

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado

Vanessa Alexandra Assunção Manso

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Civil

2021

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado

Vanessa Alexandra Assunção Manso

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Direito Civil

Estudo Orientado pelo Professor Doutor Rui Paulo Coutinho Mascarenhas Ataíde

2021

*“Quanto mais nos elevamos,
menores parecemos aos olhos
daqueles que não sabem voar.”*

Friedrich Nietzsche

Agradecimentos

A realização deste trabalho contou com importantes apoios e incentivos, sem os quais não seria possível tornar o sonho numa realidade.

Ao Professor Doutor Rui Ataíde, pela sua orientação, total apoio, disponibilidade, pelo saber que transmitiu, pelas opiniões e críticas, total colaboração no solucionar de dúvidas e problemas que foram surgindo ao longo da realização deste trabalho e por todas as palavras de incentivo.

A ti Joana, por todo o apoio, por me ter ensinado que desistir deve ficar longe de acontecer, que tudo é possível mesmo quando não vemos essa possibilidade, que a vida reserva-nos muito mais do que aquilo que esperamos.

A ti Diogo, meu irmão, infelizmente já não conseguirás ler este trabalho, ensinaste-me que a vida termina de um momento para o outro, que enquanto estivermos aqui, devemos fazer o que mais gostamos, devemos lutar pelo que acreditamos.

E por último, um especial agradecimento ao meu pai, Rui Manso, à minha mãe, Anabela Da Assunção, ao meu irmão, João Pedro De Matos e aos meus quatro avós que caminharam ao meu lado e sem eles nada disto seria possível. A eles, dedico este trabalho.

Resumo

Com o surgimento da figura do consentimento informado, derivado do progressivo desenvolvimento da medicina e ainda do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, houve a necessidade de estabelecer certos requisitos para que fosse possível avaliar se o consentimento prestado pelo paciente ao profissional de saúde teria sido devidamente esclarecido e, assim, fosse o mesmo considerado válido.

Por outro lado, o médico está obrigado a cumprir com inúmeros deveres, designadamente o de agir sempre segundo a *legis artis*, o de respeitar, tratar e guardar sigilo.

Além destes deveres, também o médico terá de confirmar se o consentimento que foi prestado foi devidamente esclarecido. Esta é a pedra basilar para que seja construída uma relação de confiança médico- paciente.

Assim, para que se obtenha um consentimento válido, é necessário que o paciente seja autónomo, livre e que esteja nas suas plenas capacidades. De todo o modo, deverão ainda ser preenchidos outros requisitos, são eles: a capacidade daquele que presta o consentimento, o indispensável esclarecimento sobre o diagnóstico, vantagens e desvantagens do tratamento/intervenção e ainda, as possíveis consequências e alternativas que possam existir.

O consentimento tem ainda de ser revogável a todo o tempo.

Sendo a capacidade um dos requisitos do consentimento, é imperativo que o titular dos bens jurídicos seja idóneo para autorizar ou recusar lesões na sua integridade física e psíquica, isto é, que seja capaz de fazer um juízo sobre o seu estado de saúde.

De tal modo que é necessário proteger aqueles que não têm essa capacidade, nomeadamente os menores e os maiores acompanhados que, embora tenham o direito a receber informação, o consentimento é obtido, em princípio, através do seu representante legal.

São exceções ao consentimento informado, o privilégio terapêutico, a eventual existência de riscos para a saúde pública, e ainda a possibilidade de o paciente não conseguir prestar uma autorização válida, o que normalmente ocorre em situações de urgência.

Por fim, vem sendo cada vez mais recorrente a responsabilização do médico derivada da evolução da sociedade que se tornou mais consciente e informada quanto aos seus direitos.

A responsabilidade civil do médico centra-se na violação da obrigação do médico em utilizar os melhores meios que tem ao seu dispor no diagnóstico e no tratamento do paciente, violação esta que poderá causar um dano e esse dano terá de ser reparado.

São ainda pressupostos da responsabilidade civil do médico, o facto, a ilicitude, a culpa, o ónus da prova, o dano e o nexo de causalidade.

Palavras-chave: consentimento informado, direito à informação, responsabilidade civil, exceções, médico, paciente.

Abstract

With the appearance of the motion of informed consent resulting from the continuous development in medicine as well as the recognition of human dignity and other fundamental rights, there was a need to establish certain requirements so as to evaluate whether the consent given by patients to their professional healthcare had been previously- well- explained and whether it was considered valid.

On the other hand, the doctor is obliged to comply with several duties, such as that of always acting according to the *legis artis*, that is, to respect, treat and keeps medical-patient confidentiality.

Apart from these duties, the doctor must also confirm that the consent given was thoroughly explained beforehand. This is basis on which patient- doctor trust relies.

Thus, to obtain valid consent, the patient must be autonomous, of free- well in a healthy state of mind. Other requirements will also need to be fulfilled and they are as follows: the ability of the consent giver; the indispensable and disadvantages of the treatment/intervention and still, the possible consequences as well as alternatives available.

The consent can be revoked at anytime.

Since capacity is one of the requirements to give consent, it is imperative that the holder of legal assets be competent so as to authorize or deny any damage done to his physical and psychological integrity; that is, to be able to evaluate the condition his health is in.

It is therefore, necessary to protect those who do not have such capacity- namely, minors, or adults who need assistance and who, though the have the right to be informed, rely on a legal representative to give consent.

Exceptions to informed consent can occur with therapeutical privileges with and eventual risk to public health and with the patient not being able to give a valid authorization, which normally occurs in situations of emergency.

Lastly, the responsibility placed on the physician has been continuously growing due to the evolution of a society that is becoming more conscious and well- informed of its rights. The doctor's civil responsibility is centered around the violation of his/her patient. Such violation can cause damage and this damage will need repairing.

The doctor's civil responsibility also include fact, unlawfulness, guilt, the burden of proof, the damage and the nexus of cause.

Key words: informed consent, right to be informed, civil responsibility, exceptions, doctor, patient.

Índice

Resumo.....	p. 5,6
Abstract.....	p. 7,8
Notas Introdutórias.....	p. 12
Capítulo I – Enquadramento histórico e noção de consentimento informado.	
1. Origens históricas.	p. 13-16
-2. Noção de consentimento informado.	p. 17-19
Capítulo II- O consentimento informado no ordenamento jurídico português.	
1. Na Constituição da República Portuguesa.....	p. 20-22
2. No Código Penal.....	p. 23-28
3. No Código Civil.....	p. 29-31
4. No Código Deontológico da Ordem dos Médicos.....	p. 32,33
Capítulo III – Validade e exceções ao consentimento informado.	
1. Os elementos do consentimento informado.....	p. 34-42
2. A capacidade para consentir.....	p. 43-50
2.1. No caso dos menores em específico.....	p. 50-54
3. A informação e o esclarecimento.....	p. 55-60
4. Exceções ao consentimento informado.....	p. 61,62
4.1. A recusa/renúncia do paciente a receber informação.....	p. 62-64
4.2. As Testemunhas de Jeová.....	p. 64-66
Capítulo IV- A responsabilidade civil como corolário da ausência de consentimento informado.	
1. A responsabilidade resultante do exercício da medicina.....	p. 67-75
2. Finalidade da responsabilidade civil do médico.....	p. 75,76
3. Os pressupostos da responsabilidade civil do médico.....	p. 76
3.1. O facto.....	p. 77, 78

3.2. A ilicitude.....	p. 78, 79
3.3. A culpa.....	p. 79-82
3.3.1. O ónus da prova.....	p. 82-84
3.4. O dano.....	p. 84, 85
3.5. O nexo de causalidade.....	p. 86, 87
Notas Conclusivas.....	p. 88, 89
Bibliografia.....	p. 90-92
Jurisprudência.....	p. 93

Listagem de Siglas

Art. – Artigo

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CDHB – Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

Ibidem. – Mesmo autor, mesma obra e mesma página

Idem. – Mesmo autor, mesma obra

Op. Cit. – Previamente citado

ss. – Seguintes

DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade

VIH - Vírus de Imunodeficiência Humana

Notas Introdutórias

O presente trabalho prende-se com a abordagem do tema da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado.

O paciente nem sempre teve ao seu dispor a informação necessária à sua decisão, pelo que não se verificava uma liberdade e autodeterminação no momento de escolher consentir ou não consentir, desta forma, o trabalho inicia-se com uma alusão sucinta da evolução histórica do consentimento informado.

Logo de seguida, tentar-se-á encontrar uma noção de consentimento informado e será necessário fazer uma análise dos diferentes conceitos apresentados por vários autores. Neste seguimento, analisaremos a posição da jurisprudência no nosso ordenamento jurídico.

Mais importante será o enquadramento jurídico que nos permite analisar os diplomas legais onde encontraremos as normas referentes ao consentimento informado e ainda, a informação e os esclarecimentos que são imprescindíveis para se considerar que o paciente foi devidamente informado e assim, prestou o seu consentimento de forma válida.

Será ainda abordada a temática da capacidade para consentir na realização de um ato médico, e será dada especial atenção ao caso dos menores.

No que concerne às exceções do consentimento informado, consideramos interessante debater a posição das Testemunhas de Jeová.

Como o próprio título do trabalho indica, apenas será abordada a responsabilidade civil do médico, não obstante, ao longo do mesmo, serão feitas algumas abordagens de outros tipos de responsabilidade, onde encontraremos inserida a responsabilidade resultante da atuação do médico.

Capítulo I- Enquadramento Histórico e Noção de Consentimento Informado

1. Origens Históricas.

Antes do século XX, a responsabilidade do médico baseava-se num plano moral e religioso, só então, posteriormente ganhou um verdadeiro peso nos tribunais. A medicina era vista como uma arte distinta das demais atividades profissionais, na medida em que o médico era colocado ao nível do divino, considerando que os seus atos eram indiscutíveis. A medicina exercida era baseada no conhecimento que os médicos adquiriam por meio dos ensinamentos dos mestres, neste sentido, os médicos não eram questionados quanto à sua sabedoria e às terapêuticas que por eles eram adotadas.¹

Para que a responsabilidade dos médicos alcançasse contornos jurídicos relevantes, foi necessário desenvolver um conjunto de fatores, nomeadamente, a afirmação da pessoa humana enquanto sujeito autónomo associado a um progressivo desenvolvimento da ciência médica e ainda a “*definição de uma teoria dos direitos fundamentais*”².

Enquanto que nos Estados Unidos da América, a responsabilidade civil ganha peso no século XX, em Portugal a sua evolução foi mais lenta, em conformidade com uma sociedade que “*defende que a ação humana é incapaz de influenciar o curso dos acontecimentos*”³, isto é, marcada pela simplicidade e pouco informada, uma vez que na época por não se considerar um tema essencial a ser debatido, médicos e juristas não se debruçaram sobre esta temática, verificando-se ainda a ausência de decisões judiciais de apreciação da responsabilidade civil dos médicos.⁴

Desde Aristóteles e Platão que estamos perante uma estreita relação entre o médico e o paciente. Platão considerava que informar o homem livre, sem dar ordens, era fundamental para se conseguir alcançar uma relação de confiança entre o médico e o paciente⁵.

Tanto na doutrina como na jurisprudência, a partir dos anos 90, apenas começamos a assistir a um crescimento do tema aqui explanado com um significado superior, contudo,

¹ COSTA, DANIELA SOFIA GOMES, “*A culpa de organização na responsabilidade civil médica*”, Petrony Editora, 2018, p. 28.

² *Idem.*, p. 30.

³ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/fatalismo>

⁴ COSTA, DANIELA SOFIA GOMES, in “*A culpa de organização na responsabilidade civil médica*”, p. 30.

⁵ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*”, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 25.

somente após o ano 2000, a responsabilidade civil do médico tende a surgir como uma questão problemática.

Um dos primeiros relatos sobre o consentimento surge em resultado do Julgamento de *SLATER V. BAKER AND STAPLETON* (1767), em Inglaterra. Neste caso em apreço, dois médicos foram responsabilizados por terem partido um osso de uma das pernas quando o paciente se encontrava em recuperação. Isto ocorre no seguimento do doente ter efetuado um pedido para que lhe fossem removidas as ligaduras que cobriam a perna.

Em suma, o Tribunal entendeu que houve um “*desprezo pelo consentimento*”, uma vez seria normal prestarem informações ao paciente relativamente ao que pretendiam fazer, com o objetivo de permitir que o paciente decidisse em conformidade.⁶

Não obstante, em 1914 nasce o reconhecimento legal do direito à autodeterminação de adultos capazes sobre os seus próprios corpos, no âmbito de uma decisão proferida por Benjamin Cardozo alusiva a uma Sentença no caso *SCHLOENDORFF V. SOCIETY* no New York Hospital. Sucede que, neste acontecimento é feita menção à expressão “*foi submetido a uma intervenção cirúrgica sem que para tal ser consultado*”⁷. Embora seja considerada esta Sentença a causa que marcou o desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, de facto, só no ano de 1957, é que ganhou forma em contexto jurisprudencial, na Califórnia (Estados Unidos da América), no decorrer de uma outra Sentença *SALGO V. LELAND STANDFORD JR. UNIVERSITY BOARD OF TRUSTEES*, onde foi pela primeira vez utilizado o conceito de consentimento informado.

É certo que, devido a esta decisão, proferida pelo Tribunal da Califórnia, deu origem a decisões subsequentes, bem como desencadeou um desenvolvimento legislativo e ainda, uma mudança nos demais ordenamentos jurídicos, onde claramente se insere o ordenamento jurídico português, que nesta sequência adotou o conceito.⁸

O primeiro texto que explicita a exigência do consentimento é precisamente o Código de Nuremberg (1947). Este código pela primeira vez, faz menção ao consentimento voluntário, ou seja, é nos dada a opção de escolha sem que recorram a uma imposição, quer seja pelo uso da força, coação, astúcia ou qualquer outra forma que impeça a livre escolha e que seja o

⁶ Nota de Rodapé em RODRIGUES, JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*”, Coimbra Editora, 2001, p. 33.

⁷ OSSWALD, WALTER, “*Limites ao consentimento informado*” em ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “*Estudos de Direito da Bioética*”, Vol. III, Almedina, 2009, *cit.*, p. 152.

⁸ Nota de rodapé em ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, “*Derechos y Deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*”, Granada, 2003, p. 46.

bastante para obrigar a uma transmissão errada de que lhes cabe conhecimento suficiente no assunto, que lhes permite e influencia a uma tomada de decisão. Deste Código resulta uma *“norma legal que excluísse da pesquisa científica qualquer intervenção ou procedimento praticado sem o consentimento informado do sujeito em causa”*.⁹

Com isto, surge a necessidade de estruturar uma forma que permita ao paciente, decidir após um adequado esclarecimento, que tem como base o respeito pelos direitos fundamentais, de decidir sobre o que tenciona fazer de si, possuir o direito à escolha, por qual das possibilidades prefere optar, tendo sempre como objetivo final, o de ser corretamente informado.

Considerando que é importante a proteção dos direitos do homem, foi adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com origem no ano de 1948, que reconhece os direitos do homem como um indivíduo livre e com direitos constitutivos à sua condição humana, e contém os princípios gerais do consentimento. Nesta resulta, no seu art. 1º que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*, assim como no art. 3º em que *“todo o indivíduo tem direito à vida, liberdade e segurança pessoal”* que confirmam o explanado anteriormente, em que definem um conjunto de direitos fundamentais, e exclui tudo a que se refere no art. 5º, em que *“ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”*.¹⁰

Sabe-se que o processo no que toca a este, foi lento. O consentimento informado era centralizado para as intervenções médicas experimentais em *“menores, ímpares e adultos que não tivessem declarado inequivocamente que consentiam na referida intervenção”*¹¹, porém, no ano de 1964, aprovada pela XVII Assembleia, realizada pela Associação Médica Mundial, surgiu um texto por muitos considerado a *Magna Carta da Experimentação do Homem*, a designada Declaração de Helsínquia.¹²

Após o reconhecimento de algumas falhas no Código de Nuremberg, neste contexto e com o surgimento da Declaração de Helsínquia, que marcou a história da ética, no sentido em que se apresenta como um esforço da comunidade ética para regulamentar a investigação bioética, e constituiu a base da maioria dos documentos subsequentes. Com esta Declaração,

⁹ OSSWALD, WALTER, *“Limites ao Consentimento Informado”*, cit., p. 152.

¹⁰ <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

¹¹ OSSWALD, WALTER *“Limites ao Consentimento Informado”* cit., p. 152.

¹² *Idem.*, p. 153.

foi imposta a exigência de obter um consentimento, no entanto podemos concluir que esta imposição se verificava também e em exclusivo no domínio da experimentação médica.

