradecer ao corpo docente da Universidade Lusíada de Lisboa, que me acompanhou desde a licenciatura até ao mestrado e que suscitou em mim uma grande curiosidade sobre o mundo do Direito através da partilha de conhecimentos.

Em especial, agradeço ao meu orientador José Alberto González, que me acompanhou neste percurso desde o primeiro dia da licenciatura e também por toda a disponibilidade e apoio na elaboração deste trabalho.

Aos meus pais Filomena e Paulo e ao meu irmão Miguel, que estão sempre ao meu lado e que são o meu porto de abrigo.

Agradeço às minhas tias Isabel e Margarida, pelas longas conversas de apoio.

Agradeço aos meus avós e segundos pais Odília e Américo, que celebram comigo todas as minhas conquistas.

Agradeço, por fim, à “Mulherendo” por apoiar e ajudar todas as mulheres com endometriose e adenomiose.

Introdução

O consentimento do paciente é uma questão recente para o Direito. Não obstante, o consentimento do paciente tem evoluído ao longo do tempo, enquanto prática racional, rigorosa e sustentada pela ciência, desde a antiguidade clássica até à atualidade, evolução esta que aqui nos ocupa explicar na primeira parte da presente dissertação. Neste contexto, iremos analisar as normas de vários diplomas legislativos, que sedimentaram esta realidade, os quais remontam ao início do século passado. Anteriormente, observaram-se, no plano da responsabilidade médica, as primeiras condenações nos tribunais anglo-saxónicos de profissionais de saúde com fundamento no não cumprimento dos deveres de informação e de obtenção do consentimento, as quais também merecem a nossa atenção.

O instituto do consentimento informado e esclarecido, como expressão do respeito pelo princípio da autonomia do ser humano, é um tema amplamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência. Na sociedade plural e aberta em que vivemos, tem-se constatado uma crescente consciencialização dos direitos fundamentais por parte dos pacientes. Esta situação decorre de uma divulgação cada vez maior de informação, com origem na comunicação social, no que concerne à suposta má prática, que coloca em causa a confiança na relação médico-paciente.

O que se procura neste trabalho é a elaboração de um estudo sobre a responsabilidade civil médica devido à violação do consentimento informado. Embora o núcleo central deste trabalho seja a responsabilidade pelo consentimento informado, que constituirá a terceira parte do mesmo, não seria possível elaborar uma dissertação sobre este tema, sem antes desenvolver os requisitos que compõem este instituto jurídico no nosso ordenamento jurídico, para, por seu turno, determinar em que situações a não existência ou ineficácia do consentimento determina como ilícita a atuação do médico.

Por seu turno, analisaremos, em capítulo autónomo, o contrato médico, cingindo-nos ao panorama privado, no qual a relação médico-paciente nos remete em regra para o âmbito da responsabilidade contratual e, subsidiariamente, para o campo da responsabilidade extracontratual.

Esta apreciação pressupõe, em última análise, uma resposta à questão de determinar se os danos derivados de uma intervenção ilícita correm por conta do médico ou da instituição de saúde. Dedicamos, por conseguinte, a parte final do trabalho à responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado. Pretendemos, deste modo, investigar os regimes substantivo e adjetivo que podem fazer depender a verificação da responsabilidade civil médica,

fundamentada pela pesquisa de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Também se analisará a estrutura da responsabilidade civil genérica prevista na lei, a responsabilidade profissional do médico e o respetivo impacto na proteção dos cidadãos, na evolução da medicina e na realização da justiça.

SUMÁRIO

1.	Introdução.....	15
2.	Construção da doutrina do consentimento informado	17
2.1.	Evolução histórica.....	17
2.1.1.	Do Paternalismo médico à autonomia da vontade.....	17
2.2.	Enquadramento normativo	25
2.2.1.	Fontes internacionais e europeias	25
2.2.1.1.	Fontes internacionais.....	25
2.2.1.2.	Fontes da União Europeia.....	26
2.2.2.	Fontes normativas no direito português	29
2.2.2.1.	Na Constituição da República Portuguesa	29
2.2.2.2.	Código Penal.....	32
2.2.2.3.	Código Civil.....	38
2.2.2.4.	Na lei administrativa.....	43
2.2.2.5.	No Código Deontológico da Ordem dos Médicos	45
2.3.	Estrutura dogmática do consentimento informado	48
2.3.1.	Consentimento informado enquanto processo.....	49
2.3.2.	Figuras afins	50
2.3.3.	Bens jurídicos protegidos.....	53
2.3.4.	Natureza jurídica.....	56
2.3.5.	Requisitos externos do consentimento	59
2.3.5.1.	Modalidades de declaração	59
2.3.5.2.	Atualidade	63
2.3.5.3.	Forma	65
2.3.6.	Requisitos internos de validade	68
2.3.6.1.	A liberdade e voluntariedade	69
2.3.6.2.	A capacidade.....	69
2.3.6.2.	A informação e o esclarecimento.....	85
2.3.6.3.	A conformidade com os bons costumes e com a ordem pública	90
3.	O contrato médico.....	94
3.1.	A relação médico-paciente enquanto contrato médico.....	94

3.1.1.	Qualificação	95
3.1.2.	Caraterísticas específicas.....	97
3.1.3.	Modalidades contratuais em função da natureza dos contraentes	100
3.1.3.1.	Relações de direito público	100
3.1.3.2.	Relações de direito privado	101
3.1.4.	Direito aplicável	106
3.1.5.	Conteúdo da relação obrigacional	108
3.1.5.1.	Deveres contratuais do médico	108
3.1.5.2.	Deveres contratuais do paciente	111
4.	Responsabilidade civil médica.....	113
4.1.	Responsabilidade civil contratual e extracontratual: considerações iniciais.....	113
4.2.	Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado	120
4.2.1.	Concurso da responsabilidade civil médica contratual com a responsabilidade civil médica extracontratual	122
4.2.2.	Pressupostos da responsabilidade civil.....	125
4.2.2.1.	O facto voluntário	125
4.2.2.2.	A ilicitude	126
4.2.2.3.	A culpa	129
4.2.2.4.	O dano	131
4.2.2.5.	O nexo de causalidade entre o facto e o dano	135
4.2.3.	O ónus da prova do consentimento informado.....	140
4.2.4.	Exceções à responsabilidade civil por falta de consentimento informado.....	142
5.	Conclusão.....	146
6.	Referências bibliográficas	150

1. Introdução

O consentimento do paciente é uma questão recente para o Direito. Não obstante, este tem evoluído ao longo do tempo, enquanto prática racional, rigorosa e sustentada pela ciência, desde a antiguidade clássica até à atualidade, evolução esta que aqui nos ocupa explicar na primeira parte da presente dissertação. Neste contexto, iremos analisar as normas de vários diplomas legislativos, que sedimentaram esta realidade, os quais remontam ao início do século passado. Anteriormente, observaram-se, no plano da responsabilidade médica, as primeiras condenações nos tribunais anglo-saxónicos de profissionais de saúde com fundamento no não cumprimento dos deveres de informação e de obtenção do consentimento, as quais também merecem a nossa atenção.

O instituto do consentimento informado e esclarecido, como expressão do respeito pelo princípio da autonomia do ser humano, é um tema amplamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência. Na sociedade plural e aberta em que vivemos, tem-se constatado uma crescente consciencialização dos direitos fundamentais por parte dos pacientes. Esta situação decorre de uma divulgação cada vez maior de informação, com origem na comunicação social, que coloca em causa a confiança na relação médico-paciente.

O que se procura nesta investigação é a elaboração de um estudo sobre a responsabilidade civil médica devido à violação do consentimento informado. Embora o núcleo central deste trabalho seja a responsabilidade pelo consentimento informado, que constituirá a terceira parte do mesmo, não seria possível elaborar uma dissertação sobre este tema, sem antes desenvolver os requisitos que compõem este instituto jurídico no nosso ordenamento jurídico, para, por seu turno, determinar em que situações a não existência ou ineficácia do consentimento determina como ilícita a atuação do médico.

Por sua vez, analisaremos, em capítulo autónomo, o contrato médico, cingindo-nos ao panorama privado, no qual a relação médico-paciente nos remete em regra para o âmbito da responsabilidade contratual e, subsidiariamente, para o campo da responsabilidade extracontratual.

Esta apreciação pressupõe, em última análise, uma resposta à questão de determinar se os danos derivados de uma intervenção ilícita correm por conta do médico ou da instituição de saúde. Dedicamos, por conseguinte, a parte final do trabalho à responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado. Pretendemos, deste modo, investigar os regimes substantivo e adjetivo que podem fazer depender a verificação da responsabilidade civil médica,

fundamentada pela pesquisa de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Também se analisará a estrutura da responsabilidade civil genérica prevista na lei, a responsabilidade profissional do médico e o respetivo impacto na proteção dos cidadãos, na evolução da medicina e na realização da justiça.

2. Construção da doutrina do consentimento informado

2.1. Evolução histórica

A primeira questão que urge levantar para a compreensão do instituto do consentimento informado, livre e esclarecido prende-se com a necessidade de saber como é que este passou de uma mera manifestação de cooperação para o reconhecimento da autonomia da vontade como um direito do paciente¹.

Neste sentido, importa advertir que tal contexto surge no desenvolvimento de um longo processo, de avanços e recuos, que além de configurar uma inversão da posição paternalista do médico no que respeita ao paciente, também levou a uma gradual abertura para a responsabilização do médico quando este exerça a sua atividade em violação das normas legais e contra os domínios próprios da *leges artis*.

2.1.1. Do Paternalismo médico à autonomia da vontade

Durante muito tempo, a medicina foi fortemente influenciada pela religião e pelo mito. Olhava-se para o médico como uma “*espécie de sacerdote*”² devido à sua condição de eclesiástico, o que lhe conferia um estatuto superior às demais profissões. Acresce ainda que a ciência se encontrava estagnada pelo que os conhecimentos médicos permaneceram inalterados durante centenas de anos, o que, por sua vez, significava, em muitos casos, que não havia alternativa terapêutica. Além do mais, os médicos regiam-se por obras médicas antigas que recomendavam que não se tomasse a responsabilidade de casos perdidos, de modo a não serem acusados de ter causado a morte do paciente. Tratava-se de uma época em que os

¹PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.6.

²Expressão empregue por OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O fim da arte silenciosa. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. pp.105-108.

médicos não eram responsabilizados juridicamente, pois a responsabilidade destes era meramente religiosa e moral.

Por conseguinte, foi criada, na Grécia Antiga, com Hipócrates, a primeira fonte ocidental de tratamento da responsabilidade profissional médica, o “*Corpus Hippocraticum*” (IV a.C.)³. As obras recolhidas sob o título de Coleção Hipocrática consistem em sessenta e seis tratados, que podem ser divididos em duas partes: o primeiro grupo contém os textos essenciais para a medicina hipocrática numa vertente histórica, filosófica e antropológica; o segundo grupo contém os tratados deontológicos, que estabeleceram os alicerces práticos da ética médica: entre eles o famoso “Juramento de Hipócrates”, revelando-se um “*documento perene da ética médica*”⁴.

No que concerne ao conteúdo⁶, o Juramento não menciona as questões fundamentais da ética médica, incluindo os papéis de comunicação, de divulgação e permissão na relação médico-paciente.⁷ Refere, antes, através da estipulação de um conjunto de obrigações e deveres, problemas na divulgação da verdade ao paciente, de modo que este não tivesse conhecimento do seu estado clínico ou de qualquer prognóstico.

Tratava-se, no fundo, de uma visão paternalista⁸ da medicina, segundo a qual o médico detinha o poder na tomada de decisão na relação médico-paciente, de forma que pudesse atuar na plenitude das suas funções, sem sofrer quaisquer constrangimentos ou perturbações externas. Esse poder prendia-se tanto pelo seu domínio técnico sustentado por um conhecimento raro e acessível a poucos, como pela sua legitimidade social⁹. Ressalve-se, no entanto, que em determinadas circunstâncias, a ética hipocrática recomendava a partilha de informação com o

³CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. Ribeiro (2005) - Textos hipocráticos – o doente, o médico e a doença. Fiocruz. P. 11-38. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/9n2wg/pdf/cairus-9788575413753.pdf>

⁴Expressão de PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.15.

⁵“A versão hodierna deste juramento foi ratificada em 1948 pela Declaração de Genebra (posteriormente atualizada em 1968, 1983 e 2017) e é usada atualmente em Portugal no momento em que o clínico é admitido como Membro da Ordem dos Médicos, mas sem carácter obrigatório”. Cfr. FONTES, Marília dos Reis Leal (2020) - Consentimento Informado - Perspetiva histórica e novos desafios. In Data Venia. Ano 8. Nº11. p.651.

⁶Ver, neste sentido, o documento publicado na revista da Ordem dos Médicos que contém uma versão do Juramento de 1771 em confronto com a versão atualizada a 1948 pela Declaração de Genebra do Juramento de Hipócrates: https://ordemosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.pdf

⁷BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. (1986) - A History and Theory. p.61.

⁸Paternalismo é um termo que advém do latim da palavra *pater* que significa pai. Traduz-se na representação de um poder sobre o outro justificado no princípio de fazer o bem. Os médicos agem de forma paternalista quando tomam decisões para os pacientes sem consultar suas preferências, muitas vezes supondo o que é melhor para eles. Cfr. BEIER, Mônica (2010) - Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. In Revista Médica de Minas Gerais. Instituto Mineiro de Homeopatia. p.247.

⁹BEIER, Mônica (2010) - Algumas considerações. p.247.

paciente de forma a obter a sua confiança e colaboração, devido à necessidade de obter melhores condições para a prática clínica¹⁰.

De todo o modo, é inquestionável o contributo que Hipócrates teve na história da medicina. Por um lado, transformou esta atividade que era fortemente influenciada pela igreja e pelos ritos numa medicina demarcada por um caráter científico, através da introdução de métodos no tratamento de doenças. Por outro lado, criou a escola da deontologia profissional, que se encontra expressa no Juramento, através da introdução dos principais deveres do profissional, delimitando, deste modo, a esfera atuante da conduta deste¹¹.

Posteriormente à queda do Império Romano, no século V, dá-se início à Idade Média. Assistimos nesta época particularmente religiosa à feição mais radical do paternalismo médico. Neste sentido, mantinha-se presente o pensamento hipocrático no sentido de vedar qualquer tipo de informação relativa à condição clínica do paciente e aos procedimentos terapêuticos a adotar, devendo obedecer às indicações proferidas pelo médico. Concomitantemente, a arte de curar era normalmente exercida por monges habituados a relações organizadas de uma forma hierárquica, severa e dogmática¹².

É a partir do século XVIII, sobretudo por intermédio de movimentos como o Iluminismo e a Secularização, que se alicerçaram os princípios fundamentais da democracia, por via da emancipação do indivíduo e dos Direitos Humanos. Neste sentido, observou-se um significativo desenvolvimento de áreas como as ciências da natureza que tiveram como resultado um maior domínio do conhecimento pelo ser humano, o que, com o tempo, veio tornar o médico um especialista, que deve ensinar o paciente acerca de modos de vida razoáveis e que o deve avisar de perigos para a saúde¹³.

Com o Iluminismo (Benjamin Rush, Thomas Percival e John Gregory) surge a ideia de que o médico não deveria ter primazia absoluta na relação com o paciente, devendo partilhar informações com este¹⁴. No período de referência emerge o princípio de autonomia e as suas

¹⁰Fala-se neste caso de intervenções cirúrgicas, em que a falta de anestesia obrigava a tentar obter a melhor colaboração do paciente. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. pp.59-61.

¹¹PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Coimbra. Coimbra Editora. pp.14-15.

¹²OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - Estrutura Jurídica. pp.59-61; DIAS, Carlos de Melo (2003) - Consentimento Informado como mediador razoável da relação profissional de saúde-doente. Coimbra: Formasau. p.8.

¹³PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.16

¹⁴BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. (1986) - A History and Theory of Informed Consent. New York. Oxford University Press. pp. 64-67.

bases teóricas são desenvolvidas pelos pensamentos de Kant e de Stuart Mill. Kant abriu o caminho para a defesa da liberdade do indivíduo, defendendo a pessoa enquanto ser capaz de decidir o que deve ou não fazer de acordo com as suas convicções e, ao mesmo tempo, de ser responsável pelas suas ações¹⁵. No âmbito da prática médica, este princípio traduz-se hoje muitas vezes na ética e na deontologia profissional, naquilo que contém de obrigação, dever, lealdade e de pensar no outro.

No entanto, a teoria do consentimento informado e esclarecido é relativamente mais recente na área do Direito. A primeira referência ao direito do consentimento informado deu-se com a decisão judicial do caso *Slater versus Baker & Stapeton* de 1767 em Inglaterra. Trata-se de um caso em que dois médicos foram responsabilizados por fraturar um osso do paciente que já se encontrava em recuperação. O tribunal considerou que os médicos procederam contrariamente às práticas aceites pela profissão ao removerem a ligadura de uma perna que se encontrava parcialmente fraturada, colocando-a num aparelho experimental para a esticar e endireitar, além de que não obtiveram o prévio consentimento do paciente para a prática daquele ato¹⁶.

Com efeito, após o reconhecimento da exigência do consentimento, o dever de esclarecer assumiu um papel de relevo no Direito. Tal significa que o médico deve estar impedido de não apenas realizar intervenções sem consentimento, mas também de colocar em perigo os bens jurídicos pessoais pela falta de esclarecimento. Nessa sequência, já em 1889, o Tribunal de Liège afastava a conceção de que o médico teria absoluta permissão para agir, impondo a obtenção do consentimento manifestado pelo paciente, bem como o seu direito ao esclarecimento, determinando que o consentimento não constitui uma “*carta branca*” dada ao médico¹⁷.

A expressão “*informed consent*” foi introduzida inicialmente nos Estados Unidos da América numa decisão proferida pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1957. Tratou-se do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, em que o tribunal confirmou a condenação de dois médicos (cirurgião e radiólogo), tendo em conta que o paciente, Martin Salgo, não foi informado dos riscos de paralisia, que acabou por sofrer da intervenção cirúrgica a que foi submetido (aortografia translumbar) para estudar a arteriosclerose severa de que

¹⁵DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaela (2020) - Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial. *Lex Medicinæ*. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 7. Nº33. pp. 30-31.

¹⁶BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. (1986) - A History and Theory. pp.116-117.

¹⁷PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.28.

padecia¹⁸. As decisões americanas, que tiveram repercussões subseqüentes, consolidaram paulatinamente o dever de informação do médico para com o doente e, concretamente, a revelação dos riscos de tratamento¹⁹.

Contudo, o caso *Schloendorff versus Society of New York* de 1914 foi, historicamente, o mais citado pela jurisprudência dos Estados Unidos da América no que diz respeito a esta matéria. Neste caso em particular, Mary Schloendorff recorreu ao hospital de Nova Iorque por padecer de fortes dores abdominais, pelo que o médico propôs a realização de uma laparotomia - uma incisão na parede abdominal -, com finalidade diagnóstica. Schloendorff deu o seu consentimento para o efeito, porém solicitou expressamente que não queria ser operada. Porém, na sequência da intervenção anteriormente referida, o médico decidiu, por si só, extrair um tumor que detetou. Apesar do tribunal não considerar o hospital responsável pelos danos alegados por Schloendorff, justificando para tal que ação deveria ser intentada contra os médicos, o juiz Benjamin Cardozo afirmou o seguinte: *“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages”*, reconhecendo, deste modo, o direito de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo do paciente²⁰.

Foi, então, a partir desta decisão que se desenvolveu uma forte corrente jurisprudencial assente na necessidade de obter previamente a autorização do paciente para qualquer intervenção médica invasiva, para proveito próprio ou alheio, para diagnóstico, para prognóstico ou para terapia²¹.

Há, porém, um evento em particular que determinou, do ponto de vista jurídico, a transição para os novos tempos da autonomia e da liberdade dos pacientes. Referimo-nos às experiências humanas realizadas por médicos alemães e japoneses num grande número de prisioneiros que serviram, involuntariamente, de “cobaias” e que resultaram em mortes ou incapacidades significativas. Foi a partir do Julgamento de Nuremberga, na Alemanha, que se

¹⁸PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.29.

¹⁹PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.346.

²⁰BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. (1986) - A History and Theory. pp. 123 e 124; RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português. Coimbra: Coimbra Editora. p.30.

²¹RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.31.

tornou público o que tinha sido feito nos campos de concentração nazis no decurso da Segunda Guerra Mundial²².

Face aos acontecimentos anteriormente referidos observou-se na Europa uma preocupação em reconhecer a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional em grande parte das constituições europeias. Referimo-nos à Constituição Italiana de 1947²³, à Constituição da República Federal Alemã de 1949²⁴, à Constituição Grega de 1975²⁵, à Constituição da República Portuguesa de 1976²⁶ e à Constituição de Espanha de 1978²⁷.

Em termos substantivos verificou-se no século XX uma evolução significativa da teoria do consentimento informado, que se revelou na necessidade de criar declarações internacionais para a sua defesa. Merece destaque o Código de Nuremberga²⁹ (1947), a Declaração de Helsínquia (1964) elaborada pela Associação Médica Mundial (AMM)³⁰ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) que visaram essencialmente a proteção da dignidade do ser humano através da consagração de diferentes princípios éticos a respeitar no âmbito da investigação clínica em seres humanos. Deste modo, foi através do Código de Nuremberga que se determinou, pela primeira vez, a obrigatoriedade de obter voluntariamente o consentimento do paciente³¹. A Declaração de Helsínquia reforçou essa exigência³², ao definir como preferível a obtenção do consentimento pela forma escrita e ainda estipulou a desresponsabilização do

²²A título exemplificativo, ver QUINTANILHA, Alexandre (2013) - Ensaio Clínicos-Contextualização abreviada e alguns desafios. In Revista Portuguesa de Cirurgia. N.º24. II série. p.41.

²³ Cfr. artigos.2º e 3º.

²⁴ Cfr. artigo 1º, nº1.

²⁵ Cfr. artigo 2º, nº1.

²⁶ Cfr. artigo 1º.

²⁷ Cfr. artigo.10º, nº1.

²⁸PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.28.

²⁹O Código de Nuremberga teve como finalidade prevenir o cometimento de futuras atrocidades no âmbito da investigação clínica de seres humanos. Pela primeira vez, foram enunciados princípios éticos básicos da investigação médica e estabeleceram-se os padrões aplicáveis à pesquisa, traçando uma linha clara de distinção entre experimentação permitida e o tratamento desumano ou a tortura. Cfr. NEGRI, Stefania (2014) - El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In JULGAR. Número Especial. p.100

³⁰“A Associação Médica Mundial é uma associação de direito privado. As Declarações que produz têm a natureza de soft law, não podendo vincular os Estados nem conferir direitos subjectivos aos cidadãos.” Cfr. PEREIRA, André Dias (2008) - Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e Nexo de causalidade. In Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau. República Popular da China. p. 4. Nota 10.

³¹O primeiro princípio do texto do Código de Nuremberga enuncia quatro requisitos fundamentais e atuais para o consentimento: a voluntariedade na obtenção do consentimento, a capacidade de dar esse mesmo consentimento, a partilha de informação e, por fim, o esclarecimento. Ver neste sentido, RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.35

³²A Declaração de Helsínquia desenvolve os princípios gerais do consentimento informado nos pontos 25 a 32.

paciente, mesmo no caso daquele prestar o seu consentimento³³. Com a promulgação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi criada a primeira norma com força vinculativa internacional com vista à proteção do consentimento informado³⁴.

Como foi referido anteriormente, o consentimento informado inicialmente, estava circunscrito ao campo da investigação médica. Posteriormente, a Associação Médica Mundial (AMM) aprovou a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (1981) que o reconheceu como um direito de alcance geral. Neste sentido, concedeu-se ao doente, a partir daí, o direito de assentir ou declinar o tratamento proposto depois de ser legalmente informado sobre aquele, ampliando-o à generalidade das atividades médicas³⁵.

Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde elaborou a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes (1994), pois, após vários estudos, sentiu a necessidade de concretizar a nível europeu os princípios pelos quais deveriam ser implementados os direitos dos pacientes. Trata-se de um texto abrangente que pode ser significativo e útil no desenvolvimento de políticas nacionais sobre os direitos dos pacientes. O objetivo que se pretendia atingir incidia não apenas no direito à autodeterminação dos doentes, como também os co-responsabilizava pelos cuidados de saúde. Estabelecia-se assim, um novo modelo no exercício da medicina, assente nos direitos humanos e no consentimento informado, no âmbito de uma prática de cuidados de saúde responsável.

A aprovação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (1997) pelo Conselho da Europa tem como objetivo proporcionar, aos Estados que a ela aderem, as medidas adequadas para garantir a dignidade e a identidade do ser humano e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa, no âmbito das aplicações da biologia e da medicina. Posto isso, um dos princípios gerais da referida convenção é o respeito do consentimento informado enquanto exigência para toda e qualquer intervenção médica³⁶. A referida convenção, também denominada de Convenção de Oviedo, concede a possibilidade aos Estados-parte de consagrarem normas de carácter interno que visem aprofundar os direitos previstos pela convenção³⁷.

³³Cfr. ponto 25.

³⁴Cfr. artigo 7º.

³⁵Cfr. ponto 3, alíneas a) e b).

³⁶Cfr. artigo 5º.

³⁷Cfr. artigo 27º.

Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada a 12 de dezembro de 2007, (adaptação daquela que tinha sido informalmente aprovada pelo Conselho Europeu no ano de 2000³⁸) que reúne no seu texto os direitos civis, políticos, económicos e sociais dos cidadãos europeus, anteriormente dispersos em leis nacionais e convenções internacionais, consagra expressamente o direito ao consentimento informado³⁹. Esta carta foi incorporada no Tratado de Lisboa (2009), significando assim que estes direitos passaram a ter força normativa plena nos Estados-membros da UE.

Finalmente, a obrigatoriedade do instituto do consentimento informado assumiu uma dimensão universal através da aprovação, na Assembleia Geral da UNESCO, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005)⁴⁰. Os Estados-membros, bem como a comunidade internacional, comprometeram-se a respeitar os princípios fundamentais da Bioética enunciados pela referida Declaração que os condensou, pela primeira vez, num texto único.

À vista disso, foi-se criando um corpo normativo de instrumentos provindos de organizações internacionais, algumas de natureza privada, na maior parte das vezes sem força vinculativa⁴¹, mas com grande valor para o desenvolvimento do Direito Biomédico⁴². E a estes instrumentos muitos outros se seguiram e muitos outros se seguirão nos próximos tempos, pois, vão emergindo novas necessidades e conjunturas que necessitam de novas respostas, mais dinâmicas e eficazes, daí considerar-se o consentimento como um conceito dinâmico.

Pouco a pouco, começou-se a questionar o paradigma do paternalismo médico assente numa relação que se situava num “plano mágico e quase religioso” e em que o conhecimento médico era praticamente incontestado. As ciências médicas registaram uma profunda evolução ao longo do tempo, bem como a relação médico-paciente, tendo-se verificado uma crescente autonomia dos indivíduos, que anseiam pelo reconhecimento do direito à vida, à integridade física, à liberdade de pensamento e de consciência.

³⁸Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 303, de 14/12/2007.

³⁹Cfr. artigo.3º, nº2.

⁴⁰PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.351.

⁴¹“O chamado *soft law* tem, nesta matéria, uma grande relevância, nomeadamente as Declarações e Recomendações de Organizações nacionais e internacionais (v.g., a Organização Mundial de Saúde, o Conselho da Europa, a Associação Médica Mundial), os Pareceres das comissões de ética (entre nós, tem ganho bastante prestígio o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida). Estes documentos não fazem nascer direitos exercitáveis nos tribunais, mas exercem alguma influência na interpretação das normas formais e beneficiam da adesão espontânea dos profissionais.” Cfr. PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.664.

⁴²PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.40.

Consequentemente, evoluiu-se para um modelo pluralista assente em vários códigos morais e jurídicos que determinaram a relação médico-paciente como democrática e vertical. No âmbito do princípio da autonomia do paciente, que constitui um corolário do princípio da dignidade humana, foram criadas as condições para um afastamento do paternalismo médico, em que todo o ser humano deve poder, de forma esclarecida, consentir ou recusar, ou ainda revogar um consentimento anteriormente prestado, em relação a uma intervenção em si realizada⁴³.

2.2. Enquadramento normativo

A emergência dos direitos dos pacientes constitui uma marca da evolução das últimas décadas no contexto cultural das sociedades ocidentais. Atualmente, o paciente tem o direito a ser informado e esclarecido de forma a tomar a opção de assentir ou recusar o tratamento proposto. Este direito ao consentimento informado reflete a expressão do princípio da autonomia.

No plano das fontes, revestem-se de grande importância as normas internacionais e europeias, atendendo à internacionalização da medicina e ao debate que o Direito Biomédico suscita. No que respeita ao plano nacional, devemos atender às tradicionais fontes legislativas, sem olvidar as diferentes deontologias profissionais, os pareceres das Comissões de Ética e a prática jurídica, tal como demonstra o artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁴⁴.

2.2.1. Fontes internacionais e europeias

2.2.1.1. Fontes internacionais

⁴³PEREIRA, André Gonçalo Dias (2021) - Alguns Contributos da Obra do Doutor Sinde Monteiro e seus Reflexos na Jurisprudência Recente. In Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra. p.14.

⁴⁴PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p. 48; 321.

Dada a sua importância e indispensabilidade, no âmbito do Direito Internacional, várias disposições estabelecem a necessidade de se obter o consentimento informado no âmbito dos tratamentos médico-cirúrgicos.

Como vimos no capítulo anterior, os diplomas referidos são importantes, visto traduzirem um esforço continuado de promoção dos Direitos Humanos, em geral, e dos Direitos dos Pacientes, em especial. Além do mais, o Direito Internacional goza de valor supralegal e, em grande medida, pode ser diretamente aplicável pelos tribunais portugueses⁴⁵.

2.2.1.2. Fontes da União Europeia

Em sede de legislação produzida por organizações europeias em matéria de direito biomédico, merece especial destaque a Convenção para Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, vulgarmente designada por Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

Assim, no dia 16 de novembro de 1996, o Comité de Ministros do Conselho da Europa⁴⁶ aprovou o texto definitivo da referida convenção e, posteriormente, a 4 de Abril de 1997, foi aberta para assinaturas em Oviedo. A convenção foi imediatamente assinada por vinte e um Estados-membros do Conselho da Europa, entre os quais se contava o Estado Português. O Presidente da República portuguesa ratificou através do Decreto nº1/2001 a Convenção Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, assim como o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos⁴⁷.

Através da Convenção foram estabelecidos os níveis mínimos de protecção do doente⁴⁸, consagrando os princípios gerais e as disposições específicas que devem ser observadas na

⁴⁵PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de (2009) - Manual de Direito Internacional Público. 3ª edição aumentada. 8ª reimpressão. pp. 115-148.

⁴⁶“O Conselho da Europa é uma organização inter-governamental com a finalidade específica de cooperação política entre os seus membros, estando aberta aos Estados europeus.” Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.41

⁴⁷PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.42.

⁴⁸“Esta é uma “convenção mínima”, ou seja, visa-se um nível mínimo de protecção que seja aceite por todos os Estados-parte. Tal não impede que em cada um dos Estados mantenha ou crie níveis de protecção mais desenvolvidos. Deste modo, o art. 27º prevê uma cláusula “wider protection”, segundo a qual nenhuma das disposições

relação do doente com os profissionais de saúde. O texto da convenção dedica ao consentimento o Capítulo II (cfr. artigos 5º a 9º), bem como outros artigos dispersos, como veremos de seguida.

O artigo 5º estabelece o regime jurídico geral para o consentimento em saúde. A regra é a de que qualquer intervenção⁴⁹ no domínio da saúde está condicionada ao consentimento da pessoa em causa, que por sua vez terá de ser antecedido pela prestação de informação adequada no que respeita “*ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos*”⁵⁰. A parte final desta norma prevê o direito de revogação do consentimento.

A Convenção salvaguarda, no seu artigo 6º, os direitos das pessoas que carecem de capacidade para prestar o seu consentimento, *i.e.*, menores e maiores com alteração da consciência. Por conseguinte, a decisão do profissional de saúde perante uma intervenção deve ter em conta três requisitos⁵¹, dando a mesma importância a cada um deles. O nº1 do artigo 6º enuncia o “*benefício direto*” enquanto critério geral para a realização de intervenções de saúde, na ausência de consentimento pelo próprio. Tratando-se de menores ou de maiores que careçam de capacidade para consentir, os nº2 e nº3 deste artigo estabelecem respectivamente mais dois critérios de decisão. São eles, a autorização do representante legal e a opinião da pessoa em causa, na medida da sua capacidade para decidir⁵².

Ainda no que respeita à questão da incapacidade, o artigo 7º trata da questão do tratamento de pessoas que sofram de uma perturbação mental grave. Neste caso particular e, tal como na regra geral, o artigo determina a necessidade de se obter o consentimento do

da Convenção afasta normas internas dos Estados parte que concedam uma protecção mais ampla ao ser humano.” PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.43.

⁴⁹“O relatório exemplificativo adverte ainda que, decorrente do disposto no art.4º da Convenção o termo «intervenção» deve ser entendido em sentido lato abrangendo todo o ato médico, em particular as intervenções efetuadas com finalidade preventiva, de diagnóstico, terapêutico, de reeducação ou de investigação” - cfr. SILVA, Paula Martinho da (1997) - Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada. Lisboa. Edições Cosmos. p.39.

⁵⁰“Quanto ao conteúdo de informação a transmitir, este artigo dispõe de quatro requisitos. O primeiro é sobre o objetivo da intervenção, que obriga ao fornecimento de informação sobre o que se pretende em concreto com o cuidado proposto. O segundo é relativo à natureza, ou seja uma clarificação sobre em que consiste o cuidado ou os cuidados, nomeadamente quanto aos órgãos afetados e o modo como se realiza. O terceiro requisito refere-se às consequências, que determina que o profissional de saúde deve, na medida do que for científica e tecnicamente possível, antecipar os efeitos dos tratamentos, quer os benéficos quer os indesejáveis, e informar a pessoa disso. Por fim, a informação quanto aos riscos que estão inerentes ao cuidado, deve também ser objeto de explicação”. Cfr. DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde - Colectânea de Legislação Anotada. Coimbra. Almedina. 2ª edição. p.206.

⁵¹“Havendo um conflito entre estes três critérios, compete ao profissional de saúde procurar um consenso possível, de modo a obter a autorização do representante, nunca podendo decidir contrariamente ao critério principal estabelecido no nº1 deste artigo, ou seja, “o benefício direto” do menor. Em situações limite em que a autorização do representante não é dada pondo em causa o benefício direto, a representação legal pode, por via judicial, ser retirada e atribuída a outra pessoa ou entidade.” Cfr. DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde. pp.209-210.

⁵²DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde. pp.208-210.

paciente para este tipo de tratamento. Por outro lado, o preceito garante a proteção destas pessoas, limitando o número de casos em que podem ser submetidas ao tratamento dos seus transtornos mentais sem o seu consentimento, submetendo tais intervenções a condições específicas.

Por sua vez, o artigo 8º cinge-se às situações de urgência. O referido artigo autoriza o profissional de saúde a agir imediatamente, na eventualidade de não ser possível obter o consentimento do paciente com uma aplicabilidade restringida às intervenções médicas indispensáveis e que não toleram qualquer atraso. A intervenção efetuada sob estas condições tem, necessariamente, como finalidade o benefício da saúde da pessoa em causa.

O artigo 9º trata os casos em que uma pessoa, ainda que dotada de capacidade para consentir, dispõe anteriormente a sua vontade perante determinadas situações em que não se encontrará em condições para expressar o seu consentimento para que seja tida em conta pelos profissionais de saúde, e bem assim, pelos representantes legais, se os houver⁵³⁵⁴.

O conteúdo do direito à informação é reconhecido pela Convenção no seu artigo 10º a qualquer pessoa. O nº2 da respetiva disposição apresenta uma vertente positiva deste direito que se traduz no “*direito a conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde*” e uma vertente negativa que passa pela “*vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada*”, vulgarmente conhecido por direito a não saber. Já o seu nº3 determina que a lei de um estado signatário da Convenção apenas se poderá restringir o exercício deste direito a título residual e no interesse da pessoa em causa. Note-se que o facto de uma pessoa não desejar aceder à referida informação não determina que se possa prescindir da obtenção do seu consentimento para a intervenção clínica em causa⁵⁵.

Para além das condições já indicadas na regra geral do artigo 5º, tanto o artigo 16º da referente à investigação científica, como o artigo 19º, que consagra a regra geral da colheita de órgãos e tecidos de doadores vivos para fins de transplante, estabelecem regras mais exigentes.

⁵³DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde. p.211.

⁵⁴“*Esta determinação obriga a que, os profissionais de saúde, na medida da responsabilidade pelos atos que pretendam praticar, devem recolher toda a informação possível sobre a vontade da pessoa face aos cuidados de saúde. Isto significa que, em fim de vida por exemplo, em que se coloca frequentemente o problema do excesso terapêutico, compete aos profissionais de saúde recolher informação no sentido de apurar das vontades anteriormente manifestadas e tê-las em conta na decisão final sobre a intervenção a prestar, que, como determina o nº1 do artigo 6º, deverá ter como critério fundamental o «benefício direto» para a pessoa.*”. Cfr. DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde. pp.211-212.

⁵⁵MELO, Helena Pereira de; (2020) - O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português. Coimbra. Almedina.p.32.

As referidas disposições determinam que o consentimento deve ser prestado por escrito (ou prestado diante de uma instância oficial, no segundo caso) e, expressamente, para aquela determinada intervenção.

Ademais, tanto estes casos de investigação, como de doação, no que concerne a pessoas que careçam de capacidade para consentir, estão sujeitos a condicionalismos ainda mais restritos, apenas podendo ter lugar a título excepcional e sempre dependentes da inexistência de dissentimento por parte da pessoa visada (cfr. artigo 17.º, n.º 1, v), n.º 2 e artigo 20.º, n.º 2, alínea v).

Assim, a Convenção, ao definir o seu objeto e finalidade no primeiro artigo, deixa clara a necessidade de proteger o ser humano na sua dignidade, dando destaque à protecção da integridade física e moral da pessoa face às aplicações da biologia e da medicina, por via da exigência do consentimento informado, enquanto afirmação da autonomia do doente.

2.2.2. Fontes normativas no direito português

No ordenamento jurídico português, a necessidade de obter um consentimento livre e esclarecido para a prática de um ato médico constitui uma preocupação global dos vários ramos do Direito. Daqui resulta uma especial apreensão quando pensamos na diversidade de diplomas que regulam as várias matérias que são objeto da nossa investigação e nas possíveis divergências entre as respetivas normas.

Como tal, justifica-se, neste subcapítulo, a referência e análise circunstanciada dos fundamentos constitucionais do regime vigente na matéria em causa, bem como das principais disposições normativas que enquadram o instituto do consentimento informado nos diferentes ramos do Direito (Penal, Civil, Administrativo e Deontológico) com o objetivo de apurar um enquadramento normativo global das várias vertentes em que se traduz o processo de obtenção e de prestação do aludido consentimento.

2.2.2.1. Na Constituição da República Portuguesa

A Constituição da República Portuguesa na sua parte introdutória estabelece o princípio da dignidade humana (cfr. artigo 1º) como estruturante do ordenamento jurídico português, uma vez que é constitutivo de uma ideia diretiva básica de toda a ordem constitucional. Significa, de um modo geral, que a pessoa é colocada como fundamento e fim supremo do Estado e do Direito. A dignidade humana assume-se como um direito autónomo e intrínseco à própria pessoa humana, no qual se cimenta o Estado de Direito Democrático. Assim, este direito à dignidade é um “*prius*”⁵⁶, uma vez que não consiste num princípio gerado pela Constituição da República Portuguesa. Trata-se, antes, de uma bússola norteadora do legislador constitucional, o qual entende a pessoa como o centro do domínio jurídico, procurando valorizá-la, protegê-la e orientá-la.

A dignidade da pessoa humana concretiza-se em múltiplas formas, sendo de destacar a sua função normogénica⁵⁷. Assim sendo, este princípio constitui a raiz ética no campo dos direitos fundamentais, do qual derivam no domínio do consentimento informado, livre e esclarecido: o respeito pelos direitos do homem⁵⁸, o direito à igual dignidade social⁵⁹; o direito à vida⁶⁰; o direito à integridade moral e física⁶¹; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁶²; o direito à liberdade e à segurança⁶³ e o direito à proteção da saúde^{64,65}.

Intrinsecamente ligados ao ato médico estão o direito à vida e o direito à integridade pessoal presentes nos artigos 24º, n.º 1 e 25º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, respetivamente, uma vez que aquele envolve as mais das vezes intervenções modificadoras do corpo do doente.

O direito à integridade pessoal abrange tanto a integridade física como a integridade moral e traduz-se, essencialmente, no “*direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no*

⁵⁶Expressão de MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2017) - Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 2ª edição revista. Universidade Católica Editora. Lisboa. p.61.

⁵⁷“O princípio da dignidade humana assume a função normogénica quando é fundamento de regras ou princípios já expressamente consagrados no nosso ordenamento jurídico, constituindo a sua ratio e quando é dotado de uma vertente criadora, sendo princípio gerador de outras normas.” Cfr. CRORIE, Benedita Mac (2003) - O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”. In AAVV. Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura da Universidade do Minho. Coimbra. p.156.

⁵⁸Artigo 7º, n.º 1.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁹Artigo 13.º, n.º 1.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁰Artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶¹Artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶²Artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶³Artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁴Artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁵CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) - Constituição da República Portuguesa Anotada - Artigos 1º a 107º. Volume I. 1ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora. p.198.

espírito por meios físicos ou morais". Importa advertir que, o direito à integridade pessoal permite exceções, embora através da tutela constitucional se restrinja, em grande medida, o chamado "direito a dispor do próprio corpo"⁶⁶. É inevitável admitir que este direito integra logicamente o reconhecimento do direito à autodeterminação ou ao "exercício da liberdade de vontade"⁶⁸, extremamente relevante no domínio do consentimento informado⁶⁹.

Intencionalmente, seguido ao direito à vida e à integridade pessoal, surge o artigo 26º da Constituição da República Portuguesa apresentando como epígrafe "*Outros Direitos Pessoais*". Neste preceito são expressamente reconhecidos a todos os cidadãos direitos especiais de personalidade. O nº1 do referido artigo estabelece o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar. Por sua vez, o nº3 estabelece também uma imposição legiferante destinada a densificar normativamente a categoria central da chamada "*bioconstituição*" ou "*constituição biomédica*" - a identidade genética do ser humano - na sequência de relevantes documentos internacionais e comunitários incidentes sobre esta matéria⁷⁰.

Importa também realçar o artigo 8º da Constituição da República Portuguesa que estabelece a recetibilidade do Direito Internacional, nos termos do qual os princípios e as normas

⁶⁶CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) - Constituição da República. pp. 454-455.

⁶⁷"O direito à integridade física e psíquica é um direito pessoal irrenunciável, a não ser nos casos em que o consentimento seja aceitável (ex: piercings, tatuagens) ou haja a necessidade de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, os quais, segundo o estágio do conhecimento e da experiência da medicina, se mostrem adequados e forem levados a cabo de acordo com as regras da arte, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doenças, sofrimentos, lesões, fadiga corporal ou perturbação mental (cfr. CP, 150º.-1). Neste contexto assumem hoje particular relevo os transplantes de órgãos mediante doação, que devem ter como limite, porém, não afetarem de forma grave e irreversível a integridade e saúde do doador. Já no caso dos transplantes post mortem não se coloca evidentemente uma questão de direito à integridade física do cadáver, mas sim do direito das pessoas, enquanto vivas, a disporem sobre a utilização dos seus órgãos e, se tal for a sua vontade, a oporem-se a tal (cfr. AcTC nº130/88)." Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) - Constituição da República. pp.454 e 455.

⁶⁸Expressão de RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.49-50.

⁶⁹Dias Pereira considera que o direito ao consentimento livre esclarecido está consagrado no ordenamento jurídico português enquanto dimensão do direito à integridade pessoal previsto no art.25º da CRP. Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.50; Vaz Rodrigues advoga nos mesmo sentido que "A doutrina do consentimento informado e esclarecido para a prática de um ato deriva, no ordenamento jurídico português, da proteção dos direitos especiais de personalidade : do direito à integridade física-psíquica com o qual se relaciona o exercício da liberdade de vontade (autodeterminação); e decorre, antes de mais, do texto constitucional, atenta a proteção do direito à integridade pessoal prevista no art.25º da CRP, proteção que se estende ao «desenvolvimento da personalidade». Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado pp.50-51; MARIA JOÃO Estorninho e Macieira defendem o seguinte: "Apesar da ausência de consagração expressa na Constituição, o consentimento informado aparece, neste quadro, com inegável estatuto jusfundamental à integridade física e moral [artigo 25º da CRP]". Cfr. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2015) - Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. p 269.

⁷⁰CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) - Constituição da República. p.461.

internacionais⁷¹ vigoram no ordenamento jurídico interno, através de uma cláusula geral de receção plena. Por sua vez, o nº2 do referido artigo confere vigência ao Direito Internacional convencional⁷² que não ficou abrangido pelo nº1. Este normativo constitucional assume grande relevância em sede de consentimento informado, pois é através dele que a Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina passa a vigorar no ordenamento nacional⁷³.

Com efeito, os verdadeiros fundamentos dos deveres do médico de esclarecer, informar e de obter o consentimento do paciente residem no direito à integridade física e moral e à autodeterminação da pessoa. A emergência dos referidos deveres decorre do fortalecimento da proteção conferida pela ordem jurídica ao bem da personalidade⁷⁴. Assim, a tutela da personalidade no horizonte jurídico-constitucional verifica-se no campo dos direitos liberdades e garantias, através do valor fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º Constituição da República Portuguesa), da consagração do direito à integridade pessoal (artigo 25º, nº1 Constituição da República Portuguesa) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº1, Constituição da República Portuguesa). Uma vez consagrados os direitos anteriormente referidos, acompanhados com a garantia constitucional da proteção da saúde e o dever de a defender e promover (cfr. artigo 64º da Constituição da República Portuguesa), todos os indivíduos são assegurados juridicamente contra qualquer atuação arbitrária dos médicos, à luz do princípio da aplicabilidade direta do preceito constitucional e vinculam as entidades públicas e privadas (artigo 18º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa). Deste modo, o direito ao consentimento livre e esclarecido é constitucionalmente salvaguardado.

2.2.2.2. Código Penal

⁷¹Expressão que abrange o *“costume internacional geral e os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, por outro lado, e normas de direito internacional convencional, por outro lado.”* Cfr. MACHADO, J. Baptista (2011) - Introdução ao Direito e ao discurso legitimador. Coimbra. Almedina. 19ª reimpressão. p.167.

⁷²“(…) a eficácia de convenção (isto é, a sua receção na ordem interna), (...) não a sua validade, está dependente da verificação de duas condições: a sua publicação no jornal oficial (o que também decorre do artigo 122º, nº1, al.b) e nº2 da CRP) e a regularidade do processo da sua conclusão por Portugal, isto é, do processo da sua vinculação pelo nosso País (*“regularmente ratificadas ou aprovadas”*).” Cfr. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. (2009) - Manual de Direito Internacional Público. p.111.

⁷³PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. (2009) - Manual de Direito Internacional Público. pp.107-112.

⁷⁴Para compreender a origem e evolução do conceito de direitos de personalidade ao longo da história, vide SOUSA, Rabindranath Capelo (1995) - O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora. pp.27 e ss.

Cumpra agora referir a atividade profissional médica, bem como o consentimento informado do ponto de vista do direito penal português. A lei penal caracteriza-se pela apreciação e a censura de determinados comportamentos, pelo seu desvalor, por causarem perigo ou lesarem determinados bens jurídicos protegidos. Como tal, tutela um terreno em que se impõe um enorme rigor.

Tal como referido anteriormente, a ação médica pode implicar a intrusão na esfera físico-psíquica do paciente. É também claro que a saúde e a integridade física são valores igualmente respeitáveis, necessariamente protegidos. Poderão, no entanto, ser conflitantes por incompatibilidade⁷⁵. Por seu turno, esta questão pode ser problemática quando não coincide a vontade do paciente com a intenção do agente médico.

Até 1982, data em que entrou em vigor o Código Penal que substituiu o Código de 1952, a legislação portuguesa era praticamente omissa em relação ao exercício da medicina. A partir de 1982 criou-se um conjunto normativo relativo a problemas como, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (com e sem o consentimento do paciente), o aborto, a inseminação artificial, a omissão de auxílio, a recusa de auxílio médico, a alteração de análise e receituário, a interdição da profissão em virtude de crimes com violação de deveres profissionais⁷⁶.

Vejamos então como se solucionou a questão do consentimento informado no atual direito positivo.

A redação atualizada do Código Penal português possui uma regulamentação integrada e complementar no que tange às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. O seu regime jurídico penal distingue-se em “*dois enunciados fundamentais*”⁷⁷.