Outra grande contribuição, é a promulgação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, datado de 1966, que pela primeira vez aplica o consentimento informado¹³, apesar de se delimitar às investigações médicas, o conteúdo acompanha a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente de 1981¹⁴, que inclui alguns dos principais direitos do doente, que os médicos e outras entidades envolvidas devem reconhecer e que sem dúvida, alcançou uma incontestável proporção.

¹³ Cfr. art. 7º do mencionado diploma, para consulta em:

http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

¹⁴ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica, in Responsabilidade Civil dos médicos*”, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 436.

2. Noção de consentimento informado.

A exigência de um consentimento livre, esclarecido e informado, e ainda o respeito pela autonomia do paciente estão claramente instituídos no direito médico e na ética, sendo que nos últimos anos, fomos assistindo a um abandono do paternalismo clínico derivado da necessidade de obtenção de um consentimento do paciente, o qual é naturalmente apoiado nos valores fundamentais que derivam dos direitos de personalidade e de outros direitos fundamentais.

Sobre o médico recai o dever de observar o princípio da autonomia do paciente, princípio este que assenta numa liberdade moral e intelectual¹⁵ do próprio e decorre da doutrina do “*reconhecimento da dignidade humana e dos direitos humanos fundamentais*”, consignada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual dispõe o art. 1º, que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”. Por este motivo, devemos considerar que a autonomia compreende a capacidade de tomar decisões por si mesmo, sem a influência de fatores externos e de outras pessoas, ou seja, a pessoa autónoma age de acordo com o que por ela é escolhido.

Da autonomia resulta ainda o dever de respeitar a capacidade de decisão autónoma e devemos ter em consideração dois aspetos importantes, o reconhecimento da capacidade comum a todas as pessoas de tomar as suas próprias decisões, baseadas nos seus valores pessoais e crenças e a promoção efetiva de condições que favoreçam o exercício da autonomia.

Subsiste ainda o dever por parte do médico de tratar, de respeitar, de guardar sigilo e também, de agir de acordo com a *leges artis*¹⁶.

Daí resulta, que os bens jurídicos protegidos pelo consentimento informado são o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, e a integridade física e moral da pessoa humana¹⁷.

A palavra consentir tem o significado de dar licença, permitir, tolerar, admitir, dar consentimento, concordar e anuir¹⁸. Informado porque todos os atos de consentir pressupõem que o agente conhece o objeto sobre o qual o seu consentimento incide.

Assim, a construção da teoria do consentimento informado teve na sua origem objetivos como a promoção da autonomia individual do paciente e ainda, a adoção estimulada de uma

¹⁵ <https://dicionario.priberam.org/autonomia>

¹⁶ LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA e SANTOS, MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS, *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3ª Ed., Lisboa, Reis dos Livros, 2000, p. 288.

¹⁷ DIAS, NÉLIA DANIEL, “*Estudos em homenagem do Professor Adérito Correia*”, Vol. 1, Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 352.

¹⁸ <https://dicionario.priberam.org/consentir>

decisão racional¹⁹. Veja-se que os dois objetivos estão inteiramente ligados, isto é, para que o paciente conseguisse decidir, primeiro precisava de ser autônomo e livre de escolher.

Deste modo, o consentimento informado poderá ser considerado como a livre aceitação da intervenção médica por parte do doente, após uma adequada elucidação da natureza da intervenção, assim como, das suas vantagens e desvantagens, e ainda, das alternativas com os seus riscos e benefícios.

Neste sentido, CARLOS SOUSA DOS SANTOS define ainda o consentimento como “*o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo como seja uma determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquico do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral.*”²⁰

Por outro lado, também importa aqui fazer referência a uma outra definição, na qual o autor espanhol JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO ABELLÁN, que se apoiou na definição dada pelo “*Colegio de Médicos Americano*” ou seja, considera que o consentimento informado traduz-se “*en la explicación a un paciente atento y mentalmente capaz de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y el riesgo de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominación psicológica sobre el paciente*”.²¹

Para que possa existir um consentimento esclarecido ou informado, a mera autorização não se mostra suficiente, é necessária uma profunda reflexão, despida de coação, manipulação e contrariedades, só assim, poderemos, eventualmente, concluir que este ato se mostrou livre e racional.

Com a evolução da medicina, tornou-se cada vez mais evidente a participação do paciente no processo de aceitação.

Contudo, não nos podemos olvidar de que o paciente carece de competências técnicas que lhe possibilitem compreender e avaliar o seu estado de saúde e a eventual intervenção ou

¹⁹ VILAR, PAULA-CAROLINA YEBRA-PIMENTEL, “*El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales*”, Difusión Jurídica, Madrid, 2012, p. 33.

²⁰ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, Faculdade de Direito de Lisboa - Curso Pós-Graduado de Especialização conducente ao Mestrado/Ciências Jurídicas, 2004/2005, *cit.*, p. 3-4.

²¹ “*Manual de Ética del Colegio de Médicos Americano de 1989*” *apud* ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, “*Derechos y Deberes de los pacientes*”, *cit.*, p. 47.

tratamento que possa vir a ser realizado. Neste sentido, compete ao profissional de saúde facultar ao doente todas as informações de que dispõe para que seja possível obter um consentimento informado. Só assim, conseguirá o paciente, em consciência, decidir²².

JOÃO ÁLVARO DIAS sustenta que *“o consentimento é um processo e não uma forma. O consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção”*²³.

PAULA VILAR posiciona-se no sentido de que *“lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para que el paciente sea dueño efectivo de su destino, respetando su dignidad personal, brindándole información auténtica y clara acerca de la enfermedad que padece, los posibles tratamientos a seguir y las consecuencias positivas y negativas de los mismos”*²⁴.

A Lei Espanhola 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación, no seu artículo 3 define o consentimento informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*.

Em súmula, o consentimento informado é visto nos dias de hoje como um direito fundamental.

²² Neste sentido, RODRIGUES, JOÃO VAZ, in *“O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português”*, p. 17.

²³ DIAS, JOÃO ÁLVARO, *“Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 281.

²⁴ VILAR, PAULA-CAROLINA YEBRA-PIMENTEL, *“El consentimiento informado...”*, op. cit., pp. 31-32.

Capítulo II- O consentimento informado no ordenamento jurídico português.

O consentimento informado é preceituado nomeadamente na Constituição da República Portuguesa, no Código Penal, no Código Civil, no Código Deontológico da Ordem dos Médicos e ainda está previsto em legislação específica sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana²⁵, procriação medicamente assistida²⁶ e interrupção voluntária da gravidez²⁷.

1. Na Constituição da República Portuguesa.

Antes de mais, o consentimento informado e esclarecido encontra o seu fundamento jurídico na lei fundamental, de tal forma que toda a atividade médica confere uma intromissão na esfera física e psíquica do paciente e como consequência, devem ser analisados os bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

O art.º 1º da CRP que acolhe a dignidade da pessoa humana leva-nos a considerar que funciona como um “*valor-limite*” ou um “*princípio-limite*” contra totalitarismos e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana²⁸. Desta forma, devemos considerar que a dignidade da pessoa humana funciona como barreira intransponível contra qualquer conduta suscetível de ofender essa mesma dignidade.

Um tratamento ou intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente, será desde logo, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo da violação de outros direitos fundamentais, que como exemplo, podemos enunciar o direito à integridade física e psíquica, o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Desta forma, torna-se necessário abordar outros direitos fundamentais, nomeadamente o disposto no art. 24º da CRP, o qual preconiza que a vida humana é inviolável, direito este que ocupa o primeiro lugar no catálogo dos direitos, liberdades e garantias.

Resulta ainda do art. 25º da CRP, no n.º 1, que a integridade física e moral das pessoas é inviolável, tendo o legislador conferido nesta norma a proteção à integridade física e moral

²⁵ Lei n.º 12/93, de 22 de Abril alterada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho, pela Lei nº12/2009, de 26 de Março, pela Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho e mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 168/2015, de 21 de Agosto.

²⁶ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho alterada pela recente Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho.

²⁷ Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril alterada pela Lei n.º 136/2015, de 7 de Setembro.

²⁸ Neste sentido, CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

do ser humano, concretizada no direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo, no espírito ou em ambos²⁹.

Relacionado com este direito, encontramos o direito à autodeterminação que é entendido como o exercício da liberdade da vontade, neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, considera que a falta de consentimento corresponde, não a uma violação do direito à integridade física, mas sim, a uma violação do direito da liberdade da vontade³⁰.

Importa ainda mencionar outros direitos especiais de personalidade que são relevantes para a abordagem do consentimento informado, nomeadamente, “*os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*” (cfr. art. 26º, n.º 1 da CRP).

Note-se que ainda no mesmo artigo, no n.º 2, o legislador fica obrigado a estabelecer garantias “*contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e famílias*”.

Por fim, vem estabelecido no n.º 3, a garantia da dignidade pessoal e identidade genética humana, que faz frente ao desenvolvimento e utilização das tecnologias e à experimentação científica.

Na qualidade de direitos, liberdades e garantias, têm ainda a particularidade de legitimar o exercício do direito de resistência contra qualquer ordem que os ofenda, autorizando-se o cidadão a repelir pela força, qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública, conforme preconiza o art.º 21 da CRP.

Ainda no art. 22º da CRP está prevista a possibilidade de responsabilização das entidades públicas pela violação desses mesmos direitos.

Por último, encontramos no capítulo II da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina³¹ regulada a matéria do consentimento, exigindo assim, no seu art.º 5º que “*qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.*”³² (Sublinhado nosso)

²⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, op. cit., p. 454.

³⁰ CARVALHO, ORLANDO DE, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra, Centelha, 1981, pp. 94 e ss.

³¹ Outorgada em Oviedo, no dia 4 de Abril de 1997. Em Portugal, a CDHB foi aprovada para ratificação em 19 de Outubro de 2000 (Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001).

³² No art. 5.º da CDHB pode ler-se que “*esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos*”.

Importa ainda mencionar que nos arts. 6º a 9º do mesmo diploma, foram estatuídas regras gerais sobre a matéria das incapacidades, da proteção das pessoas que sofram de perturbação mental, das situações de urgência e da vontade anteriormente manifestada.

O art. 8º do já referido diploma com referência a situações de urgência parece ser claro, mas afinal o que são situações de urgência? Serão aquelas em que o paciente não está em condições de prestar o seu consentimento? Porque o tempo pode ser uma barreira entre o viver e o morrer? A dúvida mantém-se, será que somos assim tão livres de prestarmos o nosso consentimento, quando os profissionais de saúde têm ao seu dispor normas como estas, em que são notoriamente protegidos, as quais poderão sempre utilizar em prol da sua defesa?

2. No Código Penal.

Desde logo, cumpre salientar que o art. 38º do CP, no seu n.º 1 determina que o consentimento exclui a ilicitude do facto, sendo este consentimento expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do seu titular e permita a sua livre revogação até à execução do facto, conforme o n.º 2 da mesma norma. Ainda no n.º 3, o consentimento só será eficaz se prestado por quem possua mais de 16 anos de idade e revele o discernimento necessário.

O n.º 4 preconiza que *“se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”*. Nas palavras de MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *“os casos em que o agente atua desconhecendo que o ofendido dera o seu consentimento dão origem a uma figura análoga à da tentativa impossível, que alguns aproximam mais de um crime putativo. Daí a remissão feita no n.º 4 para a punição da tentativa, e não diretamente para a tentativa”*³³.

No art. 39º da Lei Penal, encontramos o regime do consentimento presumido³⁴. Existe consentimento presumido quando numa situação em que o agente atuar, for possível supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este seria praticado. Por outras palavras, trata-se de dar relevância à «vontade virtual ou hipotética»³⁵ do lesado. Desta forma, tratando-se de um *“(…) juízo de prognose póstuma (...)”*³⁶, cumpre referir que haverá sempre a “lacuna” de não saber se a vontade do lesado, por mais insensata que se apresente, seria a de não prestar o seu consentimento.

No art. 149º do CP, no nº2, o legislador enuncia critérios que permitem valorar se a ofensa ao corpo ou à saúde é contrária aos bons costumes, devendo atender-se, nomeadamente, *“aos motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”*. Mas então que lesões é que podiam ser consideradas contrárias aos bons costumes?

³³ GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, *“Código Penal Português- Anotado e Comentado”*, cit., p. 175.

³⁴ Sobre este conceito, importa realçar a opinião do autor KAHAL, *“que rejeita o conceito de “consentimento presumido” que considera “pura ficção arbitrária” e defende como legitimadora de qualquer intervenção ou tratamento médico em geral o direito profissional do médico sancionado pelo Estado (ZStW 1909)”*, apud RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *“O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico”*, Revista Julgar, nº 21 (Set.-Dez. 2013), p. 13, cit. por COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 413, nota de rodapé 143.

³⁵ GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, in *“Código Penal Português- Anotado e Comentado”*, p. 177.

³⁶ *Ibidem*.

MANUEL DA COSTA ANDRADE entende que nos dias de hoje, não se podem considerar as *“pequenas lesões causadas pelo propósito de satisfazer instintos masoquistas, a esterilização ou uma tatuagem representando objetos obscenos”*³⁷ contrárias aos bons costumes.

Ou seja, parte-se do pressuposto, que só as lesões graves e irreversíveis é que integrarão a censura dos bons costumes, ou em casos excepcionais, aquelas que se mostram menos gravosas. Perante este cenário, concluímos que o consentimento do ofendido, no que toca às ofensas corporais mais ligeiras, é suficiente, em alguns casos, para afastar a ilicitude das ofensas corporais.

Avancemos agora para a atuação médica que vem designadamente regulada nos arts. 150º, 156º e 157º do CP.

Com a leitura conjugada do n.º 1 e 2 do art. 150º do CP, verificamos que as intervenções e tratamentos que *“forem levados a cabo, de acordo com a *leges artis*”* e que se mostrem indicadas *“por um médico ou pessoa legalmente autorizada com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”*, afastam o crime de ofensa à integridade física. A contrário, se as intervenções ou tratamentos violarem as *leges artis* e criarem perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

No que concerne, ao n.º 1 da referida norma, ÁLVARO RODRIGUES considera que podemos integrar aqui, um conjunto de quatro elementos, designadamente, dois subjetivos, que se traduzem na qualificação do médico e na intenção terapêutica e dois elementos objetivos, a indicação médica e realização segundo as *leges artis*.³⁸Tais elementos carecem de ser verificados cumulativamente.

No entanto, ÁLVARO RODRIGUES vai mais longe e parte do princípio de que estarão excluídas da indicação médica, as intervenções e tratamentos que ainda se encontram em fase de experimentação, ou seja, todos aqueles que não estão *“cientificamente convalidados”*.

Referiu ainda que *“Ficará, desta sorte, o médico que in extremis tente a aplicação de uma terapêutica, não suficientemente consolidada, para salvar uma vida, sujeito inexoravelmente à potencial imputação de um crime de ofensas à integridade física cujo*

³⁷ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, in *“Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º”*, Coimbra Editora, 1999, p. 291.

³⁸ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, in *“O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico”*, p. 14.

comportamento só será considerado licito, se o tribunal concluir pela existência de uma causa de justificação”³⁹.

Ou seja, em Portugal, estas terapêuticas ainda não devidamente comprovadas, seriam, desde logo consideradas verdadeiras ofensas corporais, e colocariam o médico em risco de vir a ser condenado, ainda que o mesmo tenha cumprido com o seu dever de cuidar e aplicar os seus melhores conhecimentos, este facto não seria suficiente para afastar uma possível ofensa à integridade física do paciente, por muito louvável e ainda que tenha sido a última esperança para o paciente.

Por outro lado, e ainda no concernente ao plasmado no art. 150.º, o médico sempre teria como obrigação a aplicação das regras da arte médica, sendo que a violação destas poderia ter como consequência o chamado erro médico, contudo, nem sempre o erro médico resulta da violação das *legis artis* e a violação daquelas nem sempre tem como consequência a existência de um erro médico.

Ainda analisando de perto a norma legal, verificamos que a violação das *leges artis* que se traduz, na “*inobservância de qualquer dos diferentes deveres de cuidado que impendem sobre o médico na diversidade das circunstâncias, modalidades de ação e sucessivos estádios do iter terapêutico*”⁴⁰ só por si, não será suficiente para que seja aplicável o disposto no art. 150º do CP, resulta que é necessário que dessa violação advenha perigo para o paciente.

Por último, cremos ser importante referir que acolhemos a definição que nos é dada por ÁLVARO RODRIGUES de “*outra pessoa legalmente autorizada*” como sendo “*o pessoal de enfermagem e outros técnicos de saúde com competência para ministrar substâncias medicamentosas e intervir no organismo humano, mediante exercício autorizado por entidade pública com poderes de tutela*”⁴¹.

Passemos agora, ao tema com referência às intervenções e aos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários que integram o catálogo dos crimes contra a liberdade pessoal e que, segundo o n.º 1 do art. 156º da Lei Penal, o médico ou pessoa legalmente autorizada que realizar “*intervenções ou tratamentos sem o consentimento do paciente, será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa*”.

³⁹ *Idem., cit.*, p.19.

⁴⁰ BOCKELMANN, PAUL *apud* RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico*”, p. 23.

⁴¹ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *in* “*O artigo 150.º, n.º 1, do Código Penal: uma jóia preciosa no direito penal médico*”, p. 24.

Nesta linha de pensamento, retiramos da referida norma que a intervenção e/ou o tratamento que não for consentido, ainda que seja medicamente indicado, constituirá desde logo uma agressão ilícita contra a liberdade e dignidade da pessoa humana.

O disposto na alínea a) do n.º 2, destina-se ao tratamento do doente inconsciente, cuja vontade ou preferência não foi possível obter com a segurança que é esperada, uma vez que em muitas destas situações, que como exemplo se apontam os acidentes automóveis do quais resultam graves ferimentos, as vítimas chegam às urgências do hospital, por vezes, exânicas e já não será possível lançar mão dos testamentos do paciente, nem mesmo das informações trazidas pelos seus familiares.

Já na alínea b), é dispensado o consentimento quando *“Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde”*, é o que acontece quando já no decorrer de uma cirurgia, com o doente anestesiado, o médico venha a constatar que é necessário um tratamento que não está coberto pelo consentimento prestado pelo paciente.

De acordo com o n.º 3 da mesma norma, o médico será ainda punido, a título de negligência grosseira, quando não tenha promovido as diligências necessárias para confirmar o consentimento e se convença falsamente da existência de um consentimento relevante.⁴²

Como decorre do n.º 4, o procedimento criminal está dependente de queixa, sendo o titular de tal direito, o paciente, todavia, em caso de morte, serão as pessoas indicadas no art. 113.º do CP.

Neste sentido, CARLOS SOUSA DOS SANTOS entende que *“(...) o legislador português aderiu à tese segundo a qual a intervenção cirúrgica - desde que preenchidos os requisitos (...), não preenche o tipo das ofensas corporais ou do homicídio, e isto independentemente do resultado final (mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte). O código penal afasta-se, assim, do entendimento tradicional da doutrina e jurisprudência nacionais que propendiam para qualificar a intervenção médico-cirúrgica com lesão corporal típica”*.⁴³

Para o consentimento ser eficaz, o médico ou pessoa legalmente autorizada, terá de cumprir com o seu dever de esclarecimento nos termos do art. 157º do CP. O que está aqui em

⁴² RODRIGUES, JOÃO VAZ, in *“O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português”*, p. 72-73.

⁴³ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, *“Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores”*, cit., p. 12.

causa é a autodeterminação do paciente, sendo o esclarecimento, indispensável ao seu livre exercício do direito de dispor do seu próprio corpo e da sua vida.

Esclarecimento este que deve assentar no necessário para *“afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude positiva e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contra-indicadas pela terapia”*⁴⁴.

Neste sentido, devem ser dadas respostas às duas grandes questões que se colocam com a leitura do preceituado no art. 157.º, são elas: qual o conteúdo do esclarecimento e de que modo deve o mesmo ser prestado?

Quanto ao conteúdo do esclarecimento, primeiramente é mencionado no texto da norma, o diagnóstico que desde logo, se torna relevante para a decisão do paciente se se deve submeter a uma determinada intervenção, assim como na escolha do médico que irá nela intervir.

Para além do exposto, o conteúdo do esclarecimento deverá consubstanciar-se no poder do paciente ponderar concretamente sobre os prós e os contras da intervenção.

Já no que respeita ao modo, revela primeiramente ter em atenção *“a pessoa do paciente”*, a sua necessidade de ser esclarecida e ainda, a capacidade de juízo. Não nos podemos olvidar que de um lado temos alguém – o médico – com conhecimentos técnico-científicos e experiente na arte médica e do outro lado, alguém – o doente – com a experiência comum e perturbado pela presença de uma determinada doença.

Podem ainda ocorrer situações em que o paciente simplesmente opte por não obter esclarecimentos, recusando assim, o direito que lhe assiste. Já outras, em resultado das mais variadas circunstâncias, a comunicação de determinados esclarecimentos podiam colocar o paciente em perigo, é o chamado privilégio terapêutico.

Em suma, o paciente deve ser devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, possíveis tratamentos/intervenções e eventuais consequências e riscos que esses comportem. Assim, neste dever de esclarecimento é possível deslindar um dever de informação e um dever de confirmar o esclarecimento.⁴⁵

Por último, e no que concerne às normas previstas no Código Penal, respeitantes a esta matéria do consentimento, importa novamente fazer referência ao mesmo autor: *“por estarmos num domínio de colisão entre bens como a vida ou a saúde (cuja dignidade é óbvia e*

⁴⁴ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *“Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º”*, cit., p. 395.

⁴⁵ RODRIGUES, JOÃO VAZ, in *“O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português”*, p. 72.

imediatamente apreensível) e a tutela da liberdade de dispor do corpo e da própria vida (com relevo jurídico-criminal), a lei penal portuguesa optou por algumas soluções de favor ‘vitae vel saturis’, restringindo a área da tutela, como decorre de dois aspetos. De um lado, a consagração expressa de um regime de consentimento presumido (artigo. 156º nº 2 do Código Penal) menos exigente do que o regime geral da figura (artigo. 39º do Código Penal), como forma de legitimar intervenções e tratamentos urgentes e indispensáveis para a salvaguarda da vida ou da saúde. Além disso, a consagração de soluções de privilégio terapêutico (artigo. 157º do Código Penal)”.⁴⁶

⁴⁶ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores”, *cit.*, p. 13.

3. No Código Civil.

Desde já, cumpre mencionar que o legislador instituiu, no seu art. 70º do CC, uma tutela geral de personalidade, com o objetivo de salvaguardar a posição dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Consagra-se uma “(...) tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade”⁴⁷.

Neste seguimento, devemos considerar que o alcance desta tutela geral da personalidade não se restringe apenas aos direitos de personalidade essencialmente mencionados no Código Civil.

Para que seja excluída a ilicitude, nos termos do disposto no art. 340º do CC concatenado com o art. 81º do CC, é necessário que sejam consentidos os tratamentos e intervenções cirúrgicas que representem uma ofensa à integridade física.

Dispõe o n.º 1 do art. 340º que, é lícito o ato lesivo dos direitos de outrem, desde que este tenha consentido na sua lesão, ou seja, o consentimento que seja validamente prestado, sem vícios de vontade e sem divergências, afasta a ilicitude da conduta do lesante.

Avancemos agora para uma análise dos pressupostos e natureza do consentimento do lesado, à luz do art. 340.º do CC.

São três, os pressupostos que se podem enunciar: um direito disponível, um ato de consentimento e um ato lesivo.

É no nº2 da referida norma que encontramos a distinção entre a “*indisponibilidade de um direito e as hipóteses de, havendo embora disponibilidade, o consentimento do lesado se revelar ineficaz, para efeitos de justificação de ilicitude, por o concreto ato ofensivo ser, por si, contrário à lei ou aos bons costumes*”⁴⁸ ou seja, não obstante a esse consentimento, a ilicitude persiste quando o ato se revele ilegal ou ofensivo aos bons costumes.

Quanto ao ato de consentimento, entende-se que haverá uma liberdade de estipulação e celebração uma vez que sendo este unilateral, é ao paciente que cabe “*estipular os termos e o alcance da autorização dada*”⁴⁹ mas para tal, é necessário à partida que quem presta o consentimento tenha capacidade de gozo e capacidade de exercício.

⁴⁷ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O consentimento informado na relação médico-paciente...*”, cit., p. 98.

⁴⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “*Código Civil Comentado, I – Parte Geral*”, Almedina, Coimbra, 2020, cit., p. 973.

⁴⁹ *Ibidem*.

Neste sentido, o n.º 3 consagra ainda, que quando o lesado não está em condições de consentir, a mesma lesão se dará por consentida “*quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível*”. Ou seja, “*deixa de haver vontade presumível, se o lesado se opôs à lesão ou, por qualquer forma, manifestou vontade contrária a ela*”.⁵⁰

Por último, no que respeita ao ato lesivo, este não deverá ir para além do consentido, na medida em que “*havendo excesso ou ocorrendo um consentimento putativo, o agente é responsável pelos danos, salva a hipótese da falta de culpa*”⁵¹.

Parece-nos que a norma se limita a avaliar se a conduta do lesante ocorreu no interesse do lesado com base na sua intenção de lhe proporcionar um resultado útil.⁵² Assim, parece suficiente a intenção do lesante em beneficiar o lesado e que essa intenção coincida com a «vontade presumível» do lesado, para que tenha sido consentida a lesão.

Apreciar a intenção do lesante e a vontade presumível do lesado e ainda estabelecer um nexo de correspondência entre ambos, pois, só será possível, refletindo sobre as circunstâncias do caso em concreto.⁵³

Na hipótese de o lesante atuar no interesse do lesado, temos como exemplo, o caso em que o lesante sabe que o lesado, por convicções religiosas não autorizaria uma transfusão sanguínea e ainda assim, o lesante vem a realizá-la. O lesado, que preferia perder a vida a submeter-se a tal intervenção, pode responsabilizar civilmente o lesante e isto, porque, o mesmo conhecia a vontade real do paciente. Todavia, o lesante não poderá invocar para o efeito, a «vontade presumível».

Contudo, também não nos parece legítimo que o lesante, de boa-fé, que não podia receber o consentimento do lesado por este estar inconsciente e desconhecendo a sua vontade real, seja responsabilizado por lhe salvar a vida.

ORLANDO DE CARVALHO faz uma distinção entre o consentimento tolerante, o consentimento autorizante e o consentimento vinculante.

O consentimento tolerante é causa de exclusão da ilicitude, na medida em que não confere um verdadeiro poder de agressão ao lesante, mas implicitamente justifica essa conduta.

Assim, nas palavras de CARLOS SOUSA DOS SANTOS, “*O consentimento é meramente integrativo (não criando ou constituindo qualquer direito para o agente), é*

⁵⁰ LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, “*Código Civil Anotado*”, Vol.1, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, *cit.*, p. 304.

⁵¹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “*Código Civil Comentado, I – Parte Geral*”, *cit.*, p. 973.

⁵² LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES. in “*Código Civil Anotado*”, p. 286.

⁵³ *Idem.*, p. 304.

unilateral, anterior à lesão e torna lícito o ato lesivo de direitos de personalidade, a não ser que esse ato lesivo seja contrário a uma posição legal ou aos bons costumes.”⁵⁴

Ressalva-se, que este consentimento tolerante é livremente revogável e exclui a possibilidade de ressarcimento de eventuais prejuízos que se venham a verificar. Exemplificativamente, aqui estão incluídas as intervenções cirúrgicas consentidas pelo paciente e em seu benefício.

Num negócio ou ato jurídico de estrutura bilateral com carácter constitutivo, o consentimento autorizante, à luz do art. 81º, n. 2º do CC, só terá validade se não for contrário aos princípios da ordem pública e confere um poder de agressão, contudo, apesar de ser a todo o tempo livremente revogável, surge uma certa obrigação de indemnizar, no entanto, também não estaríamos perante a mera tolerância justificativa de agressão, damos como exemplo, as intervenções cirúrgicas em benefício alheio ou geral.

Por fim, o consentimento vinculante, tal como o próprio nome sugere, não poderá ser unilateralmente revogado, aplicando-se as regras gerais dos negócios jurídicos plasmadas nos arts. 230º e ss. e 406º do CC. Como ensina CARLOS SOUSA DOS SANTOS “*neste caso não há atribuição de um poder de lesão, mas apenas disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzam numa limitação ao exercício desses direitos. Seriam assim lícitos e irrevogáveis, nos termos gerais de Direito, os contratos de trabalho e de práticas desportivas não isentas de certos perigos (desde que razoáveis e não limitativos da personalidade) e o próprio contrato de aleitamento (desde que salvaguardadas as necessidades próprias do aleitante para a sua descendência), uma vez que aí se dispõe de um produto orgânico e destacável.*”⁵⁵

Desta forma, o regime do consentimento tolerante será aplicado no plano das intervenções médicas, acolhido no art. 340º do CC, com dois traços fundamentais: a livre revogabilidade e a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos.⁵⁶

⁵⁴ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, *cit.*, p. 15.

⁵⁵ *Idem.*, p. 15-16.

⁵⁶ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O consentimento informado na relação médico-paciente...*”, *op.cit.*, p. 133.

4. No Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Desde logo, encontramos no preâmbulo do Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁵⁷, a referência a dois tipos de normas, primeiramente, os princípios éticos fundamentais, os quais são visivelmente assinalados “*pelo respeito pela vida humana e pela sua dignidade essencial, o dever da não discriminação, a proteção dos diminuídos e dos mais fracos, o dever de segredo médico, o dever de solidariedade e o dever de entreajuda e respeito entre profissionais, bem como o de contribuir para o progresso da medicina*”, e bem assim, as normas que resultam da aplicação desses princípios, designadamente, “*o princípio da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça*”. Relativamente ao segundo tipo, deparamo-nos com as normas que derivam dos usos e costumes, bem como da cultura própria das comunidades onde se originam⁵⁸.

O art. 31º concatenado com o art. 39º, n.º 1 do CDOM preconizam o respeito pela dignidade do ser humano, neste sentido, o médico tem o dever de prestar os melhores cuidados que estiverem ao seu alcance e sempre com o intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade gerando assim, esta norma, um princípio geral.

Em matéria de consentimento, o n.º 1 do art. 45º enumera os requisitos para se considerar o consentimento válido e são eles, a capacidade de decidir livremente, que terá por base a ausência de coações físicas e morais e ainda, a prestação de informação relevante por parte do médico. O n.º 2 do mesmo artigo faz referência a um intervalo de tempo que deverá existir entre o esclarecimento e o consentimento, para que o paciente possa livremente refletir e aconselhar-se.

A norma prevista no art. 44º do CDOM, tem por base o direito ao esclarecimento prévio do paciente, que consubstancia um dever do médico em prestar informações e esclarecimentos sobre “*o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença*”. Para que o doente possa consentir em consciência, a informação prestada deverá incidir sobre aspetos relevantes dos atos e práticas, bem assim como dos objetivos e consequências que dessa mesma prática poderão resultar (art. 44º, n.º 2). Releva ainda o facto de o médico ter o dever de empregar palavras e termos adaptados a cada um dos pacientes, considerando o seu estado emocional, a capacidade de compreensão e ainda, o nível cultural dos mesmos.

Por último e sempre que houver essa possibilidade, os esclarecimentos devem ter por base dados probabilísticos para que o paciente possa conscientemente consentir.

⁵⁷ Doravante designado por CDOM.

⁵⁸ Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro.

O art. 46º do CDOM prevê que o consentimento deverá ser solicitado aos representantes legais dos menores ou dos doentes que apresentem alterações cognitivas e que os torne incapazes, mas mais, embora não seja feita qualquer referência à idade do menor, o médico deverá, com base na sua maturidade, atender à opinião deste (n. 3).

Na eventualidade de existir uma diretiva escrita pelo doente, na qual exprime a sua vontade, esta deverá ser levada em conta pelo médico (n. 2). O profissional de saúde tem ainda o dever de analisar as decisões dos representantes legais ou dos familiares do doente e se estas forem contrárias aos melhores interesses do paciente, deve imediatamente requerer o suprimento judicial do consentimento.

O art. 47º do CDOM, cuja epígrafe “*consentimento implícito*”, dispõe que o médico presume o consentimento do paciente: “*a) nas situações de urgência, ou seja, quando não for possível obter do doente o consentimento e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade, b) quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou para a saúde ou c) quando o paciente careça urgentemente de realizar uma intervenção/tratamento diferente e se revele impossível colher um novo consentimento*”.

Por último, cumpre ainda mencionar que o doente poderá conceder o seu consentimento através de forma oral ou escrita, sendo que nos casos expressamente previstos na lei, este consentimento terá de ser prestado obrigatoriamente por escrito e/ou testemunhado (*cfr.* art. 48º do CDOM).

Capítulo III - Validade e exceções ao consentimento informado.

1. Os elementos do consentimento informado.

O consentimento informado caracteriza-se por ser um direito fundamental e ao mesmo tempo, trata-se de um princípio que rege a atuação do médico. Com efeito, mais do que um princípio e um direito, o consentimento informado é a manifestação da vontade do paciente, vontade esta que deverá sempre ser consciente, voluntária e a todo o momento, revogável⁵⁹.