Por um lado, o artigo 150º do Código Penal prevê um regime especial de atipicidade da ofensa corporal⁷⁸. Tal significa que as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, ofensas à integridade física. É, contudo, necessário que se verifiquem cumulativamente os requisitos previstos na referida norma, dois subjetivos e dois objetivos. No

⁷⁵RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p. 54.

⁷⁶DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde Monteiro (1984) - Responsabilidade Médica em Portugal. In Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa. p.46.

⁷⁷Expressão de ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I. Parte Especial: Artigos 131º a 201. Coimbra: Coimbra Editora. p.457.

⁷⁸A atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas exclui a tipicidade tanto em relação à integridade física, como à vida e diz respeito tanto à invasão originária que surge com o ato médico cirúrgico em si, como também em relação à cadeia de consequências lesivas decorrentes do ato originário. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense. p.463.

campo dos elementos subjetivos exige-se que o agente seja um "*médico ou outra pessoa legalmente autorizada*"⁷⁹ e que este atue com finalidade terapêutica, *i.e.*, que os tratamentos sejam empreendidos "*com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental*"⁸⁰. Portanto, de acordo com o texto da lei, a finalidade terapêutica abrange não apenas o tratamento da doença, mas também a sua prevenção e diagnóstico. Contudo, é importante sinalizar que a verificação da atipicidade de determinada intervenção ou tratamento médico-cirúrgico apenas se aplica quando o paciente é beneficiário direto e principal. Ou seja, o âmbito de aplicação do regime do artigo 150º do Código Penal não abrange os casos de finalidade experimental ou científica, aplicando-se somente aos casos de finalidade curativa⁸¹. Do lado objetivo é necessário que a intervenção seja realizada através de indicação médica. Trata-se de um juízo prévio de que o tratamento ou intervenção apresenta mais vantagens do que desvantagens para o doente. Segundo o Tribunal da Relação de Lisboa⁸², este elemento requer que a intervenção ou o tratamento seja considerado adequado para alcançar o objetivo desejado, que passará por debelar ou minorar a doença, fundamentando-se no conhecimento e na experiência da medicina. Acrescenta-se o último requisito: a observância das *leges artis*. Esta figura abarca segundo Álvaro Rodrigues "*um complexo de regras e de princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais*"⁸³. Por seu turno, Teresa Quintela define *leges artis* como "*as 'regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica' e, ainda, os 'demais e gerais deveres de cuidado de tráfego médico'*" que "*respeitam tanto ao diagnóstico e escolha da terapia (indicação médica) quanto à execução do tratamento ou intervenção médico-cirúrgica*"⁸⁴. Assim, estando em causa um tratamento ou intervenção médica que preencha estes quatro requisitos, não existe punibilidade pelo ordenamento jurídico, independentemente do resultado obtido⁸⁵.

⁷⁹Cfr. artigo 150º, nº1 do Código Penal.

⁸⁰Cfr. artigo 150º, nº1 do Código Penal.

⁸¹RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2013) - O artigo 150.º, N.º 1, Do Código Penal – Uma Jóia Preciosa no Direito Penal Médico. In JULGAR. N.º 21.Coimbra Editora. p.22.

⁸²Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de janeiro de 2007, Proc.nº5335/2006-5, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/59463AE15FD7D48780257287003CD567>

⁸³Noção dada por RODRIGUES, Álvaro (2012) - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento – Consentimento do Doente. In Data Venia. Ano 1. N.º1. p. 17.

⁸⁴BRITO, Teresa Quintela de (2002) - Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 12. N.º3. p.376.

⁸⁵Embora reconheçamos o mérito da solução da lei portuguesa ao definir os requisitos necessários para que uma intervenção integre o regime do artigo 150º do Código Penal, nem sempre será tarefa simples, no caso concreto, determinar conforme esses critérios a decisão de inclusão (ou de exclusão) de uma intervenção nesse regime. A aplicação dos critérios apresentados pelo legislador no caso de morte do paciente ou agravamento da doença passa pela decisão de ou considerar a intervenção atípica de um tipo de homicídio ou de ofensa à integridade física por não

Por outro lado, não constituindo a intervenção médica, tipicamente, uma ofensa corporal, ela conforma, contudo, uma intervenção arbitrária se for realizada sem o consentimento do paciente. Trata-se de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156º, nº1 do Código Penal)⁸⁶ que afasta a incriminação das ofensas corporais, tendo como bem jurídico tutelado a autodeterminação do paciente, a liberdade pessoal de dispor do corpo e da própria vida⁸⁷.

Por seu turno, as circunstâncias que impedem a punibilidade da falta de obtenção do consentimento estão previstas nas alíneas do artigo 156º, nº2 do Código Penal e regulam o chamado consentimento presumido⁸⁸. Trata-se de uma causa de justificação autónoma que justifica e legitima uma conduta típica. A alínea a) prevê os casos em que o médico se depara com um doente inconsciente a necessitar de tratamento que não é possível diferir. A alínea b) regula as situações de alargamento de operações⁸⁹.

A este respeito acompanhamos a posição de Vera Lúcia Raposo que adverte para a seguinte questão: *“Note-se que a alínea a.a) referente à urgência na intervenção, exige, como pressuposto da atuação do médico, que o perigo para o corpo ou para a saúde seja ‘grave’. Em contrapartida, quando o consentimento presumido tenha que operar para efeitos de alargamento do âmbito do ato médico, a al.b) não exige que o perigo em causa seja ‘grave’, nem sequer ‘eminente’, mas somente que se vise evitar um perigo para a vida, para o corpo e para a saúde. Mas claro que não será de admitir quando esse perigo seja meramente potencial e a intervenção não seja urgente. Em particular, deve interromper-se a intervenção quando os efeitos que derivem da sua continuação, e da prática do ato médico que se entende necessário no caso, sejam pelo menos tão graves como os danos que possam advir da sua repetição”*⁹⁰. O exposto está em linha com a perspetiva da jurisprudência portuguesa⁹¹.

integrar o conceito e regime da atipicidade das ofensas corporais. Cfr. FIDALGO, Sónia (2008) - Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa. Coleção do Centro de Direito Biomédico 13. Coimbra: Coimbra Editora. p.53

⁸⁶Este é um crime de natureza privada, uma vez que o procedimento criminal é dependente de queixa e pode ser punido quer tenha sido praticado a título de dolo, quer de negligência.

⁸⁷DIAS, Figueiredo (1973) - O problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica. In As técnicas modernas de Reanimação; conceito de morte; aspetos médicos, técnico-morais e jurídicos. Porto. p.33.

⁸⁸A figura do consentimento presumido encontra-se consagrada na Parte Geral do Código Penal (cfr. artigo 39º).

⁸⁹ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense. pp.415-417.

⁹⁰RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina. p.172.

⁹¹No mesmo sentido, veja-se a fundamentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que concluiu pela ausência dos requisitos para o consentimento presumido numa cirurgia estética relacionada com o corpo e a identidade da pessoa, particularmente no que diz respeito ao seu órgão genital e à sua vida sexual e íntima, considerando que o consentimento presumido: *“destina-se apenas a fazer face a situações em que no decurso de uma operação ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos e que é preciso resolver de*

No entanto, as referidas possibilidades de consentimento presumido apenas subsistem na medida em que “*não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado*”. Esta ressalva do artigo 156º, nº2 do Código Penal tem como objetivo estabelecer o critério orientador da delineação do consentimento presumido, o qual deve priorizar o melhor interesse do paciente, tal como este próprio o avalia, o que nem sempre irá corresponder ao que é considerado o melhor para o paciente, do ponto de vista objetivo. Daqui se retira que o médico não poderá presumir que o paciente consentiria caso se verifique a existência de motivos fortes e consistentes que sugerem que o paciente teria recusado, por mais irracional e ilógica que seja essa vontade presumida⁹².

No fundo, nas situações de consentimento presumido, o médico age protegido de um estado de necessidade e não pode prescindir do consentimento quando conclua que o paciente teria recusado se estivesse consciente e capaz de expressar a sua vontade de forma livre e esclarecida. A título ilustrativo, veja-se a situação em que o doente tenha previamente emitido uma diretiva antecipada de vontade a declarar que se recusaria aquela específica intervenção médica⁹³.

Já o artigo 157º do Código Penal impõe o requisito de eficácia do consentimento para a prática de atos médicos: o dever de esclarecimento. Quer isto significar que cabe ao agente médico informar o paciente explicando-lhe o essencial quanto ao diagnóstico e/ou sobre as terapias para o prevenir, debelar ou minorar, garantindo que o paciente compreende as respectivas informações, assim como os riscos inerentes e das possíveis consequências. Esta norma determina que esse esclarecimento constitui condição de eficácia do acordo⁹⁴. A última parte da norma em análise consagra o dever de não prestar informações ao paciente quando estas, em si mesmas, lhe possam causar danos graves à saúde ou à própria vida⁹⁵. Porém, esta

imediate, enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento. O recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável.”. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junho de 2015, Proc. nº1263/06.3TVPR.T.P1.S1, encontra-se acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>; Na mesma linha vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 2017, Proc. nº6669/11.3TBVNG.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>

⁹²RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português. In Revista Peruana de Ciencias Penales. Nº26. p.8.

⁹³MELO, Helena Pereira de; (2020) - O Consentimento Esclarecido. p.41.

⁹⁴RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.71-72.

⁹⁵PEREIRA, André Dias (2004) - Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público. In Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. Volume 3. Número 2. pp.35-58.

salvaguarda é concebida como sendo de aplicação excecional. Embora seja claro que a maioria dos pacientes possam ficar perturbados ao receber informações sobre a gravidade do seu estado de saúde, essa ocorrência não é suficiente para fazer funcionar esta exceção terapêutica, uma vez que isso comprometeria o requisito legal do consentimento informado⁹⁶. Este instituto é designado por privilégio terapêutico.

Por contraposição ao que já foi dito, já constituirão ofensas à integridade física, as intervenções ou os tratamentos que forem praticados por pessoa não legalmente autorizada⁹⁷, ou que não prossigam uma finalidade terapêutica⁹⁸ ou que não contenham uma indicação médica⁹⁹¹⁰⁰ ou, ainda, que não sigam as *leges artis* da medicina académica¹⁰¹. A título de exemplo, referimo-nos a situações como intervenções de experimentação pura¹⁰², extração de órgãos ou tecidos para transplantes¹⁰³, intervenções de finalidade cosmética¹⁰⁴, determinadas formas de esterilização¹⁰⁵, entre outras. Todavia, nestes casos¹⁰⁶, a conduta ilícita do agente poderá deixar de o ser quando derivar de uma concreta causa de justificação, nomeadamente, do consentimento do ofendido ou do estado de necessidade. Para estas situações devemos considerar o regime geral do consentimento previsto no Parte Geral do Código Penal,

⁹⁶RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do Regime das Intervenções. p.8

⁹⁷Trata-se de um caso em que há acúmulo de infrações. Cfr. artigos 150º, nº1 e 358, al.b) ambos do Código Penal.

⁹⁸“Assim, a ausência de finalidade terapêutica exclui todo um espectro de intervenções que, embora normalmente realizada por médico, não têm o “paciente” como seu beneficiário directo (experimentação pura, angiografia, castração, etc).” Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense. p. 463.

⁹⁹ Cfr. nº1 do artigo 150º do Código Penal.

¹⁰⁰“De igual modo, também a indicação médica afasta os tratamentos e métodos ainda não cientificamente convalidados, bem como os métodos de terapia excêntricos em relação à medicina académica ou institucionalizada.” Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense. p.463.

¹⁰¹ Cfr. nºs 1 e 2 do artigo 150º do Código Penal.

¹⁰²“A par da investigação curativa, em que a existência de uma finalidade terapêutica não é determinante por não estarem ainda consolidados nas *leges artis* os meios utilizados, a experimentação que suscita o preenchimento da factualidade típica do crime de ofensas à integridade física é a experimentação pura, não terapêutica; aquela que, em termos absolutos, não implica um benefício para o próprio, mas para terceiro ou terceiros.” Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp. 65-65.

¹⁰³“Quanto aos transplantes, idênticas considerações suscita a doação de órgãos e tecidos. Para o doador a intervenção médica não lhe importa mais do que uma ofensa, cuja gravidade pode ser muito muito significativa, para a sua integridade físico-psíquica, preenchendo-se a factualidade típica do crime de ofensa à integridade físico-psíquica, até agravado”. Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.66.

¹⁰⁴“A expressão operação cosmética designa, em regra, a cirurgia correctiva ou reconstitutiva, e abrange um espectro que vai desde a operação plástica que se destina exclusivamente a modificar o aspecto da pessoa, por mera vaidade, até ao transplante de olhos colhidos de cadáveres ou à intervenção para reconstituição das feições, passando pelas intervenção transexual.” Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.67.

¹⁰⁵“Quanto à esterilização. A lei permite a esterilização com única dependência da vontade, mesmo que não seja prosseguida com fundamento terapêutico; todavia, cabe sublinhar que condiciona a intervenção ao requisito de maturidade do interessado - vinte e cinco anos - e da prestação de um consentimento informado reduzido a escrito (cfr. o art.10º, nº1 e nº2 da Lei nº3/84, de 24 de março).” Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.70.

¹⁰⁶RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica em Direito Penal - Estudo dos Pressupostos Sistemáticos. Coimbra: Almedina. pp.39-40.

nomeadamente nos artigos 31º, nº1 e nº2, al.d), no artigo 38º¹⁰⁷ e, também, o artigo 149º do Código Penal.

Posto isto, na perspetiva do direito penal o consentimento configura-se como um requisito indispensável para qualquer intervenção médica, independentemente de estar ou não abrangida pelo artigo 150º do Código Penal. No entanto, a ausência do consentimento pode levar a diferentes consequências: em determinados casos configura-se como uma ofensa corporal, noutros caracteriza-se como uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária. Face ao exposto, concluímos que o consentimento não implica a renúncia ao bem jurídico liberdade, mas sim pressupõe a efetivação do seu exercício. Quando o titular de um direito de personalidade presta o seu consentimento, não está a renunciar às consequências, mas sim a exercer o seu direito de autodeterminação.

2.2.2.3. Código Civil

No âmbito do direito civil, o artigo 70º do Código Civil tutela os direitos de personalidade do ser humano, sendo estes aqueles que asseguram juridicamente a respetiva dignidade¹⁰⁸. O Código Civil, contudo, não contém uma definição de direito de personalidade. Os direitos de personalidade são, então, qualificados como direitos subjetivos, absolutos, não patrimoniais ou pessoais e intransmissíveis¹⁰⁹. A definição anterior apenas pode valer para efeitos civis, pois, os

¹⁰⁷O artigo 157º do Código Penal é uma norma especial em relação ao nº3 do artigo 38º do mesmo diploma, que estabelece os requisitos gerais do consentimento. Aquela norma desempenha uma função complementar relativamente à norma geral, no que concerne ao dever de esclarecimento. Assim, o consentimento é considerado eficaz quando este for subordinado a um esclarecimento prévio, nos termos do artigo 157º do Código Penal e é importante ressaltar que esse esclarecimento deve ser prestado por quem tiver idade igual ou superior a dezasseis anos e com o discernimento necessário para compreender o sentido e o alcance do consentimento no momento em que é prestado. Cfr. SILVA, Maria de Fátima Araújo (2006) - Autonomia do menor e representação legal no acesso a cuidados de saúde. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado. pp.82-83.

¹⁰⁸GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civil Anotado - Volume I. 2.ª edição. Quid Juris. pp.94-95.

¹⁰⁹"Trata-se de direitos subjetivos (contra, CABRAL DE MONCADA, 1995, 73 e ss, para quem nem pode falar-se de direitos, mas antes de "valores" que "se tornam a essência de direitos" pelo reconhecimento legal) essenciais à própria noção de personalidade, a ela inerentes e incidindo sobre os seus bens fundamentais e tendencialmente inatos ou originários, mas que também podem constituir-se em momento ulterior ao início da personalidade. São direitos absolutos (embora se possam identificar, com PAULO CUNHA, 1972: 113, direitos de personalidade que consistem em direitos a obter uma prestação do Estado, enquanto "direitos subjetivos públicos cívicos"), não patrimoniais ou pessoais (insuscetíveis de avaliação em dinheiro, sendo todavia certo que à respetiva violação pode corresponder uma reparação de conteúdo patrimonial), indisponíveis (não podem ser objeto de atos de renúncia ou limitação válidos; simplesmente, os atos de limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade, se não forem contrários aos princípios da ordem pública, são lícitos, embora sempre unilateralmente revogáveis pelo titular do direito, o que pode apenas gerar a "obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte"),

direitos de personalidade têm um campo de atuação mais vasto. No entanto, apesar de algumas divergências doutrinárias, esta definição tem sido, em moldes mais ou menos próximos, acolhida pela doutrina¹¹⁰.

O nº1 do artigo 70º do Código Civil abrange a proteção da personalidade física e moral de todas as pessoas contra qualquer ameaça¹¹¹ ou ofensa ilícita¹¹² e, posteriormente, a lei civil prevê expressamente vários direitos especiais de personalidade (artigos 71º a 80º do Código Civil)¹¹³. Na verdade, ao consagrar o direito geral de personalidade, o legislador não pretende demonstrar em seguida uma enumeração taxativa. Destarte, o artigo 70º do Código Civil pode ser visto como uma norma que prevê uma cláusula geral, consagrando a tutela geral da personalidade e afastando a possibilidade de o Direito apenas tutelar os direitos de personalidade cuja proteção é expressa e tipicamente reconhecida pelo sistema jurídico¹¹⁴. Assim, os direitos de personalidade especiais decorrentes da lei e da experiência jurídica são acolhidos como naturais desenvolvimentos das projeções de personalidade constituindo o direito geral de personalidade o seu direito matriz. Trata-se, portanto, de formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade¹¹⁵. Nesta ótica, podemos depreender que se incluem, na proteção civilística enquanto direitos especiais de personalidade, o direito à integridade pessoal e o direito à liberdade de vontade, que constituem justamente manifestações intimamente ligadas ao consentimento informado.

O nº2 do artigo 70º do Código Civil estatui as linhas de proteção dos direitos de personalidade. Assim, exige-se um consentimento livre e esclarecido, sob pena de se incorrer

intransmissíveis (pessoalíssimos, ou seja, não podem ser transmitidos, entre vivos ou mortis causa - embora gozem de proteção mesmo após a morte do seu titular e possam ser transmitidas algumas faculdades ligadas à tutela de direitos de personalidade, o que leva a que a doutrina debata a questão de transmissibilidade destes direitos por morte - nem exercidos por representante) e, em certo sentido, imprescritíveis (ASCENSÃO, 2000; 92; CAPELO DE SOUSA, 1995, 413 e ss.). Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima (2014) - Comentário ao Código Civil - Parte Geral. Lisboa. Universidade Católica Editora. pp.171-172.

¹¹⁰HÖSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Almedina. p. 277.

¹¹¹ “ [...] sendo esta ameaça concreta (p.ex., hipótese de repetição de uma ofensa já realizada; antecedentes na pessoa do autor da ameaça) e não apenas pensável”. Cfr. HÖRSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral. p.278.

¹¹²“Não é preciso haver culpa para se poder verificar uma ofensa. Também não é necessária a intenção de prejudicar o ofendido: decisivo é o dado objetivo da ofensa em si. Esta solução, baseada no facto objetivo da violação compreende-se perfeitamente, uma vez que a lei pretende dar a proteção mais ampla possível”. Cfr. HÖRSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil. p.278.

¹¹³VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral do Direito Civil. 9ª edição. Coimbra: Coimbra Almedina. p.49.

¹¹⁴Neste sentido ver RIBEIRO, Maria de Fátima (2014) - Comentário ao Código. p.172; VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral. p.49; SOUSA, Rabindranath Capelo (1995) - O Direito Geral de Personalidade. pp. 559-561; RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.81 e 82; HÖRSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil. pp. 276-277.

¹¹⁵CARVALHO, Orlando de (2021) - Teoria Geral. p.208.

numa das seguintes situações. De um lado, são aplicáveis as regras da responsabilidade civil¹¹⁶, caso se verifiquem os pressupostos da responsabilidade ou por factos ilícitos (artigo 483º e ss. do Código Civil) ou pelo risco (artigo 499º e ss. do Código Civil)¹¹⁷. De outro lado, a pessoa ameaçada ou ofendida pode, ainda¹¹⁸, reagir judicialmente pedindo “as providências adequadas às circunstâncias do caso¹¹⁹, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já consumada¹²⁰”. Trata-se, respetivamente, de medidas de caráter preventivo e de medidas de caráter atenuante¹²¹.

No direito civil, o consentimento do paciente tem também relevo no disposto no nº1 do artigo 340º do Código Civil que declara a licitude do ato lesivo de direitos de personalidade, se o lesado nela tiver consentido. Deste modo, o consentimento validamente prestado, *i.e.*, sem vícios da vontade e sem divergências entre a vontade e a declaração, afasta a ilicitude da conduta do lesante. De acordo com o nº2 do referido artigo o ato será, no entanto, considerado ilícito, ainda que tenha sido consentido pelo lesado, quando “*for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes*”¹²². Com base nesta norma, torna-se evidente que, ainda que o lesado tenha consentido na lesão, reserva o direito a ser indemnizado. Isto ocorre porque, na hipótese de esse ato entrar em conflito com os bons costumes e com a ordem pública, o consentimento não lhe retira a ilicitude.

A figura do consentimento presumido para a prática de atos médicos aparece regulada no nº3 do artigo 340º do Código Civil. Neste domínio e face aos interesses em causa, concebemos que a aplicação do “*consentimento presuntivo a que se refere o n.º3 (...) cobre*

¹¹⁶“A ofensa a direitos de personalidade origina responsabilidade civil contra o respetivo autor, trate-se de responsabilidade extracontratual ou de responsabilidade contratual.” Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civil Anotado. p.96.

¹¹⁷Cfr. HÖRSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil. p. 278.

¹¹⁸“Nada impede que sejam cumulados os remédios preventivos e atenuantes, uns com os outros ou com a indemnização.” Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral. p.51.

¹¹⁹“Quanto à natureza e conteúdo das providências, a lei diz apenas que serão «adequadas às circunstâncias do caso». Deixa-se assim, uma larguíssima margem de liberdade ao juiz a quem forem requeridas. Mas esta liberdade não pode ser total nem sem critério. Da letra da lei resulta desde logo que as providências devem ser adequadas, o que exclui o excesso. Deve, assim, entender-se que, ao decretar as providências, o juiz não pode exceder o que for suficiente e deve atuar com moderação, de modo a lesar ou perturbar o menos possível terceiros. Há que encontrar, caso a caso, um equilíbrio entre o mínimo possível de lesão ou incómodo a terceiros e a eficácia necessária. Tudo isto de acordo com o prudente arbítrio do julgador.” Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral. p.51.

¹²⁰Cfr. artigo 70º, nº2 do Código Civil.

¹²¹Neste sentido, a lei prevê um processo especial das providências nos artigos 878º a 880º do Código do Processo Civil. Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral. p.51.

¹²²Devem ser tidos como atos contrários aos bons costumes aqueles que ofendam direitos de personalidade, como o direito à vida, à integridade física, à honra e ao bom nome, entre outros. Cfr. LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil Anotado. Volume I. 4ª Edição. Revista Atualizada. Coimbra: Coimbra Editora. p.304.

*inquestionavelmente as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento do agredido ou acidentado, que não fique em condições de exprimir a sua vontade*¹²³. A lei determina, neste caso, que se tem por consentida a lesão se esta se deu “*no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*”¹²⁴. Observe-se que, conforme a norma mencionada, é suficiente a intenção do lesante em, de algum modo, beneficiar o lesado procurando proporcionar-lhe um resultado útil¹²⁵ desde que essa intenção coincida com a “vontade presumível” do lesado, para que a lesão seja considerada consentida. Portanto, a vontade presumível deixa de existir se o lesado se opôs à lesão ou manifestou de alguma forma, vontade contrária a ela. Porém, avaliar dois requisitos indeterminados, como sejam o da “intenção” do lesante e o da “vontade presumível” do lesado e, ainda, estabelecer umnexo de correspondência entre eles, não se revela tarefa fácil. Inevitavelmente, isso só será possível considerando as circunstâncias do caso concreto e ponderando os interesses em causa.

Neste âmbito, refira-se a hipótese de o lesante atuar no interesse do lesado, nomeadamente, submetendo-o a uma transfusão sanguínea que lhe salvaria a vida, sabendo a priori que o lesado não o autoriza por convicções religiosas. Neste caso, será legítimo que o lesado, que preferia perder a vida a submeter-se a tal intervenção, responsabilize civilmente o lesante uma vez que o lesado conhecia a vontade real do paciente. Logo, não poderá o médico agir em objeção com os desejos do lesado socorrendo-se para o efeito da sua “vontade presumível”. Em contrapartida, não será igualmente admissível que o lesante, de boa-fé, seja responsabilizado por lhe ter salvado a vida quando, desconhecendo a sua vontade real, não seja possível obter o respetivo consentimento do lesado em tempo útil em virtude de se encontrar num estado de inconsciência¹²⁶. Uma nota para afirmar que a aplicação e interpretação desta

¹²³LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil. p.304.

¹²⁴Cfr. artigo 340º, nº3 do Código Civil.

¹²⁵LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil. p.286.

¹²⁶O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2015, Proc.nº. 1263/06.3TVPRT.P1.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> debruça-se em especial sobre o consentimento presumido: “*O consentimento presumido é uma outra causa de justificação distinta quer do consentimento (verdadeiro), quer do estado de necessidade, e de aplicação subsidiária (...). Esta norma foi pensada para cobrir as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento de uma pessoa agredida ou acidentada, que não fique em condições de exprimir a sua vontade (...) e mistura um certo tipo de consentimento com a gestão de negócios, referindo-se às hipóteses em que o lesado sofre a lesão no seu interesse, havendo impossibilidade fáctica de prestar (ou alguém por ele) uma vontade real e sendo desconhecida (por ex., inexistência de uma «diretiva antecipada da vontade» ou de «procurador de cuidados de saúde») uma outra vontade do titular interessado (...). Este instituto é assim mobilizado nos casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir e não está representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou no caso de alargamento do âmbito da operação. Contudo, em relação às operações estéticas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, porque relacionadas com o corpo e com a identidade, e, no caso sub judice, com o órgão genital da pessoa e com a sua vida sexual e íntima, não é possível que se verifiquem os pressupostos de qualquer consentimento presumido. Este destina-se apenas a fazer face a situações em que no*

norma suscita alguma controvérsia. Por um lado, pode deixar o lesante desprotegido, enquanto que, por outro, pode pactuar com violações dos direitos de personalidade do lesado.

A disposição do artigo 340º do Código Civil tem de ser interpretada conjuntamente com outra disposição do mesmo diploma, o artigo 81º que consagra a limitação consentida do exercício dos direitos de personalidade, incluindo o direito à integridade física nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, nas operações estéticas, entre outros, podendo o paciente fazer uso desse instrumento. Não obstante, esta limitação somente se pode impor ao exercício do direito de personalidade em questão, mas não relativamente à sua titularidade ou existência, face às suas características de indisponibilidade e irrenunciabilidade¹²⁷. Portanto, não é possível, nomeadamente, renunciar ao direito à vida ou à honra, nem realizar convenções ou atos unilaterais que, necessária ou normalmente, resultem numa violação total ou parcial, de bens de personalidade essenciais (v.g. o corpo) ou os coloquem em risco de um modo não socialmente aceitável¹²⁸.

O nº1 do artigo 81º do Código Civil impõe o respeito pelos princípios da ordem pública, cuja contrariedade determina a nulidade do exercício da vontade limitativa dos direitos de personalidade¹²⁹. A lei determina de seguida no nº2 do referido preceito que quem livre e voluntariamente limitou direitos de personalidade, pode a todo o tempo revogar essa limitação. A este direito de revogação pode decorrer uma consequência que consiste na obrigação de indemnizar a outra parte pelos prejuízos causados pela frustração das suas legítimas expectativas. Todavia, no domínio da prestação de cuidados de saúde, tem-se entendido que o paciente não há-de indemnizar a outra parte pelo facto de não existirem expectativas a proteger, podendo haver, na melhor das hipóteses existirem expectativas de facto¹³⁰.

Por fim, é revelante destacar que os direitos de personalidade dizem respeito a interesses pessoalíssimos, intrinsecamente conexos com a personalidade do seu titular. Por isso se compreende que apenas o exercício de tais direitos seja, como realçamos, limitado a uma certa margem de disponibilidade, voluntária e lícita, contanto que não se consubstancie em

decurso de uma operação ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos e que é preciso resolver de imediato, enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento. O recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável (...)"

¹²⁷SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O Direito Geral de Personalidade. p. 405.

¹²⁸SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O Direito Geral de Personalidade. pp. 405-406.

¹²⁹Para uma distinção entre os bons costumes e os princípios da ordem pública consultar RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.260 e ss.

¹³⁰PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.74-75,78.nota 284.

comportamentos contrários à lei e aos bons costumes e que não coloquem em causa o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2.2.4. Na lei administrativa

Os direitos e os deveres do cidadão doente, em Portugal, são regulados por uma vasta legislação de direito de saúde. Trata-se, contudo, de uma legislação que se encontra disseminada de forma dispersa no ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, o consentimento informado enquanto direito do cidadão doente surge enunciado de múltiplas formas, com várias redacções e por vezes com diferentes regimes nos diversos campos¹³¹.

A Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei nº 95/2019, de 4 de setembro prevê na sua Base 2 os direitos e os deveres das pessoas, em particular impõe o consentimento informado e esclarecido como direito dos utentes. Neste sentido, a Lei de Bases de Saúde estabelece que os utentes sejam informados “*de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar*” (cfr. al.e) do nº1 Base 2), de forma a que possam “*decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excepcionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde*” (cfr. al.f) do nº1 Base 2).

A atual formulação do que constitui o dever de informação afigura-se mais correta em relação ao que dispunha a correspondente norma da anterior Lei de Bases da Saúde (cfr. al.e), nº1 da Base XIX da Lei nº48/90 de 24 de agosto): acrescentou-se a revelação dos benefícios e dos riscos das intervenções propostas, bem como do que constituirá a evolução do estado da saúde conforme o plano a adotar. Por sua vez, a já referida al.f) nº1 da Base II da Lei nº95/2019, quando dispõe sobre o direito ao consentimento, não refere o direito do paciente de revogar livremente o consentimento até ao momento da intervenção. Como também omite a possibilidade do paciente voltar atrás na sua decisão quando se recusa a dar o consentimento.

¹³¹PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.53.

Por seu turno, a Lei nº15/2014 de 21 de março enumera os direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, tal como os princípios que deve obedecer a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do SNS¹³². O artigo 3º do presente diploma determina, no seu nº1, que salvo disposição especial da lei, o consentimento e a recusa da prestação de cuidados de saúde devem ser declarados de forma livre e esclarecida. O nº2 do referido artigo determina a possibilidade que o utente tem de revogar o seu consentimento em qualquer momento da prestação de cuidados de saúde. Já o artigo 7º do diploma em análise consagra o “Direito à informação” do utente dos serviços de saúde, na medida em que o nº1 determina o conteúdo da informação a transmitir, ao passo que o nº2 estipula o modo de transmissão dessa mesma informação.

Ainda no âmbito de matéria de saúde pública, a Direção-Geral de Saúde emitiu a Norma 015/2013 de 3 de outubro, atualizada a 4 de novembro de 2015 referente ao Consentimento informado, esclarecido e livre dado por escrito. Trata-se, pois, de uma norma de carácter de organização clínica (*guideline*)¹³³ que apresenta como destinatários as Administrações Regionais de Saúde, dirigentes de unidade de saúde e profissionais de saúde do sistema de saúde¹³⁴, independentemente do setor em que exercem funções. Esta é composta pela norma em si mesma onde são apresentados os princípios gerais do consentimento informado e, ainda, por um texto de apoio que contém conceitos, definições e orientações com o fim de garantir a implementação da referida norma. A uniformização do consentimento informado, bem como a aplicação do respetivo procedimento nas diferentes instituições prestadoras de cuidados de saúde constituíram a preocupação central na elaboração da Norma 015/2013 de 3 de outubro. Por sua vez, a questão da vinculatividade dos profissionais de saúde à referida norma de orientação clínica é tema debatido pela doutrina. Esta norma¹³⁵ reconhece a validade *prima facie* das normas de orientação clínica, face à importância de assegurar uma gestão racional dos recursos disponíveis. Todavia, permite ao profissional a possibilidade de se afastar da norma em casos devidamente justificados, nos quais a observância da norma poderia comprometer o cumprimento da obrigação a tratar, em razão da liberdade e autonomia do profissional de saúde.

¹³²MELO, Helena Pereira de; RODRIGUES, Mariana de Oliveira (2021) - Código Deontológico da Ordem dos Médicos Anotado. Coimbra. Almedina. p.130.

¹³³“*Em bom rigor, as normas de orientação ou as recomendações traduzem um instrumento de clarificação das legis artis*”. Cfr. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2015) - Direito da saúde. p.224.

¹³⁴PEREIRA, André Dias (2016) - A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. In Estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Volume 3 - Segurança do Paciente e Consentimento Informado. Almedina. Coimbra. p.163.

¹³⁵ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2015) - Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora. pp.225-226.

Por sua vez, o respeito pelo consentimento informado e esclarecido é também exigido em vários diplomas que constituem legislação especial sobre direito da saúde, com as especificidades próprias de cada intervenção médica em concreto¹³⁶. Fala-se a este respeito na Lei da Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde¹³⁷, na Lei de Investigação Clínica¹³⁸, na Lei dos Transplantes de Órgãos e Tecidos¹³⁹, na Lei de Saúde Mental¹⁴⁰, na Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar¹⁴¹, na Lei da Procriação Medicamente Assistida¹⁴², na Lei da Exclusão da Ilícitude nos Casos de Interrupção Voluntária da Gravidez¹⁴³, na Lei que estabelece Direitos das pessoas em contexto de doença avançada e fim de vida¹⁴⁴, entre outras.

2.2.2.5. No Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Passemos agora para o Código Deontológico da Ordem dos Médicos que regulamenta as respectivas normas deontológicas do exercício da medicina, pois consideramos fundamental a sua análise como fonte mediata do consentimento informado.

Segundo Guilherme de Oliveira, “*Os Códigos Deontológicos são talvez as expressões mais conhecidas de auto-regulação. Eles condensam, sobretudo, os deveres que o grupo profissional reconhece como próprios do seu desempenho. Não é de esperar que estes códigos contenham normas que definam direitos dos doentes - a lei formal encarrega-se disso; simultaneamente com a definição de deveres, é natural encontrar recomendações sobre a conduta em casos concretos que exijam ponderações difíceis de carácter ético*”¹⁴⁵.

No ordenamento jurídico nacional, tem-se discutido muito o significado jurídico-normativo do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Esta discussão surge pelo facto de tanto a

¹³⁶PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.354. Nota 958.

¹³⁷Artigos 2º e 3º da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro.

¹³⁸Artigos 6º e 10º da Lei nº21/2014, de 16 de abril.

¹³⁹Artigos 7º e 8º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril.

¹⁴⁰Artigo 5º da Lei nº 36/98, de 24 de julho.

¹⁴¹Artigo 10º da Lei nº 3/84 de 24 de março.

¹⁴²Artigo 14º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

¹⁴³Artigo 1º da Lei nº 16/2007, de 17 de abril.

¹⁴⁴Artigo 9º, 3º e 5º da Lei n.º 31/2018, de 18 de julho.

¹⁴⁵OLIVEIRA, Guilherme de (2001) - Auto-regulação profissional dos médicos. In Temas da Medicina. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. pp.252-253.

publicação do Código de 1981¹⁴⁶, como também a do Código de 1985¹⁴⁷ terem sido apenas efetuadas na revista da Ordem dos Médicos e não no Jornal Oficial¹⁴⁸. Tal polémica suscitou a questão de saber se o código teria ou não o valor de uma lei formal e, por consequência, se as normas deontológicas seriam válidas não só para os médicos, mas também para todos os cidadãos.

Parte da doutrina¹⁴⁹ advoga a tese da eficácia interna das normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, considerando que o código tem um valor prático-jurídico grande. Neste sentido, considera que as normas têm plena eficácia interna, aplicando-se diretamente nos respetivos órgãos profissionais, constituindo a sua infração motivo de responsabilidade disciplinar. Por outro lado, defende a aplicação, ainda que indireta, das normas do código para a apreciação de uma conduta médica num tribunal ordinário (v.g. auxiliam o juiz para decidir acerca da licitude da conduta do médico). Enumera também que essas disposições desempenham o papel de concretização das cláusulas gerais de direito civil, nomeadamente dos critérios de apreciação de culpa do agente. Refere, ainda, a sua utilidade a propósito da interpretação e integração do contrato de prestação de serviço médico. A doutrina coloca a questão da eventual divergência entre as normas deontológicas e as normas da legislação ordinária. E, prontamente, soluciona o problema determinando que “*as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária*”¹⁵⁰.

Outra parte da doutrina também reconhece a validade destas normas, considerando-as seja com base no costume¹⁵¹ ou, com base nas normas corporativas¹⁵². Por outro lado, Sérvulo Correia considera que as normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos “*têm valor jurídico de regulamento administrativo visto que emanam de uma associação pública dotada de competência normativa neste domínio*”¹⁵³.

¹⁴⁶Cfr. Revista da Ordem dos Médicos, nº6 (junho) de 1981.

¹⁴⁷Cfr. Revista da Ordem dos Médicos, nº3 (março) de 1985.

¹⁴⁸“O art.119º da Constituição da República impõe a publicação, no Diário da República, dos actos legislativos formais”. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de (2001) - Auto-regulação. p.252. Nota 13.

¹⁴⁹OLIVEIRA, Guilherme de (2001) - Auto-regulação. p. 251; DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde Monteiro (1984) - Responsabilidade Médica. pp.8-9.

¹⁵⁰Expressão de OLIVEIRA, Guilherme de (2001) - Auto-regulação. p.36.

¹⁵¹SOUSA, Miguel Teixeira de (1996) - Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa. p.123.

¹⁵²ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis de prestação de serviço médico. In Direito da Saúde e Bioética, Lisboa. p.100.

¹⁵³CORREIA, Sérvulo (1996) - As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa. p. 61.

Por sua vez, a força jurídica do Código Deontológico é reforçada com a ratificação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, determinando que as obrigações profissionais e as regras de conduta devem ser respeitadas em qualquer intervenção na área da saúde (cfr. artigo 4º da CSHB)¹⁵⁴.

Os códigos deontológicos são normalmente elaborados com base numa legislação dada por um órgão legislativo formal - no caso português, com base na Lei nº117/2015 de 31 de agosto, que define o Estatuto da Ordem dos Médicos¹⁵⁵. O atual Código Deontológico da Ordem dos Médicos foi publicado na 2ª série do Diário da República, sob a forma de regulamento administrativo.

Neste seguimento e procedendo-se à análise do Regulamento nº707/2016¹⁵⁶ é, desde logo, plasmado, no artigo 5º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, o respeito pela dignidade da pessoa humana, bem como o artigo 14º do presente diploma que consagra o respeito pela pessoa do paciente, devendo o médico nos termos do artigo 4º, nº 1 do referido diploma, agir de acordo com as *leges artis*, encontrando-se vedada a prática de atos contrários àquelas (cfr. artigo 10º, nº 1 do diploma em análise).

Relativamente ao consentimento informado, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos estabelece um vasto conjunto de normas sobre a informação, o esclarecimento e o consentimento, das quais se destacam: o dever de esclarecimento do médico ao doente¹⁵⁷, a validade do consentimento¹⁵⁸, passando pelos casos de incapacidade do doente em prestar o seu consentimento, bem como o respetivos meios de suprimento¹⁵⁹, refere as situações

¹⁵⁴ PEREIRA, André Dias (2008) - Responsabilidade médica. p.6. Nota 15.

¹⁵⁵A Ordem dos Médicos foi criada pelo Decreto-Lei nº29171, de 24 de novembro de 1938 que, posteriormente, foi alterado pelo Decreto-Lei nº40651, de 21 de junho de 1956. Em 1977 foi aprovado um novo Estatuto da Ordem dos Médicos, publicado em anexo ao Decreto-Lei nº282/77, de 7 de maio, que revogou o Decreto-Lei de 1956. O aludido Decreto-Lei de 77 foi ulteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº217/94, de 20 de agosto e pela Lei nº117/2015, de 31 de agosto que o adequou à Lei nº2/2013 de 10 de janeiro, que por sua vez estabeleceu o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais. A redação vigente do atual Estatuto da Ordem dos Médicos comporta importantes alterações ao nível da estrutura da Ordem dos Médicos e prevê no seu articulado a existência de diversos regulamentos que têm de se conformar com o conteúdo do Estatuto.

¹⁵⁶Com efeito, após a entrada em vigor da nova redação do Estatuto da Ordem dos Médicos, o Conselho Nacional da Ordem dos Médicos deliberou constituir um grupo de trabalho, que ficou encarregue da elaboração dos projetos de regulamentos. De acordo com o disposto no artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo, os referidos projetos foram mandados publicar pelo Conselho Nacional para consulta pública no portal da Ordem e também na 2ª série do Diário da República, quando dotados de eficácia externa. Assim sendo, a Assembleia de Representantes, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 49.º e 144º do Estatuto da Ordem dos Médicos deliberou em aprovar, sob proposta do Conselho Nacional, o Regulamento nº707/2016 com o anexo que constitui o Código Deontológico para que se adequa às alterações estatutárias decorrentes da publicação da Lei 117/2015, de 31 de agosto.

¹⁵⁷Cfr. artigo 19º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁵⁸Cfr. artigo 20º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁵⁹Cfr. artigo 21º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

excepcionais em que se pode presumir o consentimento do doente¹⁶⁰, determina as formas de consentimento¹⁶¹, regula a questão do dissentimento¹⁶² e determina o conteúdo de informação a prestar¹⁶³. Os referidos dispositivos serão infracitados em articulação com o desenvolvimento do regime do consentimento informado.

Diante do exposto, é de concluir que as normas que compõem o Código Deontológico da Ordem dos Médicos revestem-se de grande importância no que respeita ao plano concreto da conduta médica, tanto pelo facto de permitirem preencher valorativamente a atuação dos médicos, como pela proximidade em que se encontram relativamente aos respectivos profissionais de saúde¹⁶⁴.

2.3. Estrutura dogmática do consentimento informado

Cumprimo-nos, de seguida, identificar a estrutura dogmática do consentimento informado. Para tanto, começaremos por reunir as várias concepções acerca do instituto jurídico em causa, na tentativa de compreender o que é o consentimento informado enquanto processo dinâmico entre o médico e o paciente. De seguida, configura-se necessário distinguir o instituto do consentimento do lesado e figuras afins, *i.e.*, outros institutos jurídicos relevantes na responsabilidade médica. O passo seguinte será o de determinar os bens jurídicos em causa, *i.e.*, quais são os direitos de personalidade acautelados pelo direito ao consentimento informado. O subtópico seguinte prende-se em determinar a natureza jurídica do consentimento informado. Iremos por fim, concluir com o regime jurídico vigente do mesmo. Referimo-nos, por um lado, aos requisitos para a manifestação de vontade, nomeadamente, a liberdade e voluntariedade, a capacidade, a informação, o esclarecimento e a conformidade com os bons costumes e com a ordem pública. Por outro lado, abordaremos os requisitos externos do consentimento, particularmente, as modalidades da declaração, a atualidade e a forma. O tratamento dos referidos requisitos será efetuado na perspetiva do que lhes confere validade, mas também serão analisados os vários vícios que determinam a invalidade do consentimento prestado. Tal situação

¹⁶⁰Cfr. artigo 22º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶¹Cfr. artigo 23º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶²Cfr. artigo 24º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶³Cfr. artigo 25º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶⁴RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.87.

ocorre, nomeadamente, quando este se revela contra a ordem pública, quando o paciente não tem capacidade, quando não lhe foi transmitida a informação adequada e suficiente, quando se verificarem vícios de forma, entre outras razões.

2.3.1. Consentimento informado enquanto processo

O conceito de consentimento informado é definido por vários autores, com pequenas nuances diferenciadoras, compreendendo-se como o direito do paciente de aceitar ou recusar de forma livre, voluntária e esclarecida qualquer tratamento médico.

Há doutrina¹⁶⁵ que considera que a designação de *consentimento informado* proveniente da designação americana *informed consent* não se afigura correta, pois minimiza e reduz o conceito em causa. Neste sentido, apresentam como alternativa, tal como no direito francês (*consentement éclairé*), que a tradução apropriada seria *consentimento esclarecido* ou mais precisamente, consentimento livre e esclarecido.

A palavra “consentir” provém do latim *consentire* e, como bem explica João Vaz Rodrigues é o sinónimo de concordar, permitir, tolerar, aquiescer, aceitar. Assim, o autor começa por definir o consentimento, que na sua expressão mais concisa pode ser entendido como a conduta mediante a qual se faz a outrem uma concessão de uma determinada atuação. Por conseguinte, o consentimento para o ato médico consistirá na concordância para o agente médico intervir na esfera físico-psíquica do paciente, com o objetivo de proporcionar saúde em benefício próprio, alheio ou geral¹⁶⁶.

Ressalve-se que o consentimento informado não deve ser perspectivado como um único ato pontual, constituindo-se, antes, como um processo dinâmico inter-relacional¹⁶⁷ que atende não apenas ao paciente e ao médico, envolvendo também os restantes profissionais de saúde, a instituição prestadora de cuidados de saúde e os devidos representantes legais. Daquela

¹⁶⁵RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica. p.333.

¹⁶⁶RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p. 24.

¹⁶⁷Neste sentido, João Álvaro Dias define o consentimento como um processo dinâmico, interativo de troca de informações recíprocas, negando que se possa resumir meramente numa forma, nomeadamente, em qualquer tipo de formulário de consentimento assinado pelo respetivo doente. Cfr. DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora. p.281.

interação, nasce um diálogo, no qual as partes se informam, questionam e esclarecem reciprocamente e, através do qual, o paciente manifesta a sua vontade livre com vista à tomada de uma decisão terapêutica conjunta¹⁶⁸.

Este processo interativo assume um carácter duradouro que acompanha a relação médico-paciente, persistindo, por vezes, até depois da convalescença. Assim sendo, mesmo quando o médico comunique todos os riscos, após a convalescença podem surgir sequelas decorrentes da intervenção realizada, pelo que se torna necessário renovar o dever de informação¹⁶⁹, bem como a prestação do consentimento para terapias corretivas que, eventualmente, venham a mostra-se convenientes para o tratamento do paciente.

A doutrina do consentimento informado é indispensável para a boa prática médica, sendo que o consentimento do paciente, quando devidamente informado e esclarecido, é um mecanismo que garante o respeito pela autonomia do paciente que permite ao mesmo tomar uma decisão objetiva. Assim e como veremos de seguida, podemos afirmar que ao médico compete esclarecer o paciente e informá-lo, entre outros, dos riscos e dos benefícios da intervenção ou ato médico a que se irá sujeitar, e que só depois de devidamente informado e esclarecido é que o consentimento é considerado válido.

2.3.2. Figuras afins

O consentimento informado constitui um problema específico da responsabilidade médica, pelo que iremos proceder à sua distinção em relação às seguintes figuras: o esclarecimento terapêutico, o dever de informação e o segredo médico. Importará, por isso, proceder brevemente à caracterização dos respetivos institutos, a fim de se proceder a uma aproximação aos conceitos essenciais à compreensão da temática em análise.

Há, antes de mais nada, a necessidade de distinguir o consentimento informado do esclarecimento terapêutico, pois ambas as figuras implicam o dever de o profissional de saúde

¹⁶⁸RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.25-26.

¹⁶⁹ “Na verdade, os deveres de informação como que se autonomizam nas fases seguintes à intervenção, podendo verificar-se a necessidade de prestar novas informações depois desta”. Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.28.

informar o paciente. Aquele primeiro consiste em comunicar as informações necessárias para o paciente decidir se quer ou não prosseguir com determinado ato médico, ao passo que este último consiste em providenciar todas as indicações necessárias seja para o cumprimento adequado de uma prescrição, para a preparação de uma intervenção indicada, podendo também referir-se ao aconselhamento de uma dieta¹⁷⁰. O objetivo do esclarecimento terapêutico passa, pois, pelo apoio prestado pelo médico para o cumprimento da terapia sugerida e ainda pela eliminação das preocupações manifestadas pelo doente, explicando-lhe quais os perigos que ele pode incorrer quando adote condutas prejudiciais ao bom andamento da terapia. A título de exemplo, a prescrição de um medicamento ao paciente constitui o médico no dever de informar o paciente no que respeita à dose recomendada, aos efeitos secundários possíveis de se manifestar, bem como às reações adversas. O grau de rigor do dever de informação aumenta consoante maior agressividade demonstrar o medicamento indicado¹⁷¹. Esta figura constitui parte integrante das *leges artis*, pelo que a violação do dever de esclarecimento terapêutico será tratada como um erro na execução do ato médico. O esclarecimento terapêutico, inversamente do consentimento para a autodeterminação, não tutela a liberdade pessoal, mas sim apenas a integridade físico-psíquica e a vida.