ÁLVARO RODRIGUES e outros autores consideram que um consentimento válido pressupõe a observância de vários requisitos.

Primeiramente, a capacidade natural daquele que presta o consentimento (mais desenvolvido, adiante), no entanto, este consentimento, à luz do art. 38º, n. 3º do CP, “*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*”.

Como já tivemos oportunidade de ver, também o Código Penal Português, no seu art. 157º faz referência a um dever de esclarecimento, do qual resulta a necessidade de esclarecer o paciente quanto ao “*diagnóstico, índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*”, todavia, há exceções, nomeadamente, nos casos em que tais esclarecimentos colocariam em perigo a vida do doente.

Assim, resulta que a ausência deste esclarecimento como pressuposto de um consentimento informado válido, pode significar que o mesmo tenha sido prestado com falhas, cuja celebração não respeite o disposto no n.º 2 do art. 38.º do CP.⁶⁰

Deste modo, o consentimento terá de ser livre e sério, na medida em que não poderá existir um erro que o comprometa.

Neste cenário consideramos fundamental uma pequena menção ao erro resultante de um engano, de uma ameaça ou de coação, que se conclua pela ineficiência do consentimento. Neste seguimento “*o erro, quando provocado por dolo ou por fraude do agente, retira eficácia ao consentimento. Este erro, aferido por referência ao bem jurídico protegido, deverá implicar para o portador da autonomia um desvio - provocado ou conhecido do agente- entre o quadro prefigurado e o quadro real, em relação à lesão (sua existência, natureza e extensão) ou à*

⁵⁹ VILAR, PAULA-CAROLINA YEBRA-PIMENTEL, “*El consentimiento informado...*”, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ RODRIGUES, JOÃO VAZ, in “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, p. 72.

gravidade da doença”. Relacionado com a atuação dolosa do agente, importa aqui fazer referência no que toca a outras situações de ineficiência do consentimento, isto é, quando é fundado num engano com a “*finalidade altruística*”, ou nos casos em que o engano é criado de forma alheia a um direito de necessidade.⁶¹

Por fim, o consentimento terá de ser atual, isto é, cada intervenção ou tratamento requer um consentimento individual, o mesmo deverá ainda ser revogável livremente e anterior à execução do ato médico⁶², não existindo nenhuma formalidade que deva ser observada. Importa aqui novamente fazer referência ao art. 5º da CDHB⁶³ quando refere que “*a pessoa em causa poderá, a qualquer momento revogar livremente o seu consentimento*”. Por último, também o nosso Código Civil consagra a livre revogabilidade da limitação aos direitos de personalidade (art. 81.º, n.º 2 do CC).

Ainda no que concerne a esta matéria, PAULA VILAR considera que existem quatro elementos fundamentais do consentimento informado: o elemento subjetivo que não é nada mais nada menos que o sujeito que presta a informação (o profissional de saúde) e o sujeito que recebe a informação (o paciente); o elemento objetivo, que respeita à informação que o profissional deve prestar relativamente aos atos médicos (intervenção e/ou tratamentos médicos); o elemento formal que se traduz na forma como deve ser prestada a informação e quais os termos que devem ser utilizados para facilitar a compreensão do paciente, e por último, o elemento temporal do consentimento informado.

Passamos agora à análise dos elementos do consentimento informado acima expostos.

No que concerne ao sujeito que informa o doente, regra geral é o médico que está responsável pelo paciente, aquele que dá a consulta ao paciente e que propõe os tratamentos e/ou intervenções cirúrgicas e por norma, este médico é especialista em alguma área da medicina e por essa razão, estará dotado de conhecimentos mais específicos que sejam

⁶¹ Acrescentamos por último, e conforme MANUEL DA COSTA ANDRADE, um exemplo de “*consentimento prestado com erro espontâneo*”, no âmbito de uma intervenção cosmética, em que é dado o consentimento do paciente para a recolha de uma certa quantidade de tecido cutâneo, no entanto, o médico que apesar de ter respeitado as “*diretrizes*” do hospital, remove mais tecido cutâneo do que a quantidade que era necessária para a intervenção. Aqui, o agente que age de boa fé, e que desconhece o vício da vontade alheia (neste caso, o facto do hospital querer reservar parte desse tecido cutâneo para eventualmente lucrar noutras intervenções terapêuticas), neste cenário, o dolo e a negligência do médico são desde logo afastados, na medida em que, como desconhece a ineficácia do consentimento prestado para a remoção do tecido que foi apenas facultado para uma quantidade específica e não para a quantidade de que na verdade lhe foi removida, o médico dá seguimento à operação, contudo, o mesmo nunca poderia ser punido por erro sobre circunstâncias de facto, conforme se dispõe no art. 16º n.º1 do CP in MANUEL COSTA DE ANDRADE, *apud* RODRIGUES. JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, p. 62-63.

⁶² RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*Direito da Medicina – I*”, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 36-37.

⁶³ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina ou Convenção sobre os Direitos do Homem, doravante designada por CDHB.

suficientes para prestar informações mais detalhadas ao sujeito que recebe a informação. Assim, consideramos que todos os intervenientes no processo, isto é, desde a primeira consulta até ao acompanhamento pós-operatório e/ou pós-tratamento, serão responsáveis pela prestação de informações e esclarecimentos ao doente.

O ordenamento jurídico espanhol possui uma norma que regula esta questão da responsabilidade de prestar esclarecimentos e informações de todos os intervenientes no acompanhamento do paciente, vejamos, *“los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial o le aplican una técnica o un procedimiento concreto también son responsables de informale”* (art. 4.3 da Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Geralmente o paciente é o sujeito que recebe a informação, aquele que tem o direito a ser esclarecido e informado. Não obstante, em situações das quais decorre a impossibilidade de o paciente exercer o seu direito, são as pessoas que estão vinculadas a ele que devem ser devidamente esclarecidas e informadas, que por norma são os familiares próximos ou alguém que o represente legalmente.

Importa mencionar que anteriormente o médico, além de informar o paciente, prestava também informações sobre o diagnóstico aos familiares, algo que hoje em dia não é tão comum, isto porque, é o paciente quem decide se quer partilhar as informações e esclarecimentos com a família e também é ele quem escolhe o conteúdo da informação que presta. Veja-se como exemplo os doentes oncológicos em fase terminal, que querem viver os seus últimos dias sem sentirem a tristeza e a pena das pessoas que lhes são mais próximas (pais, irmãos, filhos), nestes casos, é recorrente o doente ocultar certas informações.

No que concerne ao sujeito que recebe a informação, obviamente que estamos a falar do titular do bem jurídico mais importante do catálogo dos direitos fundamentais, a vida. Apenas nos casos em que o paciente não se encontra em condições e a capacidade de receber tais informações esteja limitada, serão os seus familiares ou as pessoas que estão vinculadas a ele por razões de direito que irão obter tais informações e consequentemente, prestarão o devido consentimento informado.

Além do estado em que se encontra o paciente no momento em que deve prestar o seu consentimento e receber as informações necessárias, nunca nos poderemos olvidar que há outras incapacidades, nomeadamente no caso dos menores e dos maiores acompanhados, casos em que embora os mesmos tenham o direito a ser informados e o conteúdo de tal informação lhes seja explicado, os mesmos não estão capazes de prestar o seu consentimento.

Por último, com referência ao elemento temporal do consentimento informado, este só será eficaz se for garantido um momento de reflexão para a decisão, assim, não restam dúvidas que, previamente ao ato médico que venha a ser realizado, é necessária uma declaração de vontade do paciente.

Neste contexto, a doutrina mostra-se unânime, que apesar da lei exigir um tempo de reflexão para a realização de intervenções e tratamentos médicos, há situações urgentes que envolvem um perigo imediato para o paciente que não permitem a existência de um prazo razoável de reflexão, que ocorre entre a emissão do consentimento e a realização do ato médico.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com referência a esta questão, salienta que *“sendo assim, deve aplicar-se o princípio geral, de que o consentimento deve ser prestado antes do ato médico e de que a informação, sobretudo nas intervenções médicas com riscos significativos, como o caso da vulvoplastia, **devia ter sido fornecida à paciente com antecedência suficiente para que esta pudesse refletir sobre a sua decisão (“prazo de reflexão), e formar livremente, com serenidade, a sua vontade de aceitar a operação ou de a rejeitar.”***⁶⁴ (Sublinhado nosso)

Nesta ótica, o art. 20º n.º2 do CDOM aventa também a atribuição de um intervalo temporário para reflexão, mas como algo recomendado.

A este despeito, entendemos que se devia aprovar períodos de reflexão, mais concretamente em casos em que seja exigido um consentimento por escrito, sem detrimento de outros elementos que devem ser equacionados.

Por outro lado, requer-se que o consentimento seja prestado no momento anterior a um possível estado de sofrimento que possa alterar a capacidade de decisão do doente. Este consentimento deverá ser atual, contudo, devemos também considerar a eventual presença de um testamento vital que apresenta dúvidas sobre a existência real da vontade no momento da realização da intervenção e/ou tratamento médico.

Como anteriormente já assinalámos, o médico terá de obter o consentimento ou dissentimento por parte do paciente face ao ato ou tratamento médico que lhe é proposto. Após se ter verificado o cumprimento do dever de esclarecimento e de informação, pode o paciente tomar imediatamente a sua posição, contudo, existem outras possibilidades que são facultadas

⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Junho de 2015, processo com o n.º 1263/06.3TVPRT.P1. S1, Relator: Maria Clara Sottomayor.

ao paciente, nomeadamente, as denominadas declarações de vontade ou os “*living-will*”, traduzido da língua inglesa, são os “*desejos previamente expressos*”.

Em momentos em que não seja possível o paciente prestar o seu consentimento, por não estar consciente nem capaz de o prestar, com este documento estará expressa e assegurada para que futuramente a sua vontade esteja acautelada.

Faremos agora uma análise das relações entre a diretiva antecipada da vontade e o consentimento informado.

A Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho alterada recentemente pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, regula as diretivas antecipadas de vontade, nomeadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria ainda, o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

Hoje em dia, com uma maior consciência da necessidade de declarar antecipadamente as suas vontades, as pessoas recorrem a mecanismos porque querem ver assegurado o seu direito e o respeito pela sua autonomia, mesmo quando se encontrem em situação de incapacidade.

As Diretivas Antecipadas de Vontade⁶⁵ correspondem a um “*documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio*” outorgante, conforme resulta do n.º 1 do art. 2º do diploma anteriormente referido. Aqui fica expressa antecipadamente a sua vontade livre e consciente, assim como esclarecida quanto aos cuidados de saúde que não pretende receber ou deseja em situações em que não se encontre capaz de expressar a sua “*vontade pessoal e autonomamente*”.

Antes de mais, haverá a necessidade de consultar o médico para que este garanta que a diretiva antecipada que traduz o consentimento ou a recusa de uma determinada intervenção foi tomada pelo paciente, depois de o mesmo ter sido devidamente esclarecido e que isso traduza a sua liberdade de escolha.

A pessoa do doente pode ainda, em alternativa ou cumulativamente, indicar um “*procurador de cuidados de saúde*”, o qual tomará as decisões por ele. Revela aqui a necessidade de o paciente e o procurador terem antecipadamente discutido sobre as ideias do paciente relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa delimitada situação se estivesse capaz de as tomar.

⁶⁵ Doravante designado por DAV.

Conforme resulta do art. 4º do mesmo normativo, o outorgante apenas poderá assinar o documento em situações em que seja maior de idade, capaz de prestar o seu consentimento, ou não estejam em situações de acompanhamento.

No formulário do documento de DAV é onde encontramos as opções a serem escolhidas pelo outorgante, que declara se permite ou não determinados tratamentos. Acontece que, nos casos de urgência ou perigo imediato, segundo o art. 6º n.º 4 da já referida lei, a “*equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as DAV*”, uma vez que o recurso a elas implica uma demora e conseqüentemente um possível agravamento do estado de saúde do paciente.

O entendimento da doutrina maioritária, na Europa, é no sentido de que, se foi claramente declarado que o paciente recusa um determinado tratamento, o estado de necessidade não poderá ser invocado para justificar aquela intervenção, mesmo que as intenções do médico sejam as melhores. Todavia, não nos podemos olvidar de que o médico tem o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.

Importa aqui apontar, que este documento é eficaz no prazo de cinco anos a contar da data da assinatura, e que pode ser renovável mediante declaração de confirmação do disposto, segundo o n.º 1 do art. 7º do diploma legal. Com isto, é necessário referir o que é assegurado aos profissionais de saúde, ou seja, o direito à objeção de consciência nos casos em que têm de reconhecer o disposto no documento da DAV e, quando recorrerem a este direito devem fazê-lo juntamente com a menção a que disposições se referem, como resulta do art. 9º da já referida lei.

De ressaltar ainda que as diretivas antecipadas da vontade diminuem o impacto emocional de serem tomadas decisões pelos familiares e pelos médicos.

Desta forma, WALTER OSSWALD chama a atenção para uma problemática que acompanhamos. O autor faz uma consideração em relação ao facto de em situações em que o paciente dispõe de uma DAV e se na atual situação mantém a mesma posição que explanou anteriormente aquando do preenchimento do documento da DAV. Esta situação resulta de um acatamento de vontade anteriormente expressa, o que coloca o médico numa situação de “*executor passivo de anterior opção*”, o que pode ser analisado como um possível argumento para limitar o acesso ao consentimento informado.⁶⁶

⁶⁶ OSSWALD, WALTER, “*Limites ao Consentimento Informado*” em José de Oliveira Ascensão, “*Estudos de Direito da Bioética*”, p. 159.

Após a aprovação da Lei n.º 25/2012, numa votação unânime na Assembleia da República, ficou assente o respeito pelos desejos previamente expressos pelo paciente, sob pena de o médico violar o direito à autodeterminação e à integridade física e moral da pessoa do doente, factos este que, à luz do art. 70.º e 483.º ambos do CC, podem consubstanciar responsabilidade civil do médico.

Agora passamos à análise da forma de prestar o consentimento de forma válida e à luz da lei.

Na realidade e como iremos descortinar adiante, não existe uma forma universal válida relativamente ao modo como deve ser solicitada a devida autorização para a realização de tratamentos e/ou intervenções cirúrgicas.⁶⁷

GUILHERME DE OLIVEIRA⁶⁸ reflete sobre esta lacuna legal, uma vez que se podem demonstrar diversas repercussões no sentido de não terem sido estabelecidas normas a que o médico deveria atender, de modo a cumprir o dever de prestar os devidos esclarecimentos, e mais, considera ainda que o legislador, não estabeleceu um “conjunto de requisitos legais à formação de um processo”⁶⁹, com o intuito de obter corretamente o consentimento do paciente.

Com isto, entendemos que não existe nenhuma norma que determine a forma de obtenção de consentimento. É claro que, a nossa lei portuguesa já admite exceções à livre forma de consentimento, exemplo disso são as situações de PMA (Procriação Medicamente Assistida), em que os seus beneficiários devem prestar o seu consentimento de forma expressa e escrita, tal como deve ser prestado um esclarecimento devidamente informado, conforme resultado do art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.⁷⁰

Sabe-se que, na grande maioria dos casos, os pacientes são esclarecidos oralmente onde não é possível perceber se foi devidamente informado, e com isto, o paciente prestou de forma legítima o seu consentimento.

Nos termos do art. 219º do CC, a regra em matéria de consentimento é a da liberdade de forma, regra geral da declaração negocial. À exceção dos casos em que a lei exija forma para o consentimento.

A validade do negócio jurídico está dependente da forma, pois esta exige uma exteriorização da vontade (*cf.* art. 220º do CC). Deste modo, se o requisito formal não for

⁶⁷ AMORIM, ANA, “A responsabilidade do médico enquanto perito”, Petrony Editora, 2019, p.199.

⁶⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA apud AMORIM, ANA, in “A responsabilidade do médico enquanto perito”, p. 200.

⁶⁹ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/tramitação>

⁷⁰ Nota de rodapé in AMORIM, ANA, “A responsabilidade do médico enquanto perito”, *op. cit.*, p. 200.

respeitado, o negócio será nulo nos termos do disposto no art. 220º do CC e não produzirá qualquer efeito, ou seja, é-lhe aplicável o regime da nulidade, de acordo com os arts. 286º e 289º do CC. Considera-se, portanto que, se o consentimento para a intervenção ou tratamento médico não tiver obedecido ao requisito de forma, quererá isto dizer que não irá produzir os seus efeitos e a intervenção ou tratamento são tidos como arbitrários, constituindo desta forma, ilícito civil, por violação do dever contratual de um consentimento informado, prévio, válido e eficaz, e ainda, nos termos do art. 156º do CP, constitui assim, um ilícito penal.