Por seu turno, o dever de informar deve receber um significado autónomo face ao dever de obter o consentimento e conseqüentemente, ser assumido como uma obrigação jurídica autónoma. Neste contexto, é assinalável a importância da informação sobre o diagnóstico na deontologia médica. Portanto, por um lado, o paciente tem o direito de ser informado relativamente à sua doença, para que sirva de base para manifestar o seu consentimento informado. Contudo, por outro lado, acontece que, em determinados casos, o contrato médico tem precisamente como objeto principal o conhecimento do diagnóstico. Refere-se, exemplificativamente, a hipótese de alguém que se submete a exame genético para prevenir certa doença congénita. Neste tipo de exames é de extrema importância que o paciente tenha acesso ao resultado, até mesmo para fins de prevenção de determinadas situações futuras, nomeadamente, no caso de tais doenças sejam diagnosticadas os pacientes poderão optar por um tratamento de procriação medicamente assistida ou abdicarão ao projeto de serem pais. Posto isto, o médico deve comunicar o resultado do exame ou do diagnóstico, resultando a sua

¹⁷⁰“O âmbito do esclarecimento terapêutico é mais amplo relativamente ao do consentimento informado: o médico deve informar sobre todos os pormenores que possam ser úteis para a saúde do doente. Como tal, não revela a figura do privilégio terapêutico neste caso, considerando que a própria informação auxilia a que o doente assuma comportamentos positivos para a sua saúde”. Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.35.

¹⁷¹OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias (2006) - Livro Prático Sobre Consentimento Informado. In Centro De Direito Biomédico. Coimbra. p.23.

omissão na violação das obrigações contratuais por si assumidas e, conseqüentemente, na sua respetiva responsabilização. Neste cenário, André Dias Pereira assinala a importância crescente, tanto de um ponto de vista teórico como prático, das ações propostas pelos pais e pelas crianças nascidas no seguimento de uma esterilização mal sucedida, de testes de diagnóstico pré-natal ou da rubéola errados, ou de um programa de genética familiar incorrectamente realizado, entre outros. Está-se, pois, perante questões delicadas que se encontram na fronteira entre os problemas de consentimento informado e o erro médico.

Estes tipos de situações são perspectivadas pela doutrina como problemas de informação, uma vez que a informação constitui o objeto da prestação médica¹⁷². Neste contexto, refira-se a hipótese em que o consentimento informado foi proveniente de informações fornecidas a partir de um diagnóstico errado. Ora, se o consentimento do paciente pressupõe que sua vontade seja manifestada de forma livre e consciente, resulta desse mesmo facto que o erro de diagnóstico¹⁷³¹⁷⁴ levou-o a ter uma ideia diversa da realidade. O paciente não manifestaria aquela vontade, direcionada ao tratamento específico, se não tivesse sido informado a partir de um diagnóstico errado. Conclui-se, neste caso, que houve um vício do consentimento. Esta ocorrência afasta a possibilidade de que aquela vontade seja considerada, para fins de consentimento de tratamento indicado com base num diagnóstico errado.

Já o segredo médico funda-se essencialmente na preservação da intimidade do paciente. O seu objetivo é impedir que o médico revele informações médicas relativas ao seu paciente. Por vezes, o respeito de confidencialidade é condição de sucesso do tratamento no qual o médico

¹⁷²PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp. 229-231.

¹⁷³Do ponto de vista individual, o erro é inerente à condição humana, sendo o erro de diagnóstico uma das possibilidades. José Fragata e Luís Martins na sua obra organizam os diferentes tipos de erros em diversas categorias: diagnóstico, tratamento, preventivos e outros. Os respetivos autores definem os erros de diagnóstico como "*erros que incluem quaisquer falhas na fase do diagnóstico*" e explicam que este tipo de erro poderá externalizar-se num erro ou atraso de diagnóstico, por falha na aplicação dos testes indicados, no uso de teste desatualizados e na falha na atuação adequada face aos resultados dos testes realizados. Exemplificando, o não pedido de um teste de gravidez a uma mulher em idade fértil que se dirige a uma urgência hospitalar referindo várias falhas menstruais, apresentando queixas de dores abdominais e cujo exame físico revela uma enorme massa pélvica. Esta situação é classificada pelos autores como erro de diagnóstico. Cfr.FRAGATA, José; MARTINS, Luís (2008) - O Erro em Medicina - Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade. Almedina. Coimbra. 2ª reimpressão. pp. 317-318.

¹⁷⁴De um modo geral, o erro de diagnóstico é considerado uma questão relevante em termos de responsabilidade civil do médico. De acordo com Maria João Estorninho, "*ocorre erro de diagnóstico se a avaliação do médico não corresponder à situação clínica do paciente*". Neste tipo de situações, o médico tem uma percepção errada do quadro clínico do paciente e, como tal, identifica de forma errada a doença, que resulta na falha do tratamento ou do procedimento ou pode-se dar o caso de omitir a realização de exames ou outros métodos de diagnóstico, cuja necessidade é manifestamente indicada pelos sintomas do paciente. Cfr. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2015) - Direito da saúde. p.298.

tem de recolher, bem como trabalhar informação qualificada, permitindo-lhe aceder às esferas mais íntimas do paciente (v.g. tratamentos psicoterapêuticos)¹⁷⁵.

De facto, a posição dominante na doutrina¹⁷⁶ entende que o consentimento livre e expresso do paciente isenta o médico da obrigação de guardar segredo, convertendo-se a sua conduta em lícita, uma vez que o paciente renunciou ao seu direito à intimidade naquele contexto específico. Neste sentido, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos dedica ao segredo médico todo o Capítulo IV. Do referido diploma assume relevância para nossa questão a escusa do segredo prevista na alínea a) do seu artigo 32º, pressupondo a obtenção de consentimento do paciente pelo médico e que a revelação do segredo não venha a prejudicar terceiros. De certa forma, a obrigação de informar o paciente e obter o respetivo consentimento é contraposta à obrigação de segredo médico, uma vez que ambas se fundam na ideia de uma relação de estreita confiança entre o médico e o paciente¹⁷⁷.

2.3.3. Bens jurídicos protegidos

Cumpra agora indagar sobre quais são os direitos de personalidade acautelados pelo direito ao consentimento informado no direito interno português. Como tal, afigura-se conveniente tecermos brevemente algumas considerações relativas à realidade normativa jurídico-penal e, particularmente, em relação à realidade normativa jurídico-civil.

Importa dar nota que o mundo da medicina contemporânea vive numa constante alteração por influência do Direito, não apenas ao nível da relação médico-doente, como também ao nível do ato médico, com a prevalência do modelo de autodeterminação do doente. Como tal, não é de admirar que o direito de dispor livremente sobre o seu próprio corpo e a vida seja erigido pelo direito em bem jurídico e que, conseqüentemente, sejam criminalizados os procedimentos médicos que atentem contra tal bem jurídico. Daí que, a maioria dos ordenamentos jurídicos

¹⁷⁵PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico - reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra Editora.p.78. Nota 175.

¹⁷⁶ANDRADE, Manuel Costa (2004) - Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo, Coimbra: Coimbra Editora. p.202; PINTO, Paulo Mota (1993) - O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXIX. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 479-586.

¹⁷⁷RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.179

européus configura a realização de tratamentos médicos realizados sem o consentimento do paciente (livre e esclarecido) suscetível de configurar como um crime de ofensas à integridade física. Por contraposição, a Áustria (§111^o do Código Penal austríaco), seguida de Portugal (artigo 156^o do Código Penal) criaram um tipo legal de crime em que o bem jurídico tutelado, na ausência do consentimento sobre tratamentos médico-cirúrgicos, não é o corpo, a saúde ou vida do paciente, mas sim a liberdade do mesmo¹⁷⁸¹⁷⁹.

Focando-nos agora no prisma civilista, levanta-se a seguinte questão: será que uma indemnização cível pela violação do consentimento deve decorrer apenas da consideração da lesão do bem jurídico liberdade, uma vez que o Código Penal erigiu a liberdade como o bem jurídico a proteger? Ou deve, antes, resultar da violação de outros bens jurídicos além da liberdade?

De modo a responder à anterior questão a doutrina¹⁸⁰ propõe a autonomização de dois tipos de situações quando se está perante uma intervenção médica não consentida. Há, então, que distinguir, por um lado, quando o médico não obtém validamente o consentimento do paciente, mas dessa intervenção não surgem danos corporais para o mesmo e, por outro, a situação de intervenção sem o respetivo consentimento e dessa intervenção verificam-se danos para aquele.

Com efeito, é pacífico na doutrina civil o entendimento que censura a conduta do médico que não cumpre o dever de obter o consentimento informado do paciente, mesmo que essa intervenção seja bem-sucedida. É que, a partir do momento em que o ato médico não é consentido, passa a ser ilícito porque assenta numa invalidade, conforme dispõe o artigo 340^o do Código Civil. Orlando de Carvalho, explica que independentemente da alteração do estado da saúde do doente para melhor ou para pior, certo é que a intervenção médica “*provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo relevo para o Direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa*”¹⁸¹. Retira-se do exposto que estes tipos de situações afetam sempre a integridade pessoal, para além da autodeterminação,

¹⁷⁸RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica. p 335.

¹⁷⁹A incriminação da falta do consentimento sobre tratamentos médicos visa proteger unicamente o bem jurídico autodeterminação, conforme previsto no artigo 156.^o do Código Penal. Essa proteção não está vinculada ao resultado final do tratamento nem acarretará, necessariamente, que o médico seja punido pela ofensa corporal, desde que sejam preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos do artigo 150^o n^o 1 do Código Penal. Assim, o facto da equipa médica ter melhorado o estado clínico do paciente ou até o ter salvado da morte não justifica a interferência ilícita no espaço de raciocínio reservado unicamente a este último sobre a disposição do seu corpo.

¹⁸⁰PEREIRA, André Dias (2020) - Consentimento Informado em Direito Civil e Penal. In Coleção de Formação Contínua. Centro de Estudos Judiciários. pp.25-30.

¹⁸¹CARVALHO, Orlando de, Teoria Geral do Direito Civil (2021). 4^a edição. Gestlegal. p. 216.

sendo ambas abrangidas pela proteção do artigo 70º do Código Civil. Com base nisso, não hesitamos em considerar a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais decorrentes desse contexto, independentemente da ocorrência de lesão corporal¹⁸². Nesta ótica, o Supremo Tribunal de Justiça¹⁸³ reconheceu a obrigação de indemnizar ainda que o tratamento não consentido não provoque prejuízos à saúde.

No caso de se tratar de uma intervenção arbitrária em que se verifiquem danos corporais, o médico viola, igualmente, o bem jurídico liberdade e o bem jurídico integridade física e psíquica. Como tal, acompanhamos a opinião de Sinde Monteiro, a qual determina o seguinte, "*entendemos ser legítimo pensar que o esclarecimento e o consentimento do doente não são exigidos apenas por motivos éticos, mas também para que ele possa decidir autorresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial. (...) A ser assim, a entender-se que o prejuízo patrimonial deve ser incluído no âmbito material de proteção, tem de se recorrer à qualificação da intervenção não autorizada como ofensa corporal (artigo 483.º, n.º 1)*"¹⁸⁴. De acordo com a posição anteriormente defendida entre nós que determina que a ausência do consentimento no campo civil resultará da infração simultânea dos direitos à liberdade de vontade e à integridade física e moral, pode entender-se, no caso de se sucederem prejuízos físicos, que sejam indemnizados tanto os danos morais, como também os patrimoniais, mantendo-se em linha com a ofensa corporal paradigmática¹⁸⁵.

Face ao exposto conclui-se no âmbito do direito civil, tanto do ponto de vista doutrinário, como jurisprudencial¹⁸⁶ que o consentimento informado, fundado sobre os artigos 70º, 81.º e 340º

¹⁸²No que respeita ao direito penal português esta situação configura-se de maneira diferente. Da leitura conjunta dos artigos 150º e 156º do Código Penal, bem como da sistematização do código, verifica-se que as intervenções médicas arbitrárias são tipificadas como crime contra a liberdade e não, também, por ofensas corporais. Já no direito civil, a norma aberta do artigo 70º do Código Civil permite construir um quadro distinto que inclui a violação do direito à integridade físico-psíquica nos danos indemnizáveis. Cfr. PEREIRA, André Dias (2020) - Consentimento Informado em Direito Civil e Penal. p.26.

¹⁸³Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2015, Proc.n.º1263/06.3TVPRT.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> no qual se refere o seguinte: "*Todavia, a obrigação de indemnizar existe mesmo que a operação não autorizada não cause danos à saúde. A lei não exige a ocorrência de danos para a atribuição de uma indemnização em sede de direito civil, pois que o objetivo do consentimento informado não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas salvaguardar a sua autodeterminação e o direito à disposição do seu corpo (...). A violação destes direitos traduz, em si mesma, um dano não patrimonial, independentemente da verificação de outros danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da intervenção médica não consentida pelo facto de não terem sido observadas as *leges artis**".

¹⁸⁴MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (1989) - Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações. Almedina. Coimbra. p.276.

¹⁸⁵PEREIRA, André Dias (2020) - Consentimento Informado em Direito Civil e Penal. pp.29-30.

¹⁸⁶A propósito dos bens jurídicos protegidos pelo instituto do consentimento informado na jurisprudência, leia-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010. O tribunal afirma sem sombra de dúvida que pode haver responsabilidade civil pelos danos causados por uma intervenção médica não procedida de informação, sejam

do Código Civil visa proteger um bem jurídico misto: a liberdade de vontade e a integridade físico-psíquica. Por um lado, protege-se a autodeterminação, pois cada indivíduo tem o direito de recusar qualquer intervenção alheia no seu corpo, sob pena de comprometer a sua dignidade, uma vez que o corpo é uma fronteira da identidade. Por outro lado, protege-se a integridade física e psíquica, dado que as intervenções alheias podem prejudicar essa integridade, nomeadamente, o direito de recusa e o correlativo dever de obter o consentimento, que constituem meios de impedir que outros realizem acções potencialmente lesivas¹⁸⁷.

2.3.4. Natureza jurídica

Chegados a este ponto, cumpre agora determinar qual a natureza jurídica do consentimento prestado pelo paciente no domínio médico. Desde logo, face à falta de referência explícita na lei acerca desta problemática comecemos por colocar as seguintes questões: O consentimento dado pelo paciente consubstancia um mero ato jurídico? Ou será que o referido consentimento configura um verdadeiro contrato de prestação de serviço médicos? Será que desse contrato resulta um verdadeiro direito subjetivo para este último, nomeadamente de exigir o ato médico previamente consentido? E caso assim se entenda, poderá o prestador de cuidados de saúde exigir uma indemnização com fundamento em responsabilidade contratual (artigo 798º e ss. do Código Civil), quando o paciente decida revogar o respetivo consentimento antes de processado determinado ato médico?

os danos derivados da violação do bem jurídico liberdade, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico integridade física. O Supremo Tribunal de Justiça reconhece no acórdão que a violação do dever de informar traduz-se num consentimento inválido, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, a partir da qual nasce uma obrigação de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo paciente. Cfr. Acórdão do do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010, Proc. nº 301/06.4TVPRT.P1.S1, acessível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>; No mesmo sentido refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2013, Proc. nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument> o seguinte: “Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, a perfuração do cólon, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral, e os danos ressarcíveis tanto são os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais”.

¹⁸⁷ RAIMUNDO, Miguel Assis (2014) - Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa. p.78.

Relacionada com a questão de determinar se o referido consentimento constitui ou não um verdadeiro negócio jurídico, está a problemática de saber a que regime se submeterá o consentimento para a lesão corporal. Na sugestiva terminologia de Orlando de Carvalho¹⁸⁸ o consentimento do ofendido pode ser tolerante, autorizante ou vinculante.

Em primeiro lugar o nº1 do artigo 340º do Código Civil funciona como uma causa de exclusão da ilicitude, retirando a um ato lesivo a sua natureza ilícita, desde que o respetivo consentimento não seja contrário a uma disposição legal ou aos bons costumes. Este consentimento, vulgarmente denominado de tolerante ou justificante, não faculta um direito de agressão ao autor da lesão, constituindo antes uma justificação daquele outro que a sofre¹⁸⁹. Em virtude da livre revogação deste consentimento, não há lugar à ressarcibilidade de eventuais prejuízos que se venham a verificar. A doutrina dominante¹⁹⁰ afirma que o consentimento tolerante consubstancia um ato jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão da ilicitude. Ou seja, não é constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o agente da lesão.

Por sua vez, no artigo 81º, nº2 do Código Civil encontramos o consentimento autorizante, consentimento este que atribui verdadeiramente um direito. Trata-se, neste caso, de um poder jurídico para agredir o corpo de outrem¹⁹¹. Saliente-se que o consentimento autorizante poderá ter lugar por meio de negócio jurídico unilateral, como por meio de um contrato¹⁹². Relativamente a este último, a parte que beneficia do consentimento tem o direito de exigir que a outra suporte os efeitos jurídicos e factuais decorrentes da sua execução. Contudo, considerando que o artigo 81º, nº2 do Código Civil assenta na autolimitação de direitos de personalidade, abriu-se uma exceção à tradicional regra contida no nº1 do artigo 406º do Código Civil, pelo que o consentimento em causa será sempre livremente revogável. Assim, o titular do direito de personalidade autolimitado pode, a todo o tempo e arbitrariamente, pôr termo ao consentimento. Decorre, porém, uma consequência para aquele que revoga o consentimento anteriormente

¹⁸⁸CARVALHO, Orlando de, Teoria Geral. p.207.

¹⁸⁹CARVALHO, Orlando de (2021) - Teoria Geral. p.207.

¹⁹⁰JORGE, Fernando Pessoa (1995) - Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Almedina. Coimbra. p.270; LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. 16.ª edição. Almedina. Coimbra. p. 306.

¹⁹¹CARVALHO, Orlando de (2021) - Teoria Geral. p. 207.

¹⁹²SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. p.407.

prestado que consiste na obrigação de indemnizar a outra parte pelos prejuízos causados pela frustração das suas legítimas expectativas¹⁹³¹⁹⁴.

Finalmente, o consentimento vinculante estabelece um compromisso jurídico autêntico, designadamente na forma de contrato, sendo apenas admitido em casos excepcionais e irreversíveis de forma unilateral, nos termos gerais dos negócios jurídicos (artigos 230º e ss. e 406º do Código Civil). Neste caso, não há atribuição de um poder de lesão, mas sim uma disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzem numa limitação ao exercício desses direitos, conforme determina o art. 81º, nº 2 do Código Civil. Assim sendo, incluem-se aqui os contratos de trabalho e de práticas desportivas que não estejam isentos de certos perigos, desde que sejam razoáveis e não limitativos da personalidade, assim como o próprio contrato de aleitamento¹⁹⁵.

Ao convocar-se esta tripartição de cariz doutrinal, poder-se-ia pensar que a resposta à questão apenas teria implicações teóricas. No entanto, estamos perante um problema que assume contornos práticos. Ora, o consentimento prestado pelo paciente é revogável, a todo o tempo, mesmo no decurso terapêutico, conforme se retira de uma conjugação da leitura do artigo 81º, nº 2 do Código Civil, do artigo 38º nº 2 do Código Penal, bem como do artigo 5º, parágrafo 3 da Convenção de Oviedo. A revogação, nestes termos, não obedece a qualquer formalidade, pois não faz sentido uma imposição formal para perturbar a invasão na integridade física e psíquica. Acresce, também, que a renúncia a esse direito de revogar será nula por contrariedade à ordem pública, conforme dispõe o artigo 280º, nº2 do Código Civil, tendo em conta os valores jurídicos em questão.

Por outro enfoque, é de ressaltar a aplicabilidade do ressarcimento previsto no artigo 81º, nº 2 do Código Civil ao consentimento nas intervenções médicas, sejam terapêuticas ou não,

¹⁹³GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civil Anotado. p.143.

¹⁹⁴“Qualquer que seja a melhor interpretação a dar a este segmento normativo, uma coisa é certa: não pode o montante da indemnização em causa ser tão alto que, na prática inviabilize o exercício do direito de livre revogação. (...) Note-se, suplementarmente, que os prejuízos a reparar são aqueles que atingirem as “legítimas expectativas” da outra parte e não os que resultarem da violação de direitos alheios (v.g. Artigo 483º, nº1 CC). Ora, a expectativa é, reconhecidamente, algo menos do que um direito subjetivo (com maior rigor, é uma situação jurídica que pode desembocar num direito, mas ainda o não é). Pelo que, em conclusão, admitindo-se a justeza do direito à atribuição da compensação em causa, impõe-se que esta apenas se destine a cobrir as despesas que a “outra parte” fez mas não teria feito se o consentimento jamais tivesse sido outorgado. Quer isto dizer que, por conta daquele que se aproveita da autolimitação autorizada pelo titular do direito de personalidade é que deve correr o risco de este o revogar quando entender. O que tendo em conta que retira benefícios que, em princípio, lhe estariam liminarmente vedados, é uma solução razoável.” Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2022) - Reconhecimento facial (FRT) e direito à imagem. Facial recognition (FRT) and image rights. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Números 1 e 2. Lisbon Law Editions. pp.582-583.

¹⁹⁵SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O Direito Geral de Personalidade. p. 221. Nota 446.

uma vez que estas não compreendem qualquer legítima expectativa de outrem. Mesmo nas intervenções médicas em benefício alheio, como são os casos, das investigações clínicas ou das doação de órgãos, onde será possível conceber uma eventual esperança de terceiros, estas não se encontram legalmente protegidas¹⁹⁶. Acresce, ainda, que a exigência de indemnização constitui uma forte limitação da autodeterminação do paciente, uma vez que estamos a falar de consentir a prática de um ato médico que terá interferência sobre o corpo da pessoa que autoriza. Logo, deve-lhe ser conferida a possibilidade de voltar atrás sem que com isso esteja obrigado a indemnizar.

Note-se ainda que tanto o consentimento vinculante, como o autorizante exigem capacidade negocial. Já o consentimento tolerante não está sujeito aos princípios e regras que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos podendo ser dado pelo menor, atendendo à maturidade deste na avaliação das respetivas consequências¹⁹⁷.

Do exposto, podemos inferir que quando estejam em causa intervenções médicas haverá sempre lugar para a aplicação do regime do consentimento tolerante¹⁹⁸ (artigo 340º do Código Civil), assente na livre revogabilidade e na não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos¹⁹⁹. Daqui retira-se, portanto, que o consentimento para intervenção ou tratamento médico é uma causa de justificação, consistindo na manifestação de vontade do paciente, assumindo a natureza de simples ato jurídico, podendo beneficiar sempre que a analogia o permita do regime jurídico dos negócios jurídicos, conforme indica o artigo 295º do Código Civil²⁰⁰.

2.3.5. Requisitos externos do consentimento

2.3.5.1. Modalidades de declaração

¹⁹⁶A legislação especial sobre este tipo de matérias consagra a livre revogabilidade, sem obrigação de indemnizar. Cfr. artigo 6º, nº 1, alínea. b) da Lei nº 21/2014, de 16 de Abril e artigo 8º, nº 6 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril.

¹⁹⁷RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores? Algumas Nota sobre o Regime do Consentimento Informado para os Atos Médicos. In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 7. Nº14.p.216

¹⁹⁸No mesmo sentido veja-se GONZÁLEZ José Alberto (2019) - Código Civil Anotado. p.579.

¹⁹⁹PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.73-75; SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. p. 221.nota 446.

²⁰⁰RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.423.

O ordenamento jurídico nacional consagra, conforme dispõe o artigo 219º do Código Civil, o princípio da liberdade declarativa, quanto à forma dos negócios jurídicos. Este preceito determina que a declaração de vontade é válida independentemente do modo, no pressuposto de se adequar à conceção do ato declarativo. Segundo o artigo 217º do Código Civil um consentimento efetivo pode revestir-se de declaração expressa ou tácita, regra geral dos negócios jurídicos, aplicável segundo o artigo 295º do mesmo diploma.

É de aplaudir o entendimento do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça²⁰¹ no qual se reconheceu que o consentimento tácito é estabelecido pela conduta do doente, evidenciando indícios exteriorizáveis inequívocos. Portanto, o consentimento tácito assentará num comportamento concludente do paciente. De facto, estabelecida confiança na relação médico-paciente, certos procedimentos clínicos comuns isentos de riscos dispensam o consentimento expresso, dado que o doente pressupõe que estes podem vir a ocorrer. Alguns atos durante a avaliação clínica (v.g. elaboração da história clínica ou a auscultação pulmonar) enquadram-se neste conceito de consentimento implícito. No entanto, verifica-se, tanto na legislação internacional como na portuguesa, situações em que se exclui o consentimento tácito, constituindo-se a obrigatoriedade de um consentimento expresso ou explícito. Este tipo de consentimento significa, portanto, para o profissional médico a obtenção de uma manifestação de vontade inequívoca proveniente da declaração do paciente através de um meio direto e explícito²⁰².

Contudo, não podemos deixar de referir o entendimento de um acórdão do Supremo Tribunal Justiça²⁰³, ao afirmar que, após escolher livremente a clínica, o paciente está obrigado a uma “*tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba (...) é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido*”. Ora, o consentimento-aceitação que se traduz num consentimento para a celebração do contrato de prestação de serviço médico distingue-se do consentimento-assentimento destinado à intervenção ou tratamento médico. Por

²⁰¹Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 2011, Proc.nº 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6190a514bc9d85cf802578aa003183d3?OpenDocument>

²⁰²Entidade Reguladora da Saúde (2009) - Consentimento Informado - Relatório Final. p.29.

²⁰³Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 2010, Proc. nº 301/06.4TVPRT.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>

isso, o assentimento inicial de escolha da clínica limita-se à confiança dos seus serviços, mas não implica uma opção definitiva por todos os cuidados a serem realizados²⁰⁴.

A modalidade de consentimento presumido está prevista nos artigos 39º e 156º, nº 2 *in fine* do Código Penal, 340º, nº 3 do Código Civil, 8º da Convenção de Direitos Humanos e a Biomedicina e 22º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Trata-se de uma figura distinta do consentimento propriamente dito e apenas se aplicará subsidiariamente. A primeira refere-se à expressão da vontade do próprio doente, enquanto que o consentimento presumido consiste numa inferência, um juízo *ex ante* de prognose póstuma daquilo que o doente queria se soubesse e pudesse no momento expressar-se quanto ao procedimento efetuado antes da intervenção²⁰⁵. Dado que é necessário recorrer a um critério objetivo para efetuar tal juízo, tanto a jurisprudência²⁰⁶ como a doutrina²⁰⁷ entendem aplicar-se o critério do *bonus pater familias* (conceito jurídico do homem médio) colocado na posição do paciente e com os especiais conhecimentos que este possui, na impossibilidade de aplicação da figura do “paciente em concreto”²⁰⁸. Esta solução decorre do princípio da boa-fé, no qual o médico age salvaguardando a saúde e vida em prol da autodeterminação do paciente²⁰⁹. Portanto, o que importa é procurar

²⁰⁴ PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.77-79.

²⁰⁵ “Falar em consentimento presumido é, antes de mais, falar de ausência de consentimento real. Antes se apresenta como causa de justificação da conduta de terceiro, por se determinar por referência a valores e interesses do lesado que permitem aferir o sentido presumido da decisão que teria o lesado, caso fosse capaz.” Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica no âmbito dos cuidados de saúde de incapazes adultos. In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 14. Nº27-28. p.86.

²⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, Proc.nº1263/06.3TVPRT.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

²⁰⁷ Em primeira linha, é necessário recorrer ao critério ou padrão do médico razoável. Muito sucintamente, este critério geral e abstrato parte da presunção de que a informação é suficiente quando corresponda àquela informação que um médico razoável, nas mesmas circunstâncias, teria fornecido ao paciente. Logo, considera-se que o paciente recebeu as informações necessárias à formação da vontade, quando um paciente razoável, na mesma situação, se contentaria com tais informações. Portanto, de acordo com os critérios referidos invoca-se padrões médios de conduta de forma a aferir do cumprimento do dever de informar. Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.256 e ss.

²⁰⁸ Neste âmbito, Abílio Neto afirma que “o julgador, ao aplicar a lei no âmbito do direito de personalidade, não deve atender a um tipo humano médio, ao conceito de cidadão normal e comum, antes deve ter em conta a especial sensibilidade do lesado tal como ele é na realidade” Cfr. NETO, Abílio (2009) - Código Civil Anotado. 16ª ed. Revista e Atualizada. Lisboa. Ediforum. Edições Jurídicas Lda. p.52; O mesmo é o ponto de vista da jurisprudência que no já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, Proc.n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027B> é afirmado que “o conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação”. No acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1 de abril de 2014, Proc.nº 3925/07.9TVPRT.P1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/452290C06222DA5A80257CDD0045B9B3> refere-se também que “(...)sempre terá de se verificar, em concreto, a densidade da informação a prestar(...)”.

²⁰⁹ Refira-se que se não for demonstrada uma grande probabilidade da rejeição do paciente em tribunal de uma atuação fundada no consentimento presumido o médico será absolvido à luz dos princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro vita* (ou *pro salute*). Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do Regime das Intervenções. p.8.

a vontade conjecturável do paciente²¹⁰, mas não do seu representante legal ou do próprio médico, tornando-se crucial determinar qual o seu sistema de valores. Caberá ao médico adotar todas as medidas possíveis, incluindo a consulta aos familiares e às pessoas mais próximas do paciente (artigo 21º, nº6 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos). Neste contexto, cumpre reforçar a relevância que o testamento vital pode assumir, na medida em que assegura ao paciente que a sua vontade real será respeitada, mesmo quando não esteja em condições de a manifestar.

Não obstante, esta figura tem o mesmo efeito que o consentimento efetivo no âmbito do direito substantivo (artigo 39º, n.º 1 do Código Penal) e, nesse sentido, a intervenção médica classifica-se como gestão de negócios²¹¹.

Face ao seu carácter subsidiário, a utilização deste instituto apenas será viável em determinadas situações. A presunção pressupõe a disponibilidade dos interesses (tal como no consentimento efetivo²¹²), a necessidade absoluta de intervir, ampliar ou alterar o procedimento, reservando-se para os casos em que o paciente se encontre incapacitado de expressar a sua vontade real, não sendo possível recorrer aos seus representantes legais e, ainda quando não houver razões para crer que a vontade real do paciente seja diferente²¹³. A sua aplicação significa a prevalência ao dever de agir, corolário do princípio da beneficência, que pauta a ética médica. Posto isto, não nos parece inequívoco considerar que o instituto do consentimento presumido envolve uma hierarquização ou ponderação de direitos. Assim, quando o médico realiza uma intervenção num paciente inconsciente para lhe salvar a vida, desconhecendo a sua vontade real, está a preferir o bem jurídico vida, sacrificando a integridade física do paciente²¹⁴. Ao invés, nos procedimentos terapêuticos prorrogáveis ou desnecessários não se justifica a presunção do

²¹⁰“O consentimento presumido obtém-se procedendo à determinação da vontade hipotética-conjectural do paciente (...) isto é, através da vontade que o mesmo teria manifestado se houvesse previsto aquela questão. Baseia-se, por regra, numa ponderação de interesses objetivos decorrentes de um juízo de prudência e de normalidade que está, no entanto, sujeita a uma correção de base subjetiva.” Cfr. com RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. p.88.

²¹¹MARTINEZ, Pedro Romano (2011) - Responsabilidade Civil por Ato ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. In Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. II. Almedina. Coimbra. pp. 466-467.

²¹²Não caberá, portanto, no caso de pacientes incapazes que em nenhum momento possuíram discernimento e autonomia. Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. p.89

²¹³RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. pp.86-87.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil. p. 304

²¹⁴FRUTUOSO, Miriam Vieira da Rocha (2012) - O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde. Mestrado em Direito Judiciário apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho. Braga. p. 77. Nota 169.

consentimento, devendo aguardar a decisão do paciente ou solicitar ao tribunal a nomeação de um representante legal²¹⁵.

Por fim, o consentimento hipotético, que constitui uma modalidade de comportamento lícito alternativo, tem sido apresentado como defesa possível contra a responsabilização por ato médico. Esta figura foi pensada para os casos de alargamento de operações, *i.e.*, de situações em que não se coloca a necessidade de intervir imediata para salvar a vida ou a saúde do doente, mas em que não consegue obter o seu consentimento por este estar inconsciente, o médico atua como se o consentimento houvesse sido prestado com a finalidade de evitar uma segunda intervenção, que as *leges artis* e a ética médica desaconselham.²¹⁶ A admissibilidade da figura é discutível, não obstante esta construção doutrinal tem como objetivo evitar potenciais posições abusivas por parte dos pacientes²¹⁷. São pressupostos da existência deste consentimento: 1) *que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação*; 2) *que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado*; 3) *que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave*; 4) *a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto*²¹⁸.

2.3.5.2. Atualidade

O consentimento para ser válido deve ser atual e declarado precedentemente aos atos médicos e permanecer até ao fim do processo terapêutico²¹⁹, podendo ser revogado a qualquer momento antes da realização do ato e durante a execução do mesmo, desde que a interrupção

²¹⁵Entidade Reguladora da Saúde (2009) - Consentimento Informado. p.39.

²¹⁶Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, Proc.nº1263/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

²¹⁷PEREIRA, André Dias (2005) - O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In Responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p.483.

²¹⁸Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, Proc.nº1263/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

²¹⁹Note-se que “*se o doente for submetido a intervenções diversas – de diagnóstico ou de terapêutica – com autonomia relativamente aos riscos que comportam e às esperanças que permitem, cada uma das intervenções merece um procedimento separado de informação e de consentimento.*” Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias (2006) - Consentimento Informado. Coimbra: Centro de Direito Biomédico. p.53

ainda possa ser eficaz²²⁰. Portanto, havendo um intervalo significativo entre o momento em que o paciente dá o consentimento e o início da intervenção, é necessário re-confirmá-lo²²¹. Por sua vez, a Convenção de Oviedo no seu artigo 9º dita que a vontade anteriormente manifestada, paradigmaticamente sob a forma do testamento vital, deve ser respeitada em razão da proteção da autodeterminação. Porém, aquele pode não ser suscetível de aplicação quando a passagem do tempo e a evolução da medicina questionem a imutabilidade da vontade nele manifestada, *i.e.*, caso surjam razões substanciais posteriores que contestem a sua consistência²²²²²³. Caberá, naturalmente, ao médico examinar ou reafirmar a vontade expressa no testamento vital, face aos interesses em questão e à circunstância atual. Já a concordância superveniente, por seu turno, determina a ineficácia do consentimento²²⁴.

Uma parte significativa da doutrina²²⁵ propõe um “prazo de reflexão” entre a receção de informação e a declaração de assentimento, permitindo ao paciente refletir e ponderar sobre as vantagens e riscos da intervenção. É comum surgirem novas dúvidas que necessitem de esclarecimento e reconsideração após uma primeira reflexão. Daí que, em determinadas situações a lei recomenda o respeito por determinado prazo de reflexão como se vislumbra no artigo 74º, n.º 2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos e exige no caso do artigo 142º, nº4 alínea b) do Código Penal acerca da interrupção voluntária da gravidez. No entanto, observe-se que a lei não estabelece nenhum prazo nesse sentido para a generalidade das situações, uma vez que o artigo 20º, nº2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos apenas sugere a consideração de um período temporal de reflexão, sem carácter vinculativo. Seria mais adequado aprovar períodos mínimos de reflexão²²⁶, particularmente em intervenções que exigem

²²⁰O consentimento não é revogável no caso da dádiva e colheita de tecidos ou células de seres humanos, quando a vida do recetor estiver em risco devido ao procedimento de preparação do pré-transplante já realizado (artigo 24º, nº1 da Lei nº12/2009 de 26 de março, anexo IV, A nº6) e a colheita forçada constitua o único meio de salvar a vida do recetor. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2021) - Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora. p.294

²²¹Esta exigência é reafirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc.nº 7053/12.7TBVNG.P1S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument> onde se lê “(...) sendo, além disso, necessário, em caso de repetição de intervenções, que tais esclarecimentos sejam actualizados, tendo em conta, designadamente, que os riscos se podem agravar com a passagem do tempo”.

²²²ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2021) - Comentário do Código Penal. pp.294-295.

²²³A lei prevê essas possibilidades determinando um prazo de eficácia da diretiva, conforme dispõe o artigo 7º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho). Cfr. PEREIRA, André Dias (2014) - Diretivas antecipadas de vontade em Portugal. In Julgar. Número Especial. pp. 296-297

²²⁴RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p. 411. Nota 1040. Em posição oposta, JORGE, Fernando Pessoa (1995) - Ensaio sobre os pressupostos. pp. 273 e ss.

²²⁵RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina. pp.220-221 OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias (2006) - Consentimento Informado. p.25.

²²⁶Como recomenda a Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 atualizada a 04/11/2015.

consentimento por escrito, sem prejuízo de serem prolongados dependendo da gravidade da cirurgia, o discernimento, a idade e a personalidade do paciente em questão.

2.3.5.3. Forma

Como já mencionado anteriormente, a regra geral quanto à forma para a prestação do consentimento informado quanto à generalidade dos atos médicos é a da consensualidade (artigo 219º do Código Civil). Em caso de ausência de disposição geral a explicitar a forma do consentimento recorre-se à aplicação da referida norma que possui relevo jurídico declarando-se sob qualquer forma. Por conseguinte, o consentimento pode ser validamente prestado por qualquer meio, sendo a oralidade a regra geral²²⁷.

No entanto, esta regra contempla algumas exceções. Referimo-nos aos casos em que a lei exige consentimento expresso para determinadas intervenções. A maioria das quais requerem forma escrita²²⁸, ocasionalmente acompanhada, da participação de entidades terceiras²²⁹ ou da interferência judicial²³⁰. A exigência de forma mais solene visa a certeza e segurança jurídicas²³¹. Por um lado, promove a capacidade reflexiva e ponderativa da decisão, desde que o consentimento escrito seja precedido do cabal cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento que recaem sobre o médico. Isto dado que a informação escrita pode complementar a informação oral, mas não a substitui. Como tal, o consentimento escrito acaba por englobar em si um consentimento oral, funcionando como uma espécie de duplo consentimento. Por outro, simplifica o processo probatório, particularmente para determinados tratamentos que envolvem métodos invasivos e riscos elevados, a maioria dos quais não são de

²²⁷ PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p. 394; Ver, por seu turno, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 2010, Proc. n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>, no qual é mencionado que: "(...) o consentimento, a menos que a lei expressamente diga o contrário, pode ser prestado por qualquer forma – não necessita de ter a forma escrita".

²²⁸ Cfr. ponto 5 da Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 atualizada a 04/11/2015

²²⁹ V.g. intervenção da comissão de ética em ensaio clínico (artigo 16º da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril); intervenção de médico diferente na interrupção voluntária da gravidez (art. 142.º, n.º 2 do Código Penal)

²³⁰ V.g. doação de órgão ou tecidos em maiores incapazes por razão de anomalia psíquica (artigo 8º, nº 5 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril); Para maiores desenvolvimentos consultar RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp. 428-431

²³¹ RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.19.

natureza terapêutica²³². No entanto, é importante observar que não existe regra geral que exija uma forma especial de consentimento em intervenções invasivas²³³. Por outro lado, é recomendável que o dissentimento seja registado por escrito²³⁴²³⁵.

O ato jurídico é nulo por falta de forma legal, conforme dispõe o artigo 220º do Código Civil. No entanto, a imposição do consentimento escrito traduz-se em geral numa formalidade *ad probationem*²³⁶. A ausência da referida formalidade, ao contrário da *ad substantiam*, poderá ser substituída por confissão expressa (cfr. artigo 364º, nº2 da referida norma) mas não pelo registo do consentimento em ficheiro clínico ou por testemunho, não desencadeando necessariamente a nulidade²³⁷. Contudo, não se pode negar o valor probatório destes últimos (cfr. artigo 413.º do Código de Processo Civil), uma vez que podem ser utilizados para demonstrar uma considerável veracidade do consentimento, o comportamento lícito alternativo do médico e favorecer uma redução do quantum indemnizatório.

No caso da exigência de concordância escrita há que ter em conta a Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 da Direção Geral da Saúde²³⁸, que geralmente se traduz na utilização de formulários. A referida norma especifica os tratamentos que requerem consentimento escrito, fornecendo uma série de instruções relacionadas com o formulário apresentado no seu anexo.

²³²MELO, Helena Pereira de (2020) - O Consentimento Esclarecido. p.123; RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.433.

²³³ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2015) - Direito da saúde. p.275.

²³⁴Cfr. ponto 10, alínea a) da Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 da Direção Geral de Saúde

²³⁵MELO, Helena Pereira de (2020) - O Consentimento Esclarecido. p.123

²³⁶O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de janeiro de 2006, Proc. nº3965/05, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aa919d88987f9e7e802571160058d66f?OpenDocument> procede à distinção de formalidades *ad substantiam* e formalidades *ad probationem*: *IV – A distinção doutrinária entre formalidades ad substantiam e formalidades ad probationem radica no facto de as primeiras serem insubstituíveis por outro meio de prova, cuja inobservância gera a nulidade, enquanto que as segundas a sua falta pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis*; Por seu turno, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de dezembro de 2017, Proc. nº440/13.5TBVLN-A.G1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/05F23859F8F08E40802582190037E0FB> refere o seguinte: *II - Em regra, as exigências legais de forma são ad substantiam, como se retira do disposto no art.º 220.º do C.C. que comina com a nulidade a inobservância da forma legalmente prescrita. IV - Admite, contudo, o referido art.º 220.º, que a lei preveja outra sanção para a falta de forma. É o que ocorre quando o documento seja exigido apenas para facilitar a prova da declaração – formalidade ad probationem. Neste caso, da inobservância da forma legalmente imposta apenas resulta dificultada a prova, não sendo afectada a validade do acto, que, porém, só poderá ser provado ou por um meio mais solene, com força probatória superior à do documento exigido, ou por confissão, de acordo com o disposto no n.º2 do acima mencionado art.º 364.º do C.C.. V – Porém, mesmo estando em causa uma formalidade ad substantiam, a prova efectiva e real da existência do contrato poderá ser obtida por confissão e mesmo por testemunhas, já que um dos efeitos da declaração de nulidade do negócio é a obrigação de restituição de tudo o que tiver sido prestado – restituição em espécie ou, não sendo esta possível, o valor correspondente, de acordo com o disposto no art.º 289.º, n.º 1 do C.C.”.*

²³⁷RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.436.

²³⁸Norma nº 015/2013 de 03/10/2013 atualizada a 04/11/2015, disponível em: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013.aspx>.

O objetivo é regular o processo do consentimento informado com devida transparência, incluindo informações diversas para facilitar o entendimento dos pacientes.

Porém, tem-se questionado o recurso a estes formulários no âmbito do consentimento informado uma vez que se traduzem em minutas pré-elaboradas de modo genérico, insuscetíveis de alteração e de inteligibilidade por adotarem terminologia demasiado técnica. Nesse caso, não nos espanta que no formulário não sejam contempladas as circunstâncias individuais de cada paciente, bem como as nuances específicas de certas condições médicas, por se limitar a descrever um quadro clínico geral e abstrato²³⁹. A solução preconizada pela doutrina²⁴⁰ determina que o conteúdo dos formulários seja adaptado para atender às características individuais de cada paciente. Como tal, a comunicação oral é fundamental, pois não pode ser substituída pela informação escrita. Esta última pode complementar, e, por mais detalhada que seja, não elimina a necessidade de esclarecimento verbal.

Note-se que a assinatura do paciente no formulário corresponde meramente ao registo da relação médico-paciente ou a uma formalidade sem conteúdo substancial. Embora a utilização de formulários tenha sido considerada como prova materialmente visível de um consentimento informado, esta possui somente valor complementar e nunca é suficiente por si só para garantir um verdadeiro consentimento informado assente no cumprimento do dever de informar e esclarecer. Neste sentido, a jurisprudência²⁴¹ sustentou que o documento assinado pelo doente não constitui prova plena da validade do consentimento ali demonstrado. Para prevenir tal situação é fundamental adotar um procedimento sistemático de boa prática médica. Assim sendo, em termos probatórios parece-nos eficaz registar no processo clínico as informações fornecidas ao doente, passíveis de demonstrar a diligência do médico no sentido de prestar as informações e de respeitar a vontade do paciente²⁴²²⁴³.

²³⁹RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.443-444.

²⁴⁰CASTRO, Jorge Rosas de (2014) - "Consentimento informado e medicina defensiva. In Julgar. Número Especial. Coimbra Editora. Pp.214- 215; ALMEIDA, Leonor Duarte de (2011) - Consentimento informado. Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para a sua obtenção - Breves considerações. In Revista da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia. Vol. 35. N.º 1. p. 90.

²⁴¹O referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, Proc.n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF> afirmou inicialmente que "a referência num documento, assinado por médico e doente, a que aquele "explicou" a este, "de forma adequada e inteligível", entre outras coisas, "os riscos e complicações duma cirurgia" não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e, bem assim, dos riscos concretamente indicados, pelo que é manifestamente insuficiente". Apesar disso, reconheceu que "nos termos do artigo 376.º, n.º2 do Código Civil, fazem prova plena, contra o confitente e nas relações declarante/declaratório, de que as declarações ali referidas foram efetivamente prestadas".

²⁴²ALMEIDA, Leonor Duarte de (2011) - Consentimento informado. p. 90; OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias (2006) - Consentimento Informado.. p.51

²⁴³A obrigatoriedade de incluir o consentimento no processo clínico está prevista na Norma 15/2013 (1-b, 6).

Quando se opta pela utilização de formulários, o seu conteúdo tem de respeitar certos limites. Uma parte significativa da doutrina propõe a aplicabilidade analógica do diploma das cláusulas contratuais gerais (Decreto Lei nº 446/85, de 25 de Outubro), com as devidas adaptações no controlo de formulário de consentimento²⁴⁴. Desde logo, são inadmissíveis quaisquer cláusulas abusivas, nomeadamente aquelas que excluam ou limitem a responsabilidade por danos causados à integridade moral, física ou saúde das pessoas, que envolvam dolo ou culpa grave no exercício da atividade médica (artigo 18º, alíneas. a) a d) do Decreto Lei nº 446/85, de 25 de Outubro)²⁴⁵ ou que lhe facultem um consentimento em branco (artigo 21º, alínea c) do referido diploma), ou seja, um consentimento vago que permita ao médico realizar todos os atos que entenda necessários²⁴⁶. A referida solução não implica afirmar que o documento de consentimento informado contratualiza a relação médico-paciente nos casos em que não seja essa a natureza substancial. Como tal, a aplicação analógica do diploma das cláusulas contratuais gerais não converte o ato médico realizado num hospital público num ato submetido à responsabilidade contratual.

2.3.6. Requisitos internos de validade

Os componentes internos do consentimento informado incluem a liberdade e consciência de vontade do paciente, a capacidade para consentir, a comunicação adequada de informações e esclarecimentos e a conformidade da anuência com a ordem pública e os bons costumes. Procederemos, de seguida, ao exame de cada um dos referidos requisitos a atender para determinar a eficácia do consentimento.

²⁴⁴CASTELO, Hígina (2021) - Informação e consentimento informado como declarações contratuais; relevância em situações de incumprimento. In *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 18. N.º36. Coimbra. p.148; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. pp.241-242; OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias (2006) - Consentimento Informado. p.47; Não obstante, a nossa jurisprudência mantém uma postura cautelosa em relação à aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais, face ao que consta no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, Proc.n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027B>

²⁴⁵MONTEIRO, António Pinto (2021) - Exclusões de responsabilidade na atividade médica. In *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo como Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 41-47.

²⁴⁶PEREIRA, André Dias (2004) - *Novos Desafios*. p.18 Nota 45.

2.3.6.1. A liberdade e voluntariedade

O consentimento informado, enquanto expressão do direito à autodeterminação do doente, pressupõe liberdade na esfera de decisão deste, conforme se retira dos artigos 38º, nº 2 do Código Penal, 81º do Código Civil e 20º, nº 1 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Isto implica que o profissional de saúde mantenha uma postura neutra na transmissão da informação, evitando influenciar a decisão daquele. Portanto, a validade de qualquer declaração deve ser isenta de vícios (v.g. erro, dolo ou coação). O regime dos vícios de vontade, previsto no Código Civil, visa proteger a liberdade de vinculação das partes. Note-se que, estes regimes estão previstos para o negócio jurídico, contudo devem também aplicar-se aos atos jurídicos, especialmente quando há comunicação envolvida²⁴⁷.

É preciso observar ainda que a qualidade da informação prestada desempenha um papel crucial. Como tal, não se exige do médico uma explicação técnico-científica detalhada sobre o tratamento do paciente, nem é aconselhável o uso de terminologia marcadamente técnica que seja incompreensível à generalidade das pessoas²⁴⁸.

Considerando em suma os dois aspetos referentes à liberdade no consentimento informado impõe-se que a informação seja apresentada numa linguagem clara e acessível, baseada no estado de arte e livre de quaisquer juízos de valor²⁴⁹.

2.3.6.2. A capacidade

A obtenção do consentimento válido pressupõe que o paciente tenha a capacidade para tomar decisões (artigo 20º, nº1 Código Deontológico da Ordem dos Médicos). Como tal, será

²⁴⁷PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.354

²⁴⁸RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos. Almedina. Coimbra. p. 41

²⁴⁹Ponto 5 da Norma nº015/2013, atualizada a 4/11/2015 da Direção Geral da Saúde.

necessário em primeira linha determinar em que consiste a capacidade para consentir, de forma a apurar os sujeitos capazes e incapazes para consentir. Concluindo pela incapacidade do paciente, o passo seguinte será o de explicar os modos de a suprir.

Por via de regra, a capacidade de exercício²⁵⁰ limita-se a ser concedida àquele que atinge a maioridade (artigo 130º do Código Civil). Por seu turno, carecem de capacidade de exercício os menores (artigo 123º do Código Civil), os maiores acompanhados (artigos 138º e ss. do Código Civil), aqueles sobre quem versam incapacidades especificamente relevantes determinadas pela lei e aqueles que sofram de incapacidade acidental (artigo 257º do Código Civil).

Face à crescente autonomização da capacidade para consentir no domínio da prestação de serviço médico constatamos que a doutrina do consentimento informado necessita de distinguir a capacidade negocial de agir da capacidade para consentir²⁵¹. Embora constituam figuras paralelas pertencentes à capacidade de exercício, o objetivo da distinção destes dois institutos jurídicos prende-se com a especial complexidade que o Direito da Medicina suscita. É insustentável para esta doutrina a aplicação de conceitos concebidos especificamente para vigorarem no domínio dos negócios jurídicos, nomeadamente a capacidade negocial, cuja estatuição, *a priori*, se liga aos atos jurídicos patrimoniais. De facto, o nosso Código Civil demonstra um maior enfoque nas questões relativas à natureza patrimonial, limitando a sua

²⁵⁰“A capacidade jurídica é a medida de direitos e vinculações de que uma pessoa é suscetível. Podemos identificar duas perspetivas diferentes da capacidade jurídica: a da simples imputação de direitos e vinculações (capacidade de gozo) e a da atuação jurídica que estes envolvem para terem sentido, falando-se aqui de capacidade de exercício. A capacidade de exercício consiste assim na medida dos direitos e das obrigações que uma pessoa pode exercer e cumprir por si, pessoal e livremente. Está pois em causa a forma como uma pessoa é admitida a exercer certos direitos ou a cumprir determinadas obrigações. Tal como a capacidade de gozo, a capacidade de exercício é igualmente aplicável a pessoas singulares e a pessoas coletivas, ainda que, quanto a estas últimas, surjam algumas especialidades significativas. O Código Civil só refere incidentalmente a capacidade de exercício, sem que a defina expressamente (cfr. artigos 123.º, 130.º e 133.º). A capacidade de exercício é um instituto autónomo da capacidade de gozo, incidindo sobre o plano concreto de averiguar em que medida certa pessoa pode exercer os seus direitos ou cumprir as obrigações a que está sujeita. Assim sendo, pode existir capacidade de gozo de certos direitos, sem haver a correspondente capacidade de os exercer”. Cfr. Lexionário do Diário da República Eletrónico - Capacidade de Exercício. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/capacidade-exercicio>; No que tange à capacidade jurídica vide RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - A protecção do incapaz adulto no direito português. Coimbra Editora. pp.71-78

²⁵¹ André Dias Pereira procede à distinção da capacidade negocial e da capacidade para consentir através da definição dos referidos institutos. O autor explica, em primeiro lugar, que a capacidade negocial traduz-se na capacidade de celebrar negócios jurídicos, por si próprio ou através de um representante voluntário. Já no que concerne à capacidade para consentir o autor adianta de seguida que esta se traduz na capacidade para autorizar intervenções na integridade física e psíquica ou nos direitos de personalidade. Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.86.

preocupação em relação ao Direito das Pessoas²⁵²²⁵³. Neste âmbito, será sempre necessário proceder “à *integração da regulamentação dos assuntos das pessoas no Código Civil, ou pelo menos no universo do direito civil*”²⁵⁴.

Por contraposição, a tomada de decisão clínica envolve bens jurídicos de natureza personalística (direito à integridade pessoal e o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde) requerendo uma ponderação de interesses naturalmente pessoais. Deste modo, deve ser a própria pessoa a decidir, sempre que possível²⁵⁵, sobre o ato médico a praticar uma vez que irá atingir o seu direito geral de personalidade²⁵⁶. Como já foi oportuno referir, na capacidade para decidir a decisão do paciente é livremente revogável, sem necessidade de o responsabilizar por qualquer indemnização em benefício do médico, desde logo porque se está no âmbito de revogações decisórias em matéria de direitos pessoais. Como tal, o facto de uma pessoa ser negocialmente capaz não significa que, por extensão, adquira a capacidade para consentir. Neste sentido, a lei determina hipóteses especiais de incapacidade nas legislações avulsas²⁵⁷.

Por seu turno, a capacidade para consentir “*assume-se como um conceito de geometria variável que depende das circunstâncias individuais de cada caso*”, acrescentando-se “*que [esta] não pode ser adquirida ou perdida de um dia para o outro*”²⁵⁸. Também denominada de

²⁵²Veja-se, quanto a este ponto, a perspetiva de João Vaz Rodrigues quando se refere ao modo de aferição da capacidade para decidir. O autor adverte para o seguinte: “*muito embora se leve em linha de conta as regras jurídicas estabelecidas pela incapacidade, a verdade é que não estamos perante fronteiras objetivamente delimitadas entre decisões atendíveis e não atendíveis*”. Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.84-85.

²⁵³No mesmo sentido, *vide* BEAUCHAMP & CHILDRESS. Quando os autores desenvolvem o conceito de capacidade em relação ao consentimento informado advertem que as respostas encontradas por via da capacidade negocial de exercício são insuficientes. Argumentam na sua obra que a capacidade negocial se propõe a salvaguardar mais a propriedade do que as pessoas, finalizando, que não são apropriadas para a capacidade de tomar decisões médicas. Cfr BEAUCHAMP, Tom L., & CHILDRESS, James F. (2009) - Principles of biomedical ethics. 7th ed. New York. Oxford University Press. p.116.

²⁵⁴RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.115-116.

²⁵⁵No caso de ser necessário recorrer ao instituto da representação legal, o representante deverá ser norteador pela autodeterminação do indivíduo em causa e não pela heterodeterminação. Acresce outro ponto díspar relativamente à generalidade dos negócios jurídicos. Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.84-85;

²⁵⁶MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento. In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. I, Direito da Família e Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora. p.809; No mesmo sentido, *vide* ANDRADE, Manuel da Costa (1991) - Anotação ao artigo 156.º CP (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários). In Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação do paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Editora. p.383.

²⁵⁷A Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar (Lei nº3/84, de 24 de março) estipula no seu artigo 10º, nº1 a idade de 25 anos para a esterilização voluntária. A Lei da Procriação Medicamente Assistida (lei nº32/2006 de 26 de julho) no artigo 6º, nº2 refere-se aos 18 anos para a procriação medicamente assistida. A Lei da Investigação Clínica (lei 21/2014 de 15 de abril) determina a necessidade do co-consentimento do representante legal do menor na investigação clínica no seu artigo 7º, nº1, al.a).

²⁵⁸RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores p.131.

“competência”, não deve ser categorizada como “*continuum*”²⁵⁹, ao invés da autonomia do paciente, mas sim como um conceito elástico, apurado em função de aspetos contextuais que são determinados ao longo de todo o processo terapêutico. Uma vez que não se fixou nenhum critério jurídico nesse sentido, cumpre desvendar a questão por via da deontologia e diligência dos médicos. Ficará, então, em primeira linha, a cargo do responsável e executor da intervenção médica, avaliar a capacidade para consentir de cada paciente, uma vez que depende a justificação da sua intervenção na esfera jurídica do paciente²⁶⁰.

A avaliação em causa estará presente em todas as interações entre o médico e o doente. No entanto, na maioria das vezes, quando o médico não tiver motivo para questionar as decisões do paciente, a presunção de capacidade prevalecerá²⁶¹. Existem múltiplos critérios que a podem condicionar, entre os quais a lei e a ética, sustentadas por modelos cognitivos, que determinam como constitutivos da capacidade, nomeadamente, a compreensão, a apreciação, o raciocínio e a expressão de escolha²⁶². Como tal, os doentes devem ser capazes de demonstrar compreensão da informação, *i.e.*, dos benefícios, riscos, e alternativas de um tratamento ou intervenção propostos. Devem, por seu turno, reconhecer a aplicação da informação à sua própria situação de forma a personalizar a decisão consoante os seus valores. O passo seguinte consiste na existência de um raciocínio para a tomada de decisão, comparando as opções e inferindo as consequências possíveis. Por fim, pressupõe-se que o doente seja capaz de comunicar claramente a sua escolha. O médico deverá realizar uma avaliação mais cuidadosa ou formal no caso de verificar as seguintes situações: mudança abrupta no estado mental, recusa de tratamento recomendado, consentimento demasiado apressado, particularmente em relação a intervenções de alto risco, ou outro fator de risco conhecido²⁶³. Em termos práticos, existem múltiplos critérios que podem condicionar a capacidade de decidir o que determinará, em último grau, a necessidade de uma avaliação casuística.

²⁵⁹ANTUNES, Alexandra (1999) - Consentimento Informado. In *Ética em Cuidados de Saúde* (coord. DANIEL SERRÃO, RUI NUNES). Porto Editora. Porto. p.19; GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul S. (1998) - *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*. Oxford University Press. Nova Iorque. pp.26 e ss., 147.

²⁶⁰RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - *A decisão médica*. pp.66-67.

²⁶¹PEREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão. In *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 17. N.º 33. pp.7-8.

²⁶²Rui Nunes refere-se aos critérios referidos como os elementos estruturais do consentimento informado. Cfr. com NUNES, Rui (2014) - *Consentimento Informado e Boa Prática Clínica*. In *JULGAR. Número Especial*. pp. 131-132.

²⁶³PEREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - *Consentimento Informado*. pp.7-11.

Deste modo, podemos dizer que a capacidade de decisão no domínio da prestação de cuidados de saúde é essencial para garantir a autonomia do paciente. Esta consiste na capacidade de um doente compreender os benefícios, riscos e alternativas a um tratamento ou intervenção propostos, bem como a não realização de tratamento consoante os seus valores e preferências²⁶⁴.

Por sua vez, a falta de capacidade para dar consentimento é geradora da sua invalidade, definido-se como incapaz de consentir “*aquele que, no momento do processo de prestação do consentimento informado para determinado cuidado de saúde, seja incapaz de facto, ou seja, quando a pessoa não possua adequada capacidade para receber, processar e decidir em conformidade com a sua vontade*”²⁶⁵. Não obstante, a impossibilidade de expressar a vontade não é necessariamente sinónimo da sua inexistência. Ora, problema delicado é o de saber quem deve consentir para a prática de atos médicos relativos a pessoas com incapacidade para exercício de direitos, nomeadamente, os menores e os maiores que têm algum tipo de doença mental e/ou que se encontram em situação que não lhes permite expressar a sua vontade. Importa ter presente para esta questão que a Parte Geral do Código Penal fornece o critério legal de validade para identificar o paciente capaz. O artigo 38º, nº3 do Código Penal fixa, então, os requisitos de eficácia do consentimento em geral, determinando que o: “*consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”.

Qual será, então, o critério a atender para determinar a competência para uma criança²⁶⁶ consentir numa intervenção médica? Do preceito do Código Penal retira-se a regra de que é conferido ao maior de 16 anos²⁶⁷ a capacidade para exercer autonomamente os seus direitos de

²⁶⁴PEREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - Consentimento Informado. p.7

²⁶⁵RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. p.63

²⁶⁶Segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, assinada e ratificada por Portugal em 1990, “*criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”. Tratando-se de menor nacional português, este deixará de o ser quando perfizer 18 anos (artigo 122º do Código Civil) ou se, tendo mais de 16 anos, se emancipar pelo casamento (artigo 133º do Código Civil). Daqui se retira uma noção de menor muito ampla que inclui as crianças desde tenra idade até aos jovens adultos. Neste seguimento, a ordem jurídica prevê no artigo 123º do Código Civil a incapacidade jurídica do menor como instrumento de proteção dos seus interesses face à inabilidade e vulnerabilidade deste, resultante tanto da idade como do processo natural de crescimento. Esta incapacidade é geral, abarcando todos os atos negociais de natureza pessoal ou patrimonial e tem como principal efeito a anulabilidade desses atos praticados pelo menor (artigo 125º do Código Civil).

²⁶⁷A Lei nº59/2007, de 4 de setembro, aumentou a idade da eficácia do consentimento dos 14 para os 16 anos. Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº98/X constam as razões justificativas da referida alteração: “*No sentido de promover uma tutela mais intensa das crianças e dos adolescentes, eleva-se a idade a partir do qual o consentimento justificante pode ser eficaz, de catorze para dezasseis anos (...) relevantemente em sofrer contra ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física. E aproxima-se o regime do consentimento do ofendido das orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e a*

personalidade desde que preencha cumulativamente o requisito material, a capacidade de discernimento atual e situacional, indispensável para consentir ou dissentir num determinado ato médico.

Não existindo, porém, norma civil quanto a esta matéria, identifica-se uma corrente doutrinária²⁶⁸ que propugna a transposição dos critérios da referida norma para o direito civil devendo esta considerar-se válida nos restantes planos do sistema “*por referência ao princípio da unidade do sistema jurídico*”²⁶⁹. A aplicação desta regra aos cuidados de saúde deve ser relativizada segundo outra parte da doutrina, determinando que o reconhecimento da capacidade do menor para decidir sobre atos médicos não dependerá de critérios rígidos, nem se pode bastar com referência à idade²⁷⁰, devendo ser aferida caso a caso. Portanto, segundo esta doutrina²⁷¹, o médico deverá proceder a uma avaliação casuística conforme as qualidades de autonomia e de autodeterminação da criança²⁷² em confronto com as particularidades da intervenção médica, *i.e.*, riscos, sequelas, necessidade, urgência, benefício terapêutico, de forma a determinar a capacidade de discernimento. Acresce também, para a aferição da capacidade do menor, o conteúdo da recomendação 3/2022 de 8 de julho de 2022, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)²⁷³. A recomendação pressupõe ainda que o conteúdo e a linguagem da informação sejam ajustáveis e orientados ao caso concreto, facilitando o diálogo, bem como a condição para o exercício livre da vontade, na ausência de quaisquer coações para

autodeterminação sexual de menores.” Cfr Proposta de Lei 98/X, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=33296>; Em sentido contrário às alterações da lei nº59/2007 veja-se AMORIM, Ana (2011) - O Consentimento Informado de Menores. pp.126 a 128.
²⁶⁸Cfr. CARVALHO, Orlando de, Teoria Geral do Direito Civil (2021). 4ª edição. Gestlegal. pp.214-215; OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O acesso dos menores aos cuidados de saúde. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora. p.242.

²⁶⁹MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. p. 828; Em sentido crítico *vide* SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos. In Revista do Ministério Público. N.º 118. pp.139-141.

²⁷⁰Consideramos, neste caso, a aplicação analógica do artigo 127º, nº1, al.b) do Código Civil. Este preceito alude à ideia de capacidade natural (de querer e de entender), neste caso, relativamente ao consentimento de atos de natureza pessoal de pequena importância.

²⁷¹MELO, Helena Pereira de; RODRIGUES, Mariana de Oliveira (2021) - Código Deontológico. p.83; RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.123-124; PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.194; DIAS, Carlos de Melo (2003) - Consentimento Informado. p. 56; PINTO, Paulo Mota (2001) - A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. II. Coimbra Editora: Coimbra. pp. 542-543; RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.204-205;

²⁷²Para efetuar este juízo deve atender-se, mais concretamente, à avaliação do grau de maturidade, ao grau de autonomia na sua vida geral, à sua concreta compreensão do sentido e alcance da necessidade da decisão a tomar, à gravidade da intervenção e, por fim, ao domínio ou experiência que tem a doença. Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.126-127.

²⁷³Recomendação N.º 3/2022, 8 de julho de 2022, disponível em: https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/recomendacoes/recomendacao-sobre-o-processo-de?download_document=11071&token=605694004a00e58f96b31f751b878025

decidir. Consideramos, em princípio, que a idade de 16 anos é um elemento indiciador do discernimento, o que significa que o menor possui a capacidade de discernir e avaliar o sentido e o alcance do ato médico, estando assim apto a tomar decisões médicas. Contudo, refira-se que aquele possui “em princípio” capacidade, uma vez que o discernimento do menor deve ser sempre aferido casuisticamente.

Contudo, em múltiplas situações, o médico estará perante um menor, incapaz de tomar qualquer tipo de decisão. Ora, a responsabilidade parental e subsidiariamente, a tutela²⁷⁴²⁷⁵ (artigo 124º do Código Civil) são os institutos jurídicos que pretendem assegurar o cuidado da criança e suprir a sua incapacidade. As responsabilidades parentais, anteriormente denominadas por “poder paternal”²⁷⁶, estão reguladas nos artigos 1877º e ss. do Código Civil e advêm da relação jurídica que nasce da relação de filiação. Estas conferem aos respetivos progenitores um conjunto de poderes-deveres funcionalizados²⁷⁷ que não estão na livre disponibilidade destes e que devem ser exercidos conforme o superior interesse do menor²⁷⁸ (artigo 3º, nº1 da Convenção sobre os Direitos da Criança), adequados aos valores e interesses da família onde se integram. No exercício de tais responsabilidades, os progenitores são titulares de um conjunto de poderes-deveres. Entre eles encontramos o poder-dever de representação (artigos 1878º, nº 1 e 1881º, nº1 Código Civil) e ainda os poderes-deveres de cuidador, autoridade e educação²⁷⁹

²⁷⁴O Código Civil prevê algumas das situações em que a tutela é obrigatória, reconduzindo-se todas elas a casos em que as responsabilidades parentais não possam ser exercidas - cfr. Art.1921º do Código Civil.

²⁷⁵Sobre o instituto da tutela ver RIBEIRO, Geraldo Rocha (2007) - As Incapacidades Jurídicas e os meios para o seu Suprimento. In O Cuidado como Valor Jurídico. Coordenação Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. Forense. pp.225-233.

²⁷⁶À semelhança do que sucedeu noutros ordenamentos jurídicos alterou-se com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro a designação do instituto de poder paternal para responsabilidade parental com base na sua função e conteúdo. O conceito de responsabilidade enfatiza os poderes de responsabilidade face ao filho, esclarecendo a posição jurídica dos pais. Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004) - A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Volume I - Direito da Família e das Sucessões. Coimbra Editora. p.134.

²⁷⁷“As responsabilidades parentais integram-se na categoria dos poderes funcionais ou poderes-deveres. Estes, em geral, são direitos ou, pelo menos, posições jurídicas ativas, que se devem exercer no interesse de outrem: no caso concreto, no interesse do filho (nº1). De onde decorre que se os progenitores não atuarem cuidando do interesse do filho (ao menos se este tiver natureza patrimonial), incorrem, se mais não for, em responsabilidade aquiliana (artigo 483º, nº1).” Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civil Anotado. p.371.

²⁷⁸Estando em causa o exercício de bens jurídicos pessoalíssimos, o representante encontra-se vinculado ao superior interesse da criança. Vale, em primeira linha, a vontade relativa aos valores manifestados dentro da capacidade de discernimento do menor, ou seja, a relevância desta vontade será tanto maior quanto maior seja idade, maior seja a sua maturidade e compreensão para a tomada de decisão (artigo 21º, nº3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos). Apenas na impossibilidade de determinação dos superiores interesses subjetivos da criança é que o médico poderá atender a critérios objetivos concretizadores do interesse superior da criança. Cfr. com RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.129-130; MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. p.815. Nota 78.

²⁷⁹“O essencial do conteúdo paternal consiste nos cuidados quotidianos a ter com a saúde, a segurança e a educação da criança, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente. O conceito de cuidado, é, assim, o centro da relação entre pais e filhos.” Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004) - A situação das mulheres e das

(artigo 1878º nº 1 e 2 Código Civil). Os referidos poderes funcionam, então, como meios de suprimento da referida incapacidade dos menores²⁸⁰, seja através da sua substituição, mediante a atribuição de poderes de representação, seja por via da limitação da capacidade do menor mediante a assistência dos progenitores. Logo, carecendo o menor de capacidade para reger a sua pessoa (cfr. artigos 123º e 130º ambos do Código Civil), salvo nas exceções especificadas na lei (artigo 127º do Código Civil), em princípio não pode consentir na prática de atos médicos. Terão de serem os seus pais, enquanto seus representantes legais, a autorizar²⁸¹ estas intervenções (não trata de um verdadeiro consentimento dos pais em nome da criança, posto que o consentimento é relativo a atos que serão levados a cabo na própria pessoa que neles consente). Estamos, então, perante uma autorização dos pais, que legitima a atuação dos profissionais de saúde para atuar na esfera da integridade física do seu filho menor²⁸².

À medida que o menor vai crescendo, a intervenção protetora dos pais ou do respetivo tutor começa a restringir-se ao estritamente necessário. Este processo deve-se à aquisição de competências daquele no seu processo de crescimento e autonomização, conferindo-lhe direitos de participação e audição²⁸³, conforme se verifica na Convenção sobre os Direitos da Criança

crianças. p.136; “A valência material de cuidado, enquanto conteúdo essencial da responsabilidade parental, reflete-se na necessidade de os pais intervirem ou participarem na intervenção a realizar quando esta obrigue a um complicado processo de recuperação ou de realização do tratamento, assim como a promoção do bem-estar e qualidade de vida, enquanto refração da obrigação de cuidado da saúde da criança.” Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. p.131.

²⁸⁰A falta ou impossibilidade dos pais enquanto representantes legais do menor determinam a aplicação, subsidiária, do regime da tutela, conforme os artigos 124º e 1921º do Código Civil.

²⁸¹O nº2 do artigo 6º da Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina determina a obtenção da autorização do representante legal do menor quando segundo a lei este não possua capacidade para consentir na realização de uma intervenção médica (em seu benefício direto).

²⁸²Neste sentido, vide MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. pp. 812 e 813; SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores. p. 145.

²⁸³Do ponto de vista jurisprudencial ressaltam três orientações relativamente ao reconhecimento do direito de participação e audição da criança. A primeira determina o reconhecimento do direito de a criança ser ouvida, independentemente da idade e ainda, que as suas opiniões sejam tomadas em conta. Neste sentido, decidiu o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de outubro de 2007, Proc. 5221/2007-8, acessível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/612e4f7bebaa951f802573b0005945f4?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7a>; Uma segunda perspetiva segundo a qual o direito nacional determina a obrigatoriedade da audição dos menores apenas no caso da criança ter mais de 12 anos de idade. No caso de o menor possuir uma idade inferior o respetivo direito encontra-se condicionado à verificação da capacidade do menor para compreender o sentido da intervenção. Foi este o entendimento preconizado no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de agosto de 2021, Proc. n.º 2906/17.9T8BCL-S.G1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/02ddcdebbe352abf802587120050da58?OpenDocument>; Por último, a terceira orientação reconhece o direito de audição da criança e qualifica-o como um direito meramente processual que será valorado face às regras de processo da jurisdição voluntária e o superior interesse da criança. Veja-se quanto a este ponto os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Abril de 2005, Proc.1634/2005-6, acessível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3377051b14a355e680257093004dd5bd?OpenDocument> e de 15 de Maio de 2007, Proc.3661/2007-7, acessível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/33421cdb1e5f9644802572f80033f9f0?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7a>

das Nações Unidas²⁸⁴, bem como na Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina²⁸⁵. De facto, o legislador consagrou o direito à autonomia progressiva do menor ao determinar expressamente a faculdade de este exprimir gradualmente as suas opiniões e ser ouvido em função da sua maturidade (artigo 1878º, nº2 do Código Civil). Com efeito, a adaptabilidade da criança, no seu processo de crescimento para a idade adulta, impõe à ordem jurídica portuguesa o reconhecimento gradual de competências que constituem uma exceção à incapacidade geral de agir. São as denominadas “maioridades especiais”²⁸⁶, aplaudidas pela doutrina nacional, conferindo ao menor a faculdade de se emancipar parcialmente face às responsabilidades parentais, afastando a presunção de incapacidade.

Da combinação da cláusula da progressiva autonomia prevista no artigo 1878º, nº2 do Código Civil, com o conteúdo das responsabilidades parentais aliados às características dos direitos de natureza personalística relativos ao consentimento na realização de atos médicos, entendemos, na ausência de norma expressa, que o legislador reconhece a consagração da capacidade para decidir do menor que tenha mais de 16 anos e que possua capacidade de discernimento atual²⁸⁷. Determina-se, deste modo, o poder da criança se emancipar pessoalmente em relação aos pais, passando a deter uma decisão em concreto²⁸⁸. Como tal, se

²⁸⁴A referida convenção reconhece à criança um conjunto de direitos humanos próprios em matéria da prestação de cuidados de saúde, estabelecendo um estatuto mínimo de proteção (artigo 41º). Determina a tutela da criança no que concerne à sua integridade física reconhecendo a referida participação da criança que se materializa no direito a ser ouvida (artigo 12º) e ainda no direito a ser informada (artigo 13º).

²⁸⁵Conforme o artigo 6º, nº2 do referido diploma, a opinião do menor que se integre no grupo etário em análise é “tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

²⁸⁶O legislador português estabeleceu algumas exceções ao princípio da incapacidade geral dos menores relativamente a certos assuntos, antecipando a plena capacidade de exercício que se adquire com a maioridade. O reconhecimento das maioridades especiais dos menores pelo ordenamento jurídico a nível de atos de natureza patrimonial, como também no que respeita a atos de natureza pessoal daquele, encontrando-se espelhadas em diversas disposições do Código Civil, como também em legislação avulsa. No que concerne aos atos da esfera jurídica pessoal do menor assinala-se o reconhecimento da capacidade para os maiores de 16 anos contraírem casamento (art.1601º do Código Civil), a capacidade para perfilhar ao maior de 16 anos (art.1850º do Código Civil) e a liberdade de escolha de religião ao maior de 16 anos art.1886º do Código Civil. Por seu turno, a participação da criança nos processos de decisão respeitantes à vida daquela é também reconhecida pelo nosso Código Civil em diversas das suas disposições: art.1981º, nº1, al.a) do Código Civil exige o consentimento de maiores de 12 anos para a constituição do vínculo de filiação adotiva, o art.1931º, nº2 do Código Civil demonstra a necessidade de audição do menor antes da designação do tutor. No campo da legislação avulsa em matéria de cuidados de saúde também se encontram vários diplomas que reconhecem o direito de exercício autónomo ao menor. A lei dos ensaios clínicos (Lei nº46/2004) e a lei da colheita e transplante de órgãos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, já alterada por diversas vezes) reconhecem garantias de participação, audição, informação, bem como um direito de veto do menor quando este detenha a necessária maturidade. Por seu turno, a lei sobre educação e planeamento familiar (Lei n.º 3/84, de 24 de Março) concede aos menores o direito de aceder a consultas de planeamento familiar.

²⁸⁷SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores. p.147.

²⁸⁸Neste enquadramento, a autonomia do menor restringe-se em geral ao consentimento tolerante, visto que apenas os representantes legais têm o poder de representação e vinculação legal, em termos de efeitos patrimoniais. Cabe, assim, a estes prestar o devido consentimento autorizante e vinculativo, nomeadamente, celebrar negócios relativos à prestação de cuidados médicos. Contudo, o consentimento vinculante pode alargar-se ao menor quando este tenha

o paciente tiver pelo menos 16 anos e o médico entender que está na presença de um paciente dotado da maturidade e capacidade de compreensão necessárias, não deve ter de provar essa capacidade. No entanto, se o menor tiver uma idade inferior aos 16 anos, recai sobre o médico o ónus da prova da capacidade.

Inobstante isso, a obtenção de consentimento informado no âmbito da prestação de cuidados de saúde pode apresentar particulares dificuldades quando se verifique dissenso entre as partes envolvidas, particularmente entre profissionais de saúde, menores de idade e os seus representantes legais, numa triangulação que pode ser bastante complexa.

O exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os progenitores (artigo 1901º, nº1 e 1911º, nº3 ambos do Código Civil). Havendo conflito entre os pais do menor relativamente a questões de particular importância, cabe ao tribunal decidir (artigo 1901º, nº2 do Código Civil). O exercício das responsabilidades parentais será, por princípio, conjunto quanto às questões de “particular importância”²⁸⁹ (artigo 1902º do Código Civil) e obviamente nos casos em que se verifique expressa exigência legal de consentimento de ambos os pais, nomeadamente, quando se trate de uma intervenção cirúrgica ou a medicação ativa com efeitos colaterais significativos²⁹⁰ ou ainda o ensaio clínico²⁹¹. Relativamente a pais divorciados ou pessoas que não vivam em condições análogas aos cônjuges a obtenção do consentimento de um dos progenitores apenas será dispensada em situações de urgência (artigo 1906º, nº1 do Código Civil) ou, ainda, quando se trate de uma intervenção simples ou estandardizada (artigo 1906º, nº3 do Código Civil). Contudo, a decisão respeitante a um dos progenitores não preclui a participação do outro, tendo em conta que aquele está obrigado a informar o outro progenitor,

capacidade negocial bastante para estar por si na celebração do negócio, subsumindo-se à hipótese prevista na alínea b) do artigo 127º, nº1 do Código Civil (v.g. um curativo, uma sutura). Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. p.127.

²⁸⁹Trata-se de um conceito indeterminado que deverá ser avaliado pelo médico em função da perigosidade da intervenção, particularmente atendendo à verificação de riscos. Cfr. RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.211-212.

²⁹⁰RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.212.

²⁹¹Jeovanna Alves explica a necessidade do consentimento de ambos os progenitores “*Apesar da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina não especificar que o consentimento deverá ser de ambos os pais, acreditamos que, por razões éticas, e segundo a lei portuguesa, será o mais justo. Para o menor é uma proteção ainda maior, e para os investigadores uma garantia de não serem confrontados mais tarde com um segundo genitor que não deu a sua autorização, apresentando objecções à experiência e desejando retirar o seu filho por não ter sido consultado para tal. Nos Estados Unidos, quando a experiência envolve um risco acima do mínimo para a criança, a menos que ela seja para o benefício direto do menor, é obrigatório a autorização por escrito de ambos os genitores; excepto quando um dos pais seja desconhecido, não razoavelmente disponível ou apenas um deles tenha responsabilidade legal da criança.*” Cfr. ALVES, Jeovanna Viana (2003) - Ensaio Clínicos. Coimbra Editora. P.100; No mesmo sentido veja-se MARTINS, João Marques (2012) - Ensaio clínicos - uma perspectiva ético-jurídica. Vol.IV. Coimbra. Almedina. p. 135. Nota 73.

face ao disposto no artigo 1906º, nº1 *in fine* e nº6 do Código Civil. Nos demais casos, são aplicáveis as regras previstas para os pais casados ou que vivam em união de facto.

No caso de o representante legal recusar a prática de atos médicos indispensáveis à saúde do menor, sendo este incapaz de dar o seu consentimento²⁹², defendemos que a integridade física e a vida do menor são bens jurídicos que não estão na disponibilidade dos seus representantes legais. Assim, o médico deve, apesar da recusa de tratamento, requerer o suprimento judicial de consentimento²⁹³, ou em casos de urgência²⁹⁴, praticar os atos indispensáveis à proteção da vida e da integridade física do menor²⁹⁵ (artigo 8º da CDHB). Nestes casos, deixa-se de poder falar em consentimento, repousando a ilicitude do ato médico no facto de este ser levado a cabo segundo as “*leges artis*”²⁹⁶.

O consentimento informado no caso dos menores de idade assume também particular complexidade em situações que não se encontrem claramente reguladas, nomeadamente,

²⁹²Por exemplo, os menores de 16 anos bem como as pessoas maiores com anomalia psíquica não podem considerar-se como tendo competência para assumir sobre cuidados de saúde, nomeadamente na recusa da administração de sangue e hemoderivados, pelo que são justificados os atos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou a prevenir lesões graves e irreversíveis.

²⁹³Face ao princípio da proporcionalidade, a medida mais adequada é identificada como aquela que assegura a melhor relação custo benefício entre os bens jurídicos em confronto - a limitação temporária e concreta das responsabilidades parentais, prevista no artigo 1918º do Código Civil. Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.135; Maria Clara Souttomayor, no mesmo sentido, explica “*Como alternativas à inibição paternal, o código civil prevê, para casos menos graves do que aqueles que fundamentam a inibição do exercício do poder paternal, a aplicabilidade de medidas de assistência menos restritivas dos direitos dos pais (providências adequadas a remover o perigo, designadamente, confiar o menores a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência), que a lei designa por situações de perigo para a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor (art.1918º, nº1). Note-se que a situação de perigo pode ter sido provocada por um comportamento dos pais culposos ou não, ou por influências do meio exterior que a família não seja capaz de superar*”. Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004) - A situação das mulheres e das crianças. p.142; Ana Amorim considera como legítima a limitação das responsabilidades parentais dos pais nos casos em que estes optem por recorrer a medicinas alternativas e abandonam o tratamento médico prescrito, quando esta decisão coloque em grave risco a integridade física e, no limite, a própria vida do menor. Cfr. AMORIM, Ana (2011) - O Consentimento Informado de Menores: Reflexões e Críticas sobre a Lei Atual. In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito de Saúde. Nº15. p.125

²⁹⁴Não sendo possível o recurso em tempo útil aos tribunais prevalece o dever de agir do médico, segundo os interesses objetivos do menor (artigo 8º da CDHB), salvaguardado o direito à vida e à integridade física e psíquica do menor. Encontra-se justificada a atuação do médico a favor dos interesses do menor com recurso ao consentimento presumido (artigo 340º, nº2 Código Civil), no caso de maiores de 16 anos com a devida capacidade de discernimento anteriormente manifestada, ou atua o médico ao abrigo do instituto da gestão de negócio (artigo 464º Código Civil) quando se trate de menor 16 que se encontre incapacitado de facto. Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores. pp.135-136; Por seu turno, segundo André Teixeira dos Santos, em caso de perigo iminente para a vida ou integridade física do menor o profissional está legitimado para realizar o ato médico, sendo que se verifica uma situação de consentimento presumido no caso de não haver oposição dos representantes legais (art.39º do Código Penal e 340º, nº3 do Código Civil e aplicação da figura do estado de necessidade caso se verifique oposição daqueles (art.34º do Código Penal e 339º, nº1 do Código Civil. Esta última situação é passível de ser confirmada judicialmente nos termos do art.92º da lei nº147/99, de 01 de Setembro. Cfr. SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores. p. 146.

²⁹⁵MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. pp.814-815, 824.

²⁹⁶SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores. p.130.

quanto à vacinação de menores de 16 contra a COVID-19²⁹⁷. À luz do ponto de vista jurídico, já oportunamente analisado, o menor carece, até atingir os 16 anos, de capacidade para consentir em intervenções relativas aos cuidados de saúde. Note-se que o menor dispõe de um direito a ser ouvido, no caso de já ter alcançado o grau de maturidade suficiente para compreender o objetivo, riscos, bem como os benefícios inerentes à administração da vacina em causa.

Por seu turno, os maiores que não apresentem restrições à sua capacidade negocial são, em princípio, capazes de consentir na prática de atos médicos, salvo situação de incapacidade accidental (artigo 257º do Código Civil). Porém, da leitura da citada norma da parte geral do Código Penal infere-se, ainda, a incapacidade para consentir num ato médico do maior que não possui a aludida capacidade de discernimento. Tratando-se, pois, de um adulto com capacidade diminuída é necessário identificar se este se encontra ou não sujeito a uma medida de acompanhamento.

Tratando-se de um maior não sujeito a medida de acompanhamento cabe ao profissional de saúde responsável avaliar a (in)capacidade para consentir naquela intervenção específica. Se a pessoa for considerada capaz, a decisão deve ser tomada exclusivamente por ela. Quando a pessoa não é capaz de decidir, é necessário verificar se foi designado um Procurador de Cuidados de Saúde e/ou se existem Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), figuras previstas

²⁹⁷ Não existe uma solução única aplicável a todas as crianças que se integram neste grupo etário tendo em conta a aplicação dos princípios bioéticos fundamentais (beneficência, não-maleficência, justiça e vulnerabilidade). A solução para esta questão, segundo a A., passa por dividir os menores de 16 anos em três grupos face a diferentes características concretas. Assim, a administração da vacina contra a COVID-19 a crianças saudáveis, afigura-se prematura uma vez que não respeita os princípios bioéticos fundamentais, nomeadamente, o do primado do ser humano, correspondente ao da dignidade da pessoa humana, nem o princípio da abrangência que norteia a elaboração do Plano Português de Vacinação contra a COVID-19. Por seu turno, a administração da vacina contra a COVID-19 a crianças saudáveis que coabitem com pessoas particularmente vulneráveis à infeção por SARS-CoV-2 pode também considerar-se excessiva atendendo ao balanço de riscos/benefícios clínicos para o menor a ela associado. A A. invoca ainda que neste tipo de situações atende-se ao princípio da proporcionalidade, mais concretamente, aos critérios da adequação das medidas tomadas para o efeito, da indispensabilidade dos meios escolhidos e da razoabilidade da medida adotada. Portanto, em regra, a administração da vacina contra a COVID-19 a crianças saudáveis com o intuito de proteger terceiros não é a medida adequada para resolver a colisão de direitos fundamentais em causa. Conclui ainda que esses terceiros ficam mais eficazmente protegidos se lhes for administrada a vacina. Por fim, tratando-se de crianças que sejam portadoras de comorbidades associadas a risco acrescido para a COVID-19 (v.g. doença crónica grave) ou ainda que coabitem com pessoas excepcionalmente vulneráveis à infeção por SARS-CoV-2, por serem portadoras de comorbidades graves associadas à COVID-19 (v.g. se o progenitor realizou recentemente um transplante de órgãos e se encontra imunossuprimido) a A. defende a administração da vacina contra a COVID-19. Da análise risco/benefício pode resultar que os benefícios inerentes à administração da vacina sejam superiores aos riscos dela decorrentes para a sua saúde e demais bens jurídicos fundamentais. Nestes dois últimos casos, carecendo a criança de capacidade para consentir na administração da vacina, os seus representantes legais estarão a agir no seu melhor interesse quando autorizem a administração nestes casos e ainda caso tenha sido recomendada pela entidade administrativa competente, a Direcção-Geral de Saúde. Cfr. com MELO, Helena Pereira (2022) - Deveremos vacinar, em Portugal, as crianças com menos de 16 anos contra a covid-19? In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 19. Nº37. pp. 41-51.

na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho²⁹⁸, garantindo que estas ainda refletem a vontade atual do paciente. Em caso afirmativo, tais diretrizes devem ser seguidas²⁹⁹. Na ausência daquelas ou quando subsistam dúvidas específicas, recai sobre o representante legal prestar a autorização devida. O consentimento, nestas circunstâncias, é construído através de informações fornecidas pelos os familiares e/ou entes queridos, assegurando-se a preservação da vontade e dos desejos do paciente (artigo 21º, nº1, 5 e 6 Código Deontológico da Ordem dos Médicos). Verificando-se uma situação de emergência, a aplicação do instituto consentimento presumido pode resolver as questões relacionadas com a obtenção de consentimento em doentes incapazes de decidir (artigo 22º, al.a) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos)³⁰⁰. No entanto, a aplicação do mesmo não será válida em situações não urgentes. A figura da gestão de negócios prevista nos artigos 464º e ss. do Código Civil tem sido referenciada pela doutrina³⁰¹ como um instituto jurídico com vista ao suprimento do consentimento. Para situações de incapacidade prolongada, especificamente quando se traduzam em casos limite (v.g. demência profunda), defendemos a necessidade de proteger a pessoa através da implementação de uma medida de acompanhamento, que explicaremos de seguida.

Por seu turno, o regime do maior acompanhado foi criado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto encontrando-se definida a figura do maior acompanhado no artigo 138º do Código

²⁹⁸A Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, atualizada na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, estabelece no nosso país as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), designadamente sob a forma de testamento vital. A equipa de prestação de cuidados de saúde deve respeitar o conteúdo das Diretivas Antecipadas da Vontade, salvo em situações de urgência em que o acesso a essa informação possa resultar em demora que, previsivelmente, agrave os riscos para a vida ou a saúde do doente. Além disso, aplica-se também a exceção quando há evidências de que o paciente não deseje manter as disposições estabelecidas anteriormente ou quando a situação atual não corresponde à prevista no momento da assinatura, considerando avanços científicos subsequentes (artigo 6º, da Lei n.º 25/2012). Por outro lado, as Diretivas Antecipadas de Vontade podem incluir ainda a nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde (PCS). Este representante do paciente tomará as decisões por ele sobre os seus cuidados de saúde em casos de incapacidade de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (artigos 11º e 12º, da Lei n.º 25/2012). Cfr. PEREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - Consentimento Informado. p.6; Para maiores desenvolvimentos ver GONZÁLEZ, José Alberto (2013) - Testamento Vital e a Procuração dos Cuidados de Saúde". Lisboa: Quid Juris. pp.45-151.

²⁹⁹"Os efeitos das directivas antecipada de vontade, sendo estes um acto jurídico de natureza pessoal e livremente revogável, estão sujeitos à condição de eficácia que é a ausência de capacidade para decidir contemporaneamente ao cuidado de saúde medicamente indicado". Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. p.68.

³⁰⁰"Este destina-se apenas a fazer face a situações em que no decurso de uma operação ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos e que é preciso resolver de imediato, enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento." Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 2017, Proc.nº6669/11.3TBVNG.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>

³⁰¹MARTINEZ, Pedro Romano (2011) - Responsabilidade Civil. pp. 466-467; Segundo Geraldo Rocha Ribeiro não se pode qualificar o instituto jurídico da gestão de negócios como causa de justificação autónoma, mas sim como fonte de uma relação jurídica autónoma de natureza obrigacional, cujos efeitos são a criação de direitos e de deveres especiais, nomeadamente, a previsão particular de um regime especial de responsabilidade civil. Cfr. RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica. pp.71-89;

Civil³⁰²³⁰³. Este regime criou concomitantemente a figura do acompanhante, o qual deve garantir a manutenção do bem-estar do acompanhado³⁰⁴ (artigo 140º do Código Civil), permitindo a designação de vários acompanhantes com diferentes funções (artigo 143º, nº3 do Código Civil). Ao contrário do anterior modelo de funcionamento dicotómico interdição e inabilitação³⁰⁵, a instituição do acompanhante foi construída com vista à flexibilidade de medidas, procurando respeitar a vontade do beneficiário, dentro do possível e conforme cada caso em concreto³⁰⁶. Portanto, antes da Lei do Maior Acompanhado a regra era a “incapacidade genérica”³⁰⁷, sendo que posteriormente passou a ser a exceção, partindo-se da capacidade e não da incapacidade.

³⁰²O Código Civil era claro ao determinar a natureza taxativa dos fundamentos da inabilitação e da interdição. Como tal, as “fórmulas anteriores” referentes aos fundamentos para a interdição e inabilitação não se coadunam com o movimento de supressão destes pressupostos que se verifica no conteúdo da Convenção das Nações Unidas dos Direito das Pessoas com Deficiência. Cfr. VÍTOR, Paula Távora (2019) - Código Civil Anotado. Almedina. Coimbra. p.167.

³⁰³“Os fundamentos genéricos para a instituição do regime do acompanhamento são, portanto, três: Problemas de saúde que torne a pessoa especialmente débil do ponto de vista psíquico (devido, em geral, designadamente, a estados avançados de demência, Parkinson, Alzheimer ou doenças afins). (...) Deficiência psíquica ou, mais precisamente, anomalia psíquica que, em qualquer caso, torna o indivíduo inapto para governar a sua pessoa e os seus bens (artigo 138º, nº1, antiga redação). (...) Comportamento errático ou anómalo (devido v.g., a prodigalidade ou a abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes - artigo 152º, antiga redação) (...) Não basta que as referidas imperfeições, insuficiências ou fraquezas (físicas ou psíquicas) atinjam certa pessoa. É sobretudo necessário que delas resulte uma elevada incapacidade para gerir a sua própria pessoa e património”. Cfr. com GONZÁLEZ, José Alberto (2021) - Código Civil Anotado.; De sublinhar que “Fundamental é que o comportamento concreto se repercuta na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa”. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda (2021) - Maiores Acompanhados - A disciplina da Lei n.º49º/2018, de 14 de agosto. Coimbra. Gestegal. p.60; Em termos práticos, esta mudança significa que a proteção legal do acompanhamento é conferida a um grupo mais vasto de pessoas. Cfr. VIERA, Mónica (2023) - O novo regime jurídico do maior acompanhado e a (in)capacidade para consentir em ato médico. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 20. Nº39. p.67

³⁰⁴No exercício das respetivas funções, o acompanhante deve atender ao disposto nos artigos 146º e 150º ambos do Código Civil. Da leitura dos dois preceitos e com vista à orientação da conduta daquele retira-se respetivamente, por um lado, uma norma de conteúdo positivo e, por outro, uma norma de conteúdo negativo, determinando esta última o dever do acompanhante de se abster na existência de conflito de interesses com o acompanhado. Apesar de o legislador não concretizar em que é que se materializa um conflito de interesses entendemos, segundo Mafalda Miranda Barbosa, que o “âmbito de relevância do artigo 150.º é mais amplo”, não estando somente em causa “a específica celebração de negócios jurídicos, mas de qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses”. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda (2018) - Maiores Acompanhados. p.61

³⁰⁵Acerca do prévio instituto jurídico relativo ao maior incapaz vide BARBOSA, Mafalda Miranda (2021) - Maiores Acompanhados. pp.15-50; MARQUES, Sofia; VIEIRA, Fernando (2018) Proteção da autonomia na incapacidade - Novas exigências ao regime jurídico português. In JULGAR. Nº34. pp.62-64.

³⁰⁶Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei que esteve na origem da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, os “fundamentos finais da alteração das denominadas incapacidades dos maiores (...) são, em síntese, os seguintes: a primazia e autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar; a flexibilização da interdição/inabilitação, dentro da ideia de singularidade da situação; a manutenção de um controlo jurisdicional eficaz sobre qualquer constrangimento imposto ao visado; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos, no respeito pelos pontos anteriores; a intervenção do Ministério Público em defesa e, quando necessário, em representação do visado”. Cfr. com Proposta de Lei n.º 110/XIII, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Detalhelniativa.aspx?BID=42175>

³⁰⁷Expressão de Mafalda Miranda Barbosa. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda (2019) - Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. In O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado.1.ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p. 63.

Em estrita observância com o princípio da subsidiariedade (artigo 12º, nº4 da Convenção das Nações Unidas dos Direito das Pessoas com Deficiência), o acompanhamento só deverá ser decretado quando não seja possível satisfazer as necessidades do beneficiário através dos deveres gerais de cooperação e de assistência (artigo 140º, nº2 do Código Civil). Contudo, o tribunal poderá adotar medidas de substituição quando se verificarem situações de absoluta incapacidade do acompanhado, fazendo assim intervir diversos regimes jurídicos (artigo 145º do Código Civil). Com efeito, deve o tribunal conceder ao acompanhante os poderes-deveres em conformidade com o caso do maior acompanhado, pressupondo a tutela dos interesses daquele, com o mínimo de recurso à representação³⁰⁸³⁰⁹.

Portanto, no caso de já ter sido decretada uma medida de acompanhamento, não se deve assumir que a sentença que declara uma limitação ao exercício dos direitos pessoais se estende automaticamente a decisões relacionadas com a saúde³¹⁰. Sempre que os profissionais de saúde

³⁰⁸GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civi Anotado. pp. 200-201.

³⁰⁹Daqui decorre que o acompanhamento dos maiores rege-se por um princípio da necessidade. Cfr. VÍTOR, Paula Távora (2019) - Código Civil Anotado. pp.168-169; André Dias Pereira adverte para a necessidade tanto a doutrina como a jurisprudência de interpretarem “a norma de acordo com a Convenção de Nova Iorque e as medidas de acompanhamento devem ser apenas as necessárias e devem potenciar a autonomia da pessoa e não limitar essa mesma capacidade”. Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias (2019) - O Maior Acompanhado e o Consentimento para Atos em Saúde. In Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado. Instituto Jurídico. Coimbra. p. 201; O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de janeiro de 2020, Proc. n.º n.º 3433/18.2T8MAI.P1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3a56bc7164627da080258505004cddaf?OpenDocument&Highlight=0,3433%2F18.2T8MAI.P1>, prevê expressamente: “I - O n.º 2 do artigo 140.º do Código Civil prevê a inaplicabilidade de qualquer medida, caso a mesma se revele desnecessária, concretizando um princípio essencial consagrado no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - o princípio da necessidade -, do qual decorre imperativamente que as medidas de apoio apenas devem ser tomadas se forem absolutamente necessárias e proporcionais.”; A este propósito veja-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de outubro de 2020, Proc. n.º 286/18.4T8MNC.G1, disponível em: <http://www.qde.mj.pt/jtrq.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f6c569f13e545b018025860a004b5b8f?OpenDocument> cujo preâmbulo (sustentado na doutrina de Miguel Teixeira de Sousa) é: “A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: a) Uma condição positiva (orientada por um princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e, designadamente, uma das medidas enumeradas no art. 145º, nº 2, CC; isto significa que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; b) Uma condição negativa (norteada por um princípio de subsidiariedade): dado que a medida de acompanhamento é subsidiária perante os deveres gerais de cooperação e assistência (nomeadamente, de âmbito familiar) (art. 140º, nº 2, CC), o tribunal não deve decretar aquela medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior”.