O nº1 do art. 14º da Lei n.º 32/2006, 26 de Julho alterada pela Lei n.º 48/2019, de 8 de Julho prevê que os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável. Significa isto que, para o consentimento ser válido e eficaz, existe a necessidade de forma escrita para o consentimento, uma vez que o legislador não admite a declaração tácita, afastando ainda, a regra do consensualismo, consagrada no plasmado no art. 219º do CC.

Também no ordenamento jurídico espanhol, a regra é que o consentimento será prestado verbalmente, apenas nos casos em que os procedimentos terapêuticos e de diagnóstico se mostrem invasivos e nas intervenções cirúrgicas que representem riscos e que tenham impacto negativo e previsível na saúde do paciente, requer-se que este consentimento seja dado por escrito, sendo que este é em todo o momento, revogável, conforme estabelece o art. 8º da *Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

Como já vimos, existem casos em que é exigida a forma escrita do consentimento, e nesses casos, recorre-se à utilização de formulários de consentimento, de forma a também salvaguardar o médico, parece-nos importante que o mesmo solicite o consentimento e que este seja redigido pelo paciente por escrito. Isto é, hoje em dia já encontramos em diversas unidades de cuidados de saúde, inúmeros formulários que estão à disposição dos pacientes que podem ser preenchidos, sendo uma alternativa ao consentimento oral, geralmente utilizada.

Consideramos antes de mais que, seria de bom agrado que os formulários servissem como modelos genéricos e fossem mais tarde adaptados à concreta e real situação clínica de cada um dos pacientes. Estes formulários têm uma utilidade inegável e contribuem para a uniformização em matéria de consentimento informado.

Entende-se que só o preenchimento de formulários não deve ser visto como um real consentimento. Problema que se levanta com a utilização destes formulários e revela uma preocupação relevante é o facto de os mesmo não passarem de minutas pré-elaboradas e como tal, não se referem os riscos especiais que aquela intervenção acarreta para aquele paciente em

concreto⁷¹. Pode ainda suceder que tal documento não contempla as características concretas de certa patologia, por apenas, estar limitado à descrição de um quadro clínico geral e abstrato.

Acrescentamos que a utilização destes formulários pelos médicos pode significar uma tentativa de desresponsabilização, descurando desta forma, os seus deveres de informação e de esclarecimento. O que surpreende ainda mais, é o facto de estes formulários serem, normalmente, entregues por funcionários administrativos, pessoas estas que são totalmente alheias ao ato médico, não tendo assim, o paciente acesso a qualquer informação ou esclarecimento.

Não esquecer que, ainda que o paciente tenha dado o seu consentimento para a realização de certo tratamento ou intervenção cirúrgica através do preenchimento de um documento, em nada inviabiliza a propositura de uma ação de responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado. Significa isto que, a mera assinatura de um papel não quer dizer que a pessoa tenha sido informada, esclarecida e compreendido tudo o que ia ser realizado a seguir.

⁷¹ AMORIM, ANA, in “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, p. 201.

2. A Capacidade para consentir.

O consentimento exige capacidade, esclarecimento e liberdade. Como anteriormente já tivemos oportunidade de analisar, o consentimento informado deriva da integridade física e psíquica e do exercício da liberdade de vontade, duas manifestações do direito geral de personalidade como esfera global desta titularidade de direitos.

Uma vez mais acompanhamos o entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa sobre esta temática “*atendendo à especificidade das intervenções médicas, abandonado que se encontra o paradigma do paternalismo médico e a conseqüente consagração do direito à autodeterminação do doente decorrente do seu direito à integridade física e moral, o consentimento informado torna-se o requisito determinante para uma lícita e legítima atuação médica, porém, para o exercício de tal autodeterminação é necessário que a pessoa seja apta para prestar um consentimento livre e expreso e esclarecido, o que significa que terá de ser capaz de fazer um juízo sobre o seu estado e consentir na sua execução de uma terapêutica, sendo igualmente reconhecido o direito de dissentir mesmo quando a recusa da intervenção médica indicada ameace a vida, a integridade pessoal ou a saúde ...”⁷² (Sublinhado nosso)*

À exceção de situações de incapacidade e do seu suprimento nos termos admitidos por lei, o consentimento deve ser prestado pelo próprio paciente. Como salienta ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “*dada a natureza pessoalíssima do bem jurídico em jogo, de que apenas o paciente é titular, é naturalmente este que tem o direito de consentir na intervenção médica, sempre e quando a sua capacidade de julgamento e discernimento o permita*”⁷³.

Considerando a natureza do bem jurídico em causa, é necessário auferir a capacidade do paciente para dar o consentimento para a realização de um tratamento ou intervenção cirúrgica. Acresce ainda que, o paciente deve consentir na realização de cada tratamento ou intervenção, renovando-se esta exigência de obter o consentimento sempre que surja necessidade de realizar um outro.

Neste sentido, vamos agora analisar os diferentes tipos de capacidade para uma melhor compreensão da capacidade de acordo com a matéria que aqui tratamos. Segundo alguns autores, a capacidade negocial ou de exercício traduz-se na capacidade de, através de um

⁷² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11 de Dezembro de 2019, processo com o n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2, Relator: Vaz Gomes.

⁷³ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O consentimento informado na relação médico-paciente...*”, cit., p. 206.

representante ou a título próprio, ser possível celebrar negócios jurídicos, desta forma, estamos perante um subtipo da capacidade de exercício de direitos em geral.⁷⁴

A capacidade delitual ou imputabilidade compreende a possibilidade de se imputar ao sujeito a capacidade para a prática de atos ilícitos a título de culpa ou dolo. No entanto, ao abrigo do art. 19º do CP, “os menores de 16 anos são inimputáveis”, de outro modo, a nossa Lei Civil entende que “*não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório*”(Cfr. art. 488º do CC), assim CARLOS SOUSA DOS SANTOS conclui que, “*o que está em causa é a capacidade de alguém ser responsabilizado pela lesão de bens jurídicos alheios, de compreender as proibições que tutelam interesses de terceiros, enquanto que na capacidade para consentir, trata-se de ser responsável pelos seus próprios bens jurídicos (para tal ser necessária a compressão do valor e alcance dos próprios interesses)*”.⁷⁵

Tendo como base os princípios da autonomia, liberdade e autodeterminação, assim como a própria explanação da personalidade, a doutrina e jurisprudência são consensuais no que toca ao consentimento informado, concretamente no que resulta da obtenção de um consentimento informado por um doente que possua discernimento suficiente. Deve o discernimento ser avaliado como uma capacidade do paciente em compreender todas as questões relacionadas com uma intervenção médica, assim como todos os riscos que comportam a mesma.

PABLO SIMÓN LORDA que também reflete sobre esta matéria, define capacidade como “*aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão real da sua própria identidade individual, isto é, da sua autonomia moral pessoal*”.⁷⁶

Assim, no nosso ordenamento jurídico, para um consentimento informado prestado por um doente, requer-se que a idade seja superior a 18 anos de idade, tal como se requer que esteja na plenitude das suas capacidades mentais. Desta forma, e conforme disposto no art. 20º, n.º1 do Regulamento De Deontologia Médica n.º 701/2016, de 21 de Julho, o consentimento do

⁷⁴ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, in “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, p. 27.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Conforme PABLO SIMÓN LORDA *apud* RODRIGUES, JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, *cit.*, p. 200.

doente só é válido se o mesmo “*tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas e morais*”.⁷⁷

A CDHB, no seu art. 5º prevê uma regra geral face ao consentimento, que estabelece os princípios do consentimento prévio, livre e esclarecido, assim, consagra o dever de informação e determina a regra da livre revogabilidade do consentimento. Já no art. 6º do mesmo diploma legal, encontramos o regime da proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento.

Neste sentido, o n.º 1 do art. 6º dispõe que “*qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efetuada em seu benefício direto*”. O n.º 2 consagra o regime dos menores e no n.º 3 ainda do mesmo artigo, é regulada a situação do “*maior que careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou de motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção*”.

Ainda no art. 6º, no seu n.º 4, estabelece que o representante, a autoridade, a pessoa ou instância a quem resulte confiada a manifestação do consentimento, deve receber exatamente nas mesmas condições, a informação que vem prevista no art. 5º da CDHB.

Por fim, o n.º 5 do mesmo artigo prevê ainda, a autorização facultada anteriormente pode a qualquer momento, ser retirada, sempre no interesse da pessoa em questão.

Nas palavras de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “*o que decisivo quanto a saber se o paciente é chamado autonomamente a consentir ou não, não é tanto o problema de saber se os pacientes têm ou não representante legal, mas sim se são ou não são capazes para consentir*”⁷⁸.

Passamos agora à análise das restrições à capacidade de exercício previstas no Código Civil.

No que concerne aos maiores acompanhados, com a introdução da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, foram revogados os institutos da interdição e inabilitação, que estavam previstos no Código Civil, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 47334 de 25 de Novembro de 1966.

A revogação destes institutos respeitantes às incapacidades dos maiores, originou várias alterações nos diplomas legais, o que nos leva a crer que foi uma das reformas mais importantes dos últimos anos do Código Civil. Esta reforma elevou a dignidade da pessoa humana, assim como, concedeu autonomia ao maiores acompanhados.

⁷⁷ AMORIM, ANA, “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, cit., p. 196.

⁷⁸ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O consentimento informado na relação médico-paciente...*”, cit., p. 214.

Passamos de um “*regime binário*”⁷⁹ que assentava numa distinção entre inabilitação e interdição, e passamos para um modelo monista que se dedica a um único regime.

No nosso entendimento, este modelo é o que melhor enaltece o propósito desta reforma no ordenamento jurídico português. Um modelo monista admite um aumento de situações justificativas para a aplicação da medida de acompanhamento, inversamente ao modelo dualista (regime binário).

Assim, encontramos explanado este novo regime nos arts. 138º e ss. do CC, e dispõe o n.º 1 da mencionada norma legal que “*o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código*”.

Analisando a existência de “*dois conceitos indeterminados*”, um de índole subjetiva que se traduz na “*impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres*”, quer isto dizer que se requer demarcar qual o alcance das suas propensões intelectuais, assim como, admitir o exercício desses direitos e deveres; e, outro de índole objetiva, para o qual “*exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres, se funde em razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário*”.⁸⁰

As medidas de acompanhamento serão determinadas por decisão judicial (cfr. art. 139º do CC), sempre após a audição do acompanhado, sem prejuízo da possível necessidade de introduzir medidas de acompanhamento provisórias e urgentes. Neste contexto, importa ainda fazer referência à visível proteção do interesse do maior acompanhado e a necessidade de assegurar o bem-estar da pessoa, isto quer pelo pleno exercício de todos os seus direitos, quer pelo cumprimento dos deveres a que o maior está sujeito, sendo que este é o fim visado do acompanhamento, conforme faz referência o art. 140º do CC.

Contrariamente ao antigo instituto, uma das mais importantes mudanças e que encontramos referida no art. 141º do CC, deve-se ao facto do acampamento poder ser requerido “*pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização pelo Ministério Público*”.

⁷⁹ PEREIRA. ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*Colóquio, O novo regime do Maior Acompanhado*”, Coordenação António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, *cit.*, p. 194.

⁸⁰ *Idem.* p. 196 e 197.

Todavia, poderá existir o suprimento desta autorização quando o favorecido desta medida não pode de forma consciente e livre, prestar, ou quando se verifique que há fundamento admissível.⁸¹

Como já referido anteriormente, aquando do momento em que o acompanhado escolhe o seu acompanhante, requer-se que este, seja maior e que esteja no pleno exercício dos seus direitos – *Cfr.* art. 143º do CC. Na falta de escolha, é então selecionada a pessoa que melhor defenda os interesses do beneficiário.

Na eventualidade da pessoa ser considerada incapaz para consentir, isso implica consequências, nomeadamente, restringe a autodeterminação do sujeito forçando-o ao instituto da representação legal. Deste modo, tal só deverá suceder quando a pessoa não for racional ao dispor dos seus bens jurídicos.

No respeitante à matéria do consentimento informado por representação, o qual está profundamente relacionado com os critérios legais que permitem avaliar a capacidade penal e a capacidade civil no ordenamento jurídico espanhol, consideramos importante aludir aos mesmos de forma sucinta. O primeiro critério exprime a necessidade de inteligência e discernimento que devem estar presentes no momento da execução do direito, denominado “*critério cognitivo*”. Por outro lado, o “*critério volitivo*” que consiste no facto de o agente, que embora tenha a liberdade de expressar a sua vontade, a sua conduta será em virtude do poder da sua vontade.⁸²

Neste sentido, interessa realçar três aspetos que caracterizam as incapacidades: “*fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas; são restrições tabeladas da capacidade, que atingem uma universalidade de aspetos; o seu regime legal visa proteger as pessoas incapazes.*”⁸³

No art. 257º do CC encontramos o regime da incapacidade acidental, trata-se de uma figura afim, face às incapacidades de exercício, quer isto dizer que o sujeito acidentalmente incapacitado possui, em geral, capacidade de exercício. Neste prosseguimento, a incapacidade acidental alude a uma falta de capacidade de compreender o sentido da declaração negocial ou ainda poderá resultar da ausência de vontade do declarante, sendo a mesmo anulável quando se demonstre que “*o facto seja notório ou conhecido do declaratário*”.

⁸¹ *Ibidem.* p. 199.

⁸² ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, in “*Derechos y Deberes de los pacientes*” p. 56.

⁸³ OLIVEIRA ASCENSÃO *apud* SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, *cit.*, p. 27.

Importa ainda fazer referência aos doentes com anomalias psíquicas⁸⁴, os quais, segundo a opinião do douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁸⁵, não estão incapacitados de prestar o seu consentimento, e “*não formam uma categoria ou estatuto jurídico distinto da incapacidade, apenas integram um grupo de pessoas que pelo seu estado clínico e terapêuticas associadas em particular a psicofarmacologia apresentam dificuldades acrescidas na avaliação da capacidade para consentir e na justificação do cuidado jurídico, a doença mental enquanto causadora de uma anomalia psíquica, não será bastante para justificar uma incapacidade de agir. O reconhecimento do poder de autodeterminação da pessoa seja ou não doente mental pressupõe a garantia de tratamentos conforme a vontade expressa por intermédio do consentimento e só a título muito excepcional e mediante a verificação proporcional entre a oportunidade do conteúdo da decisão e os interesses pessoais ou supraindividuais onde terceiros se admite a intervenção médica compulsiva*”. (Sublinhado nosso)

Relativamente às intervenções em pacientes do foro mental, a avaliação da capacidade é realizada primeiramente por um médico, considerada deste modo, uma aferição casuística. Ao longo dos vários anos têm surgido inúmeros testes de avaliação da capacidade para auxiliar os médicos na aferição da mesma.

Perante uma avaliação e após uma considerada falta de capacidade do doente, procura-se obter o consentimento informado através do seu representante legal, caso já tenha sido legalmente designado. Embora a autorização seja facultada por um terceiro, é importante que seja dada a possibilidade ao doente de participar no processo sempre que seja possível. Analisando esta realidade, encontramos, uma vez mais, no n.º 3 do art. 6º da CDHB, o qual dispõe que “*sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma*

⁸⁴ Sobre esta temática, consideramos interessante dar nota de que para auferir a capacidade para intervenções em pacientes do foro mental, JOÃO VAZ RODRIGUES considera que “*a avaliação da capacidade cabe em primeira linha ao médico, e que este deverá proceder tendo em atenção uma relação direta entre o paciente e quadro que se lhe depara. A aferição é, assim, casuística. (...) Os modelos fornecidos pela ciência psiquiátrica e pela ciência neurológica não parecem esgotar as questões que se levantam aos médicos, muito embora se completem tendencialmente e forneçam tópicos para uma atuação. Na verdade, desde pelo menos a década de 70 que inúmeros testes de capacidade foram sendo sucessivamente construídos e apresentados para auxiliar a determinação da avaliação da capacidade para tomar decisões em termos médicos.*” citando RODRIGUES, JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, cit. p. 200.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11 de Dezembro de 2019, processo com o n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2, Relator: Vaz Gomes.

persona ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.⁸⁶

É ainda de realçar que no ordenamento jurídico espanhol, verificamos que existem situações em que estamos perante um consentimento prestado por representação, são elas:

“a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”⁸⁷

Coloca-se agora a questão de diferenciar a capacidade para consentir da capacidade negocial de exercício, considerando que a segunda parece estar arquitetada para proteger bens puramente patrimoniais⁸⁸, no que respeita à capacidade para consentir, a mesma traduz-se na idoneidade para autorizar (ou recusar) lesões na integridade física e psíquica.