³¹⁰VIERA, Mónica (2023) - O novo regime jurídico. pp.113; Neste sentido, os tribunais portugueses tiveram a oportunidade de redensificar o novo regime, por meio de decisão de casos, primando pela autonomia do incapaz: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2020, Proc. n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7, acessível em: <https://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/557662eaaf1cde358025850c004fc437> Neste acórdão, decidiu-se pela alteração da sentença recorrida em matéria de exercício de direitos pessoais, particularmente pela capacidade para casar, aceitar e rejeitar liberalidades, entre outros. O tribunal justificou a sua decisão com base na ideia de que “A regra geral é de reconhecer a capacidade da pessoa humana para exercer de forma livre os seus direitos pessoais (Art. 147.º n.º 2 do C.C.), sendo as restrições ou limitações ao seu exercício a exceção, que sempre deverá ser bem fundamentada”; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de dezembro de 2019, Proc. n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/e41e739521aa7466802584e7003c749f?OpenDocument> refere o seguinte: “Na sentença o tribunal decidiu aplicar à requerida, aliás em harmonia com o requerido pelo Público, uma medida de substituição, de representação geral”. O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu assim permitir

concluírem que o paciente é notoriamente capaz de tomar uma decisão, devem respeitar integralmente a sua vontade. Se o paciente não estiver em condições de consentir quanto ao ato em questão, o acompanhante deverá decidir na ausência de Procurador de Cuidados de Saúde e/ou Diretiva Antecipada de Vontade, ou quando as mesmas não correspondam com a atual vontade do incapaz. A atuação do acompanhante é determinada segundo a vontade presumida, revelada pelas suas crenças, convicções, declarações e depoimentos fidedignos de amigos e familiares. Não existindo vontade presumida, como, por exemplo, em pessoas com deficiências profundas desde o nascimento, deverá o acompanhante atuar com diligência, e seguindo os conselhos e indicações dos profissionais de saúde (artigo 146º, nº1 do Código Civil).

Por seu turno, o tribunal deve intervir quando subsistam dúvidas quanto à capacidade do paciente, especialmente nos casos de dissentimento, revogação do consentimento ou do próprio consentimento do acompanhante que determinem perigo de vida ou danos sérios e irreversíveis para a saúde do paciente. Caberá ao tribunal autorizar ou não a realização do ato médico, considerando como critério fundamental a comprovação (por meio de declarações, mesmo que informais, escritos prévios, crenças, convicções, etc) de que, embora apresentando sérios riscos, o ato está conforme a vontade do incapaz³¹¹.

Acompanhamos a doutrina³¹² que aplaude a criação da Lei do Maior Acompanhado em confronto com o anterior regime, uma vez que concretiza o suprimento da decisão no caso dos

à acompanhada o exercício de alguns direitos pessoais, nomeadamente, “*A beneficiária poderá aceitar ou rejeitar liberalidades a seu favor, mediante prévio aconselhamento junto da sua acompanhante*”. No que diz respeito concretamente à capacidade para consentir em ato médico, o acórdão faz uma breve menção a esta questão, determinando “*Consignar que, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 5.º, n.º 3 da Lei 36/98, de 24/7 (Lei de Saúde Mental), a situação de acompanhamento de maior, declarada pela presente sentença, não faculta o exercício directo de direitos pessoais*”. Daqui retiramos que a pessoa manterá a capacidade para decidir no âmbito pessoal apenas sendo substituída quando não seja possível prestar o consentimento informado.; É preciso observar, todavia, que não havendo possibilidade do maior em consentir em ato médico, por se tratar de um caso limite irreversível, acompanhamos a posição da jurisprudência de aplicação da sentença de acompanhamento para este tipo de casos, ao invés de deixar o incapaz “à mercê de si mesmo”. Neste sentido, veja-se o Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de maio de 2020, Proc. n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fd37dc2de373173a8025854d003b41e0?OpenDocument> “*Justifica-se a determinação do regime da representação genérica (art. 145/2-b do CC) relativamente a uma pessoa portadora de deficiência profunda da sua capacidade intelectual desde os seis meses de idade, que lhe retira a capacidade de lidar com as diversas situações do quotidiano, não tendo qualquer sentido crítico no tocante à orientação da sua vida nem à administração dos seus bens; que não aprendeu a ler nem a escrever; não conhece o dinheiro; não sabe o dia dos seus anos, nem a sua idade; sabe que hoje é segunda, mas não sabe de que mês; não é capaz de realizar qualquer tarefa, por mais simples que seja, designadamente as tarefas associadas à sua própria subsistência; carece de auxílio permanente de terceira pessoa para se alimentar, vestir e tratar da sua higiene. II. E, por isso, justifica-se que se decida, para os efeitos dos artigos 5/3 e 13/1 da Lei 36/98, de 24/07 (Lei de Saúde Mental), que a situação de acompanhamento de maior, declarada pela sentença, não faculta o exercício directo de direitos pessoais.*”

³¹¹RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do Regime das Intervenções. p. 8; VIERA, Mónica (2023) - O novo regime jurídico. pp.115-116

³¹²PEREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - Consentimento Informado. p.6; VIERA, Mónica (2023) - O novo regime jurídico. pp.94,104-105.

maiores acompanhados incapazes de decidir. Todavia, essa mesma doutrina, assinala existir ainda um longo caminho legislativo a percorrer no que respeita aos cuidados de saúde, particularmente, em relação ao suprimento de incapacidades pontuais.

Ainda no âmbito da incapacidade existem outras normas que se aplicam em situações específicas em que as pessoas também não têm capacidade de exercer a sua autodeterminação em matéria de saúde. Referimo-nos à Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei nº52º/2012 de 5 de setembro) na sua base V nºs 3 e 4 e ainda à Lei nº31/2018, de 18 de julho no seu artigo 10º, nº2 que reconhece direitos às pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida.

2.3.6.2. A informação e o esclarecimento

O dever de informação surge como forma de colmatar o desequilíbrio que caracteriza a relação médico-paciente. Como tal, a informação deverá ser prestada ao longo de todo o processo pelo médico ou por outro profissional de saúde legalmente autorizado³¹³ em moldes simples, concretos, compreensíveis, suficientes e razoáveis com o fim de esclarecer o paciente acerca dos conteúdos elementares do ato médico em causa. Outro traço característico do relacionamento entre o médico e o doente é o intercâmbio de informação, que se deve realizar num clima de confiança. Portanto, caberá respetivamente ao paciente comunicar, ouvir e colaborar com o médico, prestando-lhe informações, sempre que possível, que rodeiam o seu estado de saúde³¹⁴ (Base 2, nº4, alínea b) da Lei de Bases da Saúde). Apenas se pode falar em consentimento esclarecido se o paciente puder absorver as informações que lhe forem transmitidas, sendo imprescindível a sua compreensão.

Sobre os termos do consentimento, concretizados nos artigos 5º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, 157º do Código Penal, 19º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos e na Base 2, n.º 1, al. e) da Lei de Bases da Saúde³¹⁵, entende-se que estes têm

³¹³Consultar *supra* pp.122-123.

³¹⁴PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.77; RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp.228; 237-238.

³¹⁵O dever de informação não se limita às normas legais mencionadas, encontrando-se disseminado em legislação avulsa. Veja-se, a título de exemplo, o artigo 2º, alínea l) da Lei nº21/2014 de 16 de abril, (lei da investigação clínica), o artigo 7º da Lei 12/93, de 22 de abril, (lei de colheita e transplante de órgãos e tecidos), o artigo 14º, nº 2 da Lei

de ser comunicados previamente à intervenção ou tratamento. Em conformidade com os diferentes princípios³¹⁶, será exigível uma maior extensão no quadro civil do que no penal, cujo o objetivo em matéria de deveres de informação é permitir a acumulação de todos os dados suscetíveis de influenciar a autodeterminação pessoal e a livre disposição do próprio corpo. Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o dever de informação e esclarecimento deverá incluir um elenco de itens³¹⁷: diagnóstico; meios e fins do procedimento a adotar³¹⁸; natureza do tratamento a adotar; prognóstico; riscos, consequências secundárias e benefícios do procedimento a realizar; opções alternativas ao tratamento, bem como os respectivos benefícios, decorrências secundárias e riscos associados; a premência da intervenção médica e o risco na delonga do tratamento; os riscos e os efeitos da renúncia do tratamento e os aspeto económico-financeiro do tratamento³¹⁹.

A este propósito, caberá, naturalmente, ao médico advertir dos riscos inerentes a uma determinada intervenção ou tratamento. Ora, é apenas admissível a transferência dos riscos inicialmente suportados pelo médico para a esfera jurídica do paciente por via do consentimento informado. O doente ao assentir está a responsabilizar-se pela sua decisão sobre o seu corpo, cujos riscos passam a ser suportados por si próprio. Portanto, é de extrema importância que a informação correspondente seja recebida de forma adequada. Lembramos, no entanto, que, a atividade médica é fortemente caracterizada pela presença de uma certa álea, *i.e.*, uma margem de imprevisibilidade em relação a alguns efeitos adversos³²⁰. Consequentemente, é necessário determinar quais os riscos que devem ser comunicados.

n.º32/2006 de 31 de julho (lei da procriação medicamente assistida e o artigo 19º, n.º 5 da Lei nº12/2005 de 26 de janeiro (lei de informação genética pessoal e informação de saúde).

³¹⁶O direito civil, ao invés do direito penal, não se sujeita aos princípios da legalidade, da subsidiariedade ou da fragmentariedade. Cfr. PEREIRA, André Dias (2004) - O consentimento Informado. p.227.

³¹⁷Trata-se de um catálogo não exaustivo, face à singularidade de cada relação clínica, cada uma com as suas particularidades e características distintas. Como tal, deverá prevalecer a apreciação casuística. Nesse sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de junho de 2015, Proc. n.º 08/09.0TBCBR.C1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/7B7BAAF723E3E99480257E6700362E31>, que determina um conteúdo mínimo de informações relevantes para determinado paciente. Contudo, realça a natureza elástica do dever de informação, devendo adequar-se ao paciente concreto e à concreta situação clínica.

³¹⁸O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de setembro de 2012, Proc. n.º 093/12, disponível em: https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9e989c326795bcbc80257a020034ae19?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,obst%C3%A9trica#_Section1 determinou que a realização de uma episiotomia enquanto parte da intervenção do parto, dada a sua simplicidade e frequência, não requer necessariamente consentimento. Contudo, consideramos que isso contraria o dever de esclarecimento inerente ao consentimento, particularmente considerando os riscos envolventes. Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis (2014) - Consentimento informado, causalidade e ónus da prova. pp.74-76.

³¹⁹RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. pp.221-222.

³²⁰PEREIRA, André Dias (2020) - Consentimento Informado em Direito Civil e Penal. p.25; PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.305. Nota 810; Neste sentido, veja-se a argumentação do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de junho de 2008, Proc. n.º 4450/2008-2, disponível em:

Quanto ao dever de informar sobre os riscos do tratamento, a corrente tradicional sustenta que o médico tem o dever de comunicar ao doente os riscos graves que sejam previsíveis excluindo os riscos graves mas particulares, hipotéticos ou anormais. Já a teoria dos “riscos significativos”³²¹ desenvolvida pela mais recente doutrina pressupõe uma prestação de informação mais abrangente, incorporando todos os riscos cognoscíveis que, justificadamente, possam influenciar a decisão do paciente. O risco será significativo, ou seja, relevante para fins de informação e esclarecimento, com base nos seguintes critérios: a necessidade terapêutica da intervenção, em função da sua frequência, em razão da sua gravidade e conforme a conduta do doente. Seguindo esta linha mais inovadora, existem já decisões judiciais que corroboram essa linha de raciocínio³²².

De um modo geral, a aplicação do critério da natureza da intervenção dita que é exigível uma informação particularmente exhaustiva no que diz respeito às intervenções não terapêuticas, tal como as intervenções estéticas para simples embelezamento³²³³²⁴, os tratamentos optativos³²⁵, as intervenções em benefício de terceiros³²⁶ e as intervenções meramente diagnósticas³²⁷. Por contraposição, quanto mais essencial for a intervenção, mais flexível pode

<http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/92711794c1e817a9802574c2004dce19?OpenDocument> quando refere que “*Em matéria de acto médico só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico*”.

³²¹ PEREIRA, André Dias (2008) - Responsabilidade médica. pp. 11-17.; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. pp. 225-227; RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica. pp.41-42.

³²² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de dezembro de 2020, Proc.359/10.1TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44f9ffe87381ef358025866900570924?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01 de abril de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/452290C06222DA5A80257CDD0045B9B3>; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/A446896DB6013D3180257D940037DA01>.

³²³ CARVALHO, Orlando de (2021)- Teoria Geral. p.216; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina. pp. 226-227.

³²⁴ V.g. Rinoplastias, mamoplastias, dermolipectomias por motivos de ordem puramente estética.

³²⁵ V.g. Fertilização *in vitro*, vasectomias, ligaduras de trompas.

³²⁶ V.g. Doação de órgãos para transplante, participação em ensaios clínicos.

³²⁷ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de autonomizar a intervenção diagnóstica, agrupando os casos em três categorias distintas. O critério da natureza da intervenção divide-se em: intervenções com finalidade diagnóstica, intervenções com finalidade terapêutica e intervenções de cirurgia estética sem qualquer finalidade terapêutica. Nesse sentido, veja-se os paradigmáticos casos de intervenção diagnóstica, todos eles relativos a colonoscopias: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc. 7053/12.7TBVNG.P1.S1,

disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de junho de 2017, Proc.2104/05.4TBPVZ.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6ec438b8e346c658025813900593730?OpenDocument>; e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2015, Proc.n.º 2104/05.4TBPVZ.P.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/47572078b202140580257ed100553985?OpenDocument>. Da análise destes três acórdãos retira-se que o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o risco de perfuração do intestino (estamos a falar de um risco muito grave e pouco frequente na qual a probabilidade se situa entre os 0,1 e 0,8%) se trata de um risco sobre o qual o médico tem o dever de esclarecer e de informar o paciente.

ser a informação sobre os riscos. No entanto, é importante observar que, mesmo numa intervenção médica necessária ou até mesmo indispensável para a cura de um paciente, isso não desresponsabiliza o médico de cumprir o seu dever de informação. Segundo este critério devem-se tomar em consideração determinados fatores objetivos. Assim, intensifica-se aqui um maior rigor no dever de informar e esclarecer consoante: a menor urgência do tratamento (artigo 8º CBDH, *a contrario sensu*); a menor necessidade do tratamento; quanto mais recente for um procedimento terapêutico ou diagnóstico; a maior perigosidade que a doença demonstre ter.

Segundo o critério da frequência estatística do risco, quanto mais frequente seja a ocorrência do risco mais detalhada é a obrigação de informar. Ao invés, quando a incidência do risco é baixa, o dever de esclarecimento pode ser atenuado. Já o critério da gravidade³²⁸ ou intensidade dos riscos determina que um risco de baixa frequência deve ser comunicado se for considerado grave. Pelo contrário, os riscos menos graves podem não ser informados em certas circunstâncias.

No que diz respeito à transmissão de informação sobre os riscos há uma forte discussão relativamente à transmissão dos riscos de verificação muito rara mas de grande gravidade. A posição dominante³²⁹ reconhece que não existe uma resposta única nesta matéria, determinando que a solução deve ser construída com recurso ao direito à autodeterminação. Em princípio, dita o dever de informação que o médico deverá revelar tudo, exceto se o paciente mostrar que não quer saber³³⁰ ou quando se verificarem os pressupostos do privilégio terapêutico³³¹. Avança-se ainda que os médicos têm a competência para explicitar ao doente em que consiste uma percentagem significativamente baixa de verificação de um dano grave, recorrendo a exemplos fáceis de compreender, nomeadamente, comparações com os riscos de colisão automóvel, de atropelamento ou de incêndio. Adverte-se, porém, que não se trata de uma divulgação exaustiva destes riscos³³², o que significaria uma mudança abrupta dos hábitos da prestação de cuidados de saúde, que se deverá reger pela moderação.

³²⁸O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de junho de 2023, Proc. 26936/15.6T8PRT.P2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/415766df733e689280258a00004d4f33?OpenDocument> explica que “*Graves são os riscos de natureza adequada a ter consequências mortais, invalidantes ou mesmo estéticas graves tendo em conta as suas repercussões psicológicas e sociais*”.

³²⁹OLIVEIRA, Guilherme de, PEREIRA, André Dias (2006) - Consentimento Informado. pp.226.

³³⁰O direito a não saber encontra-se previsto no artigo 10º, nº2 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

³³¹Cfr. artigo 157º *in fine* do Código Penal.

³³²RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica. p.41.

Não obstante as alterações entretanto ocorridas na prestação de cuidados de saúde, no sentido de uma maior revelação do estado clínico ao paciente por parte dos profissionais de saúde, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça entendeu o seguinte “*Não viola o dever de informação o médico que não detalha ao doente os riscos associados à intervenção cirúrgica de verificação muito rara, num quadro em que o doente está a par da gravidade sua situação clínica, e em que foram observadas as regras da legis artis*”³³³. Consideramos pertinente, relativamente a este ponto, em termos jurisprudenciais, a distinção da divulgação dos riscos de verificação residual, mas muito rara consoante se trate de intervenção terapêutica, portanto necessária ou de intervenção dita não terapêutica, nomeadamente, uma cirurgia estética voluntária. A divulgação dos referidos riscos deverá ser incluída na obrigação de informar relativamente a este último tipo de intervenções³³⁴.

Por seu turno, uma vez que os critérios objetivos não são suficientes no momento de decidir quais os riscos a transmitir, surge com grande relevo o critério da conduta do doente³³⁵ que vem acentuar o carácter subjetivo do dever de esclarecimento. Portanto, determinados fatores do paciente em concreto podem influenciar a taxa de incidência de um determinado risco, nomeadamente, características físicas do mesmo, tais como patologias laterais (v.g., obesidade, problemas cardíacos), bem como outros fatores como a idade, o discernimento, antecedentes familiares, hábitos, entre outros. Particular relevância terá ainda o esclarecimento relativamente

³³³Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2020, Proc.n.º 21966/15.0T8PRT.P2S1 acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a42045733d4b5b368025864100647859?OpenDocument>; No mesmo sentido, veja-se a argumentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, Proc.n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF> e do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2022, Proc.n.º2615/18.1T8VFR.P1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0865b4bbe87422a980258814005462b5?OpenDocument>

³³⁴Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de dezembro de 2020, Proc.n.º359/10.1TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44f9ffe87381ef358025866900570924?OpenDocument> “*Nas cirurgias estéticas, destinadas a melhorar a imagem de uma pessoa, os deveres de informação do médico são mais exigentes e rigorosos do que na cirurgia curativa ou assistencial e abrangem os riscos significativos e graves, mesmo que raros. O médico tem, assim, o dever de chamar a atenção dos pacientes para os prognósticos mais pessimistas de uma intervenção estética, ainda que pouco frequentes, mesmo que estes prognósticos possam funcionar como um desincentivo à intervenção. Este dever é tanto mais intenso quanto menor for a finalidade curativa*”. Do mesmo modo decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de junho de 2023, Proc. n.º 26936/15.6T8PRT.P2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/415766df733e689280258a00004d4f33?OpenDocument> concluindo que “*A informação a fornecer pelo cirurgião deve incluir, desde logo, a menção aos tratamentos alternativos, mas também a indicação dos benefícios e dos riscos, aqueles que, uma vez conhecidos pelo paciente, influenciam a sua decisão de se submeter à cirurgia, o que inclui os riscos comuns e pouco importantes, como hematoma, mas também os riscos raros e sérios, tal como as lesões medulares e suas consequências*”.

³³⁵RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica. pp.41-42.

a alguns riscos normalmente considerados insignificantes para a generalidade das pessoas que se prendam fortemente com os interesses atendíveis destas, nomeadamente relacionados com as suas habilidades laborais ou com a própria situação pessoal e familiar. É crucial dedicar uma atenção especial a este último critério nesta questão, pois os fatores pessoais podem influenciar substancialmente tanto a frequência como a gravidade dos riscos originários.

Correntemente na prática médica julgamos que a extensão concreta do dever de informação deve ser analisada casuisticamente. O seu conteúdo deverá abranger tanto aspetos positivos como negativos da intervenção proposta, pelo que cremos que os riscos, desde que sejam particulares desta e representem especial gravidade em relação ao próprio paciente, devem ser comunicados, independentemente da sua raridade³³⁶, no pressuposto que sejam conhecidas ou cognoscíveis pelo médico. Não se atribui responsabilidade ao médico pela omissão de um risco em situações de imprevisibilidade, ou quando a ocorrência é excecional e apenas comporta danos ligeiros ou ainda quando não influencia a decisão do paciente³³⁷. Advertimos, contudo, que o médico não se obriga a uma informação absoluta em relação aos riscos sérios, mas sim tentar alcançar um ponto de equilíbrio. A informação em excesso resulta em duas vias. Em princípio, significa o aumento dos litígios e naturalmente a prática de medicina defensiva, transformando o processo do consentimento mais numa formalidade burocrática do que numa interação dinâmica. Por outro, é manifestamente complexa para o paciente, que sem a preparação técnica específica não conseguirá tomar uma posição, além de que o excesso de informação levará inevitavelmente à desinformação.

2.3.6.3. A conformidade com os bons costumes e com a ordem pública

³³⁶Os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2020, Proc.nº 148/14.4TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument> e de 22 de março de 2018, Proc. nº, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument> destacam a importância de comunicar também os riscos particulares e acrescidos associados às qualidades do paciente concreto.

³³⁷OLIVEIRA, Guilherme de (2015) - Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014). In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 15. N.º23-24. Coimbra. pp.150-152.

Os atos jurídicos no âmbito da saúde, nomeadamente o consentimento, devem estar de acordo com os bons costumes e a ordem pública, conforme dispõem os artigos 340.º, n.º 2 e 280º, n.º 2 do Código Civil, sob pena de nulidade. O respeito aos bons costumes também está refletido nos artigos 38º, n.º 1 e 149º, n.º 2 do Código Penal, cuja interpretação deve ser mais restritiva do que no plano civilístico.

Por se tratar de conceitos indeterminados, embora possam compartilhar áreas de sobreposição, a doutrina tem procurado distingui-los a fim de garantir uma aplicação precisa. A cláusula geral dos bons costumes é difícil de definir uma vez que se encontra sujeita a modificações com o decorrer do tempo, em virtude de oscilações nos valores sociais. Acolhemos, pois, a explicação dada por João Vaz Rodrigues, dado não existir uma definição normativa: “*trata-se de uma condição geral de adequação da vontade e do comportamento individual aos limites da danosidade social aceitáveis pela comunidade, face aos seus valores morais, corporativos e ético-jurídicos fundamentais*”³³⁸. Por seu turno, a nível jurisprudencial, os bons costumes reconduzem-se àqueles “*valores ou princípios, com caráter moral e validade jurídica, reconhecidos ou assumidos pela comunidade, estabelecendo um mínimo de exigências éticas de conduta ou convivência, no âmbito de uma sociedade decente, respeitando a laicidade, a pluralidade, a diversidade e a multiculturalidade*”³³⁹. Ainda quanto a este ponto, Álvaro Rodrigues assinala a dificuldade de preencher a cláusula geral dos “bons costumes” em matéria de consentimento informado para atos médicos. Explica o autor que na determinação do conteúdo deste conceito indeterminado muito abrangente deve evitar-se tanto o puro arbítrio do intérprete, como também o recurso a conceções de índole ética ou religiosa³⁴⁰. Note-se que segundo o artigo 334º do Código Civil a violação dos bons costumes gera o exercício do abuso de direito pelo que esta matéria é do conhecimento oficioso do tribunal³⁴¹. Por seu turno, “*a ordem pública engloba predominantemente os princípios sociais inderrogáveis fundamentantes do sistema jurídico*”³⁴². A ordem pública a que o preceito se refere é a ordem pública interna e não a ordem

³³⁸RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p. 263.

³³⁹Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018, Proc.nº8/17.7T8GDM.P, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/db759c3495a2b531802584040036b4ed?OpenDocument>

³⁴⁰RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2002) - Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico. In AA.VV. Direito da Medicina - I. Coimbra: Coimbra Editora. p.30

³⁴¹Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de dezembro de 2022, Proc.nº8281/17.4T8LSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2da61ad287cb0e728025891f0041c804?OpenDocument>

³⁴²RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p. 260.

pública internacional³⁴³. Assim, enquanto que os bons costumes constituem “valores positivos”³⁴⁴, particularmente regras éticas e morais de conduta que operam num plano estritamente extrajurídico, a ordem pública diz respeito a normas jurídicas, portanto remetem para o plano estritamente jurídico³⁴⁵.

Para esclarecer esta questão, Dias Pereira³⁴⁶ recorre à lei penal e estabelece uma distinção, dependendo se se trata (ou não) de intervenções terapêuticas. Por um lado, as intervenções terapêuticas³⁴⁷ estão sujeitas ao regime das intervenções arbitrárias quando não tenham sido consentidas (artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal). Diversamente disso, às intervenções não terapêuticas³⁴⁸ será aplicável o regime das ofensas à integridade física (cfr. artigos 143º e seguintes e artigo 149º do Código Penal).

No que diz respeito às intervenções não terapêuticas, é evidente a necessidade de conformidade com os bons costumes, conforme o estabelecido pelo artigo 149º do nº 2 do Código Penal. Este dispositivo determina alguns critérios para qualificar um ato médico como contrário aos bons costumes, incluindo “*os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e amplitude previsível da ofensa*”, que consideramos estar relacionados com a motivação, a intencionalidade e a proporcionalidade. Ou seja, uma intervenção é considerada imoral quando motivada por razões inaceitáveis, quando visa um resultado inaceitável, ou quando há uma clara desproporção entre os riscos e o resultado desejado. Isto ocorre porque o consentimento para um procedimento médico é, essencialmente, um ato de disposição do próprio corpo, refletindo a autonomia e a autodeterminação do paciente. No entanto, como sustenta Paulo Otero “*a autonomia da vontade (...) não pode servir de instrumento atentatório da própria dignidade da pessoa: não há liberdade para renunciar à dignidade*”³⁴⁹. Quanto à motivação do paciente, surgem dúvidas sobre se a sua imoralidade, por si só, pode ser

³⁴³NETO, Luísa (2019) - Código Civil Anotado. Almedina. Coimbra. p.125.

³⁴⁴HÖRSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil. p.580.

³⁴⁵CARVALHO, Jorge Morais (2016) - Os Limites à Liberdade Contratual. Coimbra. Almedina. p.120.

³⁴⁶Adotamos a perspetiva de PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.80 e ss.

³⁴⁷A doutrina penal adota a perspetiva de abranger o transexualismo, a cirurgia estética reconstrutiva e a experimentação terapêutica no âmbito do artigo 150º do Código Penal, ou seja, como intervenções terapêuticas, dado que todas elas têm como objetivo aliviar o sofrimento do paciente. Cfr. FÁRIA, Paula Ribeiro (2012) - Comentário Conimbricense. p. 312

³⁴⁸A nosso ver, caem aqui as intervenções cirúrgicas ditadas unicamente por razões de ordem estética, por motivos de ordem puramente estética.

³⁴⁹OTERO, Paulo (2010) - Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana. In Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Vol. I. Coimbra. Almedina. p. 130.

legalmente censurada. Portanto, julgamos que o foco deve ser colocado no resultado desejado pelo paciente e na ponderação dos riscos envolvidos.

Já não serão aplicáveis as regras dos bons costumes mencionadas no artigo 149º do Código Penal às intervenções terapêuticas, uma vez que o consentimento exclui a ilicitude, determinando por isso que estas não constituem ofensas à integridade física (artigo 150.º, n.º2, *in fine* do Código Penal). Neste contexto, o respeito pelos bons costumes deriva diretamente do artigo 150.º do Código Penal, assumindo-se que as *leges artis* e a intenção curativa coincidem com os bons costumes e com as normas jurídicas.

Com base no exposto, concluímos que a distinção entre os dois tipos de intervenção, embora esclarecedora, não é essencial, uma vez que leva ao mesmo desfecho, seja pela aplicação do artigo 149º, n.º1, seja pela observância do artigo 150º ambos do Código Penal. Ademais, destacamos que o dever de obediência aos bons costumes e à ordem pública estão na base de todo e qualquer ato jurídico.

3. O contrato médico

3.1. A relação médico-paciente enquanto contrato médico

A relação médico-paciente tem como objeto a prestação de um ou de um conjunto de atos médico, realizados por um médico a um paciente com o “*intuito de promover ou restituir a saúde*”³⁵⁰, *conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano*” (cfr. artigo 5º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos). A prestação de tais atos pode ser fruto de um contrato, o que implica o dever contratual de obter o consentimento. Atualmente é pacífico configurar como contratual a relação entre o profissional de saúde e o paciente, pelo menos quando o primeiro é uma entidade privada a quem o segundo solicita um serviço médico³⁵¹³⁵².

Assim sendo, iremos traçar uma perspetiva global do regime do referido contrato, designadamente através da sua qualificação, das suas características essenciais, das diversas

³⁵⁰Estamos perante um “*conceito amplo de saúde, no qual se inserem não só os atos médicos destinados à cura do doente, mas também todos aqueles que reconduzíveis a uma ideia genérica de promoção do bem-estar orgânico ou de minimização do mal estar*”. Cfr. VOUGA, Rui Torres (2017) - A responsabilidade médica. In Responsabilidade Civil Profissional. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p.72.

³⁵¹“*Trata-se de um contrato relativo ao exercício privado da medicina em regime liberal (ou seja, o médico é livremente escolhido pelo doente)*”. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.39. Na presente dissertação, debruçar-nos-emos principalmente sobre as relações jurídico-privadas. As relações existentes entre o SNS e os respectivos utentes serão brevemente abordadas.

³⁵²“*Encontra-se pacificada a conceção da relação entre o profissional de saúde e o paciente como contratual, pelo menos quando o primeiro é uma entidade privada a quem o segundo solicita um serviço médico. Esta é, porém, uma realidade recente. Recuando ao século precedente, mais ou menos décadas, dependendo do local, a responsabilidade do médico perspectiva-se como aquiliana. Esta realidade histórica, aliada ao facto de os danos causados pela execução de contratos de prestação de serviços médico decorrerem frequentemente da violação de deveres de cuidado ou de proteção, pode explicar os processos de argumentação ainda hoje mais habituais na apreciação da responsabilidade civil emergente de contratos de serviços médicos, com início pela aferição da violação de deveres legais e não pelo conteúdo da relação obrigacional complexa em execução (na qual aqueles deveres também atuam)*”. Cfr. CASTELO, Hígina (2021) - Informação e consentimento informado. p.147; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.35; Na mesma linha, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de abril de 2005, Proc.nº10341/2004-7, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/16fd2019fe8418c4802571b5003dd1b6?OpenDocument&Highlight=0,10341%2F2004-7> que dispõe o seguinte: “*Embora tradicionalmente, a doutrina fosse relutante em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica, por repugnar a aceitação da culpa presumida do médico sempre que o tratamento não tivesse alcançado os objetivos desejados, é hoje aceite em todos os ordenamentos jurídicos que a maior parte das situações de responsabilidade médica, derivada de lesões corporais provocadas pelo médico, tem natureza contratual*”.

modalidades consoante os contraentes que a compõem, da delimitação das obrigações que dele decorrem, bem como do discernimento do seu conteúdo. Posteriormente, abordaremos o incumprimento do mesmo no contexto da violação do consentimento informado.

3.1.1. Qualificação

No direito português atual, enquadrar juridicamente o contrato celebrado entre o médico e o doente numa das figuras contratuais tipificadas constitui uma operação que apresenta algumas dificuldades³⁵³³⁵⁴.

O Código Civil regula o contrato de prestação de serviços nos respetivos artigos 1154º e ss. definindo-o como o contrato “*em que uma das partes se obriga a proporcionar a outra certo resultado do seu trabalho intelectual, com ou sem retribuição*”. Podemos, então, entender que está subjacente à definição deste contrato uma noção de independência do prestador de serviços, que terá de apresentar posteriormente “um certo resultado”. Ao contrário do que acontece no trabalho, o contrato de prestação de serviços não constitui a própria atividade mas sim um determinado “resultado” dessa atividade³⁵⁵. Assim, há que enquadrar esse “resultado” preceituado no artigo 1154º Código Civil de forma adaptada ao contrato médico, que se reporta ao tratamento, aos cuidados de saúde do paciente e, não necessariamente à obtenção de um

³⁵³Por outro lado, há sistemas jurídicos que regulam o contrato de prestação de serviço médico. Entre eles, destacam-se os Países Baixos e a Alemanha. É importante ressaltar, que desde 2013, o ordenamento jurídico alemão incorporou no respetivo Código Civil, especificamente no contrato de tratamento, três artigos que regulamentam minuciosamente a informação e os esclarecimentos a serem fornecidos ao paciente. Cfr. CASTELO, Higinia (2021) - Informação e consentimento informado. p.152.; Neste sentido ver ainda FARELA, Helga Fabíola da Fonseca (2016) - O contrato de prestação de serviços médicos (treatment) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu. In JULGAR. Nº28. pp.2 e ss.

³⁵⁴Figueiredo Dias, Sinde Monteiro e Carlos de Ferreira de Almeida defendem a tipificação de um contrato de prestação de serviços no ordenamento jurídico português. Cfr. DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Sinde (1984) - Responsabilidade Médica na Europa Ocidental. Considerações de “lege ferenda”. In Separata da Revista Scientia Iuridica. XXXIII. p. 12; ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.88. André Dias Pereira concorda e considera desenquadrado o facto de o direito regular de forma consideravelmente distinta as relações médicas de direito privado face às relações direito público no mesmo contexto, uma vez que, tipicamente, os tratamentos médicos em Portugal são realizados simultaneamente em unidades privadas e públicas. Assinala, particularmente, as grandes diferenças que se verificam consoante a responsabilidade pelo médico seja em sede civil e em sede administrativa. O réu ali será o médico e aqui o hospital. A jurisdição no primeiro caso é a comum, na segunda a administrativa. E o regime que se aplica de um lado é Código Civil, em especial os artigos 798º ss. e do outro o Decreto-Lei n.º Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro de 2007. Cfr. veja-se PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p. 13. Nota 54

³⁵⁵LEITÃO, Luís Menezes (2022) - Direito das Obrigações. Vol. III. - Contratos em Especial. 14ª Edição. Reimpressão 2022. Coimbra. Almedina. p.427.

determinado resultado assegurado pelo médico. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça assinalou o seguinte: “[...] o “*resultado*” não é, por norma, a cura em si, mas os próprios cuidados de saúde, ainda que aquela não seja alcançada. O resultado do trabalho médico consiste, em princípio, nos próprios meios utilizados, nas tarefas executadas, com o intuito de alcançar certo efeito final, mesmo que este não seja atingido [...]”³⁵⁶. Neste seguimento, parece claro inferir que o contrato celebrado entre o médico e o paciente se insere na ampla categoria dos contratos de prestação de serviços³⁵⁷.

O contrato de prestação de serviços compreende como modalidades típicas o mandato, o depósito e a empreitada, conforme dita o artigo 1155º do Código Civil, encontrando-se reguladas nos artigos posteriores. Contudo, convém notar que este tipo de contrato constitui uma figura muito ampla que não se esgota naquelas três modalidades típicas, pelo que o artigo 1156º do Código Civil determina que as “*disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviços que a lei não regule expressamente*”³⁵⁸.

É assinalável uma grande proximidade estrutural entre o mandato (artigo 1157º e ss. do Código Civil) e a empreitada (artigo 1207º e ss. do Código Civil). Em ambos os contratos o prestador de serviços obriga-se, essencialmente, a praticar determinados atos por conta de outrem. A distinção é feita através da diferente natureza daqueles. No caso do mandato, praticam-se atos jurídicos, ao passo que com a empreitada são executados atos materiais. Já o depósito (artigo 1185º e ss. do Código Civil) surge como subtipo da prestação de serviços que se obtém por contraposição perante a empreitada. Na empreitada, os atos materiais que o empreiteiro se vincula a executar dirigem-se à realização de uma obra, por indicação do respetivo dono. No depósito, os atos materiais a que o depositário fica adstrito ante o depositante têm em vista guardar e restituir, no seu interesse ou no de terceiro, uma coisa alheia³⁵⁹.

Em primeiro lugar, exclui-se o depósito, uma vez que o contrato médico não envolve a guarda de uma coisa que posteriormente deva ser restituída pelo depositário (cfr. artigo 1185.º

³⁵⁶Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 2016, Proc. 6844/03.4TBCSC.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/7092E60F737A711580257FA2003D995C>

³⁵⁷“*Nas ordens jurídicas em que o contrato de prestação de serviço está legalmente tipificado, a opinião dominante confere-lhe tal natureza*”. Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.85.

³⁵⁸“*O contrato de mandato constitui o arquétipo da prestação de serviços. Nessa medida, o seu regime serve, antes de mais, para regular a generalidade dos contratos que, cabendo no modelo do artigo 1154.º, não estejam especificamente previstos na lei [...]*”. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2020) - Código Civil Anotado. Vol. III - Contratos em Especial. Lisboa. Quid Juris. p. 407.

³⁵⁹GONZÁLEZ, José Alberto (2020) - Código Civil Anotado. p. 406.

do Código Civil). Também não pode configurar um mandato dado que a atividade médica resulta de uma atividade intelectual, independentemente da existência de certos atos jurídicos, nomeadamente, a prestação do consentimento informado do médico, que possam ser praticados na execução do ato médico. Por fim, não se pode considerar o objeto da atividade médica, *i.e.*, o tal “certo resultado” a que se refere o artigo 1154º do Código Civil, como uma obra, uma vez que esta consiste na produção ou transformação de uma coisa³⁶⁰.

Retira-se do exposto que ao contrato médico-paciente aplicar-se-á uma das modalidades do contrato de prestação de serviços não regulada pela lei, de acordo com o artigo 1156º do Código Civil, pois não configura nenhuma das modalidades descritas. Estamos assim perante um *contrato suis generis* que, mesmo acompanhando o regime geral do mandato, com as devidas adaptações, não se encontra regulamentado na lei: trata-se do contrato de prestação de serviço médico³⁶¹.

Desta forma, o contrato de prestação de serviço médico pode-se reconduzir a vários tipos, qualificando-se como contrato socialmente típico (*v.g.* contrato de tratamento, contrato de análises clínicas, contrato de estética). Refira-se que a tipicidade deste contrato não resulta da lei, mas antes por fazer parte da sociedade enquanto categoria autónoma, inserindo-se numa subcategoria da ampla categoria dos contratos de prestação de serviços³⁶² e também se pode inserir na categoria dos contratos isolados, quando não demonstre notas distintivas suficientemente frequentes para lhes conferirem tipicidade³⁶³.

3.1.2. Caraterísticas específicas

³⁶⁰ Contudo, o Autor enumera alguns casos como colocação de próteses, operações estéticas, análises, em que a prestação de serviço médico consiste em (ou inclui) resultados que são próximos dos que caracterizam o contrato de empreitada. Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p. 88.

³⁶¹ A jurisprudência reconhece também esta classificação. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 2007, Proc.nº 07A2334, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008, Proc.nº nº08A183, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de fevereiro de 2011, Proc.nº 674/2001.P1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cf383801be67621b8025785300349f49>

³⁶² Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.88.

³⁶³ VASCONCELOS, Pedro Pais de (1995) - Contratos Atípicos. Coimbra: Almedina. pp.59-64.

Face à aludida falta de tipicidade legal, o contrato de prestação de serviço médico apresenta um conjunto de características merecedoras de referência.

Em primeiro lugar, trata-se de um contrato civil, na medida em que o ato médico constitui um ato exclusivamente civil (cfr. artigo 2º do Código Comercial *in contrário sensu*).

Uma das características importantes deste contrato diz respeito à sua natureza *intuitu personae* que se consubstancia numa relação de confiança entre ambas as partes, essencial para o cumprimento do mesmo. No que diz respeito ao doente, o caráter pessoalíssimo, justifica-se pelas características particulares do médico, sendo estas determinantes para a sua escolha (cfr. artigo 15º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos)³⁶⁴. Com efeito, tal implica também, por outro lado, que o médico disponha de uma relativa liberdade na escolha dos doentes que se propõe a tratar, exceto em casos limites como situações de perigo iminente de vida ou não existindo outro médico com as devidas qualificações a quem o doente possa recorrer (cfr. artigo 16º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

O contrato que se estabelece entre o médico e doente, é também caracterizado por alguma doutrina³⁶⁵ como um contrato de consumo, abrangido pela Lei nº24/96 de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor). Assim, o paciente fica protegido, enquanto consumidor de cuidados de saúde relativamente a serviços prestados profissionalmente pelo médico.

Habitualmente, este contrato é considerado como um contrato duradouro ou de execução continuada, tendo em conta que o cumprimento da prestação que o médico se encontra adstrito, em princípio, não se esgota num único momento temporal. Assim, o período entre a elaboração do diagnóstico até à execução do tratamento é, muitas vezes, longo, dependendo sempre do caso em análise³⁶⁶.

De acordo com o artigo 219º do Código Civil, o contrato médico é um contrato consensual ou não formal, pois não é imposta a observância de qualquer forma para o acordo de vontades da prestação de serviço médico. Na maioria das vezes, as consultas médicas são marcadas não presencialmente, mas por telefone ou pela *internet*. Não obstante, por exigência legal e por

³⁶⁴Estamos perante o princípio da livre escolha. Cfr. DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. p.222.

³⁶⁵Para maiores desenvolvimentos acerca do contrato de prestação de serviço médico enquanto contrato de consumo ver PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. 50-51; LEITÃO, Luís M. Teles de Menezes (2002) - O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática. In Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Vol. I. Coimbra. Almedina. p. 28.

³⁶⁶"*Só muito raramente o comportamento debitório assumido pelo médico é de execução instantânea; ao contrário, na esmagadora maioria dos casos a elaboração do diagnóstico e a aplicação de uma certa terapêutica prolongam-se mais ou menos no tempo*". Cfr. DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. pp. 222-223.

precaução, o médico deve requer ao doente o consentimento por escrito para determinadas intervenções³⁶⁷, o mesmo acontecendo com a prestação de certas informações e esclarecimentos indispensáveis ao diagnóstico e ao tratamento. A necessidade deste formalismo justifica-se pelo eventual conflito que possa surgir entre o médico e o doente em relação à qualidade da prestação médica efetuada. Assim, constitui um elemento probatório a que o profissional de saúde poderá recorrer de forma a eliminar dúvidas sobre o cumprimento de determinadas obrigações que sobre ele impendem.

Carateriza-se, por via de regra, como um contrato oneroso, uma vez que ambas as partes assumem um sacrifício patrimonial, que consideram ser equivalente: “*o médico despende a sua energia, conhecimentos e experiência, em prol dos cuidados de saúde que o doente carece, em troca do pagamento de um montante pecuniário que cobrirá o valor daquele esforço, o doente satisfaz uma obrigação pecuniária, cujo montante corresponde à assistência recebida*”³⁶⁸. Na maioria dos casos, esta característica da onerosidade tende a ocorrer, pois, em geral, o paciente deve pagar ao médico os honorários pelo serviço prestado (cfr. artigo 50º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos). Ademais, presume-se a onerosidade deste contrato por estarmos perante atos que o médico pratica no exercício da sua profissão (cfr. artigo 1158º n.º 1 do Código Civil). Contudo, não significa que assim seja necessariamente (cfr. artigo 51º, nº4 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos). A título de exemplo, a prestação de cuidados médicos relativamente aos seus colegas e a pessoas de família deve ser gratuita (cfr. com artigo 54º do referido diploma).

Por fim, no que respeita à corresponsabilidade, o contrato médico-paciente é, em princípio, um contrato sinalagmático ou bilateral, na medida em as obrigações principais que o caracterizam encontram-se ligadas um nexo de reciprocidade. Como tal, o médico vincula-se a prestar assistência qualificada e o paciente obriga-se a pagar-lhe uma retribuição pelos serviços que lhe são prestados³⁶⁹.

³⁶⁷É frequente, no âmbito de atos médicos de maior relevância, o profissional de saúde requerer o consentimento escrito, sob a forma de um formulário. Normalmente, este é constituído por um conjunto de impressos que o paciente se limita a preencher com dados pessoais e a assinar. As declarações inseridas neste tipo de formulários fazem parte do processo formativo do contrato de serviço médico, integrando-se no conceito de cláusulas contratuais gerais, aplicando-se-lhes, pelo menos nesses casos, o respetivo regime. (Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos DL 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, 323/2001, de 17 de dezembro, e 32/2021, de 27 de maio). Cfr. CASTELO, Hígina (2021) - Informação e consentimento informado. p.148.

³⁶⁸PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. pp.70-71.

³⁶⁹DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. p.223.

3.1.3. Modalidades contratuais em função da natureza dos contraentes

3.1.3.1. Relações de direito público

As relações de Direito Público surgem sempre que o paciente recorre aos cuidados do Serviço Nacional de Saúde, quer por meio de consulta em centro de saúde deste prestador de cuidados, quer através de uma consulta hospitalar de especialidade ou por internamento nos hospitais públicos. Ora, no que concerne à qualificação da relação existente entre o paciente e unidades públicas de saúde podemos identificar duas teses.

Tal relação pode mostrar-se, de acordo com a doutrina³⁷⁰ e a jurisprudência³⁷¹ dominantes, como relação de serviço público, de acordo com o critério do enquadramento institucional. O acolhimento desta teoria leva a que se apliquem as regras da responsabilidade extracontratual do Estado e outros entes públicos, por entender que os atos praticados pelos médicos no exercício de funções públicas e sob normas de direito público são, efetivamente, atos de gestão pública. A referida tese passou a ser acolhida no ordenamento jurídico português com a entrada em vigor da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, que regula a responsabilidade civil extracontratual do estado e das demais entidades públicas.

Em oposição a este entendimento, outra parte da doutrina defende a tese contratual³⁷². Os defensores da referida tese caracterizam a relação entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde como uma relação de confiança, pelo que a natureza contratual é a mais

³⁷⁰AMARAL, Freitas do. (1991) - Natureza Da Responsabilidade Civil Por Atos Médicos Praticados Em Estabelecimentos Públicos de Saúde. In Direito Da Saúde e Da Bioética. Lisboa: AAFDL Editora. pp. 123-131.

³⁷¹Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de janeiro de 2014, Proc. nº 0445/13, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument> nos termos do qual se entendeu que “A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”; Na mesma linha ver acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de junho de 2011, Proc.nº0762/09, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9b01dd016ca73d8d802578b2004b4bd3?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de abril de /2004, Proc.nº 0982/03, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c14702bdbddcd6f780256e83004b0b9c?OpenDocument>

³⁷²DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde Monteiro (1984) - Responsabilidade Médica. pp.35-36; DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. p.238.

apropriada para qualificar tal relação. Os autores representativos dessa corrente doutrinal afirmam que “(...) *não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí a clínica privada*”, salientando haver somente responsabilidade contratual da própria organização hospitalar, por atos dos auxiliares no cumprimento, por força do artigo 800º nº1 do Código Civil³⁷³. Para apoiarem a sua tese, sustentam ainda que tal relação contratual se baseia no contrato de adesão, ou então nas relações contratuais de facto na sua vertente de relações de massas, resultantes de um comportamento social típico.

Quanto a esta questão reiteramos a posição da tese dominante, uma vez que a adstrição do paciente a um determinado estabelecimento de saúde não se funda na liberdade de escolha do contratante, mas somente de acordo com organização geográfico-administrativa das unidades prestadoras de serviço médico, bem como da incumbência do Estado de prestar³⁷⁴.

Face ao objeto de estudo da presente dissertação, a relação estabelecida entre o paciente e as unidades de saúde públicas serão excluídas do mesmo atendendo à sua natureza de direito público. No entanto, afigura-se importante fazer uma breve referência sobre o regime aplicável a esta relação e o entendimento da doutrina quanto a esta.

3.1.3.2. Relações de direito privado

A prestação de serviço médico sempre se traduziu na ideia tradicional do paciente que se dirige ao consultório do médico profissional liberal e daí nasce um contrato entre as partes³⁷⁵. Este contrato celebrado diretamente entre o paciente e o médico constitui, segundo Ferreira de Almeida, a primeira modalidade contratual do contrato de prestação de serviço médico³⁷⁶, onde os intervenientes são o médico enquanto profissional liberal e o doente, como utente de serviços. Nesta modalidade, o médico é o único responsável pelo cumprimento defeituoso das suas

³⁷³Cláudia Monge vai mais longe na sua tese aplicando o modelo contratual seja às relações entre o paciente com o estabelecimento profissional de saúde, como também às relações entre o profissional de saúde com o paciente. Cfr. MONGE, Carla (2013) - Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Policiais. pp.6-7.

³⁷⁴RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.38.

³⁷⁵DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. pp.221-222.

³⁷⁶ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.89.

obrigações (artigo do 798º do Código Civil), pelo que assume, também, a responsabilidade pelos atos praticados pelos seus auxiliares (artigo 800º do Código Civil)³⁷⁷.

Contudo, o paradigma outrora corrente do contrato médico tem vindo, progressivamente, a ser modificado pela realidade atual, assente no facto de o paciente ter à sua disposição um vasto leque de opções no que respeita a instituições prestadoras de cuidados de saúde. Há hospitais privados, grandes clínicas, consultórios partilhados, sociedades de médicos, companhias de saúde, entidades empregadoras... Esta progressiva densificação da rede de estabelecimentos privados de saúde, bem como a crescente massificação dos recursos dos mesmos em determinadas circunstâncias pode determinar um afastamento na relação entre o paciente e o médico criando uma distorção da natureza *intuitu personae* que caracteriza o contrato³⁷⁸. Consequentemente, estamos perante um quadro jurídico de maior complexidade em função da natureza dos intervenientes que constituem a relação médica, que iremos de seguida analisar.

Deste modo, Ferreira de Almeida refere o contrato com base na relação entre a clínica³⁷⁹ e o doente enquanto segunda modalidade do contrato de prestação de serviço médico. Assim, em determinadas situações, o contraente é a própria clínica, *i.e.*, uma unidade de prestação de serviços de saúde, independentemente do objeto que prossiga e da forma de organização empresarial ou jurídica que assuma³⁸⁰. A qualificação desta segunda modalidade de contratos divide-se em hipóteses ou sub-modalidades contratuais que estão dependentes dos serviços contratualizados com a clínica.

Assim, a primeira delas denomina-se de “*contrato total*” e surge quando a clínica assume diretamente a prestação de atos médicos, como também o internamento do paciente. Trata-se de um contrato misto (artigo 405º, nº2 do Código Civil) dado que abarca, tanto um contrato de prestação de serviço médicos e também um contrato de internamento. Adverte-se que este último é, em si mesmo, também um contrato misto, no sentido em que pode integrar, para além do contrato de locação do espaço de internamento, um contrato de compra e venda de

³⁷⁷PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.591.

³⁷⁸PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.589.

³⁷⁹Por razões de comodidade expositiva, utilizaremos daqui em diante o termo “clínica” para nos referirmos a todo e qualquer estabelecimento privado de saúde que não se restrinja ao médico profissional liberal, incluindo clínicas privadas, hospitais privados, entre outros.

³⁸⁰Para maiores desenvolvimentos ver ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. pp.85-98.

medicamentos, o contrato de empreitada que se traduz na confecção de alimentos ao longo do internamento, entre outros.

No que respeita à qualificação da relação do médico com a clínica, o primeiro está vinculado ou por um contrato de prestação de serviços ou por um contrato de trabalho, dependendo da existência de independência ou de subordinação jurídica por parte do médico.

Nesta primeira sub-modalidade, a clínica é contratualmente responsável pelos atos praticados pelo profissional de saúde, de acordo com o artigo 800º, nº 1 do Código Civil³⁸¹. Neste contexto, o médico, tal como os restantes profissionais de saúde, nomeadamente, enfermeiros, auxiliares da ação médica, constitui também um auxiliar no cumprimento da obrigação contraída pela clínica. No entanto, adverte-se que o médico poderá responder em sede de responsabilidade extracontratual, na medida em que os respetivos pressupostos se encontrem preenchidos.

Mais recentemente admite-se a existência de um contrato total com escolha de médico³⁸². Neste tipo de contrato o paciente pretende que determinado ato médico seja realizado por um médico específico com o qual contrata diretamente o pagamento adicional de alguma ou algumas prestações. A clínica encontra-se contratualmente obrigada a realizar as prestações adequadas às terapêuticas do paciente e à assistência médica acordada. O médico, por sua vez, tem o dever de prestar a assistência médica contratada, tendo direito a honorários autónomos. Neste tipo de contratos, a clínica responsabiliza-se pelos danos ocorridos, incluindo aqueles que decorram da assistência médica e dos danos provocados pelo médico escolhido pelo paciente.

Por outro lado, identifica-se uma hipótese distinta das anteriores denominada de “*contrato dividido*”, nos termos do qual a clínica é encarregue pelas obrigações decorrentes de um contrato de internamento, sendo responsável pelos serviços que daí decorrem (hospedagem, cuidados paramédicos, entre outros), coexistindo um contrato de prestação de serviço médico celebrado entre o paciente e o médico, de forma direta. Neste caso, há aqui dois contratos distintos, pelo

³⁸¹O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de agosto de 2020, Proc.n.º148/14.4TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument> afirma o seguinte: “*Havendo sido celebrado um "contrato total", é o Hospital que responde por todos os danos verificados. De acordo com o art. 800.º, o Hospital responde pelos atos dos seus auxiliares, que nenhuma relação contratual mantêm diretamente com o paciente.*”

³⁸²CABANELAS, Fernando Manuel Barroso (2018) - Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 15. Nº29. p. 92.

que o médico age de forma autónoma e não como auxiliar da clínica. Assim, o médico nada tem que ver com o contrato de prestação de serviços celebrado com a clínica.

Como tal, neste tipo de contratos, a responsabilidade é dividida nos exatos termos acordados no contrato: a clínica responde no tocante aos serviços de internamento que preste ao paciente, incluindo-se aqui os seus órgãos, representantes e auxiliares (artigo 800º do Código Civil); ao passo que o profissional de saúde contratado responde tanto pelos seus actos médicos (artigo 798º do Código Civil), como também pelos atos das pessoas a que recorre para que o tratamento seja realizado (artigo 800º do Código Civil).

Por fim, a última sub-modalidade designada de “*contrato exclusivo*” inclui somente o contrato de prestação de serviço médico que terá de ser executado por um ou mais médicos, excluindo-se a parte relacionada com o internamento. Neste tipo de contrato, encontramos frequentemente os médicos vinculados em regime ambulatorio ao serviço da clínica. Esta prática consiste na prestação de consultas, exames e tratamento ambulatorio ao abrigo de um contrato de prestação de serviços. Muito à semelhança da primeira modalidade do contrato de prestação de serviço médico, o contrato é celebrado diretamente com o médico, a atividade médica é desenvolvida e executada por este, contudo a obrigação de prestação de serviços é assumida pela clínica.

Assim sendo, recai sobre a clínica a responsabilidade pelos atos praticados pelos médicos que violem as obrigações contratuais, nos termos do nº 1 do artigo 800º Código Civil e, não sobre os restantes funcionários relacionados com as questões do internamento.

Por seu turno, o paciente pode não ser parte da relação contratual. Estamos, pois, perante a terceira modalidade contratual. Assim sucede quando o ato médico surge no contexto das relações laborais, seja no âmbito da medicina do trabalho, seja por força de obrigações assumidas pelas empresas no que respeita a outros cuidados de saúde prestados aos seus trabalhadores e, por vezes, aos familiares destes. Nestas situações, a relação contratual de prestação de serviços médicos estabelece-se entre a empresa e o médico, nos termos da qual se configura um contrato a favor de terceiro ou terceiros, incluindo-se, neste caso, trabalhadores ou eventualmente familiares.

Pode, ainda, acontecer o médico acordar apenas com a empresa as condições em que se obriga a celebrar contratos com pessoas indicadas pela empresa. O contrato entre o médico e a empresa, neste caso, será um contrato preliminar a favor de terceiro. Em relação aos doentes,

o médico, posteriormente, celebra um contrato definitivo nas condições acordadas no contrato preliminar.

Por seu turno, o autor refere-se à modalidade clínica-empresa, na qual o contrato médico é celebrado entre empresas e clínicas a favor de trabalhadores, mas os intervenientes no ato médico são o médico e o paciente. A quarta modalidade, de acordo com Ferreira de Almeida, assume-se “*como variante – ainda mais complexa – da modalidade anterior*”, integrando “os contratos (total, de hospitalização ou de simples prestação de serviço médico)”, destacando que as relações se estabelecem agora entre os quatro protagonistas clínica, empresa, médico e doente.

O contrato médico pode surgir também no âmbito de um seguro privado de saúde, nos termos do qual o paciente celebra um contrato de seguro com uma empresa seguradora, apesar de verificar a existência de uma relação pessoal entre o médico e o paciente³⁸³. Os pacientes que celebram seguros de saúde utilizam frequentemente os serviços médico-sociais de direito privado, designadamente os SAMS (Serviço de Assistência Médico-Social do Sindicato Bancário MAIS), a PT-ACS (PT Associação de Cuidados de Saúde), os IOS dos CTT (Instituto de Obras Sociais), a Sâvida/EDP e as CPAS (Caixa de Previdências dos Advogados e Solicitadores). O seguro privado de saúde pode compreender diferentes modalidades (artigo 123º, nº2 do Decreto-Lei nº94-B/98 de 17 de abril): regime de prestações convencionadas; regime de prestações indemnizatórias; regime de sistema misto, que combina os dois regimes anteriormente aludidos³⁸⁴.

Na primeira modalidade também conhecida como sistemas de assistência, a seguradora dispõe de uma rede de prestadores de cuidados de saúde, designada por rede convencionada a que o utente, *i.e.*, o segurado, utiliza, pagando somente uma parte do preço com o respetivo cuidado recebido. O preço restante será suportado pela entidade seguradora, que o liquidará diretamente ao prestador.

Coloca-se, neste âmbito, a questão de saber se não deverá a seguradora ser solidariamente responsável pelos danos ilicitamente causados, quando o prestador dos serviços médicos foi por si indicado. Neste caso, Dias Pereira³⁸⁵ configura aqui duas hipóteses. A primeira hipótese será que de acordo com a doutrina da *culpa in eligendo*, a seguradora responde

³⁸³PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. pp.593-595.

³⁸⁴CABANELAS, Fernando Manuel Barroso (2018) - Responsabilidade Civil. p. 90.

³⁸⁵PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.594.

solidariamente pelos danos causados ilicitamente pelo prestador de cuidados de saúde que esta tenha indicado. Configura, por outro lado, um relacionamento entre o médico e a entidade seguradora no âmbito de uma relação de complementaridade, especialmente no caso de o pagamento ser feito direta e totalmente pela seguradora ao médico. Como isto, pretende o autor afirmar que não obstante o médico gozar de autonomia técnica e estar protegido pelo princípio deontológico da independência profissional, importa atender que este surge no plano externo face ao doente como um mero auxiliar da seguradora, que constitui o efetivo sujeito jurídico que contrata com o cidadão. Assim, a seguradora é responsável pelos danos resultantes de uma ação culposa daquela entidade auxiliar, de acordo com o preceito 800º do Código Civil.

Das duas hipóteses refira-se que a primeira solução parece fragilizar-se face a uma oferta plural e suficientemente alargada, composta por vários profissionais médicos, em que a escolha do médico remete para a esfera jurídica do utente a responsabilidade por opção. Já a segunda solução proporciona uma proteção acrescida do paciente, que, na verdade, não escolheu o seu médico, tornando-se a seguradora responsável pela escolha, vigilância e controlo de qualidade dos médicos.

No regime de prestações indemnizatórias também conhecido por sistema de reembolso³⁸⁶, ao contrário da primeira modalidade, o utente decide livremente qual o prestador a que pretende recorrer e, ainda, paga a totalidade das despesas em relação aos cuidados de saúde recebidos, sendo *a posteriori* reembolsado de uma parte delas pelo segurador. Nestas hipóteses, a seguradora apenas poderá ser responsabilizada na hipótese desta ter uma lista de médicos recomendados, podendo, então, incorrer em responsabilidade civil por informações, nos termos dos artigos 483º e 485º, nº2 do Código Civil.

Por fim, a terceira modalidade de seguros de saúde consiste na combinação das duas anteriormente mencionadas, aplicando-se as considerações sobre elas já expostas.

3.1.4. Direito aplicável

³⁸⁶CABANELAS, Fernando Manuel Barroso (2018) - Responsabilidade Civil. p. 91.

No que concerne à aferição do conteúdo do contrato em análise é necessário relembrar determinados aspetos caracterizadores deste tipo de contratos. Consideremos, antes de mais, que o contrato de prestação de serviço médico é um contrato marcado pelo princípio da liberdade de forma, consagrado no artigo 219º do Código Civil. Como tal, na prática corrente, este é normalmente realizado oralmente ou ainda tacitamente. Consequentemente, é habitual que não seja acompanhado de detalhadas negociações prévias pelo que não existe um verdadeiro estabelecimento do conteúdo do contrato pelas partes (artigo 405º do Código Civil), facto este aliado ainda à relação de confiança que o configura.

Verifica-se, portanto, que a definição do conteúdo deste contrato socialmente típico é, logicamente, feita pela doutrina com recurso ao mecanismo da integração contratual previsto no artigo 239º do Código Civil. Antes de se proceder ao apuramento da vontade hipotética das partes, a referida norma prevê em caso de lacuna do contrato que se deverá procurar, em primeiro lugar, a “disposição especial” relativa ao contrato.

Neste contexto, Ferreira de Almeida³⁸⁷ explica que se deve atender a uma sequência de “*degraus*” no que concerne à aplicação da primeira modalidade de integração do contrato de prestação de serviço médico. Pois bem, em primeiro lugar, atende-se às regras legais obrigatórias, nomeadamente, as que sejam impostas por regulamentação diversa, nomeadamente, pelas normas da profissão médica, e de defesa dos consumidores, bem como ainda pelas normas relativas aos direitos e deveres aos pacientes. Refere-se, a título exemplificativo, as normas de direito internacional, de direito comunitário e da Constituição da República Portuguesa, bem como outras que resultam de leis ordinárias e diplomas avulsos, tal como, a Lei de Bases da Saúde, as normas de direito do consumidor, quando regulamentam o direito da saúde. Em segundo lugar, aplica-se o costume, as normas deontológicas e os usos, pressupondo que não contrariem as normas legais imperativas³⁸⁸. Por último, são extensivas ao contrato médico as normas que regulamentam o contrato de mandato ou o contrato de empreitada. Assim, de acordo com o artigo 1156º do Código Civil, aplicam-se as disposições relativas ao mandato, mas a norma pressupõe que se façam as necessárias adaptações. Note-se, que a aplicação das regras da empreitada é justificada quando determinado aspecto o

³⁸⁷ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. pp.99-101.

³⁸⁸A integração destes componentes tem de atender a um conjunto de regras. São elas: “*que o costume praeter legem seja aceite como fonte de direito colocada ao mesmo nível hierárquico das normas legais supletivas; que se qualifiquem as normas deontológicas emitidas pela Ordem dos Médicos como normas corporativas; que se admita a natureza normativa de certos usos e que a remissão do art. 239, 1ª parte, os possa incluir.*” Cfr.ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.100.

contrato de prestação do serviço médico demonstre maior proximidade com o modelo legal da empreitada do que com o do mandato³⁸⁹.

3.1.5. Conteúdo da relação obrigacional

O contrato médico perspectiva-se como uma relação obrigacional complexa, composta por uma multiplicidade de direitos e deveres principais e secundários do médico, bem como do paciente. O programa obrigacional é delineado em função da consecução do “fim do contrato”, uno e comum a ambas as partes, que se modifica em função da sua satisfação. Este materializa-se na consecução da cura do paciente, na melhoria do seu estado de saúde ou na atenuação do seu sofrimento³⁹⁰.

Cabe, seguidamente, referir os deveres obrigacionais que incidem sobre as partes num contrato de prestação de serviços. Procuraremos, somente, fazer uma breve referência uma vez que um maior desenvolvimento ultrapassaria os objetivos deste trabalho.

3.1.5.1. Deveres contratuais do médico

O médico obriga-se, face ao paciente, a uma série de prestações e são estas que dão conteúdo ao contrato.

A obrigação nuclear do médico perante o paciente é o dever de tratamento, prestação que se traduz em *“fornecer ao paciente a assistência médica necessária para a cura, diminuição do sofrimento ou prolongamento da sua vida, empregando todos os conhecimentos, técnicas e instrumentos disponíveis”*³⁹¹. Como foi referido *supra* o contrato médico é um contrato de execução continuada, cuja prestação será determinada à *posteriori* e não na altura da celebração do contrato, pelo que o tratamento médico consiste numa obrigação genérica, sendo

³⁸⁹PEREIRA, André Dias (2004) “O Consentimento Informado. p.14.

³⁹⁰PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.73.

³⁹¹RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico. p.39.

posteriormente estabelecida em função do objetivo a atingir. Trata-se, pois, de um contrato de particularização sucessiva da prestação característica (cfr. com artigo 400º do Código Civil). Assim sendo, cabe ao médico determinar a prestação principal do contrato juntamente com uma eventual cooperação do paciente, devido à natureza que este contrato acarreta³⁹². Por outras palavras, o médico, ao longo do tratamento, auto-vincula-se a desempenhar determinada prestação e, como tal, responde pela mesma prestação que ele mesmo determinou, de acordo com as *leges artis*. Porém, tal não significa um vínculo a uma obrigação de resultado. Assim, o médico apenas não responde pelo resultado final da prestação, mas sim pela adequação da escolha do tratamento³⁹³. Com efeito, o médico, depois de realizado o diagnóstico, deverá escolher o tratamento de acordo com critérios de equidade e de razoabilidade³⁹⁴.

Por sua vez, ao lado da obrigação principal supramencionada, nascem muitos outros deveres secundários ou acessórios de conduta³⁹⁵, que encontram a sua matriz no princípio da boa fé³⁹⁶. Entre eles estão, o dever de elaborar o processo clínico que contém o quadro clínico presente e o historial clínico do paciente, os procedimentos adotados, bem como a avaliação

³⁹²“Na generalidade dos contratos, as prestações ficam determinadas logo no momento da formação do contrato. Em alguns outros porém sucede que alguma ou algumas ou ambas as prestações sofrem alterações à medida da sua execução, através de acordos complementares. É o que sucede precisamente em certos contratos de execução continuada, como os de prestação de serviço e de empreitada. Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.107.

³⁹³Sendo a obrigação de meios a regra, naturalmente que a obrigação de resultados constitui a exceção. Aderimos à posição de Carla Gonçalves a qual defende a aplicação da lógica do sistema enquanto exceção à obrigação de meios. A autora questiona, portanto, se a obrigação de resultados decorre da liberdade contratual das partes ou da aplicação da lógica do sistema. Desta aplicação resulta que o profissional de saúde não terá a possibilidade de afastar a obrigação de resultados quando ela exista em termos gerais. Cfr. GONÇALVES, Carla (2005) - A Responsabilidade Médica Objetiva. In Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora. p.363. Nota 10. Em termos jurisprudenciais, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008, Proc. n.º 08A183, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument> relativamente à distinção entre obrigação de meios e de resultado na responsabilidade médica: “IV - No caso de intervenções cirúrgicas, em que o estado da ciência não permite, sequer, a cura mas atenuar o sofrimento do doente, é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios, mas se o acto médico não comporta, no estado actual da ciência, senão uma ínfima margem de risco, não podemos considerar que apenas está vinculado a actuar segundo as *legis artis*; aí, até por razões de justiça distributiva, haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.”.

³⁹⁴ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. pp.107-109.

³⁹⁵ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2015, Proc.n.º1263/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> que determina o seguinte: “Na relação contratual entre médico e paciente, a par de deveres de prestação com vista a atingir um determinado resultado, coexistem outros deveres de conduta articulados entre si de forma orgânica e igualmente orientados para o mesmo objetivo. É que as obrigações decorrentes da prestação de serviços médicos caracterizam-se pela designada “relação obrigacional complexa” ou “relação obrigacional em sentido amplo”, em que coabitam deveres laterais, alguns dos quais persistem mesmo após a extinção da relação contratual e que, mesmo que não incluídos no clausulado do contrato ou em norma legal expressa, encontram no princípio geral da boa fé a sua razão de ser”.

³⁹⁶PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.75.

peçoal do médico no que concerne ao estado de saúde do paciente. Assinala-se também, entre outros, o dever de observar o sigilo, o direito à proteção dos dados pessoais do paciente e, ainda, o dever de proteção de doentes, que surge sempre que exista o perigo de sofrer danos colaterais. O dever de informação³⁹⁷ e de esclarecimento, integrantes do processo comunicacional na prestação de ato médico, não se confundem, sendo perfeitamente exequível a sua diferenciação a nível conceptual, nos termos da qual, “o primeiro pressupõe um cumprimento espontâneo por parte do devedor, o segundo refere-se ao dever de prestar informações no seguimento de questões colocadas pelo credor da informação”³⁹⁸. A obrigação de esclarecimento situa-se precisamente entre a obrigação de transmitir a informação e o dever de obter o consentimento. Estes três últimos deveres têm de ser cumpridos mediante linguagem clara e perceptível ao paciente em concreto³⁹⁹.

Numa relação médica de natureza contratual, pode acontecer que as declarações pelas quais se dá cumprimento à obrigação principal, na qual o médico propõe um ato médico e compromete-se a realizá-lo, são as mesmas que as que dão cumprimento aos deveres laterais e acessórios, deveres legais de informação e de obtenção do consentimento informado e que incluem necessariamente a descrição do ato médico proposto, possíveis riscos e efeitos adversos. Exemplificando, o acordo entre o profissional de saúde e o paciente para a realização de um ato médico intrusivo não urgente surge frequentemente no âmbito de uma relação contratual, porém tem autonomia relativa a ela constituindo um novo contrato. Habitualmente, neste tipo de situações sucede haver coincidência entre o consentimento enquanto aceitação contratual e o consentimento enquanto causa de justificação para a intervenção clínica. Nesse caso, não se deve confundi-los⁴⁰⁰. E, mesmo no caso, em que existe uma separação de facto

³⁹⁷A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça propugna que o dever contratual de informação é uma consequência do princípio da boa fé. Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junho de 2015, Proc. 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument> que afirmou o seguinte: “Além disso, o Tribunal considerou que é o princípio da boa-fé que justifica a imposição ao médico, no decurso de um contrato de prestação de serviços médicos, de um dever de informar o paciente da situação clínica deste, dos tratamentos e terapêuticas aconselhados à referida situação e dos riscos que os mesmos comportam.”; No mesmos termos vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017, Proc: 23592/11.4T2SNT.L1.S1, acessível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d9767a1df7ff6495802581cd0035c593?OpenDocument>

³⁹⁸Cfr. SILVA, Eva Sónia Moreira da (2003) - Da responsabilidade pré- contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra. Almedina. p. 70. Nota de rodapé 160 ; GOMES, Carla Amado (2013) - *With great power comes great responsibility*: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Instituto de Ciências Jurídico Policiais. Lisboa. pp.65-66.

³⁹⁹RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.40.

⁴⁰⁰“A obrigação de prestação de consentimento informado representa uma obrigação autónoma face à obrigação contratualmente assumida”. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico. p.549.

entre umas declarações e outras, as declarações de informação e de obtenção do consentimento informado reportam-se ao ato médico, constituindo o objeto imediato do contrato. Ressalve-se que o facto de ser assinado um “formulário de consentimento informado” num momento subsequente não determina que o consentimento informado não tenha sido oral nem prévio, nem que o contrato de prestação de serviço não se considere posteriormente reduzido a escrito em parte das suas cláusulas. Do exposto retira-se que a informação prestada pelo profissional de saúde destinada à obtenção do consentimento informado para dado ato médico, além de constituir um dever legal, constitui também, muitas vezes, uma declaração contratual conformadora da prestação do profissional de saúde⁴⁰¹.

3.1.5.2. Deveres contratuais do paciente

Do lado do paciente ou de quem contrata a seu favor, o dever principal consiste, em princípio⁴⁰², no pagamento de honorários devidos ao médico, de acordo com os critérios definidos no Código Deontológico da Ordem dos Médicos (artigo 51º e seguintes).

Contudo, o conteúdo obrigacional a cargo do beneficiário da prestação médica não se esgota na retribuição, pois o princípio da boa-fé impõe-lhe a adoção de outros comportamentos, os deveres acessórios. Estes deveres surgem no contexto de permitir o cumprimento da obrigação que recai sobre o médico⁴⁰³. Assim, incumbe ao paciente o dever de informar os profissionais de saúde, fornecendo todas as informações relevantes para realizar um correto diagnóstico e uma terapêutica adequada. Emerge igualmente o ónus de cooperação que se materializa no cumprimento do tratamento prescritos e exatamente da forma que o médico estipulou e pelo paciente livremente aceites, sem interrupções injustificadas. A falta de colaboração do doente ou a colaboração insuficiente podem gerar consequências para este, nomeadamente, a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por uma atuação técnica incorreta. Assim, de acordo com o disposto no artigo 570º do Código Civil, caso a atuação médica cause danos ao paciente, devido à sua falta de cooperação culposa, pode ser posto em causa o

⁴⁰¹CASTELO, Hígina (2021) - Informação e consentimento informado. pp.145-146,149, 152.

⁴⁰² “(...) a gratuidade não descaracteriza o contrato, porque para a sua qualificação como contrato de prestação de serviço é indiferente que haja ou não retribuição (art.1154º do CC).” Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis. p.114.

⁴⁰³PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.82.

ressarcimento que venha a ser reclamado. A atuação anterior também pode gerar a possibilidade de o médico recusar a assistência ou a prática de um ato médico, com exceção de situações de perigo para a vida ou para a integridade física do paciente⁴⁰⁴.

Recai, ainda, sobre o paciente o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde e, entre outros, o dever de suportar o custo dos encargos que resultam da prestação de cuidados de saúde⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p. 225; PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.82.

⁴⁰⁵PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.330.

4. Responsabilidade civil médica

4.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: considerações iniciais

Quando no exercício da sua profissão o médico pratique um ato⁴⁰⁶ que atente contra interesses juridicamente protegidos do doente pode resultar para o seu autor diferentes espécies de responsabilidade, dependendo do grau de reprovação atribuído ao comportamento. Não obstante, o objeto de estudo centra-se apenas na responsabilidade civil, como tal, iremos tecer algumas considerações em torno desta, não abrangendo todas as possíveis⁴⁰⁷. Este instituto distingue-se dos restantes pela sua função de reparação de danos sofridos por terceiro⁴⁰⁸.

Do brocado latino *ubi commoda, ibi incommoda*, retira-se o princípio geral de direito que afirma que os prejuízos são suportados por quem os sofre⁴⁰⁹. Ora, excecionalmente, por via da aplicação do instituto da responsabilidade civil resulta o nascimento de uma obrigação de indemnização na esfera jurídica do lesante (devedor para este efeito). Esta tem como propósito eliminar as consequências negativas derivadas do comportamento daquele para o lesado (credor para este efeito).

A responsabilidade civil é, tradicionalmente, uma fonte da obrigação de indemnizar, da qual se retira uma finalidade de natureza reparadora ou ressarcitória, por força do princípio geral

⁴⁰⁶ Acolhemos a seguinte definição de ato médico genericamente empregue pela doutrina e jurisprudência: “*constitui acto médico a atividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades*”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008, Proc. nº08A183, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.13

⁴⁰⁷ Referimo-nos em primeiro lugar, à responsabilidade disciplinar dos médicos, que se desdobra na responsabilidade disciplinar dos profissionais e na responsabilidade disciplinar administrativa. A primeira abrange todos os médicos, enquanto membros profissionais de uma corporação e resulta dos atos que possam comprometer a disciplina da instituição. Já a segunda, aplica-se aos médicos integrados no Sistema Nacional de Saúde, estando em causa o prejuízo causado pelo funcionário ao regular funcionamento do serviço. Incluímos, também, aqui a responsabilidade penal ou criminal. Ou seja, no caso de o comportamento profissional do médico atentar contra valores estruturantes, nos quais se alicerça a vida em sociedade, preenchendo um ou mais tipos legais de crimes previstos. Cfr. PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. pp.44-46.

⁴⁰⁸ PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.46.

⁴⁰⁹ GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado - Vol. II - Direito das Obrigações. Lisboa: *Quid Juris*. p.160.

da reconstituição natural, previsto no artigo 562º do Código Civil. Nos termos deste preceito, dá-se preferência à recriação da situação que hipoteticamente existiria caso esse comportamento não tivesse ocorrido. Frustrando-se essa possibilidade, recorrer-se-á a atribuição de uma compensação por equivalente pecuniário subsidiariamente, como forma de compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, conforme estabelecido pelo artigo 566º, nº 1 do Código Civil⁴¹⁰.

O dano, pressuposto fundamental da responsabilidade civil, pode surgir em sede de responsabilidade extracontratual ou contratual⁴¹¹, respetivamente previstas nos artigos 483.º a 510.º e artigos 798.º a 816.º do Código Civil⁴¹².

A responsabilidade civil contratual, designada também de responsabilidade obrigacional, mais corretamente⁴¹³ é a falta de cumprimento das obrigações emergentes de uma relação jurídica obrigacional (contratos, negócios unilaterais ou da lei), prévia à ocorrência do dano. A ilicitude, neste caso, ocorre quando o devedor não cumpre pontualmente a prestação a que se encontra adstrito, seja por incumprimento ou cumprimento defeituoso, resultando danos para o credor⁴¹⁴. A obrigação de indemnizar nesta espécie de responsabilidade pressupõe a “(...) violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico”⁴¹⁵. Deste modo, estamos perante a violação de direitos relativos próprios das obrigações, nomeadamente os deveres

⁴¹⁰Sobre a aplicação desta regra, salientando que a prática dos tribunais foge normalmente do princípio da indemnização em espécie ou reconstituição natural ver PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. pp.762-763.

⁴¹¹“Trata-se de uma distinção com uma remotíssima, longa e profunda história a qual, todavia, hodiernamente, se esbateu ao ponto de a diferença entre ambas residir em pormenores de regime (v.g. O ónus da prova da culpa), que não são suficientes para impedir a unificação. De facto, de uma forma ou de outra, a responsabilidade civil pressupõe a ocorrência de um dano; e a obrigação de tornar o lesado indemne emerge a partir de pressupostos análogos”. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado. p.161.

⁴¹²Todavia, ao lado das modalidades tradicionais de responsabilidade contratual ou obrigacional e de responsabilidade extracontratual e extra-obrigacional surge uma posição doutrinal composta de diversos autores, nacionais e estrangeiros, que admite uma terceira via. Segundo os seus defensores, esta modalidade permite uma melhor equação e análise de alguns casos, aplicando-se assim a responsabilidade por culpa na formação dos contratos, correntemente designada pré-contratual (artigo 227º do Código Civil).Cfr..COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. 14ª edição. Reimpressão. Almedina. pp. 301-312; 540.

⁴¹³Uma parte da doutrina considera que o termo responsabilidade civil contratual é erradamente empregue, preferindo pela designação de responsabilidade civil obrigacional. Esta opção justifica-se dado que a obrigação de indemnizar pode nascer não só de um contrato, como através de um negócio jurídico unilateral ou de um facto que a lei qualifica como gerador de vínculos obrigacionais. Cfr. PEREIRA, Manuel das Neves (2019) - Introdução ao Direito e às Obrigações. 6ª Edição. Coimbra. Almedina. pp. 432 e 433; GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade Civil. Lisboa: *Quid Juris*. p.36; COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. p.539.

⁴¹⁴No que respeita ao não cumprimento é necessário verificar qual a sua causa. É, pois, relevante distinguir se a prestação não foi realizada em consequência de facto do devedor, ou se, pelo contrário, isso derivou de facto do credor ou de terceiro, de um facto natural, ou inclusivamente, da lei. Estas últimas situações são reguladas na lei como não cumprimento não imputável ao devedor (artigos 790º a 797º do Código Civil). Assim, apenas nos casos em que o incumprimento é imputável ao devedor (artigos 798º a 808º do Código Civil) é que haverá responsabilidade contratual, mesmo que essa atribuição decorra apenas do facto de este não ter ilidido a presunção de culpa que lhe é imputada, conforme previsto no artigo 799º, n.º 1, do Código Civil. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. pp.36-37.

⁴¹⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. p. 539.

acessórios de conduta. Já na responsabilidade civil extracontratual, também apelidada de responsabilidade extra obrigacional, delitual ou aquiliana⁴¹⁶, dá-se, sempre que inexistindo uma relação jurídica prévia, esteja em causa a “*violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos*”⁴¹⁷. Aqui inserem-se os direitos subjetivos, normalmente os direitos de personalidade e os direitos reais, incluindo-se também os direitos familiares. Contraposta à anterior categoria, a responsabilidade extracontratual abrange os restantes casos de ilícito civil, ou seja, aqueles em que se verifique a violação de direitos de outrem, disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, incluindo ainda determinadas condutas lícitas danosas. Portanto, o universo extracontratual pressupõe danos surgidos em sede de relações humanas caracterizadas pelo anonimato, pelo que esta abrange aquelas situações em que o titular do direito o pode fazer valer relativamente a todos os membros da comunidade jurídica, no qual não existe qualquer vínculo prévio específico que ligue o lesante ao lesado. Por seu turno, no âmbito das relações creditórias, face à eficácia meramente relativa ou interpartes, nas hipóteses de violação do direito do credor, este apenas pode deduzir o pedido indemnizatório à contraparte, ou seja, ao devedor⁴¹⁸.

Apesar de o Código Civil apresentar separadamente a regulação da matéria atinente à responsabilidade, ambas partilham alguns pontos comuns. Desde já, o regime dos efeitos de ambas as variantes de responsabilidade civil é único, sendo tratado como obrigação de indemnização (artigos 562º e seguintes do Código Civil). Este abrange o critério de delimitação dos danos indemnizáveis⁴¹⁹, as formas de indemnização e o cálculo do montante desta. Por outro lado, várias disposições presentes na legislação que regula a responsabilidade extraobrigacional⁴²⁰ são aplicáveis, parcial ou totalmente, à responsabilidade obrigacional.

⁴¹⁶António Menezes Cordeiro esclarece que o termo responsabilidade aquiliana nasceu da Lex Aquilia de Damno, adotada no 286 a.C.. Esta constitui um plebiscito feito pelo tribuno Aquilius que estabelecia a compensação pelos danos causados culposa ou injustamente. Cfr. CORDEIRO, António Menezes (2010) - Direito das Obrigações. Volume II. Coimbra. Almedina. pp.288; 295-297; 405.

⁴¹⁷VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. Vol.I. 10ªed. 8ªreimp. Coimbra. Almedina. p. 521.

⁴¹⁸MATOS, Filipe Albuquerque (2018) - Ilícitude Extracontratual (umas breves notas). In Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p.12.

⁴¹⁹Trata-se do requisito do nexo de causalidade entre o facto e o dano.

⁴²⁰O artigo 483º, que estabelece o princípio básico na matéria, o artigo 485º, nº2, relativo ao dever de aconselhar, recomendar ou informar quando resulte de contrato, o artigo 486º, que prevê expressamente um dever de praticar o ato omitido baseado em negócio jurídico, o artigo 487º, nº2, pela aplicação do artigo 799º, nº2, artigo 488º, nas duas espécies de responsabilidade a imputabilidade constitui pressuposto da culpa, artigo 489º, artigos 491º, 492º e 493º, entre outros. Cfr.COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. p.542.

Com efeito, tanto na responsabilidade extracontratual, como na contratual é possível fazer uma distinção fundamental de grande importância: responsabilidade fundada na culpa e responsabilidade independente da culpa.

Iniciamos pela responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (artigos 483º a 488º do Código Civil), que corresponde à norma prevista no artigo 483º, nº1 do Código Civil, prescrevendo o seguinte “*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”⁴²¹. Verifica-se assim a existência dos seguintes pressupostos para o nascimento de um dever de reparação resultante da responsabilidade civil por actos ilícitos: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano⁴²². Esta espécie de responsabilidade assiste em face da violação ilícita e culposa de um direito ou interesse tutelado⁴²³. O legislador adotou aqui a perspetiva tradicional⁴²⁴, determinando regra geral de que a responsabilidade civil está subjacente a um juízo de censurabilidade da conduta ilícita do agente que causou danos a outrem. Trata-se da chamada responsabilidade extracontratual subjetiva.

Por seu turno, a responsabilidade fundada na culpa projeta-se também na responsabilidade contratual (artigos 798º, 799º, 801º a 806º e 808º do Código Civil), nos termos da qual o artigo 798.º do Código Civil dita o seguinte: “*O devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*”. Esta assume contornos específicos, pois estabelece uma presunção de culpa do devedor (artigo 799º do Código Civil). Assim, a questão do ónus da prova da culpa merece tratamento diferenciado por parte da lei. Tratando-se de responsabilidade contratual, impende sobre o devedor a prova de que “*(...) a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de*

⁴²¹ Nos termos do artigo 496º do Código Civil, os danos resultantes da atuação ilícita poderão ser patrimoniais ou não patrimoniais.

⁴²² Adotamos os pressupostos de acordo com a perspetiva de Antunes Varela. Em sede de responsabilidade por atos ilícitos, vide VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. pp.525 e ss. Por seu turno, quanto ao plano contratual consultar VARELA, João de Matos Antunes (2012) - Das Obrigações em Geral. Vol.II. 7ª ed. 7ª reimp. Coimbra. Almedina. pp.91 e ss.

⁴²³ CORDEIRO, António Menezes (2010) - Direito das Obrigações. p.388.

⁴²⁴ “*A ideia clássica de responsabilidade civil, filiada no princípio da liberdade do homem - o ser livre implica o responder pelos seus actos -, assentava fundamentalmente na culpa, ou seja, na imputação psicológica do acto ao agente. Este responde por ter querido o acto danoso - intenção, dolo - ou por não ter usado da diligência exigível para o evitar - culpa stricto sensu.*”. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 5ª Edição. Revista e Atualizada. Lisboa. Universidade Católica Editora. p. 97.

culpa sua (artigo 799º, n.º 1 do Código Civil)⁴²⁵⁴²⁶. Ao contrário, em princípio⁴²⁷, na responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão (artigo 487º, n.º 1 do Código Civil).

Ao mesmo tempo, o legislador procurou regular aquelas situações em que não havendo culpa⁴²⁸, há certamente um dano que requer a necessidade de imputar a responsabilidade ao lesante⁴²⁹. Assim, surge a responsabilidade independentemente de culpa. De acordo com o nº2 do artigo 483º do Código Civil dispõe que “*só existe obrigação de indemnizar independentemente da culpa nos casos previstos na lei*”. Portanto, apenas nas circunstâncias previstas na lei, pode haver responsabilidade objetiva e essa lista é taxativa devido à natureza excecional deste tipo de responsabilidade⁴³⁰. Embora, mais relevante no âmbito da responsabilidade extracontratual, também pode advir em sede de responsabilidade contratual (cfr., por exemplo, os artigos 800º a 807º do Código Civil)⁴³¹.

⁴²⁵“O fundamento para proceder à inversão do ónus da prova reside no facto de existir uma obrigação pré-estabelecida: não sendo esta acatada, é normal assumir que a inobservância do princípio da pontualidade (artigo 763.º, n.º1) seja imputável ao devedor, pois os meios de que este se havia de servir para efetuar o cumprimento estavam na sua disponibilidade”. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado. p.613.

⁴²⁶Para além desta, assinalamos outros aspetos onde subsistem algumas diferenças entre o regime da responsabilidade extracontratual e o da responsabilidade contratual: a solidariedade passiva vigora apenas na responsabilidade delitual, ao passo que na responsabilidade contratual aplica-se a conjunção (artigo 497º e 513º do Código Civil); a prescrição de uma pretensão fundada num contrato ocorre ao fim de 20 anos (artigo 309º do Código Civil), enquanto que a prescrição delitual é, em regra, de 3 anos (artigo 498º do Código Civil); a possibilidade de gradação equitativa da indemnização parece estar reservada à responsabilidade aquiliana (artigo 494º do Código Civil); o regime da responsabilidade por facto de terceiro é mais rigoroso no caso da responsabilidade contratual (artigo 800º do Código Civil), do que na extracontratual, onde se aplica a responsabilidade do comitente (artigo 500º do Código Civil); as regras da capacidade também diferem (artigo 123º, 127º e 488º, n.º 2 do Código Civil), assim como o momento da constituição do devedor em mora (artigo 804º, n.º 2, al. b) do Código Civil). Cfr. PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.652.

⁴²⁷Cfr. os artigos 491º, 492º, nº2, 493º e 503º, nº3 do Código Civil consagram presunções de culpabilidade.

⁴²⁸“Não depender de culpa significa justamente que a postura patenteada pela subjetividade em causa - o sujeito a quem a obrigação de indemnizar se imputa - se torna insignificante”. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. p.39.

⁴²⁹“Com efeito, «no mudo contemporâneo, fortemente tecnológico e industrializado, o desenvolvimento das possibilidades e dos modos de actuação humana multiplicou também os riscos. Cada nova conquista pelo homem das forças da natureza não exclui que um tal domínio lhe possa escapar e que essas forças retomem os seus movimentos naturais. É o risco que acompanha a actividade humana”. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 5ª Edição. Revista e Atualizada. Lisboa. Universidade Católica Editora. p. 97.

⁴³⁰Acolhemos a explicação de José González, na qual conclui que a opção do legislador pela limitação da aplicação da responsabilidade objetiva é uma exigência da justiça. Para tal, o autor aponta que esta variante de responsabilidade estriba-se essencialmente no carácter fortemente penalizador do ponto de vista patrimonial, uma vez que o autor da conduta que determina o surgimento de danos na esfera jurídica de terceiro está a desenvolver, por definição, uma ação ou omissão lícita e não culposa. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. p.40.

⁴³¹GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade Civil. Lisboa: *Quid Juris*. p.39.

A responsabilidade sem culpa ou objetiva admite uma subdivisão: a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por factos lícitos⁴³².

A responsabilidade pelo risco (artigo 499º a 510º do Código Civil) surge sempre que a lei associe ao exercício de atividades naturalmente perigosas, potencialmente danosas, a responsabilidade pelos danos⁴³³ resultantes desses riscos para terceiros, decorrentes de uma atividade lícitas⁴³⁴. Nesta, incluem-se os danos causados por animais, os acidentes causados por veículos, os danos causados por instalações de energia elétrica ou gás, entre outros⁴³⁵. Conforme o disposto no artigo 499º do Código Civil nos termos do qual se determina a aplicação das disposições relativas à responsabilidade por factos ilícitos à responsabilidade pelo risco “*na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário*” poder-se-ia concluir uma maior proximidade destas duas modalidades de responsabilidade. Contudo, na responsabilidade pelo risco não há culpa, nem ilicitude. Em geral, também não há verdadeiramente uma conduta, no sentido de atuação humana consciente e livre do responsabilizado⁴³⁶. Assim, pode-se afirmar que os artigos 483º, 487º a 494º (baseados na ilicitude e culpa), os nºs 2 e 3 do artigo 496º e o nº 2 do artigo 497º do Código Civil não são aplicáveis às situações de responsabilidade objetiva previstas nos artigos 500º e seguintes do Código Civil⁴³⁷.

Já a responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos, designada também de responsabilidade pelo sacrifício⁴³⁸ constitui uma categoria residual em relação à responsabilidade pelo risco. Esta modalidade está dispersa em vários normativos do Código Civil, não estando consagrado um regime geral. Um exemplo paradigmático desta

⁴³²No quadro da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por factos lícitos, é evidente a relevância do seguro e da possibilidade da cobertura a cargo do Estado como forma de garantia do ressarcimento de danos. Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 5ª Edição. Revista e Atualizada. Lisboa. Universidade Católica Editora. p.100.

⁴³³“*Está hoje em dia razoavelmente assente que na responsabilidade objetiva importa apenas determinar se o dano concretamente ocorrido está (ou não) dentro do domínio dos perigos ligados à atuação individual. Ou seja, basta verificar se o dano, tal como sucedeu, é uma concretização dos riscos decorrentes da conduta pela qual a pessoa é responsável*”. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado. p.222.

⁴³⁴GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. p.45.

⁴³⁵Pese embora o caráter excecional presente na responsabilidade independente de culpa, a responsabilidade objetiva fundada no risco tem sofrido uma evolução de generalização da sua aplicação através formulação de cláusulas gerais, nomeadamente, o artigo 11º, nº1 da Lei nº67/2007, de 31 de dezembro e artigo 7º do Decreto-Lei nº147/2008, de 29 de julho. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado. pp. 221-223.

⁴³⁶CORDEIRO, António Menezes (2010) - Direito das Obrigações. Volume II. Coimbra. Almedina. p.405

⁴³⁷PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. p.690.

⁴³⁸Menezes Leitão prefere a expressão “responsabilidade pelo sacrifício”, considerando que esta se verifica “(...) sempre que a lei preveja o direito à indemnização a quem viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma atuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou um interesse de valor superior. Cfr. LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. p.397.

responsabilidade está presente na figura do estado de necessidade⁴³⁹, prevista no artigo 339º, nº1 do Código Civil. O referido preceito justifica o ato daquele que ao sacrificar bens patrimoniais alheios evita um perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. No entanto, o nº2 do referido preceito acrescenta que o autor da destruição ou dano deve indemnizar o prejuízo causado se este for provocado por sua culpa exclusiva. Nos outros casos, admite-se, mas apenas como possibilidade que o tribunal atribua uma indemnização equitativa, condenando não apenas o agente, mas também os que obtiveram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade⁴⁴⁰. Outra situação de responsabilidade pelo sacrifício ocorre no caso previsto no artigo 81º, nº2 do Código Civil. Este preceito admite a revogação de quaisquer limitações voluntárias aos direitos de personalidade, permitindo ao respetivo titular, em qualquer momento, o livre exercício do seu direito. No entanto, isso gera a obrigação de indemnizar as legítimas expectativas da outra parte. O direito geral de personalidade tem um valor superior ao de um simples direito de crédito, o que torna lícito o sacrifício deste último. Todavia, esse sacrifício deve ser compensado com uma indemnização, sob pena de comprometer a eficácia vinculativa desses negócios⁴⁴¹. Nestes casos de responsabilidade pelo sacrifício, não se trata de uma violação ilícita de direitos absolutos ou de interesses legalmente protegidos. Em vez disso, são as situações em que o lesado se vê obrigado a suportar determinadas violações de um direito que lhe pertence e, como resultado, tem o direito a ser ressarcido.

Por último, os elementos apresentados permitem tomar uma posição quanto à finalidade da responsabilidade civil. Como referido anteriormente, o desígnio principal da responsabilidade civil é indemnizatório, *i.e.*, a reparação de danos. Esta ideia retira-se do Código Civil português que consagra a conceção clássica de que a responsabilidade civil por atos ilícitos tem a função de reparar os danos causados (cfr. artigos 483º, nº1 e 562º do Código Civil). Todavia, reconhece-se⁴⁴² que, ainda que apenas acessoriamente, quando a responsabilidade extracontratual se

⁴³⁹Cfr., outros casos admitidos pela lei civil, nomeadamente, artigo 1322.º, nº1, captura de abelhas; artigo 1347.º, nº2 e 3, danos imputados a instalações de substâncias corrosivas ou perigosas; artigo 1348.º, nº2, escavações; artigo 1349º, nº3 passagem forçada ou momentânea e pela apanha de frutos próprios através de prédio alheio; artigo 1552º, encrave voluntário de prédio com a consequente indemnização agravada; artigo 1553º e 1554º, constituição de servidão.

⁴⁴⁰Em sentido crítico relativamente à formulação do nº2 do preceito em questão consultar PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. p.450.

⁴⁴¹LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. p.398.

⁴⁴²LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. p.278; PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. p.676; COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. Pp.521. Nota 3; 532, Nota 2;779-781. Em sentido oposto ver GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. pp.21-22; Por outro lado, “A jurisprudência portuguesa, apesar de não ter aceitado o conceito de danos punitivos, não deixa de, em determinados casos concretos, nomeadamente nos casos de ofensas ao bom nome e nos acidentes de viação atribuir à indemnização por danos não patrimoniais uma natureza mista de «reparar os danos sofridos pelo lesado e reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente» (...), calculando o

fundada na culpa, pode ter também uma função sancionatória (cfr. a repartição da indemnização em função das culpas do agente prevista no artigo 497º, nº2 e as exceções à chamada teoria da diferença, v.g. artigo 494º do Código Civil⁴⁴³). Em relação à responsabilidade objetiva ou por intervenções lícitas, a função punitiva afigura-se estranha dada a respetiva natureza⁴⁴⁴. No entanto, esta ideia de prevenção não o será, de algum modo, já que visa prevenir situações de risco e incentivar a vigilância das pessoas relativamente aos seus próprios comportamentos⁴⁴⁵.