No entendimento de ORLANDO DE CARVALHO, que sustenta que o consentimento tolerante abarca o consentimento para o ato médico – *“não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos”⁸⁹*. Deste modo, podemos concluir que o consentimento nas lesões à integridade física não exige capacidade negocial, e como exemplo, no caso dos menores, podem, em certa medida, autorizar a limitação voluntária ao exercício dos seus direitos de personalidade.

Avançamos agora para a análise do modo como se estabelece a capacidade para consentir e antes de mais, numa perspetiva médica, a capacidade será *“aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é*

⁸⁶ AMORIM, ANA, in *“A responsabilidade do médico enquanto perito”*, p. 199.

⁸⁷ Conforme resulta do art 9.3 da *Ley 41/2002, de 14 de Noviembre*.

⁸⁸ JENS KUHLMANN *apud* PEREIRA, ANDRÉ GONÇALOS DIAS, *“O consentimento informado na relação médico-paciente...”*, *op. cit.*, p. 148.

⁸⁹ CARVALHO, ORLANDO DE, *“Teoria Geral do Direito Civil”*, *cit.*, p. 183.

expressão real da sua própria identidade individual, isto é, da sua autonomia moral pessoal”⁹⁰.

Após esta breve análise da capacidade para consentir e como já anteriormente mencionamos, consideramos, em princípio que, carecem de incapacidade para consentir, os menores de 16 anos de idade, vejamos então de uma forma mais aprofundada esta temática.

2.1. O Caso dos Menores.

Segundo o nosso Código Civil, a menoridade consiste no período de vida de “*quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade*”, isto é, que se inicia no dia do seu nascimento completo e com vida e termina no dia em que completa o décimo oitavo ano de vida, como decorre do art. 122º do CC.

Entende-se que os menores, salvo disposição em contrário, “*carecem de capacidade para o exercício de direitos*”, ao abrigo do art. 123º. do CC. Assim, a capacidade de exercício, ou a designada capacidade de agir, consiste na possibilidade da pessoa ser idónea e estar apta de exercer os seus direitos ou cumprindo deveres, sendo reconhecida às pessoas que “*atingem a maioridade ou são emancipados*” conforme o disposto no art. 129º do CC. Não obstante, como já anteriormente mencionámos, a idade não é sinónimo de maturidade, sendo recorrente na jurisprudência e na doutrina, atender-se não só à idade do menor, mas também à maturidade que este revela⁹¹.

A incapacidade de exercício por menoridade ocorre como uma proteção aos interesses do sujeito menor de idade, de forma a assegurar que o mesmo não sofra prejuízos pessoais e patrimoniais, por força da sua “*vulnerabilidade intelectual e emocional*”⁹². Assim, a incapacidade de agir por menoridade é preenchida através da representação legal.

Importa aqui realçar que este problema da representação, ganha uma particular relevância quando estejamos perante domínios como os transplantes e as experimentações não terapêuticas, uma vez que quanto aos transplantes, o entendimento maioritário é o de que, o representante legal não poderá prestar o consentimento, (n.º 3 do art. 6.º da Lei n.º 12/93, de

⁹⁰ PABLO SIMÓN LORDA *apud* RODRIGUES, JOÃO VAZ, in “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, *cit.*, p. 200.

⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 7 de Fevereiro de 2008, processo com o n.º 07A4666, Relator: Moreira Camilo.

⁹² SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, in “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, p. 23

22 de Abril)⁹³. No entanto, há quem considere que quando se tratam por exemplo de doações de sangue, considerando as mesmas, lesões menos gravosas, admite-se que o consentimento poderá ser prestado pelo representante legal.

Já no que respeita à experimentação seja ela, pura ou não terapêutica, a opinião é de que deve haver *“uma ponderação entre a dimensão da ofensa e os ganhos ou vantagens esperadas. Uma ponderação que tem, em qualquer caso, de operar no limiar definido pela “dor ligeira” ou “pequeno mal-estar” e a que só pode recorrer-se desde que não seja possível alcançar os ganhos científicos por outro meio.”*⁹⁴

Os meios de suprimento das incapacidades de exercício do menor são as responsabilidades parentais, conforme o art.º 124º e art.º 1878.º ambos do CC.

No nosso ordenamento jurídico, a representação legal, inserida no disposto do art. 258º do CC, traduz-se na prática de um ato por uma pessoa em representação de outra *“nos limites dos poderes que lhe competem”*. De acordo com o já referido art. 1878º do CC, o n.º 1 diz-nos que *“compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”*, do qual se retira que no que toca a cuidados de saúde, sejam eles quais forem, o direito de decidir cabe aos pais, porém, devem ter em conta a maturidade dos filhos e ainda *“reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”*. Aqui não se trata de um consentimento dos pais, ou representantes legais, para atos médicos, trata-se antes de uma autorização, uma vez que o consentimento é dado na primeira pessoa.

Neste seguimento, importa também fazer referência ao n.º 2 do art. 1878º do CC, o qual realça que embora o menor deva obedecer aos pais no que toca a decisões, este normativo impõe que os pais, de acordo com a maturidade dos filhos, considerarem a sua opinião nos assuntos familiares importantes e lhes reconheçam autonomia na organização da própria vida e que por analogia mencionamos o art. 127º n.º 1, al. b) do CC relativamente a um caso de exceção à capacidade do menor para a prática de atos de pequena dimensão.

Deste modo, é de salientar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, consagrado no art. 26º, n.º 1 da CRP que é importante concatenar com o *supramencionado* n.º 2 do art. 1878º do CC.

O menor é o titular do bem jurídico protegido, do bem jurídico de personalidade, do direito subjetivo de personalidade, do direito à integridade moral. Não se coloca aqui um

⁹³ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, in *“Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º”*, p. 283.

⁹⁴ *Idem.*, p.284.

problema de personalidade jurídica, porque o menor tem indiscutivelmente, personalidade jurídica. Não se trata de um problema de titularidade nem de capacidade jurídica, pois, como sabemos, o menor não é somente suscetível de direitos e obrigações, ele é o titular do direito de personalidade tutelado⁹⁵. Levanta-se antes a questão de analisar se o menor tem capacidade de exercício.

O próprio Código Civil, no seu art. 123º admite exceções quando estipula que os menores de 18 anos de idade carecem de capacidade de exercício, nomeadamente, nos casos em que a lei reconhece aos menores autonomia no exercício dos seus direitos, consagrando algumas maioridades especiais – como exemplo – a faculdade de o menor adquirir por usucapião (art. 1289º, n.º 2 do CC), adquirir posse (art. 1266º do CC), o instituto da representação voluntária (art. 263º do CC) e a maioridade religiosa que se atinge aos 16 anos (art. 1886º do CC).

Encontramos ainda na lei, a possibilidade de os menores com 16 anos poderem celebrar casamento, conforme decorre do exposto no art. 1601º, al. a) do CC, perfilhar (art. 1850º do CC) e o art. 127º do CC, no seu n.º 1, considera “*excecionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) Os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância; c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício*”.

O art. 1931º, n.º 2 do CC diz-nos que a nomeação de tutor deve ser precedida da audição do menor que tenha completado catorze anos e ainda, no art. 1981º, n.º 1, al. a), a adoção depende do consentimento do adotando maior de 12 anos, o que significa que encontramos neste diploma várias referências expressas à idade de catorze anos e até de doze anos. Contudo, observamos que no art. 38º, n.º 3 do CP, uma concessão de eficácia ao consentimento prestado por quem haja completado 16 anos de idade e possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta⁹⁶.

Com a idade de 16 anos considera-se que o paciente, seja, em princípio capaz de discernir e avaliar o sentido e o alcance do ato médico e, em consequência disso, estará

⁹⁵ MONGE, CLÁUDIA SOFIA OLIVEIRA DIAS, “*O direito à proteção da saúde e o conteúdo da prestação de cuidados médicos*”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Doutoramento, 2014, pp. 458-459.

⁹⁶ Note-se que na redação anterior deste artigo, era estipulada a idade de 14 anos. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, definiu-se como marco os 16 anos de idade.

capacitado para tomar decisões médicas. Não obstante e como já tivemos oportunidade de salientar, esse discernimento será sempre avaliado casuisticamente.

Nas palavras de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “*A idade de 16 anos deveria constituir uma presunção de capacidade, a significar que o médico perante um menor de menos de 16 anos o presume incapaz, embora no caso concreto, se possa considerar capaz, na medida em que possua discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento no momento em que o presta*”⁹⁷.

A idade deve ser somente considerada como um elemento indicador, uma vez que o paciente até poderá possuir idade suficiente para tomar decisões e, no entanto, falta-lhe discernimento para decidir.

Recai sobre o médico o ónus de prova no caso de o menor, por exemplo, ter a idade de 13 anos e o mesmo revelar maturidade e capacidade de compreensão⁹⁸.

A contrário, pode o paciente possuir idade suficiente, mas carecer de discernimento, assim, consideramos que o menor deve ser tido como incapaz para consentir.

Neste sentido, apuramos que o discernimento apresenta-se como um verdadeiro requisito, indispensável à capacidade.

Como tal, a idade não dispensa o médico da tarefa de avaliar o discernimento do paciente no caso concreto. Todavia, se o paciente possuir a idade mínima que se fixou nos 16 anos de idade e o médico, após uma avaliação cuidadosa, considerar que está na presença de um paciente provido da maturidade e capacidade de compreensão necessárias, não deve ter de provar essa capacidade. Assim, o médico deverá sempre decidir com a razoabilidade e a ponderação que se mostrem necessárias.

Em súmula, um menor com idade inferior a 16 anos poderá ter capacidade para consentir e um menor com idade igual ou superior poderá não ter essa capacidade, neste cenário, a solução residirá no discernimento que se lhe reconheça.

Note-se, por fim, que o não acatamento das decisões médicas por parte do paciente, não é necessariamente sinal de ausência de discernimento. Como tal, importa não desconsiderar o sistema de valores da criança, ainda que a mesma esteja em desenvolvimento. Perante este cenário, a regra deverá ser a audição do menor, ainda que a sua vontade possa não ser atendida.

Após entendimento sobre o caso dos menores, surgem-nos questões de maior relevância para o caso, que a nossa lei não é clara de forma a encontrarmos respostas. A primeira das

⁹⁷ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, in “O consentimento informado na relação médico-paciente ...”, *cit.*, p. 317.

⁹⁸ *Idem.*, pp. 317-318.

questões é a seguinte, o que acontece quando os pais não estão de acordo com a intervenção médica proposta? No caso em apreço, na falta de comum acordo, podem solicitar judicialmente uma solução, que embora seja considerado uma solução sabemos que é algo demorado, contudo, não podemos descartar que ao se tratar de um menor com mais de 14 anos de idade deve-se ter em conta a sua opinião, conforme disposto art. 1901º n.º 2 do CC.

Uma outra questão que importa referir, é nos casos em que o médico é colocado na situação em que um dos progenitores não concorda com a intervenção proposta, em que o consentimento é prestado apenas por um. Daqui resulta o disposto art. 1902º n.º 1 e 2 do CC, em que um dos progenitores pratica o ato em que se presume um comum acordo, colocando obviamente de parte situações de “particular importância”. Acontece que a lei não determina ou especifica o que entende por intervenções médicas de “particular importância”, o que mais uma vez coloca o médico numa situação delicada.

Por último, subscrevemos o ensinamento de JOÃO ÁLVARO DIAS, que resume que no caso em que se entende a evidente necessidade de intervenção, o despropósito da rejeição e a falta temporal, defende a atuação do médico mesmo sem a concordância dos pais nem o suprimento judicial.⁹⁹

Prevalece sempre a obrigação de salvar o menor em concordância com o superior interesse deste.

⁹⁹ DIAS, JOÃO ÁLVARO, “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*” *op. cit.*, p. 289, nota de rodapé 126.

3. A informação e o esclarecimento.

O objetivo primordial do esclarecimento é proporcionar a possibilidade ao paciente de escolher entre consentir ou não consentir na intervenção cirúrgica ou no tratamento que lhe é proposto pelo médico¹⁰⁰. Para tal, deve o paciente estar consciente, assim como a sua família ou o seu legal representante, em cumprimento do dever jurídico a que o médico está obrigado.

Nos termos do disposto na Base 2 da lei n.º 95/2019, de 04 de Setembro, cuja epígrafe é “*Direitos e Deveres das Pessoas*”, os pacientes têm o direito a serem informados sobre as alternativas, a evolução e, naturalmente sobre o seu estado de saúde atual, para que assim, possam escolher entre receber ou recusar a prestação de cuidados que lhe forem propostos.

JAVIER SÁNCHEZ-CARO FERNANDO ABELLÁN considera que se podem distinguir diferentes tipos de consentimento. Um primeiro que diz respeito ao consentimento expresso, sendo que este é aquele que se insere na atividade médica, e tal como já analisámos anteriormente, o mesmo pode assumir a forma escrita ou oral. É admitida ainda a existência de um consentimento tácito, que se traduz numa forma de expressar por omissão. Reconhece também um consentimento implícito que em súmula resulta dos atos que são realizados. Por último, o consentimento presumido é uma suposição daquilo que achamos conhecer de uma pessoa em particular.¹⁰¹

CARLOS SOUSA DOS SANTOS, faz uma distinção entre o consentimento informado ou esclarecido e o mero esclarecimento terapêutico, considerando que este último insere-se no contexto dos deveres objetivos de cuidado das *leges artis* antecipadamente ordenadas à tutela da vida ou da integridade física.¹⁰²

No que revela quanto ao conteúdo da informação a prestar pelo profissional de saúde ao doente, devemos atender ao enunciado no disposto do art.º 157º do CP, isto é, deve a informação ser facultada com base numa tentativa de resposta ao “*porquê e o como da intervenção ou tratamento proposto, bem como a existência ou não de alternativas terapêuticas a essa intervenção ou tratamento, as suas vantagens relativas, os riscos possíveis, as consequências negativas do tratamento e possíveis efeitos secundários*”.¹⁰³

¹⁰⁰ DIAS, NÉLIA DANIEL, in “*Estudos em homenagem do Professor Adérito Correia*”, p. 352.

¹⁰¹ ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, “*Derechos y Deberes de los pacientes*”, p.47.

¹⁰² SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³ ROSA CÂNDIDO MARTINS *apud* SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, p. 7.

Neste sentido, NÉLIA DIAS considera que “(...) este direito à informação e esclarecimento do doente não significa que o médico esteja obrigado a discutir detalhadamente a execução de um tratamento médico-cirúrgico com o doente”¹⁰⁴.

Contrariamente, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES sustenta que “a manifestação de concordância do portador do bem jurídico que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe, não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento (...)”¹⁰⁵.

No ordenamento jurídico espanhol, o art. 4.1 da *Ley 41/2002, de 14 de Noviembre: básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica* estabelece como regra geral que a informação “se facilitará verbalmente, dejando constancia de la historia clínica” e “la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

Neste sentido, dispõe ainda o art. 8.2 do mesmo diploma que “el consentimiento será verbal por regla general y exige la forma escrita en intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Posto isto, surge a questão de saber quais são os esclarecimentos que o médico tem de prestar ao paciente para que este possa consentir ou não na intervenção ou tratamento que lhe são propostos.

A doutrina estabelece três modelos em relação ao conteúdo mínimo de informação. O primeiro modelo aponta para o que consideramos ser o padrão de médico razoável.

O segundo modelo refere que quando o paciente faculta a informação de dados pessoais o médico, que consideramos ser um homem “sensato” ou “razoável”, esteja capaz de formar uma decisão com base na ponderação de cada uma das vantagens e desvantagens das opções de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos que tem ao seu dispor.

O terceiro e último critério é aquele que refere somente os aspetos subjetivos, isto é, é necessário adaptar o nível de informação prestada às exigências de cada um dos pacientes, não

¹⁰⁴ DIAS, NÉLIA DANIEL, in “*Estudos em homenagem do Professor Adérito Correia*”, p. 353.

¹⁰⁵ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*Direito da Medicina – I*”, op. cit., p.31.

obstante, sempre se deverá ter em conta outros critérios, nomeadamente, o nível cultural de cada pessoa.

Deparamo-nos, com a questão de que se deve medir a informação que é prestada pelo médico, isto porque é o paciente quem marca o grau de informação que pretende receber. Ora vejamos, PAULA VILAR considera que a solução passa por reunir os critérios já anteriormente expostos, ou seja, os médicos devem traçar a informação com a sua experiência e conhecimentos que possuem e assim permite-lhes identificar os pontos mais importantes da patologia e/ou do tratamento que seriam do interesse de qualquer paciente.¹⁰⁶

No ordenamento jurídico espanhol, mais concretamente nos artigos 4.1 e 10 da *Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, determinam que apesar do paciente ter direito a receber toda a informação disponível sobre qualquer intervenção ou tratamento que venha a ser essencial no âmbito da sua saúde, esses esclarecimentos abrangem somente os riscos e consequências.