4.2. Responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado

O objetivo principal deste capítulo é composto pelas situações, em que um médico, através de uma ação ou omissão, provoca uma lesão dos interesses juridicamente valiosos do

montante da indemnização por danos não patrimoniais, tendo em conta o grau de culpa do agente e a sua situação económica (arts. 494.º e 496.º, n.º 3), o grau de culpa dos responsáveis nos casos de direitos de regresso, conforme o art. 497.º, n.º 2 e diminuindo ou excluindo a indemnização nos casos de culpa do lesado (art. 570.º). Cfr. com acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2014, Proc. nº 287/10.0TBMIR.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ed9a82a69e6b5d380257c91003a2285?OpenDocument>

⁴⁴³Aderimos à tese de Antunes Varela que classifica como mista a natureza dos direitos não patrimoniais, quando menciona a aplicação das circunstâncias mencionadas no 494º do Código Civil para aferir o montante de indemnização dos danos não patrimoniais (artigo 496º do Código Civil). Para tanto, reconhece-se, por um lado, a consideração da situação económica tanto do lesado como do lesante, indicando que a indemnização não reveste um carácter meramente sancionatório aos olhos da lei. Por outro, o preceito em questão ao ter mandado atender à culpa do lesante reflete uma ideia de reprovação e de castigo. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. pp.607-608.

⁴⁴⁴Transpomos o seguinte argumento de José González: No contexto da responsabilidade penal, o simples "wrongdoing" pode ser suficiente. Nesta, verifica-se a punição da tentativa ou dos chamados crimes de perigo. No entanto, o mesmo já não se aplica à responsabilidade civil, uma vez que esta não serve para punir comportamentos mais ou menos reprováveis. Portanto, no que diz respeito ao desencadeamento de responsabilidade civil o "wrongful acting" não será suficiente. É necessário que a conduta seja apropriada à produção de certo dano e que este se demonstre. Assim, a obrigação de indemnização não se estabelece apenas com base na reprovação da ação ou omissão, mas sim na demonstração de que houve algum tipo de lesão. Por conseguinte, é possível afirmar a existência de responsabilidade civil independentemente da culpa, nos termos do artigo 483º, nº2 do Código Civil, sempre que haja "obrigação de indemnizar independentemente da culpa". O dano é sempre um requisito para a responsabilidade civil, enquanto a censurabilidade da conduta nem sempre o é. Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. 22-24.

⁴⁴⁵LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. pp.277-278; Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. 14ª edição. Reimpressão. Almedina.p.532, nota 2; CORDEIRO, António Menezes (2010) - Direito das Obrigações. p.422.

doente, particularmente, pela violação do consentimento⁴⁴⁶, que este pretende que sejam reconstruídos ou compensados.

Ora, entre os pontos firmes na doutrina⁴⁴⁷ e na jurisprudência⁴⁴⁸ portuguesas destaca-se o de que o sistema da responsabilidade civil dos médicos assenta no sistema de responsabilidade subjetiva no âmbito de estabelecimentos de saúde privados. Trata-se, pois, de responsabilidade por factos ilícitos e culposos, nos termos da qual, o médico só responde desde que a violação de um dever seja ilícita e desde que a violação ilícita de um dever lhe seja imputável, seja por dolo ou por negligência.

Suscita-se, portanto, saber sobre quem recai a responsabilidade quando os atos médicos são realizados em instituições de saúde. No que respeita à prestação da informação ao paciente e à obtenção do consentimento informado a responsabilidade é, numa primeira análise, do médico que realiza a própria intervenção, pelo que, em caso de incumprimento será ele a ser responsabilizado pelos respetivos danos, situação em todo semelhante à referida *supra* a propósito do contrato. Contudo, poderá também a instituição ser também responsabilizada, quando comprove que a violação do consentimento informado se deve a deficientes procedimentos internos do serviço. Se o médico for condenado ao pagamento de uma indemnização por ineficácia ou inexistência de consentimento informado e caso se comprove que a respetiva responsabilidade decorreu da ausência de meios providenciados no âmbito da instituição este poderá exercer o seu direito de regresso.

⁴⁴⁶Tipicamente, as ações de responsabilidade civil dos médicos fundam-se essencialmente em dois tipos. As ações de má prática médica, *i.e.*, uma ação demanda fundada na responsabilidade por erros técnicos ou ações por violação ou desrespeito dos direitos dos pacientes, sobretudo, ações por violação do consentimento informado.

⁴⁴⁷"No caso da atividade médica uma responsabilidade objetiva é insustentável, dados os inúmeros riscos envolvidos, de tal forma que poderíamos chegar a uma situação em que os médicos se absteriam de atuar num sentido ou noutro para não serem condenados." Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina. p.30.

⁴⁴⁸"Não acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar (...)". Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2011, Proc. nº 1347/04.2TBPNF.P1.S, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/faed516e0417e4228025789d002c417d?OpenDocument>; Ver ainda Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2015, Proc. nº804/03.2TAALM.L.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1ecb2e3a863fc82880257df90039f5ea?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de abril de 2016, Proc. nº6844/03.4TBCSC.L1.S1, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7092e60f737a711580257fa2003d995c?OpenDocument>

4.2.1. Concurso da responsabilidade civil médica contratual com a responsabilidade civil médica extracontratual

Igualmente controversa é a determinação da natureza da responsabilidade civil médica quando nos deparamos com situações suscetíveis de aplicação dos pressupostos de aplicação dos regimes, quer da responsabilidade contratual, como da extracontratual. Por outras palavras, trata-se da questão de saber neste tipo de casos se se deve recorrer ao sistema contratual, à via aquiliana ou, ainda, se deve ocorrer um concurso de responsabilidades.

Atualmente⁴⁴⁹ reconhece-se a existência de um concurso aparente de normas da responsabilidade extracontratual e extracontratual⁴⁵⁰. Daqui nasceram duas posições marcadamente contrastantes.

Por um lado, uma parte da doutrina⁴⁵¹ defende o princípio da consunção, que estipula que o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual. Os defensores da natureza contratual na responsabilidade civil médica⁴⁵² alegam que entre o médico e o paciente existe um contrato manifestamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra,

⁴⁴⁹ Durante muito tempo os tribunais tiveram algum pudor em classificar a responsabilidade médica praticada no âmbito da medicina privada como responsabilidade contratual. Alguns dos argumentos invocados contra a aplicação das regras da responsabilidade contratual neste ensejo eram os seguintes: os direitos e deveres dos médicos resultam de normas jurídicas e deontológicas, não do contrato; a vida e a saúde não podem ser contratualizadas; tão-pouco a atividade médica, como “*opera liberales*” que é, pode ser contratualizada, nem os honorários recebidos podem ser vistos como um pagamento. Mas, essencialmente, subinjavam-se os efeitos nefastos que derivariam da presunção de culpa do artigo 799º/1 CC. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico. p.35.

⁴⁵⁰ Distingue-se o concurso aparente do concurso real. O primeiro acontece quando exista uma situação suscetível de preencher os requisitos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, na qual apenas existe um dano. O segundo caso apenas se verifica quando o mesmo facto produz dois danos. Ou seja, um deles envolve responsabilidade extracontratual em relação a uma pessoa e outro responsabilidade extracontratual em relação a terceiro, estranho ao negócio. Relativamente ao concurso aparente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, as diversas orientações dividem-se em dois grupos: os denominados sistemas do cúmulo e o sistema do não cúmulo. Na primeira orientação cabem três perspectivas. O sistema da ação híbrida permite ao lesado recorrer, numa única ação, às normas da responsabilidade contratual e extracontratual, amparando-se nas que considerar mais favoráveis. A tese da opção conceder-se-lhe a opção entre os procedimentos fundados apenas numa ou noutra dessas responsabilidades. Já a tese da duplicação das ações ou concorrência de pretensões admite, em ações autónomas, a coexistência da responsabilidade contratual e extracontratual. A segunda orientação, a do sistema que exclui o cúmulo, consiste na aplicação do regime da responsabilidade contratual, em decorrência do princípio da consunção.

⁴⁵¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. pp.550-553., que adere à tese de não cúmulo e o princípio da consunção, que determina que o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual; CORDEIRO, António Menezes (2011) - Da boa fé no direito civil. Coimbra. Almedina. p.639 o referido autor defendia a aplicabilidade exclusiva das normas da responsabilidade contratual. O autor, contudo, alterou a sua posição uma vez que já não sustenta a tese da unidade da responsabilidade civil. Atualmente, considera que existe concurso real no caso de estar em causa uma violação de deveres acessórios de segurança. Cfr. CORDEIRO, António Menezes (2010) - Tratado de Direito Civil Português. Vol.II. Tomo III. Coimbra. Almedina. p.398.

⁴⁵² DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. pp.221-228

sinagmático e oneroso, no qual médico se assume como um proponente contratual uma vez que apresenta uma placa identificativa com o nome e especialidade à entrada do seu consultório, e ainda que, aquele contrato se encontra assente no princípio da liberdade de escolha. Para estes, a responsabilidade contratual será a regra e, só excecionalmente, poderá o paciente recorrer à responsabilidade delitual.

Por outro lado, a outra parte da doutrina⁴⁵³ entende a possibilidade do paciente poder, em princípio⁴⁵⁴, optar entre lançar mão de uma ação de responsabilidade civil extracontratual (por factos ilícitos) ou intentar uma ação de responsabilidade civil contratual (quando haja um contrato entre o médico e o paciente) e até de cumular regras de ambas as modalidades de responsabilidade. O fundamento desta posição decorre da existência de uma única pretensão sustentada por um conjunto de normas de ambas as modalidades de responsabilidade civil. Se preferimos, há um único dano, mas dois regimes de proteção do lesado. Dada a inexistência de uma norma específica que preveja esta questão, a solução acolhida por esta doutrina considera que este sistema é o que melhor protege o paciente, sustentando ainda que o facto de as partes terem concluído um contrato de prestação de serviço médico não significa que admitam renunciar à proteção geral que lhes é conferida pela lei, nomeadamente, condutas que, na ausência do contrato, integrem a responsabilidade aquiliana.

Nesta sequência, coloca-se uma dúvida relativamente às implicações práticas da admissibilidade de ambas as modalidades de responsabilidade, nomeadamente, compreender se estas normas são invocadas de forma alternativa, subsidiária ou cumulativa. Não faltando

⁴⁵³ Cfr. PINTO, Carlos Alberto Da Mota (2020) - Teoria Geral do Direito Civil. 5ª edição. Coimbra. Gestlegal. p. 218. PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p. 653 e ss.; SOUSA, Luís Filipe Pires de (2011) - O ónus da prova na responsabilidade civil médica: questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções : competência, instrução do processo, prova pericial. In Revista do CEJ. Lisboa. N.16. p.42; FERREIRA, Carlos Lobato (2005) - Do Segredo Médico aos Segredos do Médico. In Revista do CEJ. N.º3. pp. 248. Nota 42; DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde Monteiro (1984) - Responsabilidade Médica. pp.24-25; SERRA, Vaz (1959) Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. In Boletim do Ministério da Justiça. N.º 85. pp. 15 e ss.

⁴⁵⁴“(…) a doutrina que preconizamos (da combinação dos regimes das duas responsabilidades) não pode ser aceite em termos absolutos. Há que introduzir-lhe as restrições que sejam ditadas pela necessidade de atender aos fins visados pelos regimes concorrentes. Consideramos, por isso, perfeitamente justificadas as excepções que, com fundamento no princípio da autonomia da vontade ou na necessidade de preservar a eficácia de certos comandos legais, são comumente apontadas à admissibilidade da cumulação de regimes. Assim, se no contrato tiver sido validamente aposta uma cláusula de limitação ou de exclusão da responsabilidade, deverá entender-se que ela se estende a todos os possíveis fundamentos de pretensão, salvo se da sua interpretação resultar que as partes pretenderam restringir os seus efeitos à esfera da responsabilidade contratual. Do mesmo modo, quando da lei resulte uma atenuação da responsabilidade do devedor, nomeadamente, colocando como seu pressuposto a verificação de uma culpa qualificada, não deverá consentir-se ao lesado o recurso às regras delituais para contornar o obstáculo com que a sua pretensão se depara, sob pena de se privar completamente de eficácia os preceitos legais que privilegiam a posição do lesante. Cfr. PINTO, Fernando A. Ferreira (2020) - O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. In Revista de Direito Comercial. pp.2016-2017.

decisões judiciais que sustentam o modo alternativo e subsidiário, e sendo predominante a ideia de que o lesado poderá optar pela modalidade que julgar lhe ser mais favorável⁴⁵⁵, nota-se alguma relutância, em termos jurisprudenciais, em relação à possibilidade de cumulação.

Contudo, cumpre assinalar que as duas modalidades de responsabilidade não se consubstanciam em “*compartimentos estanques*” isolados, mas comunicam-se, na prática sob vários pontos de vista⁴⁵⁶. A circunscrição da aplicabilidade das normas correspondentes não é, portanto, tão exclusiva, admitindo uma certa flexibilidade. O lesado poderá invocar, de forma sucessiva e simultânea, preceitos de ambos os regimes para justificar a única pretensão indemnizatória, existindo apenas uma pretensão protegida por ambas as variantes.

De notar que na perspetiva processual, o *princípio iura novit curia*, consagrado no artigo 5º, nº3 do Código de Processo Civil, determina que caso o autor invoque apenas normas atinentes a um tipo de responsabilidade, o Tribunal não está impedido de qualificar de modo diverso a causa de pedir invocada, desde que, para tanto, se funde exclusivamente nos factos alegados pela parte. Logo, mesmo que o paciente intente uma ação judicial de responsabilidade médica fundamentada na responsabilidade contratual, não existe nenhum impedimento para que o tribunal considere a ação procedente e determine a condenação do médico com base na responsabilidade extracontratual e vice-versa⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵O tema do concurso de responsabilidade tem sido consistentemente abordado em decisões dos nossos tribunais superiores, mormente em sede de responsabilidade médica. Da análise da jurisprudência retira-se que não existe uma posição definida nesta matéria. Identifica-se, contudo, que a jurisprudência aplica, em regra, o princípio da consunção. Nesse sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>, deixou-se afirmada a “*orientação reiterada da jurisprudência daquele Supremo Tribunal no sentido da opção pelo regime da responsabilidade contratual tanto por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado*”. A tese da opção entre as duas responsabilidades, também acolhida pela doutrina maioritária, foi seguida, entre outros, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001, Proc.º01A1008, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008, Proc. n.º 08A183, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>; Por seu turno, na jurisprudência há uma corrente minoritária que defende a tese do cúmulo de responsabilidade. Neste sentido, veja-se, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 Junho 2021, Proc.3634/15.5T8AVR.P1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a19028e35e4515aa8025873500577bdf?OpenDocument>

⁴⁵⁶Cfr. VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. p.522; No mesmo sentido, veja-se BARBOSA, Mafalda Miranda (2017) - Lições de Responsabilidade Civil. Principia Editora. Cascais. 2017. pp. 19-20; DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. pp.228-236.

⁴⁵⁷Cfr. VOUGA, Rui Torres (2017) - A responsabilidade médica. pp.71-72.

4.2.2. Pressupostos da responsabilidade civil

Aqui chegados iremos desenvolver os pressupostos da responsabilidade civil médica por falta de consentimento informado⁴⁵⁸. O comportamento do médico há-de corresponder a um tipo de responsabilidade, nomeadamente ao tipo do artigo 483º nº 1 do Código Civil, para a responsabilidade extracontratual, ou ao tipo do artigo 798º do Código Civil, para a responsabilidade contratual. Discutiremos também, necessariamente, certas questões interessantes que essa responsabilização médica poderá suscitar.

4.2.2.1. O facto voluntário

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil médica consiste na verificação de um facto voluntário podendo revestir a forma de ação ou omissão. A omissão juridicamente relevante existe apenas quando se demonstre a existência do dever jurídico de praticar determinada ação e a este não se haja dado a competente execução⁴⁵⁹. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de maio de 2007⁴⁶⁰ distingue ação e omissão de uma forma elucidativa. A responsabilidade por ação existe quando os atos médicos não são necessários, “*perante o estado clínico do doente*” ou, ainda que sejam necessários, quando os atos médicos “*tenham sido praticados de forma deficiente ou defeituosa*”. Já a responsabilidade por omissão verifica-se quando não tenham sido praticados os atos necessários perante a situação do doente. Na exposição que aqui nos cabe, nomeadamente nas ações de responsabilidade civil médica

⁴⁵⁸Acolhemos, igualmente, os pressupostos da responsabilidade civil anteriormente referidos. Por contraposição, Nuno Manuel Pinto de Oliveira defende que a responsabilidade civil dos médicos é apurada unicamente através de três pressupostos — tipicidade, ilicitude e culpa. De acordo com o referido autor, o critério da tipicidade e da ilicitude corresponde sempre ou quase sempre à omissão da mais elevada medida de cuidado exterior; o critério da culpa corresponde sempre à omissão da medida normal de cuidado (exterior e interior). Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2019) - Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica. In (I)materias para o Direito da Saúde. Centro de Direito Biomédico. Coimbra. p.4.

⁴⁵⁹GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. p.166.

⁴⁶⁰Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2007, Proc. nº4018/2006-1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/EFC27EC217726A6A802572F7003F99EB>

(contratual⁴⁶¹ ou extracontratual) por falta de consentimento informado, concluímos que o pressuposto do facto se traduz na falta de informação ou esclarecimento defeituoso. Trata-se, portanto, de uma omissão.

Cumprido de seguida identificar quem é o devedor da obrigação de indemnizar. Tanto os deveres de informar e esclarecer, bem como o de obter consentimento constituem uma prestação infungível por natureza. Esta classificação justifica-se uma vez que é o próprio médico⁴⁶² que tem interesse no cumprimento dos respetivos deveres, os quais, são, em princípio, insuscetíveis de ser delegados ou realizados por terceiros⁴⁶³. Portanto, o médico que propõe certo tratamento é o responsável pela prestação. Além disso, a infungibilidade destas prestações determina-se pelo carácter pessoalíssimo assente na relação clínica com o paciente, uma vez que este se sentirá mais disposto para discutir os problemas de saúde com o médico por si escolhido do que com outro.

4.2.2.2. A ilicitude

Analisado o primeiro critério de responsabilidade civil médica, cumpre agora determinar em que consiste a conduta ilícita do médico. A ilicitude traduz-se numa atuação antijurídica⁴⁶⁴ e pode consubstanciar a violação de um direito subjetivo alheio, de uma norma que proteja

⁴⁶¹No que respeita à responsabilidade contratual, observamos que, geralmente, envolve factos negativos. A imputação do dano ao devedor frequentemente resulta da circunstância de não ter realizado determinada prestação quando estava obrigado a fazê-lo (artigo 798.º do Código Civil).

⁴⁶²Em princípio, caberá ao médico que prescreveu e que irá realizar o ato médico o dever de informar o paciente, assegurando-se que este compreendeu a informação fornecida. Contudo, uma vez que a prática moderna envolve frequentemente intervenções de vários especialistas, a doutrina admite que a transmissão da informação possa ser cumprida pelos vários profissionais que intervenham no ato médico em questão, *v.g.* cirurgia que se desdobra em várias intervenções. Nestes casos em que surgem vários intervenientes no ato médico devem manter-se mutuamente informados (artigo 41º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos) de forma a que não haja lacunas de informação, bem como informações contraditórias. De qualquer forma, o médico continua obrigado a confirmar pessoalmente, antes da intervenção, que o esclarecimento da informação ao doente e o respetivo consentimento, o qual não pode ser deduzido tacitamente da sua conduta. A boa prática médica exige que todos os intervenientes envolvidos, bem como a instituição prestadora de cuidados sejam solidariamente responsáveis pelo cumprimento dos deveres mencionados# e, consequentemente, pela obrigação de indemnizar (artigos 497º e 800º, n.º 1 do Código Civil). Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. pp.236-237; *Vide* no mesmo sentido RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp. 231-232.

⁴⁶³VARELA, João de Matos Antunes (2012) - Das Obrigações em Geral. p. 26

⁴⁶⁴Expressão de GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade p.231.

interesses privados⁴⁶⁵ ou de um abuso de direito⁴⁶⁶, no caso da responsabilidade extracontratual, ou de um direito creditício, na hipótese de responsabilidade contratual. Como bem observa Vera Lúcia Raposo em relação ao apuramento da ilicitude no âmbito da atividade médica, esta “*não resulta necessariamente de violação da lei, do contrato, e nem mesmo dos interesses de outrem, mas sim da violação das regras próprias da prática médica, consagradas nos mais diversos locais*”⁴⁶⁷. Portanto, a observância das *leges artis* constitui um elemento de referência nos comportamentos médicos⁴⁶⁸, designadamente em termos de preenchimento da ilicitude.

Como é sabido, a ilicitude é apurada perante causas de exclusão, sendo uma delas o consentimento do lesado. Portanto, o ato médico só é legitimado se for consentido. De acordo com a teoria do desvalor do facto⁴⁶⁹, o que deve ser o objeto da apreciação da ilicitude é exclusivamente o comportamento do lesante. No domínio da medicina, a aplicação da teoria do desvalor do facto implica que sendo o consentimento validamente prestado para a realização de intervenção ou tratamento médico não haverá qualquer possibilidade de reprovação dirigida à conduta do agente. Logo, o consentimento informado e esclarecido do paciente afasta a ilicitude do facto, mesmo que se produza um resultado lesivo de um ou mais direitos de outrem (v.g. integridade física, psíquica ou vida).

⁴⁶⁵A segunda modalidade da ilicitude no universo extracontratual abrange normas legais que devem ser configuradas como atos normativos, ou seja, critérios gerais e abstratos, não estando em causa apenas disposições legais em sentido técnico. Para além disso, estas não são exclusivas do direito privado, podendo ser também normas de direito público. A segunda modalidade da ilicitude pressupõe a tutela direta de interesses particulares, contudo não confere aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela, incluindo-se ainda normais legais que tendo em vista a proteção de interesses coletivos não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (v.g. norma que impõe a vacinação obrigatória). Cumpre referir que, para que o lesado tenha direito a indemnização neste caso, é necessária a verificação de três requisitos: 1) Delimitação do círculo de interesses particulares protegidos pela norma legal; 2) Necessidade de à violação dos interesses particulares corresponder o não cumprimento de uma norma legal; 3) Exigência de que o dano recaia no círculo de interesses protegidos pela norma legal. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações. pp. 536-542; MATOS, Filipe Albuquerque (2018) - Ilicitude Extracontratual. pp.13-14.

⁴⁶⁶Há quem entenda que a ilicitude conhece ainda a modalidade do abuso do direito no plano extracontratual, a qual não se encontra prevista no artigo 483º, nº 1 do Código Civil, mas sim no âmbito das regras gerais (artigo 334º). Para um estudo mais aprofundado da questão Cfr. MATOS, Filipe Albuquerque (2018) - Ilicitude Extracontratual. pp.11-37.

⁴⁶⁷RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.17

⁴⁶⁸As *leges artis* acompanham as evoluções no campo da ciência médica, pelo que se trata de um conceito mutável e que suscita discussão na comunidade científica. Por outro lado, a atuação médica pode se encontrar fora do padrão de conduta tendo em conta que por vezes é necessário aplicar uma técnica ou procedimento que se considera ser mais adequado para a situação clínica concreta do doente e, neste caso, cria-se uma situação que deve ser apreciada em conformidade com a *lex artis ad hoc* e não através das *leges artis* gerais. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico. pp.17-18.

⁴⁶⁹A ilicitude, seja na sua primeira modalidade - violação de um direito de outrem - ou na segunda modalidade - violação da lei que protege interesses alheios -, surge caracterizada como um juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica. Face à evolução do pensamento jurídico ao longo dos séculos surgiram duas teorias para avaliar se esse juízo se refere ao comportamento do agente - teoria do desvalor do facto - ou se, por outro lado, se incide sobre o próprio resultado - teoria do desvalor do resultado. De acordo com a doutrina dominante, a ilicitude reporta-se ao comportamento do agente e não ao efeito que dele deriva. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações. p.532; LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. p.288.

No caso de tratamento levado a cabo sem consentimento válido, a ilicitude reside na violação dos direitos à autodeterminação e à integridade física e psíquica em sede extracontratual⁴⁷⁰, ao abrigo do artigo 70º do Código Civil, das disposições de proteção pertinentes a essa matéria na segunda modalidade de ilicitude (v.g. artigo 156º do Código Penal), ou ainda, de forma subsidiária, do artigo 485º, nº2 do Código Civil⁴⁷¹, em articulação com o artigo 483º, nº 1 do Código Civil. No quadro contratual, a obrigação de indemnizar, reparar ou compensar o consentimento inválido terá por assente o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos deveres de informar, esclarecer e de obter consentimento⁴⁷², de acordo com o artigo 798º do Código Civil. Esse incumprimento obrigacional ou cumprimento defeituoso resulta “(...) *de uma prestação de facere cujo objecto não é fisicamente palpável: estamos a lidar apenas com palavras, com informações e conselhos*”⁴⁷³. Relativamente aos deveres anteriormente referidos é de particular relevância em sede de responsabilidade médica determinar se configuram uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado. Não obstante a prestação principal ser de meios, os deveres laterais de informar, esclarecer e de obter consentimento qualificam-se como pertencentes às obrigações de resultado, sendo suficiente a falta de anuência clarificada para determinar o incumprimento do médico.

Portanto, os deveres de conduta que se impõem ao médico são aproximadamente os mesmos nas duas modalidades de responsabilidade civil, pelo que os critérios através dos quais

⁴⁷⁰O Acórdão do Tribunal da Relação Coimbra de 11 de novembro de 2014, Proc. nº 308/09.0TBCBR.C1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/A446896DB6013D3180257D940037DA01> determinou que fundando-se a responsabilidade médica na violação de consentimento informado o bem jurídico tutelado é o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde. Por seu turno, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc.nº, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument> afirmou que havendo “*violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas (...) os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral*”.

⁴⁷¹MONTEIRO, Sinde (1989) - Responsabilidade por Conselhos. pp. 383-384, 393 nota 170 o autor afirma que a responsabilidade do médico por informação, mesmo estando em causa uma relação obrigacional não destinada primariamente à prestação de informação.

⁴⁷²Na responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado é essencial distinguir entre incumprimento e cumprimento defeituoso dos deveres de informar, esclarecer e obter consentimento do paciente. O incumprimento ocorre quando o médico não cumpre, de forma total, os deveres de informar, esclarecer e obter o consentimento do paciente. Isto pode significar, v.g., que o paciente não recebeu qualquer informação relevante que lhe permitisse tomar uma decisão informada sobre o tratamento ou intervenção médica, ou, ainda que ao paciente não seja solicitado o consentimento antes do procedimento em questão, seja de forma escrita ou verbal. O cumprimento defeituoso existe quando o médico cumpre parcialmente os deveres de informar, esclarecer e obter consentimento, mas de maneira inadequada ou insuficiente, impedindo uma decisão verdadeiramente informada. A informação incompleta significa que o médico informa o paciente sobre o procedimento, mas omite detalhes cruciais, como riscos significativos ou possíveis complicações. É inadequada quando a informação fornecida pelo médico é vaga, demasiado técnica para ser compreendida pelo paciente ou é apresentada de uma maneira que não permite ao paciente entender plenamente as implicações do tratamento.

⁴⁷³PEREIRA, André Dias (2008) - Responsabilidade médica. p.18.

se determina o incumprimento contratual são semelhantes àqueles utilizados para apreciação da ilicitude do comportamento para efeitos de apuração de responsabilidade extracontratual⁴⁷⁴.

4.2.2.3. A culpa

Em terceira linha, surge a culpa (nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante⁴⁷⁵) como requisito da responsabilidade civil. A culpa consiste no não cumprimento de um dever de diligência⁴⁷⁶ do lesante e pressupõe a sua imputabilidade. Desse modo, o comportamento adotado por este não é diligente, de acordo com a sua capacidade e com as circunstâncias concretas do caso, uma vez que o mesmo “*podia e devia ter agido de outro modo*”⁴⁷⁷. Sendo a responsabilidade civil médica, em princípio, subjetiva, existirá direito à indemnização somente quando se provar a culpa do agente. Excecionalmente, admite-se que o agente, mesmo sem culpa, possa ser responsabilizado objetivamente, sendo um exemplo paradigmático a responsabilização do devedor pelos atos dos seus auxiliares, conforme o disposto no artigo 800º do Código Civil.

Tal como acontece na responsabilidade extracontratual, também na contratual a culpa apreciada *in casu* pode revestir uma de duas modalidades: o dolo ou a mera culpa. No dolo, a modalidade mais grave da culpa, o agente prevê o resultado e aceita-o como possível, já na negligência o agente, não agindo com a diligência devida, não prevê o ato ilícito⁴⁷⁸. Via de regra, a violação dos deveres que recaem sobre os médicos, particularmente o da informação e esclarecimento, implica que o médico incorre em culpa pela sua omissão com negligência, configurando falta de diligência a convicção errada de que o doente tenha sido adequadamente esclarecido, contudo não se exclui a hipótese de dolo. De acordo com Bruna Prinzo “*atuará com negligência o médico que não é zeloso, nem utiliza a globalidade dos seus conhecimentos e capacidade técnica e científica para prestar os cuidados ao paciente, os descarta as regras*

⁴⁷⁴RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.33.

⁴⁷⁵Expressão de Antunes Varela. Cfr. VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. p.566.

⁴⁷⁶PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. p.669.

⁴⁷⁷VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. p.562.

⁴⁷⁸PRATA, ANA, (2019) - Código Civil Anotado. p.665.

*básicas exigidas pela praxis da profissão, inclusivamente a obrigação de atualizar o seu conhecimento técnico tendo em atenção os novos procedimentos técnicos e clínicos*⁴⁷⁹.

Esta diferenciação é importante, sobretudo, em três situações previstas na lei civil: para efeitos da aplicação do artigo 494º do Código Civil apresentando como epígrafe “*limitação da indemnização no caso de mera culpa*”; nas situações de pluralidade de responsáveis pelos danos causados de acordo com o artigo 490º do Código Civil, que serão devedores solidários da obrigação de indemnizar, embora devam responder internamente entre si na medida da culpa de cada um, de acordo com os artigos 497º e 507º, ambos do Código Civil.; e, ainda no caso de concurso de culpas para produção do resultado danoso, no caso de se verificar a participação da culpa do próprio lesado no resultado, podendo levar à diminuição ou mesmo extinção da obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 570º do Código Civil.

Para a determinação da culpa é imprescindível recorrer a um critério abstrato de juízo, nomeadamente, o critério do homem médio, previsto no artigo 487º, n.º 2 do Código Civil, aplicável igualmente na esfera obrigacional por remissão do artigo 799º, n.º 2 do Código Civil, sendo a culpa, neste caso, presumida por via do n.º 1 deste artigo. Acresce que a identificação da culpa se afere não só pela deficiência da vontade mas também pela deficiência da conduta do agente, pressupondo a diligência exigível pelo nível especializado do médico. No campo da responsabilidade médica adota-se, portanto, o critério do profissional médio, que se afigura mais rigoroso do que o do homem médio, dado que se trata de um agente possuidor de habilidades especiais⁴⁸⁰.

Cumpre, em seguida, determinar como e em que medida se deve transmitir a informação, bem como o devido esclarecimento adequando-os qualitativa e quantitativamente ao seu recetor e, concomitantemente, avaliar se a conduta do profissional médico se revela deficitária. O critério tradicionalmente adotado pelo paternalismo clínico é o do médico razoável⁴⁸¹, de acordo com o qual o médico deve prestar a informação que um médico razoável nos mesmos termos oferecerá. Contudo, como já tivemos oportunidade de explanar, existe na relação médico-paciente uma

⁴⁷⁹PRINZO, Bruna Maia (2017) - A Prova da Responsabilidade Médica. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado. p.22.

⁴⁸⁰VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. pp.577-581.

⁴⁸¹“*No caso da responsabilidade civil dos médicos, o padrão do bom pai de família tem como correspondente o padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data*”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, Proc.nº 209/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument>

notória discrepância relativamente ao acesso à informação, discrepância essa significativa na terminologia científica. Por seu turno, resulta da aplicação do princípio da autonomia do paciente que a decisão sobre o corpo humano é reservada exclusivamente ao seu titular e o seu pensamento deve ser atendido. Daqui surge o critério do paciente razoável, segundo o qual o paciente deve ser considerado como tendo obtido informação suficiente para formar livremente a sua vontade, por referência a um paciente “razoável” sob mesma atmosfera alcançar⁴⁸².

No entanto, o anterior critério não se afigura suficiente para explicar a posição do paciente, uma vez que a importância da informação e da compreensão varia de pessoa para pessoa em função das próprias qualidades pessoais. Como tal e face à existência de uma relação *intuitu personae*, que envolve bens jurídicos pessoalíssimos, o critério do paciente em concreto afigura-se o mais adequado⁴⁸³. Assim, a informação deve ajustar-se, naturalmente, às especificidades do caso concreto. De facto, o médico não assume uma função unilateral de orientar e tomar a melhor decisão pelo paciente, mas sim de ajudá-lo a chegar a uma decisão de acordo com os seus valores individuais.

Por seu turno, sustenta-se que o dever de diligência do médico deve basear-se num processo dialogal de consentimento dirigido por ele, adaptado às características pessoais do paciente, sempre que possível⁴⁸⁴, de forma a promover uma reflexão interna e mútuo entendimento. Portanto, como o dever de obter o consentimento informado e esclarecido se funda num direito de personalidade, é importante que a avaliação da conduta do agente não se limite apenas ao critério do homem médio, mas também considere a particularidade e vulnerabilidade do lesado em concreto.

4.2.2.4. O dano

⁴⁸²OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O fim da arte silenciosa. p.111;.DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida. p.282

⁴⁸³RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. p.258.

⁴⁸⁴Não obstante a aplicação dos primeiros dois critérios referidos - o médico razoável e, especialmente, o paciente razoável - constituírem o ponto de partida “suficiente” para determinar o cumprimento do dever de informar e esclarecer quanto à obtenção do consentimento informado, o ideal de justiça determina que seja aplicado o critério do paciente concreto, a fim de respeitar o propósito do instituto em questão. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - Estrutura Jurídica. pp.67-68

Para além do facto ser ilícito e culposo é também necessária a verificação do dano⁴⁸⁵ lesivo dos interesses do lesado para constituir o lesante em obrigação de indemnizar. É em função deste pressuposto da responsabilidade civil que se realiza a sua finalidade essencialmente reparadora e reintegrativa. Em termos civis não será qualquer atuação não devidamente consentida que dará azo a uma indemnização. Há, portanto, que distinguir aqui várias situações⁴⁸⁶.

Os danos indemnizáveis, do ponto de vista jurisprudencial⁴⁸⁷, caso o médico atue contra a expressa decisão ou contra a vontade presumida do paciente (devendo ser do conhecimento daquele face às circunstâncias envolventes), mesmo que o resultado seja preservar a saúde ou a vida do paciente, incidem na infração dos bens jurídicos liberdade e integridade física e psíquica como já tivemos oportunidade de referir, acarretando, portanto, tanto danos não patrimoniais (v.g. dano físico e dano psíquico) como também, em princípio, danos patrimoniais⁴⁸⁸⁴⁸⁹. Incluem-

⁴⁸⁵O dano constitui uma lesão ou prejuízo a bens ou interesses juridicamente tutelados. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. p.591.

⁴⁸⁶RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. pp.217-219

⁴⁸⁷Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc.nº 7053/12.7TBVNG.P1S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2015, Proc. nº 308/09.0TBCBR.C1.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b7baaf723e3e99480257e6700362e31?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de junho de 2008, Proc. nº4450/2008-2, acessível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/92711794c1e817a9802574c2004dce19?OpenDocument>

⁴⁸⁸Diversamente da perspectiva maioritária, consideramos que os danos não patrimoniais são suscetíveis de avaliação pecuniária, uma vez que são objeto de indemnização e esta se traduz em dinheiro na maior parte dos casos. Já os interesses dos lesados é que não são patrimoniais. Consequentemente, por contraposição, os danos patrimoniais afetam interesses pecuniariamente avaliáveis (traduzindo-se em danos emergentes e em lucros cessantes). Cfr. PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. pp.665-682.

⁴⁸⁹De acordo com o artigo 566º, nº2 do Código Civil o critério de aferição do montante da indemnização em dinheiro para reparar danos patrimoniais consiste no cálculo da diferença entre a situação patrimonial real e atual do lesado e a sua situação real mas virtual. Esta última diz respeito à situação em que o lesado presentemente estaria "se não existissem danos". Exceciona-se a aplicação de regras particulares previstas em matéria de responsabilidade contratual (v.g., artigo 801º e 805º, nº2 do Código Civil). Já o artigo 496º do Código Civil regula a questão dos danos não patrimoniais, aquela onde as dificuldades probatórias e contabilísticas mais se acentuam, resolvendo explicitamente o problema da sua ressarcibilidade. O preceito clarifica, portanto, que se trata de verdadeiros danos que desencadeiam responsabilidade civil, independentemente de saber verdadeiramente se se trata de os indemnizar ou somente de os compensar, atenuar ou minimizar na medida do possível. Por seu turno, o critério de verificação do montante da indemnização neste tipo de danos é a equidade fixada pelo tribunal (artigo 496º, nº4, 1ª parte). Consideramos que a compensação por danos não patrimoniais, designadamente por danos derivados da lesão à integridade física e psíquica deve ter em vista o princípio da igualdade (artigo 13º da Constituição da República Portuguesa), a gravidade da lesão (artigo 496º, nº1 do Código Civil), o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do agente e do lesado e demais circunstâncias do caso (artigo 494º do Código Civil). Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. pp.64,79-81; PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.187. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc.nº 7053/12.7TBVNG.P1S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument> quando refere que "A compensação dos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (art. 496º, nº 1, do CC), não pode – por definição – ser feita através da fórmula da diferença. Deve antes ser

se nos danos patrimoniais ressarcíveis pela violação do dever de esclarecimento a indemnização pelo montante que o paciente pagou a mais em virtude de não ter sido informado de outras alternativas terapêuticas menos dispendiosas. Por conseguinte, tratando-se de um ato médico ilícito e culposo de tal forma que cause danos físicos ao paciente e seja simultaneamente praticado sem o respetivo consentimento o paciente poderá reclamar, por um lado, uma indemnização pelos danos patrimoniais e morais (v.g. danos corporais) sofridos pela atuação do médico, lesiva do corpo da saúde e, por outro, a indemnização pelos danos causados exclusivamente pela violação do consentimento informado e esclarecido.

Diferente será a situação de o médico intervir sem o consentimento do paciente, apesar de não se verificar a sua oposição expressa ou implícita, e dessa ação não resulta qualquer dano físico para o paciente. Neste caso, a indemnização deve considerar apenas a eventual violação da autodeterminação pessoal, a qual nem sempre configura uma violação tão grave que mereça que o sistema jurídico lhe confira uma indemnização conforme determina o artigo 496º do Código Civil, nos termos do qual apenas serão atendíveis os danos não patrimoniais que, *“pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”*. Como tal, existirá dano não patrimonial da lesão do direito à autodeterminação e a sua consequente indemnização quando se possa concluir que aquela atuação causou ao paciente efetivos e relevantes prejuízos, nomeadamente quando a intervenção médica tenha violado convicções íntimas e pessoais do paciente, de tal forma que seja possível concluir por uma violação grave à autodeterminação do paciente.

Especialmente relevante se afigura o caso de o médico atuar com o consentimento do paciente, mas sem o ter devidamente informado sobre determinados riscos. Para esta questão é necessário verificar se o risco em causa se concretizou na prática, se causou um dano ao paciente, e ainda avaliar em que medida é que tal risco carecia de comunicação. Sem embargo de o risco não revelado não vir a materializar-se, caso se trate de um fator decisivo para a formação de vontade, não deixa de suscitar danos morais em relação à autodeterminação e à integridade física e psíquica no aspeto de incolumidade pessoal. Já se o risco se tiver concretizado, e se for um daqueles sobre o qual o paciente não foi informado, mas deveria ter sido, tudo depende do facto de a materialização do risco resultar ou não da violação culposa das *leges artis*. Em caso afirmativo, além da violação do dever de informação surge uma falta médica ligada à execução do ato, tornando-o um comportamento passível de indemnização. Por outro lado, se o paciente sofre um dano devido a uma ocorrência incontrolável e imprevisível para o

decidida pelo tribunal, segundo um juízo de equidade (art. 496º, nº 4, primeira parte, do CC), tendo em conta as circunstâncias previstas na parte final do art. 494º, do CC”.

médico, que não resulta de qualquer falta sua, não cremos que a ausência de toda a informação necessária fundamente o direito a uma indemnização, sem prejuízo da indemnização pela violação da autodeterminação do paciente nos termos acima expostos.

Doutrinalmente reconhece-se, do ponto de vista contratual, que os danos sofridos aferem-se através do interesse contratual negativo e do interesse contratual positivo⁴⁹⁰⁴⁹¹. Ora, em princípio, não parece cabalmente compatível a sua adequação em sede de responsabilidade médica por falta de consentimento, uma vez que a mera ideia de ressarcibilidade em caso de quebra das negociações, se é que assim podemos chamar aos contactos prévios ao ato médico, ou incumprimento veicularia uma ideia atentatória em contradição com o direito à autonomia pessoal do doente e o direito à liberdade profissional do médico.

Por outro lado, apesar da deficiente localização sistemática em sede de responsabilidade delitual, o artigo 496º do Código Civil consiste numa disposição de toda a responsabilidade civil, o que determina que a reparação dos danos morais em sede contratual já é atualmente admitida pela doutrina e jurisprudência maioritária⁴⁹². A ressarcibilidade dos respetivos bens neste contexto pressupõe que se verifique gravidade irrefutável e merecedora da tutela jurídica, nomeadamente no domínio da medicina, estando relacionados diretamente com a personalidade moral do paciente que legitima uma concessão de compensação pelos danos morais. Diversos fatores podem influenciar, como a idade da vítima, o grau de culpa do agente, e principalmente, o relatório de dano elaborado por um médico perito⁴⁹³.

Sintetizando, a realização de um tratamento não consentido pelo paciente gerará, via de regra, danos morais, com possibilidade de repercussões também na esfera patrimonial. Isso ocorre especialmente quando não se informam os riscos e se verifica um agravamento

⁴⁹⁰Em termos gerais, uma indemnização pelo interesse contratual positivo visa colocar o lesado na situação hipotética em que se encontraria se o contrato tivesse sido celebrado e integralmente cumprido. Inversamente, uma indemnização pelo interesse contratual negativo procura colocar o lesado no estado em que estaria o lesado se não tivesse celebrado o contrato ou nem se quer tivesse dado início às negociações.

⁴⁹¹Mário Júlio de Almeida Costa considera que estes conceitos podem ser transpostos para o contexto da responsabilidade extracontratual. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. pp. 598 e 599.

⁴⁹²COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. Pp.599-605; GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado. p.209. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 2017, Proc. n.º 6669/11.3TBVNG.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>

⁴⁹³PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p.197.

subsequente do estado de saúde, ou quando o paciente paga mais por não ser informado sobre terapias alternativas menos dispendiosas e desprovidas dos riscos verificados.

4.2.2.5. O nexo de causalidade entre o facto e o dano

Para a responsabilidade civil não interessa qualquer tipo de dano, exigindo-se, portanto, um nexo causal entre o facto e o prejuízo. Em termos simplistas, trata-se de aferir se aquele facto voluntário é apto a produzir aquele dano⁴⁹⁴ em concreto, conforme proclama o artigo 483º do Código Civil. O nexo de causalidade entre o facto e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação⁴⁹⁵.

Por seu turno, a doutrina dominante que explica o nexo de causalidade (nexo de imputação objetiva) é a teoria da causalidade adequada⁴⁹⁶. Aquela teoria estabelece, na sua formulação positiva, a questão de saber se é normal e adequado, ou seja, se é provável que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano e na sua formulação negativa, quando se constata que é indiferente para a produção de um dano daquele tipo uma acção praticada pelo lesante⁴⁹⁷. Segundo a doutrina e jurisprudência maioritária, a formulação negativa foi acolhida ainda que indiretamente no artigo 563º do nosso Código Civil⁴⁹⁸.

As grandes questões que têm atingido a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça prendem-se com o pressuposto do nexo de causalidade⁴⁹⁹, nomeadamente com o problema da conexão causal entre a violação do dever de informar e esclarecer e/ou de obter o consentimento do paciente e a decisão daquele de se submeter àquela intervenção ou àquele

⁴⁹⁴Dano real e não de mero dano de cálculo. Cfr. LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil. p.578.

⁴⁹⁵COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. p.605

⁴⁹⁶De acordo com esta “é necessário, portanto, não só que o facto tenha sido, em concreto, condição “sine qua non” do dano, mas também que constitua, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada à sua produção. (...) De harmonia com o critério que se afigura preferível, nesse juízo ou prognóstico «a posteriori» de adequação abstrata, deve atender-se, tanto às circunstâncias cognoscíveis, à data da produção do facto, por uma pessoa normal, como às na realidade conhecidas do agente”. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. pp.763-764.

⁴⁹⁷BARBOSA, Mafalda Miranda (2018) - Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. In Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. p.49.

⁴⁹⁸PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico. p.85.

⁴⁹⁹OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento informado e a presunção de um comportamento conforme à informação. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 19. Nº37. pp.9-28.

tratamento. Entre os casos em que há violação do consentimento livre, esclarecido e informado devem-se separar as intervenções no domínio da saúde sem consentimento do paciente e as intervenções com o consentimento viciado pela violação do dever de informar e de esclarecer.

No que concerne às intervenções sem o consentimento do paciente Nuno Manuel Pinto de Oliveira salienta⁵⁰⁰ que o ponto mais controverso deste tipo de situações consiste em averiguar se o médico pode, ou não se defender alegando e provando que o paciente teria consentido na intervenção, ou seja, se o médico pode deduzir a exceção do comportamento hipotético. Do ponto de vista jurisprudência⁵⁰¹ considera-se que a admissibilidade da prova do consentimento hipotético engloba os casos de violações menos graves do dever de informação, mas exclui as situações de violações graves do dever de informação, nomeadamente, a omissão de esclarecimento de riscos significativos de uma operação, e, sobretudo, as situações em que falta na sua totalidade a prestação de consentimento (intervenções médicas não autorizadas). Portanto, faz sentido recorrer ao consentimento hipotético, como meio de diluir a responsabilidade do médico, quando exista um historial de informação anterior, que permita àquele que o consentimento não teria sido recusado caso o médico o pudesse ter solicitado⁵⁰².

Quando se fala em responsabilidade por violação do dever de esclarecimento ou de informação, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça distingue consoante a configuração específica dos deveres infringidos⁵⁰³. Por um lado, o caso pode incidir sobre uma questão de violação de um dever de informação para a autodeterminação⁵⁰⁴ ou, por outro lado, pode ser relativo à violação de um dever de informação orientada para um comportamento determinado⁵⁰⁵. No primeiro caso, aquilo que se pretende é que o paciente decida o que quer. Já no segundo o que se pretende, em certo sentido, é o contrário, ou seja, que o paciente não faça o que quer,

⁵⁰⁰OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento. p.11.

⁵⁰¹Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, Proc.nº1263/06.3TVPR.T.P1.S1, acessível em:
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

⁵⁰²RAIMUNDO, Miguel Assis (2014) - Consentimento informado, causalidade e ónus da prova. p.86

⁵⁰³OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento. p.9.

⁵⁰⁴Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017, Proc. nº23592/11.4T2SNT.L1.S1, acessível em:
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d9767a1df7ff6495802581cd0035c593?OpenDocument> e de 8 de setembro de 2020, Proc. nº148/14.4TVLSB.L1.S1, disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument>

⁵⁰⁵Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de dezembro de 2020, Proc. nº359/10.1TVLSB.L1.S1, disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44f9ffe87381ef358025866900570924?OpenDocument>

portanto, que não adote comportamentos que o coloquem em risco. Naturalmente, o autêntico problema da responsabilidade pela violação de deveres de informação reside nos casos do primeiro tipo, naqueles em que está em causa um consentimento para a autodeterminação de forma a que o doente decida aquilo que quer, i.e., para que se submeta àquela intervenção ou para que não se submeta, caso não se queira submeter. Portanto, a grande questão consiste em saber como é que o paciente pode fazer a prova do processo psíquico hipotético que o levaria tomar a decisão de não se submeter a um tratamento ou a uma intervenção.

Da aplicação dos princípios gerais sobre o ónus da prova, designadamente do artigo 342º do Código Civil, resulta que recai sobre o doente o ónus de provar a conexão causal entre a violação do dever de esclarecimento ou de informação e a sua decisão de se submeter àquele tratamento ou intervenção. Como tal, o paciente teria de alegar e provar que foi por não ter sido adequadamente esclarecido e informado que decidiu submeter-se àquela intervenção ou tratamento. Trata-se de uma verdadeira “questão diabólica”⁵⁰⁶, que é particularmente difícil, estando no limite da impossibilidade, uma vez que está em causa a prova de processos psíquicos hipotéticos. Portanto, não está em causa provar que o paciente decidiu alguma coisa, mas sim provar o que teria decidido se tivesse sido confrontado com um esclarecimento ou informação que não existiu. E para agravar a situação está em causa a prova de processos psíquicos hipotéticos cujo resultado poderia ser uma não decisão. Portanto, os princípios e as regras gerais estabelecem que caberá ao doente provar que se tivesse sido adequadamente esclarecido não se teria submetido àquela intervenção.