Em suma, o que se retira da leitura destes dois artigos é que será prestada uma informação básica, que compreende as contraindicações, as consequências e os riscos que em condições normais possam resultar das intervenções, sempre tendo presente as circunstâncias da vida pessoal e profissional de cada um dos doentes.

A mesma autora salienta ainda que na atividade médica, a informação deve ser prestada em diversas fases, sendo que numa fase inicial, que respeita ao diagnóstico, onde são realizados diversos exames/análises para apurar as eventuais patologias de que o doente padece, o mesmo deverá ponderar se tal doença é suficientemente grave que justifique a intervenção e/ou tratamento que lhe é proposto. Compete assim ao profissional de saúde, dar a conhecer os efeitos e possíveis contraindicações.

Perante este cenário, o paciente deve ainda ser informado sobre os perigos inerentes ao tratamento ou à intervenção que possivelmente venha a realizar. Assim, PAULA VILAR pondera a existência de três classes de previsíveis de riscos que devem ser dados a conhecer ao paciente, são eles, os riscos típicos de cada uma das intervenções, riscos que possam resultar de complicações que podem ocorrer durante a intervenção e por fim, aqueles que frequentemente estão associados a cada uma das intervenções.

Mas afinal que riscos é que devem ser dados a conhecer ao paciente?

¹⁰⁶ VILAR, PAULA-CAROLINA YEBRA-PIMENTEL, in “*El consentimiento informado...*”, *op. cit.*, p. 45-48.

Acolhemos em primeira linha o posicionamento do Douto Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra: *“Quanto ao dever de informar sobre os riscos do tratamento, admite-se, segundo determinada corrente, que o médico tem o dever de comunicar ao doente os riscos graves que sejam previsíveis, excluindo-se os riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais. E numa orientação mais abrangente, defende-se a “teoria dos riscos significativos” que impõe o dever de informação em razão da necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente”*¹⁰⁷.

Nesta linha de pensamento, a principal problemática prende-se com o facto de se conseguir delimitar os riscos que devem ser transmitidos ao paciente.

Regra geral, o médico deve comunicar os riscos “previsíveis”, porém, confrontado com situações que envolvam intervenções com um certo risco, requer-se que sejam comunicados os riscos que podem resultar daquela intervenção mesmo que sejam de carácter excepcional.

Neste entendimento, analisamos de perto a teoria do Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, a chamada teoria dos riscos significativos. Desta forma, o Professor defende que os riscos significativos a serem comunicados devem ser os que o médico considera importantes transmitir a uma pessoa colocada numa situação “normal”. Neste sentido, considera-se “risco significativo” e conforme ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, a junção de quatro critérios. O primeiro é a necessidade terapêutica da intervenção, ou seja, por esta ordem de ideias, assenta no facto de que se é assim tão necessária tal intervenção, então menos informação deve ser prestada quanto aos riscos.

Na verdade, somos do entendimento que o carácter urgente da intervenção determina a quantidade de informação prestada, mas não concordamos quanto à finalidade terapêutica ou não da intervenção e que esta defina o grau de informação.

O segundo critério é a frequência que se traduz na probabilidade de ocorrer um certo risco. Se existe uma grande probabilidade então mais revela informar o paciente dos riscos associados àquela intervenção e/ou tratamento.

Por último, o risco significativo está sujeito à gravidade, isto é, a gravidade requer a comunicação ao paciente.¹⁰⁸

Em síntese, devem ser transmitidos os riscos significativos tendo sempre presentes os critérios *supra* mencionados.

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 11 de Novembro de 2014, processo com o n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator: Jorge Arcanjo.

¹⁰⁸ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, in “O consentimento informado na relação médico-paciente ...”, p. 396-417.

Em 1972, nos Estados Unidos da América, no famoso caso CANTERBURY V. SPENCE, consideraram que os riscos relevantes são aqueles a que um ser humano, colocado na posição do doente iria atribuir relevância para conseguir decidir conscientemente¹⁰⁹.

Neste sentido, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES ressalva que “*o médico deverá sempre equacionar os riscos e benefícios que da intervenção poderão advir para o paciente, devendo informá-lo, “rectius”, esclarecê-lo dos riscos das consequências da doença (o que implica a revelação do diagnóstico e prognóstico) do tratamento (especialmente no caso dos sofisticados tratamentos invasivos como as angioplastias coronárias, a revascularização cirúrgica ou da terapêutica medicamentosa suscetível de graves efeitos colaterais e secundários, de sequelas, etc.) e dos tratamentos alternativos*”¹¹⁰.

No que alude às causas de exclusão da ilicitude ou das causas de justificação, é com base no que é apresentado pelo art. 340º do CC que o consentimento do paciente ganha relevância. Neste sentido, consideramos que o ato autorizado pelo paciente, não pode ser um crime nem ofender os bons costumes, como resulta do art. 81º do CC.

Desta forma, tem o paciente o direito à recusa de tratamentos médicos, inserindo-se este direito na sua liberdade de consciência, de religião e culto.

NÉLIA DIAS salienta ainda que “*este consentimento para ser válido terá de ser prestado antes do ato médico, dando-se ao doente um prazo razoável para poder refletir, por qualquer forma, por uma pessoa capaz, com total liberdade e devidamente esclarecida. Por vezes pode ser exigido que esse consentimento seja prestado de forma escrita o que facilita em termos de prova*”. (Sublinhado nosso)

Por último, a autora acima mencionada, faz ainda referência à estipulação do chamado consentimento presumido, para aqueles casos em que o paciente não se encontra consciente e não está legalmente representando por ninguém, com base nos exposto no n.º 3, do art. 340º do CC¹¹¹.

Da análise anteriormente realizada, com respeito ao dever de esclarecimento do médico, resta-nos agora tecer alguns comentários sobre o dever do paciente em colaborar com o profissional de saúde.

Com o objetivo de respeitar o seu dever profissional de acordo com a *leges artis*, é fundamental que se estabeleça uma relação com o paciente com o objetivo de obter as informações necessárias, ou seja, é imprescindível que o médico consiga obter as informações

¹⁰⁹ DIAS, JOÃO ÁLVARO, in “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, nota de rodapé, p. 283.

¹¹⁰ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*Direito da Medicina – I*”, cit., p. 40.

¹¹¹ DIAS, NÉLIA DANIEL, “*Estudos em homenagem do Professor Adérito Correia*”, cit., p. 353.

que ache importantes para exercer devidamente a sua atividade, em que é considerável haver uma reciprocidade na relação que se estabelece entre o médico e o paciente. Esta forma de obter informação, que se estabelece como um direito do médico, tem como pressuposto o dever de esclarecimento para que o mesmo decida colaborar. A consequência da falta de colaboração do doente, que surge como uma “*impossibilidade de responsabilizar o agente médico*”¹¹² por uma atuação deficiente, incorreta ou a recusa de assistência ou a prática de ato médico, é claro, só em casos em que a integridade física do doente não esteja em perigo.

O direito que o médico possui a ser informado constitui uma forma de obtenção de informação, e importa realçar que um doente que se dirija ao serviço de saúde do Estado, tem desde logo, o dever de colaboração. Com isto, entendemos, e em conformidade com JOÃO VAZ RODRIGUES, o “*médico pode ter simultânea e contraditoriamente, os deveres de fornecer informações e de obter o consentimento para intervir, ou de considerar necessária a intervenção impetração sem divulgar nada*”.¹¹³

¹¹² RODRIGUES, JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português*”, *cit.*, pp. 226-228.

¹¹³ *Ibidem.*

4. As exceções ao consentimento informado.

Existem naturalmente exceções no que concerne à prestação do consentimento informado, seja porque a prestação de tal consentimento causaria um risco imediato para a saúde física e psíquica do paciente ou para a saúde pública.

Começemos pela enunciação do plasmado no art. 50º, n.º 1 do CDOM o *“diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia”*.

Desde logo, a nossa lei penal, no final do seu art. 157º, faz uma ressalva no que respeita à necessidade de prestação de esclarecimento ao paciente, isto é, prescinde da *“comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”* – esta exceção é conhecida como privilégio terapêutico.

Importa interpretar também o art. 150º do CP, uma vez que para existir privilégio terapêutico é necessário *“prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”*, ou seja, cumprir os requisitos previstos no artigo, de forma a não constituírem uma *“ofensa à integridade física”*, que são apelidadas de intervenções terapêuticas.

Para além das normas enunciadas também podemos encontrar o privilégio terapêutico plasmado nos art. 5º da CDHB, no art. 2º, nº 3 da Declaração para Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, e ainda, na Norma 15/2013 da DGS.

É de salientar que no ordenamento jurídico espanhol, mais propriamente no art. 9.2 da *Ley Básica 41/2002, de 14 de noviembre*, operam duas exceções ao consentimento informado no que concerne às intervenções indispensáveis.

No primeiro caso, sempre que se verifique a existência de riscos para a saúde pública e por se tratar de doenças que são transmissíveis, não assiste ao doente o direito de este prestar o seu consentimento, exceção esta que é fundamentada com o perigo que constitui para a sociedade.

A segunda exceção reconhece a existência da possibilidade de o paciente não conseguir prestar uma autorização válida, havendo também um risco imediato e grave, isto é, quando estamos perante situações de urgência, em que as circunstâncias não permitem as pessoas que

estão vinculadas a ele por direito ou os seus familiares, a possibilidade de darem o seu parecer.¹¹⁴

O profissional de saúde recorre do designado privilégio terapêutico quando se depara com situações que ao prestar certas informações ao doente pode colocar em perigo a vida e saúde do mesmo, isto é, que podem provocar outros estados no paciente, como perturbações ou desespero.

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES considera que para os pacientes que se encontrem em estado terminal, o esclarecimento poderá produzir a perda de autonomia da pessoa e por este motivo, justifica-se a omissão desse esclarecimento¹¹⁵. Não partilhamos da opinião deste autor, na medida em que, embora o paciente se encontre em estado terminal, continua, enquanto pessoa, a ser titular de bens jurídicos, e por isso, não nos devemos olvidar da pedra basilar do consentimento informado – a autodeterminação.

Ressalva-se que, é certo que o privilégio terapêutico permite que o médico evite uma situação contraditória ao não transmitir certas informações médicas, mas isso não deve impedir o médico de ponderar com especial cuidado.

Nas situações em que o paciente esteja impedido de falar e/ou de se movimentar, ou ainda quando se encontra no estado de inconsciente, isto é, que não possa prestar o seu consentimento, o médico deve observar o disposto no art. 39.º, n.º 2 do CP.

Nesta linha de pensamento, podemos concluir que quando estejamos perante pacientes com doenças do foro mental ou até mesmo doenças cardiovasculares, a aplicação desta exceção ao consentimento deve ser tida em conta, de forma a minimizar a probabilidade de colocar em perigo a vida do paciente, mas não deve ser utilizado noutros casos, apenas para justificar a ausência da prestação de informação.

4.1 A recusa/renúncia do paciente a receber informação.

A recusa do paciente a receber informação é um dos direitos que lhe é reconhecido, pese embora, esta recusa esteja limitada pelo próprio e até mesmo por terceiros e pelas exigências terapêuticas do caso em si, é também aqui que se reconhece uma das exceções ao consentimento informado, o direito a não saber (plasmado no art. 10.º, n.º 2 da CDHB e 50.º, n.º 3 do CDOM).

¹¹⁴ ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, in “*Derechos y Deberes de los pacientes*”, pp. 51-52.

¹¹⁵ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*Direito da Medicina – I*”, op. cit., p. 42.

Como veremos mais à frente, este direito a não saber não se mostra absoluto, na medida em que é exigida informação que possa levar à ponderação dos riscos que advêm do desconhecimento, pois, só assim será possível o paciente decidir em conformidade.

A renúncia é a ação ou efeito de renunciar, ou seja, é um ato jurídico voluntário mediante da qual o titular do direito pode dispor. A recusa/renúncia pode ter lugar logo numa fase inicial, como também dá lugar a uma oposição à proposta terapêutica apresentada pelo médico, ou traduz-se na suspensão de uma intervenção que possa já estar a decorrer.

Como já anteriormente abordado, o profissional de saúde está obrigado a conceder toda a informação clínica que tem ao seu dispor, bem como explicar as possíveis alternativas terapêuticas, riscos e consequências da adesão ou recusa da terapêutica proposta, sendo apenas nestes casos considerada a recusa, legítima.

Como exemplo, o paciente que pode vir a realizar um exame que ateste a presença ou ausência do vírus da imunodeficiência humana¹¹⁶ e este recusa-se a obter esclarecimentos sobre o resultado, tratamento e/ou a prestar informações às pessoas com quem convive (cônjuge, familiares e/ou outros), tratando-se de uma doença infectocontagiosa que poderia afetar terceiros, claro está que tal recusa não é fundamentada e não seria admissível.¹¹⁷

No seguimento desta matéria, com referência à recusa/renúncia do paciente a receber informação, vamos agora debruçarmo-nos sobre o direito à recusa de tratamento médico. O direito à recusa de tratamento médico, como já anteriormente referido, é legitimado no plano dos direitos fundamentais, direito que se baseia quer no direito à integridade física e moral quer

¹¹⁶ Doravante designado por VIH ou HIV.

¹¹⁷ Perante estas situações em que o paciente é testado e verifica-se que mesmo está infetado com o vírus VIH, o médico que se vê confrontado com uma possível violação do dever de segredo médico, aqui é levantada a questão de saber se o mesmo estará obrigado a revelar os perigos de contágio inerentes à doença, às pessoas que convivem com este? A resposta baseia-se no disposto no n.º 1, alínea iii) do Despacho n.º 15385-A/2016, o qual expressamente indica que “*I - Estão sujeitas a notificação, clínica e laboratorial, obrigatória, as seguintes doenças: iii) VIH (Infeção pelo vírus da imunodeficiência humana) /SIDA:*”.

Neste sentido, a norma enunciada, permite facilmente construir um dever de o médico atuar no sentido de impedir a propagação da doença, crime que é punido à luz do art. 283.º do CP, o qual dispõe “*Quem:*

a) Propagar doença contagiosa;

b) Como médico ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório, ou pessoa legalmente autorizada a elaborar exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, fornecer dados ou resultados inexatos; ou

c) Como farmacêutico ou empregado de farmácia fornecer substâncias medicinais em desacordo com o prescrito em receita médica;

e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

3 - Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.” (Sublinhado nosso)

na liberdade de consciência, e ainda, na liberdade religiosa (art. 25º n.º 1 e art. 41º ambos da CRP).

A doutrina tem diversos entendimentos no que respeita à recusa do paciente a receber tratamento médico, uma vez que, pode o paciente, segundo “*os padrões médicos ou os do público em geral*”¹¹⁸ tomar decisões erradas ou irracionais. Cabe ao médico respeitar a decisão do paciente, a contrário, a doutrina considera ainda que deveria ser reconhecido ao médico soberania de razão, na medida em que estaríamos perante uma violação da autonomia do paciente, que nos dias de hoje não seria razoavelmente aceitável.

4.2 As Testemunhas de Jeová.

Podem existir situações em que o paciente recusa o tratamento que lhe é recomendado pelo profissional de saúde, recusa esta que é fundamentada em valores, de índole espiritual e religiosa. Vamos agora passar à análise de um dos exemplos que conta com mais de cinco milhões de crentes com fortes convicções religiosas, as Testemunhas de Jeová. Este grupo religioso, apoiado nas suas crenças e que muitas vezes afastam a necessidade de um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, assume contornos problemáticos face ao dever do médico em cumprir com as suas obrigações e que da ausência de tal dever, resultem riscos para a saúde e vida do paciente.

Um dos princípios que deve ser aqui assinalado é a liberdade de consciência, religião e culto, consagrado no art. 41º da CRP, que o autor CARLOS SOUSA DOS SANTOS sobre esta questão salienta, “*a liberdade de consciência, de religião e de culto, compreende simultaneamente uma liberdade interna de consciência, religião e culto, mas igualmente uma liberdade externa de manifestar a sua própria consciência, de professar as suas próprias crenças (ou ausência delas) e de as difundir. No que especial concerne ao direito ao livre exercício de uma religião, ou crença, é essencialmente um exercício livre de interferências externas, o que implica um direito à “livre existência”, “auto-organização”, “autorregulação” e “autodeterminação” de formas concretas de liberdades religiosas, incluindo as correspondentes práticas de culto.*”¹¹⁹

As Testemunhas de Jeová, baseiam-se numa passagem da bíblia que refere que “*a vida da carne é o sangue, e por isso eles devem ser inseparáveis*”, deste modo, eles consideram que

¹¹⁸ SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, *cit.*, p. 19.