A referida prova, ao criar um verdadeiro desequilíbrio entre as partes, exige que o tribunal atue para promover o equilíbrio das posições processuais das partes, ajustando-as, se necessário, pois o que se pretende e é exigido pela justiça processual é a igualdade efetiva das posições das partes ao longo de todo o processo⁵⁰⁷, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Civil. Neste contexto, tem sido amplamente admitido que o juiz não deve adotar uma postura passiva diante das notórias dificuldades do autor em provar o nexo de causalidade em ações de responsabilidade médica.

⁵⁰⁶Expressão de Mafalda Miranda Barbosa. Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda (2021) - Responsabilidade Civil Médica. Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade. Imputação objetiva. In Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra. p.232.

⁵⁰⁷SOUSA, Miguel Teixeira de (1996) - Sobre o ónus pp. 121 ss., 140.

Excluída a via convencional de aplicação dos princípios e regras gerais pela quase impossibilidade que esta comporta, a jurisprudência percorreu duas soluções possíveis para resolver esta questão.

A primeira determina a aplicação da responsabilidade da perda de uma chance ou de uma oportunidade. A reconstrução deste problema como um problema de responsabilidade pela perda de chance ou de oportunidade envolve logicamente uma deslocação dogmática. O problema deixa de ser representado como um problema de causalidade para ser representado como um problema de dano de responsabilidade pela causação do dano de uma chance ou de uma oportunidade. Portanto, os tribunais explicam, de uma forma relativamente elucidativa, que neste caso, não se trata do dano da perda de uma chance ou de uma oportunidade, que usualmente se coloca noutros casos⁵⁰⁸, pois a perda de chance em causa consiste na perda da chance da oportunidade de decidir⁵⁰⁹. E, a partir do momento em que essa chance ou oportunidade de decidir ficou perdida, o médico é responsável por todos os danos que daí decorram.

A segunda fórmula continua a colocar o problema no plano da causalidade, invertendo-se o ónus da prova através da chamada presunção de um comportamento conforme à informação⁵¹⁰. De acordo com a referida presunção, o juiz ao apreciar o caso deve partir do princípio de que se o paciente tivesse sido adequadamente informado teria adotado um comportamento diferente, designadamente o de não consentir e de se submeter àquela intervenção ou tratamento. O corolário da presunção de um comportamento conforme à informação determina que o ónus da prova transmite-se do doente para o médico. Portanto, de acordo com a presunção de um comportamento conforme a informação é o médico que tem de

⁵⁰⁸Fala-se, neste caso, em perda de oportunidade de decidir enquanto dano final, pelo que a responsabilidade pelo dano da perda de oportunidade de decidir é uma responsabilidade total. Esta pressupõe que a decisão tomada sem informação seja um resultado diverso da decisão que o interessado teria tomado com informação. Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento. pp.19-20.

⁵⁰⁹Estamos perante a perda da oportunidade de decidir no sentido de não realização de uma intervenção que se materializa num critério de imputação (probabilística) de um dano corporal, portanto, trata-se de um dano intermédio que resulta numa responsabilidade parcial. Consequentemente, o médico lesante apenas responde por alguns danos, ou seja, a indemnização deste dano intermédio da perda de chance deve ser proporcional de que se concretize o dano final. Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento. pp.19-20.

⁵¹⁰A ideia da presunção de um comportamento conforme à informação tem sido explorada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Entre os desenvolvimentos mais recentes e interessantes está o facto deste tipo de presunção ser expressamente referida num acórdão de uniformização de jurisprudência, o acórdão 8/2022 de 3 de novembro de 2022. Portanto, de acordo com este acórdão pode retirar-se uma pista no sentido de haver atualmente uma tendência do nosso Supremo Tribunal de Justiça para aplicar a casos semelhantes a presunção de um comportamento conforme à informação e por isso para inverter o ónus de prova da causalidade. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº8/2022 de 3 de novembro, disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/8-2022-202959162>

provar que o paciente teria consentido naquela intervenção ainda que tivesse sido adequadamente informado.

Do ponto de vista dogmático, dos conceitos e dos princípios há uma diferença significativa entre as duas soluções. E há porque a construção do dano da perda de uma chance coloca o problema no lugar errado, designadamente no lugar do dano e não no lugar da causalidade. E a solução da presunção de um comportamento conforme à informação coloca o problema no lugar certo, nomeadamente no lugar da causalidade. Já em termos práticos não se verifica uma grande diferença entre as duas construções porque a primeira fórmula determina resultados semelhantes à presunção de um comportamento conforme a informação.

A solução preconizada pela jurisprudência apresenta vantagens significativas para os lesados no âmbito da responsabilidade médica por violação do consentimento informado, embora possam subsistir algumas incertezas associadas à aplicação da lei. Como tal, parece-nos pertinente referir as seguintes alterações a aplicar, não só no âmbito do consentimento, mas principalmente do ponto de vista da problemática da responsabilidade civil médica. São elas: a necessidade de estabelecer uma regulação uniforme, para serviços públicos e privados de prestação de cuidados médicos; a criação de secções especializadas nos tribunais civis para tratar de questões relacionadas com a responsabilidade médica, ou, em alternativa, a formação de grupos de trabalho junto aos tribunais compostos por agentes especialistas, nomeadamente, médicos, magistrados e advogados, com o objetivo de promover uma discussão aberta e construtiva sobre os problemas identificados por cada profissional, bem como soluções e possíveis vantagens e desvantagens, visando uniformizar as regras e procedimentos para a apreciação das ações de responsabilidade civil médica; a mudança de paradigma com a criação de um novo modelo de reparação de danos e de responsabilidade civil⁵¹¹; ou ainda a modificação das regras da prova no processo civil⁵¹².

Por seu turno, a aplicação do princípio geral da obrigação de indemnizar prevista no artigo 562º do Código Civil tem como objetivo colocar o lesado na situação em que estaria, tanto quanto possível, caso a lesão não se tivesse produzido. Daqui resulta que, na respetiva avaliação do quantum indemnizatório, importa considerar, além dos danos emergentes e dos lucros cessantes, os benefícios, descontando-os de modo que o dano seja reduzido ou mesmo

⁵¹¹PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos Pacientes. p. 25; RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico. p.6.

⁵¹²PRINZO, Bruna Maia (2017) - A Prova da Responsabilidade. p.98.

eliminado pela sua consideração. Com efeito, a figura da *compensatio lucri cum damno*⁵¹³ propõe justamente impedir o enriquecimento do lesado.

Como já referimos supra o consentimento informado e esclarecido é um processo recíproco nos termos do qual, de acordo com princípio da boa-fé, impende sobre o doente o dever de colaborar com o profissional de saúde, partilhando dados pessoais relevantes (cfr. Base 2, nº 4, alínea b) da Lei de Bases da Saúde). Neste âmbito, é necessário ter em conta o preceito do artigo 570º do Código Civil relativo à culpa do lesado. Considerando que a questão da culpa do lesado é normalmente discutida em sede de causalidade, a grande questão que o instituto suscita é saber se um ato do lesado contribuiu ou não causalmente para a produção ou agravamento de danos⁵¹⁴. Em caso afirmativo, o tribunal poderá determinar, com base na gravidade da culpa do lesado e nas respetivas consequências, uma condição negativa de imputação de responsabilidade ou de redução do montante indemnizatório reclamado⁵¹⁵. Por seu turno, a falta de cooperação do paciente resulta naturalmente em dois tipos de reação por parte do médico. Por um lado, este pode recorrer à figura da culpa do lesado para reduzir ou se eximir da responsabilidade. Por outro lado, poderá o médico invocar o direito de recusa de assistência (artigo 16º e 17º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), desde que se verifiquem os requisitos previstos no nº2 do artigo 16º do referido diploma.

De acordo com o referido anteriormente, o instituto da responsabilidade médica remete para uma situação intermédia, recusando o princípio “*tudo ou nada*” no que respeita à avaliação da indemnização, recorrendo a critérios flexíveis para determinar os respetivos montantes. Para o efeito, o tribunal deverá determinar equitativamente o *quantum* indemnizatório de acordo com os factos provados, nos termos do artigo 566º, nº 3 do Código Civil, que envolvem precisamente a contemplação do grau de culpa do médico e do paciente, parâmetros modificadores do ressarcimento de acordo com os artigos 494º e 570º do Código Civil, respetivamente. Neste prisma, evita-se a solução desequilibrada de conceder uma indemnização total, na qual se penaliza o médico ou de negar a indemnização ao paciente, o que coloca em causa a sua autodeterminação.

4.2.3. O ónus da prova do consentimento informado

⁵¹³GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade. pp.67-68.

⁵¹⁴PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. p.767.

⁵¹⁵GOMES, Carla Amado (2013) - *With great power*. p.60.

À primeira vista, a responsabilidade civil do médico decorrente da falta ou invalidade do consentimento deverá ser alegada pelo paciente por enquadrar um facto constitutivo do seu direito (artigo 342º, nº 1 do Código Civil), permitindo provar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever do médico de obter consentimento esclarecido⁵¹⁶.

Porém, o consentimento informado enquanto direito de aceitar ou recusar de forma livre e esclarecida qualquer tratamento coloca dificuldades significativas na realização da prova, pelo que a doutrina dominante⁵¹⁷ entende que tal ónus recai sobre o médico. Conforme referido supra, a justificação da inversão do ónus da prova reside, por um lado, no facto de que seria mais difícil para o paciente fazer prova de um facto negativo. Por outro lado, foi esta a forma que se encontrou para introduzir uma certa igualdade de meios entre as partes em litígio, dada a posição de fragilidade do paciente. Além do mais, sendo o consentimento uma causa de justificação da ilicitude da conduta do médico e a informação um pressuposto da sua validade, cabe à parte que alega esse facto, impeditivo do direito do paciente, fazer prova dele, segundo a regra de que os factos impeditivos do direito devem ser alegados por aquele contra quem o direito é invocado (artigo 342º, nº2 do Código Civil).

Apesar de em princípio esta prova recair sobre o médico, existem casos recentes na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça⁵¹⁸ que consideram que incumbe ao lesado o ónus de tal prova. Estamos perante processos em que subsiste dúvida relativamente à obtenção do consentimento informado, nos termos dos quais o tratamento medicamente indicado não implica riscos sérios e graves e que ao invés, a não realização de tal tratamento seria causa de tais riscos. O tribunal, nestes casos, supõe a título de presunção judicial (artigos 349º e 351º do Código Civil) a verificação do consentimento informado pois *“qualquer razoável doente que previamente escolheu o seu médico (...) consentiria na realização do exame”*, o que significa que seria da incumbência do paciente provar a inexistência do consentimento informado. Caso existissem outros tratamentos alternativos caracterizados de um risco menor ou igual, aí sim, recairia sobre o médico o ónus de provar que prestou a informação necessária ao consentimento livre e esclarecido.

⁵¹⁶RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado. pp. 432-433.

⁵¹⁷PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. p.112.

⁵¹⁸Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010, Proc. nº 301/06.4TVPR.T.P1.S1, acessível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>;

4.2.4. Exceções à responsabilidade civil por falta de consentimento informado

Doutrinariamente são reconhecidas certas situações legitimadoras do incumprimento dos deveres de informar e esclarecer e de obter o consentimento, *i.e.*, na medida em que surgem circunstâncias que se podem revelar prejudiciais para o paciente condicionar a atuação médica à obtenção dos referidos deveres e, por isso, não devem configurar responsabilidade do médico.

As exceções que iremos abordar constituem, portanto, os limites do dever de esclarecimento e de informação e de obtenção do consentimento informado e são elas o privilégio terapêutico, o direito a não saber, a urgência e as autorizações legais. A redução do esclarecimento tem naturalmente lugar ainda quando o doente possui de antemão conhecimentos dos riscos em que incorre, o que poderá suceder quando é médico ou enfermeiro, ou quando já foi sujeito ao mesmo tipo de intervenção ou tratamento, caso típico do doente crónico que se apresenta a uma intervenção de rotina. Este tipo de situações não carece de desenvolvimento autónomo pela sua simplicidade, embora tenha relevância específica quanto ao dever de verificar o esclarecimento.

Em primeiro lugar, as situações de urgência médica constituem uma das exceções da necessidade de informar o paciente e de obter o seu consentimento conforme resulta do disposto nos artigos 156º, nº2 alínea a) do Código Penal, 8º da Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina e artigo 22º, alínea a) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Deste modo, a urgência surge sempre que se impõe uma intervenção rápida, indispensável e cuja não intervenção imediata é suscetível de provocar um agravamento do estado de saúde do paciente e até de colocar em risco a sua própria vida. Aqui, abrange-se também a extensão do âmbito operatório que pode ocorrer durante uma intervenção de acordo com o consentimento informado, o médico identifica a necessidade de uma intervenção adicional urgente e imprevisível para salvar a vida ou para evitar o agravamento substancial do estado de saúde do doente.

No entanto, não podemos esquecer que nestes casos estamos perante um conflito de direitos e deveres, na medida em que está consagrado o direito do doente consentir certo ato médico, por um lado, e o dever de o médico obter o consentimento informado do paciente, bem como o dever de auxílio, por outro. A aplicação do instituto da urgência envolve a consideração

do princípio da proporcionalidade⁵¹⁹, determinando a possibilidade desta suprimir o direito ao consentimento informado de uma forma relativa, nos casos em que será reduzido apenas o âmbito e extensão da informação a prestar ao paciente ou de uma forma absoluta, ficando o médico dispensado da própria obtenção do consentimento, invocando-se aqui a figura do consentimento presumido referida *supra*.

As autorizações legais têm em vista a proteção de interesses de terceiros, pelo que se julga constitucionalmente admissível a limitação do direito ao consentimento informado. Em causa estão limitações de direito público, em que, por haver finalidades sociais superiores⁵²⁰, nomeadamente questões de saúde pública e de proteção de direitos e liberdades de outrem, se suspende o direito à autodeterminação do paciente. No âmbito do direito europeu entende-se que determinados tratamentos obrigatórios podem ser justificados, de acordo com o estipulado no artigo 26 n.º1 da Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina . Aí se exige que as restrições ao artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina, estejam “*previstas por lei, constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, para a prevenção de infracções penais, para a protecção da saúde pública ou para a protecção de direitos e liberdades de outrem*”.

Neste plano, estabelecem-se as vacinas obrigatórias no âmbito da prevenção de epidemias e combate a doenças contagiosas, os tratamentos em detidos, os internamentos compulsivos, os exames médicos em medicina do trabalho, entre outras medidas. No caso dos tratamentos sanitários obrigatórios existem os não coativos e os tratamentos coativos. Os tratamentos obrigatórios não coativos implicam uma obrigação de se sujeitar ao tratamento que é sancionado de forma indireta, *v.g.*, proibição de frequentar a escola, o local de trabalho, locais desportivos, ou a perda de direito a algumas prestações ou outras vantagens. Os tratamentos coativos são aqueles que podem ser impostos mesmo contra a vontade do paciente. Tratam-se de restrições que implicam o respeito de determinados critérios de necessidade, de proporcionalidade e de subsidiariedade, face às condições particulares de cada Estado⁵²¹.

O instituto do privilégio terapêutico é objeto de tratamento na 2ª parte do artigo 157.º do Código Penal, quando estabelece que a informação não deve ser prestada caso o conhecimento daquela coloque o paciente numa situação de “*perigo a sua vida*” ou lhe puder causar “*grave*”

⁵¹⁹RAIMUNDO, Miguel Assis (2014) - Consentimento informado, causalidade e ónus da prova. p.84.

⁵²⁰Neste âmbito, Capelo de Sousa afirma “*tanto o direito à integridade corporal como o direito à autodeterminação corporal, na hierárquica de interesses legais, cedem face a interesses sociais Preponderantes*”. Cfr. SOUSA, Rabindranath Capelo (1995) - O Direito Geral de Personalidade. p. 227-228.

⁵²¹PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp.353-372.

dano à saúde, física ou psíquica". Também o artigo 25º, nº 2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos determina igualmente que a prestação de informação "*exige prudência e delicadeza*" e que devem ser "*ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar*"⁵²².

Assim, a aplicação do privilégio terapêutico afasta a regra geral do dever de informar (cfr. artigos 157º, 1ª parte do Código Penal e 25.º, n.º 1 e 19.º, n.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), salvaguardando o bem jurídico integridade física e vida, uma vez que não faria sentido impor ao médico o cumprimento a todo o custo do dever de informar o paciente. Trata-se de um instituto de carácter restritivo, uma vez que apenas incide sobre as intervenções terapêuticas previstas no artigo 150º do Código Penal, excluindo as restantes.

No entanto, considerando que privilégio terapêutico pode ser utilizado como forma de derrogação do dever de informação ou ser confundido com um direito à mentira, este instituto deve constituir uma exceção, devendo ser aplicado em situações restritas. Como tal, a sua aplicação deve limitar-se aos casos de doenças psiquiátricas, cardíacas e terminais, nos quais existe uma probabilidade muito elevada da transmissão de informação colocar em perigo a vida do paciente, de agravar o estado de saúde do mesmo e ainda quando não exista qualquer terapêutica que possa curar o doente⁵²³. Assim, a sua aplicação deve pressupor uma avaliação criteriosa do perfil do paciente, nos termos da qual o médico determina se a transmissão daquela informação é suscetível de causar danos à saúde do paciente ou até mesmo representar perigo para a vida daquele.

Existe ainda outra exceção ao dever de informar, que consiste nas situações em que o doente recusa o esclarecimento. Nestes casos, estamos perante o direito a não saber, enquanto dimensão negativa do direito a ser informado, nos termos do qual o paciente exerce também o direito ao livre desenvolvimento de personalidade. Portanto, o médico não tem de esclarecer quando o paciente declara que aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não ser informado da gravidade da doença.

O direito a não saber encontra-se previsto no artigo 10º, nº 2 da Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina, que refere explicitamente que "*a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada*". Também o Código Deontológico da Ordem

⁵²²Cfr. ainda o artigo 19, n.º 4 do Código Deontológico da Ordem Médicos, quando refere que "*o esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente*".

⁵²³PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado. pp. 466 e 467.

dos Médicos, no seu artigo 25º, nº 3, estabelece que a comunicação “*não deve ser prestada se este não a desejar*”.

No entanto, o direito a não saber não constitui um direito em sentido absoluto, uma vez que o mesmo admite restrições. Em primeiro lugar, restringe-se o direito a não saber do próprio paciente, uma vez que mesmo que este manifeste o seu desinteresse em ser informado e esclarecido o médico terá de transmitir um mínimo de informação acerca do seu diagnóstico, na medida em que apenas com esse mínimo de informação estará o paciente em condições de adotar medidas preventivas caso sejam necessárias⁵²⁴. A segunda restrição diz respeito à proteção de interesse de terceiros, sobretudo quando estiverem em causas doenças contagiosas, conforme resulta do disposto nos artigos 10º, nº 3 e 26.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Atente-se, *v.g.*, ao caso da tuberculose, ao caso do vírus da imunodeficiência humana (VIH), ou ainda a qualquer doença infecto-contagiosa.

⁵²⁴OLIVEIRA, Guilherme de (2015) - Nota sobre a informação. pp.152-153.

5. Conclusão

O estudo e análise realizados permitem-nos concluir que, hodiernamente, o consentimento do paciente consiste na exteriorização de uma vontade, séria, livre e esclarecida que se completa com a decisão daquele em submeter-se, ou não, à realização de certo tratamento ou intervenção. Trata-se, portanto, de um processo dinâmico inter-relacional, pelo que não se aceita a perspetiva de se limitar o consentimento informado a uma simples assinatura de um formulário.

Contudo, a prática do consentimento informado nem sempre foi como a conhecemos atualmente, tendo evoluído, a par com a relação médico-paciente, do paradigma do paternalismo médico, no qual este último era colocado num plano divino e em que o seu conhecimento era praticamente incontestados, para o estabelecimento de um modelo assente na autonomia do paciente e na afirmação respetivos direitos.

No nosso sistema jurídico, constatamos que a garantia de defesa dos direitos de personalidade dos doentes existe como modo de salvaguarda, quando estes entram em contacto com um médico. Como tal, o imperativo do consentimento informado assenta no direito à integridade física e psíquica e no direito à autodeterminação da paciente, conforme retiramos da leitura conjunta dos preceitos respeitante à matéria dispersos pela legislação, nomeadamente, na Constituição da República Portuguesa, no Código Penal, no Código Civil, na Lei Administrativa e no Código Deontológico da Ordem dos Médicos. No plano do direito civil, em particular, para que a intervenção médica seja considerada lícita é necessário que esta tenha sido praticada com o consentimento do paciente, nos termos dos artigos 340º, nº1 e 81º do Código Civil. O consentimento do paciente vem, nestes casos, justificar a agressão retirando-a da zona da ilicitude. Deste modo, se o médico praticar um ato médico sobre a pessoa do doente, sem que para tanto esteja munido do respetivo consentimento livre e esclarecido, incorrerá em responsabilidade civil.

Com base na análise dos requisitos do consentimento do paciente, entendemos que a sua validade pressupõe, por um lado, que a informação deve ser veiculada em conformidade

com a capacidade cognitiva do paciente, enfatizando que o esclarecimento se distingue da informação, uma vez que o primeiro corresponde à informação assimilada. Defendemos, portanto, que um paciente esclarecido não apenas recebeu, como também compreendeu a informação, e apenas nessas condições pode consentir no tratamento que considera mais adequado e eficaz para o seu caso. Ainda quanto a este ponto, não podemos deixar de referir a necessidade de adequar o teor de informação, mais ou menos detalhado, tal como a forma da sua explicitação, numa linguagem mais ou menos técnica, ao concreto paciente que se atende.

Por outro lado, a validade do consentimento informado assenta em certos aspetos formais e de exteriorização da vontade. Neste âmbito, exige-se a atualidade do consentimento relativamente ao procedimento e recomenda-se um prazo de reflexão entre a prestação da informação do médico e a tomada de decisão do paciente. Acresce que o consentimento, enquanto declaração, pode revestir a modalidade expressa ou tácita e é necessária a adoção de uma forma, seja ela oral ou escrita, sendo que esta última cria uma maior segurança e certeza e normalmente é exigida para procedimentos invasivos ou de alto risco. Neste contexto, não podemos deixar de referir as devidas exceções à responsabilidade civil por falta de consentimento informado, nomeadamente as exceções ao dever de informar e esclarecer (o privilégio terapêutico e o direito a não saber) e as exceções ao dever de obter o consentimento informado (a urgência e as autorizações legais).

Constatamos, por seu turno, que os problemas típicos do consentimento informado assinalados pela doutrina e jurisprudência assentam maioritariamente nos casos de incapacidade, no incumprimento da prestação de informar e esclarecer, na documentação e formalidades insuficientes e no recurso indevido ao consentimento presumido.

Em primeiro lugar, tanto a questão da avaliação da capacidade a cargo do médico, como a dos meios de suprimento do mesmo, constituem problemas típicos do consentimento informado. Por outro lado, o incumprimento da prestação de informar e esclarecer é marcado por duas razões. A primeira advém de uma falta de clareza do médico ao empregar uma linguagem marcadamente técnica, inadequada ou insuficiente, impedindo que o paciente entenda plenamente os riscos, benefícios e alternativas. A segunda consiste na omissão dos riscos relevantes, seja por dolo, seja por negligência, comprometendo a tomada de decisão informada pelo paciente. Quanto à questão da documentação e formalidades, surgem problemas quando o paciente assina um documento de consentimento sem compreender plenamente o respetivo conteúdo, o que pode acontecer quando este não é acompanhado de um esclarecimento oral do médico. No que concerne às exceções à responsabilidade civil por falta de consentimento, o

recurso à figura do consentimento presumido apresenta um âmbito de aplicação restrito e, por isso, por vezes não respeitado, especialmente em situações de alargamento de operações.

Os problemas referidos devem ser abordados e resolvidos pelo Direito através de soluções interdisciplinares, as quais devem procurar proteger os direitos dos pacientes. Em primeiro lugar, grande parte dos problemas identificados relacionam-se com a falta de comunicação mútua, pelo que há um papel fundamental na formação e capacitação de profissionais de saúde. Este processo compreende uma educação contínua, sendo necessário abordar os aspetos éticos e legais do consentimento. Além disso, é indispensável apostar no fortalecimento das garantias no processo civil, por meio de provas indiciárias e de presunções judiciais favoráveis ao paciente. Por seu turno, a proteção da autodeterminação do paciente exige a implementação de mecanismos legais para avaliar a capacidade do paciente de consentir, com regras claras sobre como proceder em caso de incapacidade. De se acrescentar a necessidade de criação de um novo modelo de reparação de danos e de responsabilidade civil no ordenamento jurídico português permitindo que os pacientes sejam adequadamente compensados por danos morais e patrimoniais sofridos. Por fim, é necessário promover uma jurisprudência uniforme relacionada com o consentimento, contribuindo para o estabelecimento de uma maior previsibilidade na aplicação da lei, não descurando as particularidades de cada caso.

Por seu turno, a declaração que está na origem do contrato pode, em variados casos, coincidir com a declaração de vontade do paciente para realizar determinada intervenção, no seguimento de uma proposta de ato médico por parte do profissional de saúde. Como tal, entendemos que o contrato médico constitui um instrumento essencial no âmbito da relação médico-paciente de natureza privada, revelando toda a sua importância para o apuramento da responsabilidade contratual, no entanto não pode ser confundido com o instituto do consentimento informado. Quanto a este aspeto não podemos deixar de frisar a necessidade da tipificação do contrato de prestação de serviço médico no ordenamento jurídico português, na qual se sistematize um enquadramento legal do regime, incluindo questões como a capacidade para consentir, o conteúdo de informação a prestar, a questão do ónus da prova e a responsabilidade civil em causa.

Para terminar, no que respeita à indemnização pelos danos derivados de uma intervenção ilícita por essa falta de consentimento, reconhecemos que esta recai, em princípio, sobre o médico, desde que todos os pressupostos da responsabilidade civil estejam preenchidos. Contudo, quando a violação do consentimento do paciente advier de uma falha de procedimentos

internos da instituição onde labora o médico, a responsabilidade incorre sobre a instituição de saúde. Não obstante, da análise global do tema da responsabilidade civil médica concluímos que esta tem de ser perspectivada de acordo com o princípio da justiça distributiva. Neste prisma, o sistema judicial deve evitar uma solução desequilibrada baseada no princípio de “tudo ou nada” e de caminhar para um sistema de responsabilidade partilhada. Esta opção tem como consequência evitar que os profissionais de saúde possam enveredar por uma medicina defensiva que os afaste de procurar soluções inovadoras terapêuticas. No entanto, não podemos deixar de referir que quanto maior poder associado ao paciente mais responsabilidade este tem de assumir.

6. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2021) - Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) - Os contratos civis de prestação de serviço médico. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

ALMEIDA, Leonor Duarte de (2011) - Consentimento informado. Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para a sua obtenção - Breves considerações. In Revista da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia. Vol. 35. N.º 1.

ALVES, Jeovanna Viana (2003) - Ensaio Clínicos. Coimbra Editora.

AMARAL, Freitas do. (1991) - Natureza Da Responsabilidade Civil Por Atos Médicos Praticados Em Estabelecimentos Públicos de Saúde. In Direito Da Saúde e Da Bioética. Lisboa: AAFDL Editora

AMORIM, Ana (2011) - O Consentimento Informado de Menores: Reflexões e Críticas sobre a Lei Atual. In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito de Saúde. Nº15

ANDRADE, Manuel da Costa (1991) - Anotação ao artigo 156.º CP (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários). In Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação do paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Editora. 1991

ANDRADE, Manuel da Costa (2012) - Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I. Parte Especial: Artigos 131º a 201. Coimbra: Coimbra Editora

ANDRADE, Manuel da Costa (2004) - Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra: Coimbra Editora

ANTUNES, Alexandra (1999) - Consentimento Informado. In Ética em Cuidados de Saúde (coord. DANIEL SERRÃO, RUI NUNES). Porto Editora. Porto

BARBOSA, Mafalda Miranda (2018) - Do nexu de causalidade ao nexu de imputação. In Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

BARBOSA, Mafalda Miranda (2019) - Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores. In O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado. 1.ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

BARBOSA, Mafalda Miranda (2017) - Lições de Responsabilidade Civil. Principia Editora. Cascais. 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda (2021) - Maiores Acompanhados - A disciplina da Lei n.º49º/2018, de 14 de agosto. Coimbra. Gestegal.

BARBOSA, Mafalda Miranda (2021) - Responsabilidade Civil Médica. Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade. Imputação objetiva. In Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra.

BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. (1986) - A History and Theory of Informed Consent. New York: Oxford University Press.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. (2009) - Principles of biomedical ethics. 7th edition. New York: Oxford University Press.

BEIER, Mônica (2010) - Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. In Revista Médica de Minas Gerais. Instituto Mineiro de Homeopatia.

BELEZA, Teresa Pizarro (1997) - Direito Penal. 2º volume. Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

BRITO, Teresa Quintela de (2002) - Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 12. Nº3

BRUNO, Paula (2010) - Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora.

CABANELAS, Fernando Manuel Barroso (2018) - Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 15. Nº 29.

CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO Jr., Wilson A. (2005) - Textos hipocráticos – o doente, o médico e a doença. Fiocruz.

CASTRO, Jorge Rosas de (2014) - "Consentimento informado e medicina defensiva. In Julgar. Número Especial. Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) - Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume 1. 4ª edição revista. Coimbra Editora. Coimbra.

CARVALHO, Jorge Morais (2016) - Os Limites à Liberdade Contratual. Coimbra. Almedina.

CARVALHO, Orlando de (2021) - Teoria Geral do Direito Civil. 4ª edição. Gestlegal.

CASTELO, Higinia (2021) - Informação e consentimento informado como declarações contratuais; relevância em situações de incumprimento. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 18. N.º36. Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes (2011) - Da boa fé no direito civil. Coimbra. Almedina.

CORDEIRO, António Menezes (2010) - Direito das Obrigações. Volume II. Coimbra. Almedina.

CORDEIRO, António Menezes (2010) - Tratado de Direito Civil Português. Vol.II. Tomo III. Coimbra. Almedina.

CORREIA, Sérvulo (1996) - As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde no Serviço Nacional de Saúde. In Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

COSTA, José de Faria (2017) - Estudos em homenagem ao prof.doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Universidade de Coimbra.

COSTA, Mário Júlio de Almeida (2013) - Direito das Obrigações. 14ª edição. Reimpressão. Almedina.

CRORIE, Benedita Mac (2003) - O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional". In AAVV. Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura da Universidade do Minho. Coimbra.

DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaela (2020) - Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 7. N.º33.

DEODATO, Sérgio (2017) - Direito da Saúde. Colectânea de Legislação Anotada. 2ª edição. Coimbra: Almedina.

DIAS, Carlos de Melo (2003) - Consentimento Informado como mediador razoável da relação profissional de saúde-doente. 1ª edição. Coimbra: Formasau.

DIAS, João Álvaro (1996) - Procriação assistida e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde Monteiro (1984) - Responsabilidade Médica em Portugal. In Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa.

DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Sinde (1984) - Responsabilidade Médica na Europa Ocidental. Considerações de “lege ferenda””. In Separata da Revista Scientia Iuridica. XXXIII

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) - Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) - Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Coimbra Editora: Coimbra.

DIAS, Figueiredo (1973) - O problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica. In As técnicas modernas de Reanimação; conceito de morte; aspetos médicos, técnico-morais e jurídicos

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE (2009) - Consentimento Informado: Relatório Final. Porto.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago (2014) - Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica Editora.

FARELA, Helga Fabíola da Fonseca (2016) - O contrato de prestação de serviços médicos (treatment) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu. In JULGAR. Nº28

FARIA, Paula Ribeiro de (2019) - O dever de esclarecimento médico nos casos de diagnóstico de doença grave ou incurável ou prognóstico de vida limitado e o artigo 157º do Código Penal. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 16, Nº 31-32.

FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 5ª Edição. Revista e Atualizada. Lisboa. Universidade Católica Editora.

FERREIRA, Carlos Lobato (2005) - Do Segredo Médico aos Segredos do Médico. In Revista do CEJ. N.º3.

FIDALGO, Sónia (2008) - Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa. Coleção do Centro de Direito Biomédico 13. Coimbra: Coimbra Editora

FONTES, Marília dos Reis Leal (2020) - Consentimento Informado - Perspetiva histórica e novos desafios. In Data Venia. Ano 8. Nº1.

FRAGATA, José; MARTINS, Luís (2008) - O Erro em Medicina - Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade. Almedina. Coimbra. 2ª reimpressão.

FRUTUOSO, Miriam Vieira da Rocha (2012) - O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde. Mestrado em Direito Judiciário apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho

GODINHO, Inês Fernandes (2020) - A Autonomia do Doente no âmbito das Decisões de Fim de Vida. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 17. N.º 34.

GOMES, Carla Amado (2013) - With great power comes great responsibility: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Instituto de Ciências Jurídico Policiais. Lisboa.

GONÇALVES, Carla (2005) - A Responsabilidade Médica Objetiva. In Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra Editora.

GONZÁLEZ, José Alberto (2019) - Código Civil Anotado - Vol. I - Direito das obrigações. 2.^a edição. Lisboa: Quid Juris.

GONZÁLEZ, José Alberto (2012) - Código Civil Anotado - Vol. II - Direito das Obrigações. Lisboa: Quid Juris.

GONZÁLEZ, José Alberto (2020) - Código Civil Anotado - Vol. III - Contratos em Especial (artigos 874.º a 1250.º) . Lisboa: Quid Juris.

GONZÁLEZ, José Alberto (2017) - Direito da Responsabilidade Civil. Lisboa: Quid Juris.

GONZÁLEZ, José Alberto (2022) - Reconhecimento facial (FRT) e direito à imagem. Facial recognition (FRT) and image rights. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Números 1 e 2. Lisbon Law Editions

GONZÁLEZ, José Alberto (2013) - Testamento Vital e a Procuração dos Cuidados de Saúde. Lisboa: Quid Juris.

GRISSE, Thomas; APPELBAUM, Paul S. (1998) - Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals. Oxford University Press. Nova Iorque

JORGE, Fernando Pessoa (1995) - Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Almedina. Coimbra

HÖSTER, Heinrich Ewald (2019) - A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Almedina.

LEITÃO, Luís Menezes (2022). Direito das Obrigações. Vol. I. 16.^a edição. Almedina. Coimbra.

LEITÃO, Luís Menezes (2022) - Direito das Obrigações. Vol.III - Contratos em Especial. 14ª edição. Coimbra. Almedina.

LEITÃO, Luís Menezes (2002) - O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática. In Estudos do Instituto de Direito do Consumo. Vol. I. Coimbra. Almedina.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antunes (1987) - Código Civil Anotado. Volume I. 4ª Edição. Revista Atualizada. Coimbra: Coimbra Editora.

LIMA, Gabriela Reis Rodrigues de (2020) - Autonomia: o direito à morte digna e a eutanásia. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 17. N.º 34.

MACHADO, J. Batista (2002) - Introdução ao Direito e ao discurso legitimador. 13ª reimpressão. Coimbra, Almedina.

MARQUES, Sofia; VIEIRA, Fernando (2018) Proteção da autonomia na incapacidade - Novas exigências ao regime jurídico português. In JULGAR. N.º34

MARTINS, Rosa Cândida (2004) - A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento. In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. I, Direito da Família e Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora

MARTINS, João Marques (2012) - Ensaios clínicos - uma perspectiva ético-jurídica. Vol.IV. Coimbra. Almedina

MARTINEZ, Pedro Romano (2011) - Responsabilidade Civil por Ato ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional. In Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida. Vol. II. Almedina. Coimbra

MATOS, Filipe Albuquerque (2018) - Ilícitude Contratual (breves notas). In Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil. 1ª edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2017) - Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 2ª edição revista. Universidade Católica Editora. Lisboa

MELO, Helena Pereira de; RODRIGUES, Mariana de Oliveira (2021) - Código Deontológico da Ordem dos Médicos Anotado. Coimbra: Almedina.

MELO, Helena Pereira (2022) - Deveremos vacinar, em Portugal, as crianças com menos de 16 anos contra a covid-19? In Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 19. N.º37.

MELO, Helena Pereira de (2020) - O Consentimento Esclarecido na Prestação de Cuidados de Saúde no Direito Português. Coimbra. Almedina

MONGE, Carla (2013) - Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Policiais.

MONTEIRO, António Pinto (2021) - Exclusões de responsabilidade na atividade médica. In Responsabilidade civil em saúde: Diálogo como Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (1989) - Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações. Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, Sinde (1989) - Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Almedina. Coimbra.

NETO, Abílio (2009) - Código Civil Anotado. 16ª ed. Revista e Atualizada. Lisboa. Ediforum. Edições Jurídicas Lda.

NETO, Luísa (2019) - Código Civil Anotado. Almedina. Coimbra.

OLIVEIRA, Guilherme de (2001) - Auto-regulação profissional dos médicos. In Temas da Medicina. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de (2015) - Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014). In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 15. N.º23-24. Coimbra.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O acesso dos menores aos cuidados de saúde. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de (2005) - O fim da arte silenciosa. In Temas de Direito de Medicina 1. 2ª edição aumentada. Coimbra: Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias (2006) - Livro Prático Sobre Consentimento Informado. Coimbra: Centro De Direito Biomédico.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2019) - Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica. In (I)materias para o Direito da Saúde. Centro de Direito Biomédico. Coimbra. p.4.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2022) - O princípio do consentimento informado e a presunção de um comportamento conforme à informação. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 19. Nº37

OTERO, Paulo (2010) - Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana. In *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Vol. I. Coimbra. Almedina.

QUINTANILHA, Alexandre (2013) - Ensaio Clínicos-Contextualização abreviada e alguns desafios. In *Revista Portuguesa de Cirurgia*. N.º24, II série.

PEDRO, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico - reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra Editora.

PEREIRA, André Dias (2016) - A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente. In *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Vol. 3 - Segurança do Paciente e Consentimento Informado. Coimbra: Almedina.

PEREIRA, André Dias (2007) - Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal. In *Revista Portuguesa do Dano Corporal*. Nº17.

PEREIRA, André Dias (2015) - Direitos dos pacientes e Responsabilidade médica. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, André Dias (2014) - Diretivas antecipadas de vontade em Portugal. In *Julgar*. Número Especial.

PEREIRA, André Dias (2020) - Consentimento Informado em Direito Civil e Penal. In *Coleção de Formação Contínua*. Centro de Estudos Judiciários.

PEREIRA, André Dias (2004) - O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, André Dias (2005) - O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PEREIRA, André Dias (2004) - Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público. In *Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. Volume 3. Número 2

PEREIRA, André Dias (2008) - Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade. In *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*. República Popular da China.

PINTO, Carlos Alberto Da Mota (2020) - Teoria Geral do Direito Civil. 5ª edição. Coimbra. Gestlegal.

PINTO, Fernando A. Ferreira (2020) - O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. In Revista de Direito Comercial.

PINTO, Paulo Mota (2001) - A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. II. Coimbra Editora: Coimbra.

EREIRA, André Dias; TELES, Carolina Pereira (2020) - Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 17. N.º 33.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2021) - Alguns Contributos da Obra do Doutor Sinde Monteiro e seus Reflexos na Jurisprudência Recente. In Responsabilidade Civil em Saúde - Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2019) - O Maior Acompanhado e o Consentimento para Atos em Saúde. In Colóquio – O Novo Regime Do Maior Acompanhado. Instituto Jurídico. Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de (2009) - Manual de Direito Internacional Público. 3ª edição aumentada. 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina.

PINTO, Paulo Mota (2001) - A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. II. Coimbra Editora: Coimbra.

PINTO, Paulo Mota (1993) - O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXIX. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PRATA, Ana (2019) - Código Civil Anotado. Almedina. Coimbra

PRINZO, Bruna Maia (2017) - A Prova da Responsabilidade Médica. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado.

RAIMUNDO, Miguel Assis (2014) - Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar. In Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa.

RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do ato jurídico médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina.

RAPOSO, Vera Lúcia (2013) - Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português. In Revista Peruana de Ciências Penales. Nº 26.

RIBEIRO, Alcina da Costa (2015) - O direito de participação da criança no ordenamento jurídico português. In *Data Venia*. Ano 3, Nº4.

RIBEIRO, Geraldo Rocha (2017) - A decisão médica no âmbito dos cuidados de saúde de incapazes adultos. In *Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 14. Nº27-28

RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - A protecção do incapaz adulto no direito português. Coimbra Editora.

RIBEIRO, Geraldo Rocha (2007) - As Incapacidades Jurídicas e os meios para o seu Suprimento. In *O Cuidado como Valor Jurídico*. Coordenação Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. Forense

RIBEIRO, Geraldo Rocha (2010) - Quem decide pelos Menores? Algumas Nota sobre o Regime do Consentimento Informado para os Atos Médicos. In *Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 7. Nº14

RIBEIRO, Lucas Nóbrega (2019) - O maior acompanhado e as directivas antecipadas de vontade. In *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 16. Nº31-32.

RIBEIRO, Maria de Fátima (2014) - Comentário ao Código Civil. Parte Geral. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2002) - Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico. In *AA.VV. Direito da Medicina - I*. Coimbra: Coimbra Editora. p.30

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2007) - Da Responsabilidade Médica em Direito Penal - Estudo dos Pressupostos Sistemáticos. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2013) - O artigo 150.º, N.º 1, Do Código Penal – Uma Jóia Preciosa no Direito Penal Médico. In *JULGAR*. N.º 21.Coimbra Editora.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2012) - Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento / Consentimento do Doente. In *Data Venia*. Ano 1. Nº01.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes (2015) - Testamento Vital (Living-Will). In *Data Venia*. Ano 2, Nº03.

RODRIGUES, João Vaz (2001) - O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português. Coimbra: Coimbra Editora.

SANTOS, André Teixeira Dos (2009) - Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos. In *Revista do Ministério Público*. N.º 118

SERRA, Vaz (1959) Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. In Boletim do Ministério da Justiça. N.º 85.

SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui (2001) - Ética em cuidados de saúde. Porto: Porto Editora.

SILVA, Eva Sónia Moreira da (2003) - Da responsabilidade pré- contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra. Almedina.

SILVA, Maria de Fátima Araújo (2006) - Autonomia do menor e representação legal no acesso a cuidados de saúde. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado.

SILVA, Paula Martinho da (1997) - Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada. Lisboa: Edições Cosmos.

SIQUEIRA, Flávia (2020) - Esclarecimento lesivo à saúde? Fundamentos e limites do afastamento do dever de informação nas intervenções médicas curativas. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 17. n.º 33.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2004) - A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Volume I - Direito da Família e das Sucessões. Coimbra Editora

SOUSA, Germano de (1999) - Negligência e Erro Médico. In Boletim da Ordem dos Advogados. Nº6/9.

SOUSA, Luís Filipe Pires de (2011) - O ónus da prova na responsabilidade civil médica: questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções : competência, instrução do processo, prova pericial. Revista do CEJ. Lisboa. Nº16.

SOUSA, Luís Pires Filipe de (2018) - O ónus de prova na responsabilidade civil médica. In Data Venia. Ano 8. Nº08

SOUSA, Miguel Teixeira de (1996) - Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In Direito da Saúde e Bioética, Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

SOUSA, Rabindranath Capelo de (1995) - O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2010) - A responsabilidade por acto médico. In A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça.

TEIXEIRA, Rute Teixeira (2008) - A responsabilidade civil do médico - reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra Editor.

VARELA, João de Matos Antunes (2011) - Das Obrigações em Geral. Vol.I. 10ªed. 8ªreimp. Coimbra. Almedina

VARELA, João de Matos Antunes (2012) - Das Obrigações em Geral. Vol.II. 7ª ed. 7ª reimp. Coimbra. Almedina

VASCONCELOS, Pedro Pais de (1995) - Contratos Atípicos. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais; VASCONCELOS, Pedro Leitão (2019) - Teoria Geral do Direito Civil”, 9ª edição, Coimbra: Almedina.

VIERA, Mónica (2023) - O novo regime jurídico do maior acompanhado e a (in)capacidade para consentir em ato médico. In Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 20. Nº39.

VÍTOR, Paula Távora (2019) - Código Civil Anotado. Almedina. Coimbra.

VOUGA, Rui Torres (2017) - A responsabilidade médica. In Responsabilidade Civil Profissional. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de dezembro de 2022, Proc.nº8281/17.4T8LSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2da61ad287cb0e728025891f0041c804?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº8/2022 de 3 de novembro, disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/8-2022-202959162>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de dezembro de 2020, Proc.359/10.1TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/44f9ffe87381ef358025866900570924?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2020, Proc.n.º 21966/15.0T8PRT.P2S1 acessível

em:<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a42045733d4b5b368025864100647859?OpenDocument>

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a42045733d4b5b368025864100647859?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2020, Proc.nº 148/14.4TVLSB.L1.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument>

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de agosto de 2020, Proc.n.º148/14.4TVLSB.L1.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, Proc. 7053/12.7TBVNG.P1.S1, disponível em:

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

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017, Proc: 23592/11.4T2SNT.L1.S1, acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d9767a1df7ff6495802581cd0035c593?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de junho de 2017, Proc.2104/05.4TBPVZ.P1.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6ec438b8e346c658025813900593730?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de março de 2017, Proc.nº6669/11.3TBVNG.S1, acessível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 2016, Proc. 6844/03.4TBCSC.L1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/7092E60F737A711580257FA2003D995C>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2015, Proc.n.º 2104/05.4TBPVZ.P.S1, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/47572078b202140580257ed100553985?OpenDocumen>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2015, Proc. n.º 08/09.0TBCBR.C1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/7B7BAAF723E3E99480257E6700362E31>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junho de 2015, Proc. nº1263/06.3TVPRT.P1.S1, encontra-se acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e59036948b?OpenDocument>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2015, Proc.nº1263/06.3TVPRT.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, Proc.n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027B>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2013, Proc.nº 7053/12.7TBVNG.P1.S1, acessível em [:http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011, Proc.nº 209/06.3TVPRT.P1.S1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 2011, Proc.nº 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6190a514bc9d85cf802578aa003183d3?OpenDocument>

Acórdão do do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010, Proc. nº 301/06.4TVPRT.P1.S1, acessível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocumen>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de junho de 2008, Proc. nº4450/2008-2, acessível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/92711794c1e817a9802574c2004dce19?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de março de 2008, Proc.nº nº08A183, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de setembro de 2007, Proc.nº 07A2334, disponível

em:<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e8025736100338009?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2001, Proc.º01A1008, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de janeiro de 2014, Proc. nº 0445/13, acessível em:

<https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de setembro de 2012, Proc. n.º 093/12, disponível em:

https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9e989c326795bc80257a020034ae19?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,obst%C3%A9trica#_Section1

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de junho de 2011, Proc.nº0762/09, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9b01dd016ca73d8d802578b2004b4bd3?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/A446896DB6013D3180257D940037DA01>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de janeiro de 2006, Proc. nº3965/05, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aa919d88987f9e7e802571160058d66f?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de agosto de 2021, Proc. n.º 2906/17.9T8BCL-S.G1, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/02ddcdebbe352abf802587120050da58?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de outubro de 2020, Proc. n.º 286/18.4T8MNC.G1, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f6c569f13e545b018025860a004b5b8f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de dezembro de 2017, Proc.nº440/13.5TBVLN-A.G1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/05F23859F8F08E40802582190037E0FB>

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de outubro de 2020, Proc. n.º 286/18.4T8MNC.G1, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f6c569f13e545b018025860a004b5b8f?OpenDocument>

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de maio de 2020, Proc. n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fd37dc2de373173a8025854d003b41e0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de fevereiro de 2020, Proc. n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7, acessível em: <https://www.dgsi.pt/Jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/557662eaaf1cde358025850c004fc437>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de dezembro de 2019, Proc. n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2, disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/e41e739521aa7466802584e7003c749f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de junho de 2008, Proc. n.º 4450/2008-2, disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/92711794c1e817a9802574c2004dce19?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de outubro de 2007, Proc. 5221/2007-8, acessível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/612e4f7bebaa951f802573b0005945f4?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2007, Proc.3661/2007-7, acessível em

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/33421cdb1e5f9644802572f80033f9f0?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7a>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de abril de 2005, Proc.nº10341/2004-7, disponível em:

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

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Abril de 2005, Proc.1634/2005-6, acessível em

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3377051b14a355e680257093004dd5bd?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de junho de 2023, Proc. 26936/15.6T8PRT.P2, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/415766df733e689280258a00004d4f33?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2022, Proc.n.º2615/18.1T8VFR.P1, acessível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0865b4bbe87422a980258814005462b5?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de janeiro de 2020, Proc. n.º n.º 3433/18.2T8MAI.P1, acessível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3a56bc7164627da080258505004cddaf?OpenDocument&Highlight=0,3433%2F18.2T8MAI.P1>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018, Proc.nº8/17.7T8GDM.P, disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/db759c3495a2b531802584040036b4ed?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1 de abril de 2014, Proc.nº 3925/07.9TVPRT.P1, acessível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/452290C06222DA5A80257CDD0045B9B3>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de fevereiro de 2011, Proc.nº 674/2001.P1, disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cf383801be67621b8025785300349f49>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 Junho 2021, Proc.3634/15.5T8AVR.P1, disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a19028e35e4515aa8025873500577bdf?OpenDocument>