¹¹⁹ *Idem.*, pp. 19-20

pode existir um castigo divino na eventualidade de separarem a carne do sangue, e/ou ingerir este, uma vez separado.

Um dos princípios deste grupo religioso, é precisamente não consumir sangue, seja por via oral ou intravenosa.

Em Junho de 1997, a Revista da Ordem dos Médicos relata um caso de uma senhora Testemunha de Jeová, que se encontrava grávida, cujo feto estava morto e foi realizada uma intervenção cirúrgica para extrair o feto. Previamente à cirurgia, a referida senhora, após ter sido esclarecida acerca da possibilidade de ser necessária uma transfusão de sangue no decorrer da cirurgia, optou por rejeitar por escrito e verbalmente qualquer transfusão. Após ter sido o esposo informado do que no decorrer da intervenção, a senhora teve uma hemorragia intensa e era necessária aquela transfusão, o mesmo recusou e a paciente veio a falecer.¹²⁰

Infelizmente, deparamo-nos aqui com uma situação que não é exclusiva e o médico, que por um lado tem o dever de salvar a vida e garantir os melhores cuidados e meios que tem ao seu dispor, tendo realizado o Juramento de Hipócrates, por outro, vê-se confrontado com o direito que assiste ao paciente, dispor do seu próprio corpo, a sua vontade, a recusa por escrito e verbal que prestou, um verdadeiro conflito de direitos e deveres.

Sobre estas questões, ÁLVARO RODRIGUES considera que *“já no que tange aos indivíduos de idade igual ou superior a 18 anos, não pode o médico contra a vontade livremente expressa do doente maior, devidamente esclarecido, praticar qualquer intervenção médico-cirúrgica, incluindo transfusão, situação que poderá fazê-lo incorrer em responsabilidade criminal e civil (com eventuais danos não patrimoniais, como os resultantes de ofensa à integridade moral) se não for observada a proibição.”*¹²¹

Em suma, pese embora o médico possa não compreender os motivos que levam à recusa do paciente, a verdade é que a vontade do mesmo é determinante para a atuação do profissional de saúde, ficando este dispensado do dever de agir.

Nos casos em que o doente não consegue expressar a sua vontade por eventualmente se encontrar inconsciente e aqui referimos as já mencionadas situações de urgência, é prática em Portugal, estes trazerem consigo um cartão que identifica a sua fé, assim como declara expressamente que recusam transfusões sanguíneas. Acontece que, esta identificação serve precisamente para acautelar situações em que se encontrem impossibilitados de explicar os seus valores ideológicos.

¹²⁰ Revista da Ordem dos Médicos, Junho de 1997, *apud* RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹²¹ *Idem.*, p. 45.

Como se sabe, se um menor der entrada num hospital inconsciente, em que há a necessidade de recorrer a uma transfusão de sangue, avança-se conforme o consentimento presumido. Nos casos das Testemunhas de Jeová, e sendo o doente um menor levanta-se a questão que, segundo o art. 1886º do CC, a lei reconhece uma maioria especial em termos religiosos, mas só menores de dezasseis anos.

Capítulo IV- A responsabilidade civil como corolário da ausência de consentimento informado.

1. A responsabilidade resultante do exercício da medicina.

Apenas recentemente, a sociedade portuguesa começa a ter consciência da importância e relevância da responsabilidade que resulta do exercício negligente de uma atividade profissional, no caso em apreço, da atividade médica, que vê em si, um conjunto de bens jurídicos postos em causa. Esta preocupação resulta claramente da evolução do nível cultural, que abarca a defesa dos direitos próprios de cada um, assim como, a observância das regras deontológicas na relação médico-paciente.

Na sequência de um constante progresso clínico notou-se uma crescente inquietação quanto ao tema aqui explanado do direito médico, e com isto levou a um aumento de ações judiciais nos tribunais portugueses. Sucede como já anteriormente referimos, autores como FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO realçavam a existência de um número de pequena dimensão em relação a ações judiciais que abordavam a problemática da responsabilidade civil e penal do médico.¹²²

Com o passar dos anos e o inerente aumento significativo de ações judiciais, foram levantadas outras questões que geram controvérsia. Acontece que vem sendo cada vez mais usual a responsabilização do médico por ações por si praticadas, quer isto dizer que, nem todas as consequências são resultado de um erro médico ou da atuação negligente do mesmo, e que existem incalculáveis variáveis, que levam a resultados diferentes daqueles que eram os esperados pelo paciente. Procurou-se culpar o médico em situações em que não existem culpados, exemplo disto, são os casos acidentais.¹²³

Uma outra razão que motivou o crescente aumento de ações em tribunais portugueses, foi devido a uma mudança no paradigma dos direitos dos cidadãos, isto é, a sociedade tornou-se mais consciente e informada quanto aos direitos que resultam do princípio da dignidade da pessoa humana, da crescente evolução da autonomia e autodeterminação do paciente, bem como, da obtenção de *“mais informação ao nível da ressarcibilidade de danos e prejuízos enquanto resultado da prática de um ato médico”*.¹²⁴

¹²² AMORIM, ANA, in *“A responsabilidade do médico enquanto perito”*, p. 113.

¹²³ *Idem.*, p. 116.

¹²⁴ *Idem.*, p. 117.

Neste sentido, importa realçar que a jurisprudência define ato médico como um “*ato executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas*”.¹²⁵

Ao contrário do que acontecia na época do paternalismo médico, em que existia uma relação de grande proximidade entre o médico e o paciente, hoje em dia a realidade é totalmente distinta, na medida em que muitas vezes recorremos a hospitais públicos e nos é designado um profissional de saúde que não conhecemos previamente, o que de certa forma pode levar a uma falta de confiança, “*elemento que deveria ser sempre o corolário da relação estabelecida entre ambos os intervenientes*”¹²⁶, como também damos conta que quando procuramos um profissional de saúde, devido a um elevado volume de trabalho, constatamos que não existe tanto cuidado no diagnóstico, acompanhamento e diálogo com o paciente, e que consequentemente pode “*aumentar o risco de situações de erro médico*”¹²⁷.

Neste sentido é de salientar a perspetiva de ANA AMORIM: “*também o facto da equipa de intervenção médica ser cada vez mais vasta e abrangente é uma realidade que muito contribui para o natural afastamento que se verifica entre médico e paciente pois, diariamente, o doente lida com diferentes profissionais, não chegando a estabelecer, na maioria das vezes, uma relação de proximidade com nenhum deles, ficando a própria confiança abalada*”.¹²⁸

Uma outra perspetiva quanto a possíveis consequências negativas do aumento progressivo e constante da medicina e que conjuntamente com o aumento sistemático de ações de responsabilidade médica, podemos depreender que isto pode levar a uma atuação defensiva por parte dos médicos, que, naturalmente leva à adoção de um comportamento apreensivo que pode resultar de eventuais ações que possam ser intentadas contra si, muitas vezes, sem fundamento, sempre tendo presente que todos os seus comportamentos serão aqueles que considera os mais corretos, bem como os mais diligentes que pode adotar e nunca se pode esperar um resultado de acordo com a vontade do paciente, isto é, claro está que todos nós esperamos um resultado positivo e que tudo corre dentro da normalidade mas nem sempre, infelizmente, este é o desenlace.

Não desviando deste entendimento e mais concretamente, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, frisa uma noção de medicina defensiva, isto é, o autor, entende que tal conceito “*refere-se a práticas médicas realizadas apenas com o objetivo de evitar ações de*

¹²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 4 de Março de 2008, processo com o n.º 08A183, Relator: Fonseca Ramos.

¹²⁶ AMORIM, ANA, “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, *cit.*, p. 118.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

*responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma ação ser proposta. Trata-se, portanto, do conjunto de práticas médicas que visa evitar a possibilidade de ações de responsabilidade médica”.*¹²⁹

Uma vez mais, acompanhamos o entendimento de ANA AMORIM relativamente às consequências que advém da evolução da medicina. Esta autora sustenta que: *“os maiores riscos existentes atualmente no exercício da medicina, podem levar que o profissional adote uma postura passiva tendo algum receio em atuar e sinta necessidade de, em primeiro lugar, salvaguardar a sua posição em vez de atuar de acordo com os princípios defendidos pelo juramento de Hipócrates que colocam sempre o paciente no cerne da prática médica”.*¹³⁰

Em suma, cremos que embora haja a necessidade de uma constante evolução na medicina e naturalmente um crescimento no que concerne à proteção dos direitos do paciente, verdade é, que também o profissional de saúde, que é parte na relação que é estabelecida, deverá ser apaniguado.

Antes de nos debruçarmos sobre a responsabilidade civil do médico resultante da falta de consentimento informado por parte do paciente, importa debater a qualificação da obrigação que é assumida pelo médico, isto é, se estaremos perante uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultados. Posto isto, iremos analisar as diferentes posições na doutrina, assim como, os casos nos nossos tribunais portugueses.

Vejamos, a obrigação de meios resulta daquela em que o devedor se obriga a desenvolver a sua atividade de forma prudente e diligente, cuja finalidade é a obtenção de um determinado efeito, mas nunca sem garantir que o mesmo se produza, ou seja, é claro que o médico se compromete a aplicar os melhores conhecimentos, mas não se compromete com a efetiva cura.

De outro modo, a obrigação de resultados decorre da vinculação do devedor em obter um determinado efeito útil através de um negócio jurídico ou da própria lei, como é exemplo, o devedor compromete-se a entregar um determinado objeto num determinado lugar.¹³¹

Face a esta questão, a doutrina e a jurisprudência são unânimes, na medida em que, autores como HENRIQUES GASPAR, FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA concordam que na atividade médica existe apenas uma obrigação de meios, veja-se também, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no que concerne

¹²⁹ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *“Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”*, Coimbra Editora, 2015, *cit.*, p. 93.

¹³⁰ AMORIM, ANA, in *“A responsabilidade do médico enquanto perito”*, *cit.*, p. 118.

¹³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 19 de Abril de 2005, processo com o n.º 10341/2004-7, Relator: Pimentel Marcos.

a esta questão: “*por outro lado estamos também face a uma obrigação de meios: a obrigação médica é do tratamento não da cura*”¹³².

Nesta sequência, é demonstrada a concordância com os autores anteriormente mencionados, num outro Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, “*a doutrina e jurisprudência consideram geralmente que a obrigação contratual do médico é uma obrigação de meios, porquanto, em princípio, o médico não pode nem deve prometer a cura do doente, limitando-se a dispensar-lhe os cuidados julgados necessários. É que a cura não depende apenas da atuação do médico, ainda que perfeita, em conformidade com os conhecimentos obtidos em cada época*”.¹³³

Um contrato médico traduz-se na categoria dos designados contratos de prestação de serviços, ou seja, um denominado contrato, em regra, oneroso, sinalagmático, com características específicas que o distinguem dos demais contratos do género devido ao seu carácter particular/singular. Tem como uma das principais características específicas ser um contrato essencialmente pessoal e um contrato que, em princípio, não obriga a um resultado. O resultado a que se refere o contrato de prestação de serviços consiste exatamente nos próprios meios utilizados pelo médico na atividade médica com o intuito de obter a cura.¹³⁴

Assim, na eventualidade do paciente procurar uma determinada clínica privada, nasce uma relação contratual que figura como um contrato de prestação de serviços, ou um contrato médico, sendo que nestes casos é aplicável as regras de responsabilidade contratual.

Um exame médico traduz-se como exemplo de um contrato prestação de serviços, que à luz do art. 1154º do CC “*é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”, ou seja, a violação do contrato em causa origina responsabilidade civil.

E ainda, ressalva um outro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que “*de um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviço de ato médico não deve ser considerado como a cura da patologia que estiver em causa, mas sim como o tratamento adequado dessa patologia mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médicas (leges artis), posto que a prática da medicina encerra, em regra, uma natureza complexa e aleatória derivada da própria complexidade dos sistemas psicossomáticos humanos, a par do estado e*

¹³²Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22 de Setembro de 2011, processo com o n.º674/2001.PL.S1, Relator: Bettencourt De Faria.

¹³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 19 de Abril de 2005, processo com o n.º 10341/2004-7, Relator: Pimentel Marcos.

¹³⁴ *Idem*.

desenvolvimento dos conhecimentos científicos e técnicos disponíveis. Nessa medida, a obrigação de prestação do ato médico configura-se como uma obrigação de meios, por parte do médico, na obtenção do tratamento adequado.”¹³⁵ (Sublinhado nosso)

Por outro lado, autores como MIGUEL SOUSA entende que *“melhor será, segundo parece, qualificar essa obrigação como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável*”¹³⁶.

Agora analisando de perto a responsabilidade civil do médico, que advém da violação da obrigação do médico em utilizar os melhores meios que tem ao seu dispor no diagnóstico e no tratamento do paciente, no entanto, esta responsabilidade pode ainda resultar de outras circunstâncias, nomeadamente, da prática defeituosa ou deficiente de atos médicos que se mostravam adequados e necessários, de seguida, uma outra situação, que se mostra muito frequente, é a realização de atos desnecessários e inúteis perante o estado clínico do paciente e por último, são aquelas situações em que os médicos optam por não realizar, isto é, omitem os atos necessários e adequados. Verdade é que há sempre a possibilidade de resultarem danos para o paciente, que decorrem, uma vez mais, da violação dos deveres e obrigações a que os médicos estão sujeitos.

Neste seguimento, aceitamos o posicionamento do douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: *“na linha de tal raciocínio, considerou que a responsabilidade médica se tem estribado essencialmente em dois fatores: **a má prática médica ou erro médico e a violação dos direitos dos pacientes**, realçando-se, entre estes (mas existem muitos outros), a sua autonomia e autodeterminação, por desrespeito do dever de informar, que impede que o paciente usufrua da sua liberdade. O paciente só autoriza a intervenção médica efetuada na sua pessoa, de forma plena e consciente, se estiver na posse dos elementos necessários para tomar essa decisão: só então se pode concluir pela verificação do seu consentimento livre e informado.*”¹³⁷ (Sublinhado nosso)

¹³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 23 de Março de 2017, processo com o n.º296/07.7TBMCN.P1. S1, Relator: Tomé Gomes.

¹³⁶ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *“Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa”, Lisboa, 1996., cit., p. 126.*

¹³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 24 de Outubro de 2019, processo com o n.º3192/14.8TBBERG.G1. S2, Relator: Acácio Das Neves.

A atuação do médico que for contrária aos deveres e obrigações a que este está obrigado poderá levar a uma responsabilidade penal, civil, disciplinar e ainda, quando se constatar que houve uma violação das regras explanadas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, dá origem a uma responsabilidade deontológica.

Citamos agora ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, que analisa as diferentes formas de responsabilizar profissionalmente o médico, isto é, “*a responsabilidade penalmente que surge quando um médico, no exercício das suas funções profissionais pratica um ato tal que, em si mesmo ou pelas suas consequências, viola algum bem ou valor cuja tutela merece dignidade penal e, assim, preencha algum tipo legal de crime descrito na lei penal. Deve referir-se em segundo lugar a responsabilidade civil, que surgirá quando o médico com a prática de atos específicos do exercício da sua profissão causa dano a outrem (...) de tal modo que o constitua face à lei civil, na obrigação de reparar esse dano. E por último, nesta sistematização da relevância jurídica da responsabilidade profissional do médico, cumpre referir a responsabilidade disciplinar.*”¹³⁸ (Sublinhado nosso)

Existem dois tipos de responsabilidade, a contratual e a extracontratual, assim, a responsabilidade médica pode ser integrada numa ou em ambas as modalidades.

Ao contrário do que acontece na responsabilidade contratual, da qual decorre que da violação de um dever proveniente de uma relação intersubjetiva entre o lesante e o lesado este último tem o direito a uma prestação, já na responsabilidade extracontratual não existe uma relação anterior entre o lesante e o lesado, pelo que está em causa a violação de direitos absolutos.

Neste sentido, HENRIQUES GASPAR, refere que “*A relação médico/doente há-se enquadrar-se na figura conceitual do contrato (...) o médico só é responsabilizado extracontratualmente se actuou à margem de um acordo existente entre o médico e o doente, o que acontece em situações de urgência em que não foi possível obter o acordo*”¹³⁹.

A este propósito, acresce dizer que na responsabilidade contratual quando está em causa um contrato, cuja celebração não é necessária observar uma forma especial, o mesmo, pode ser celebrado entre o médico e o paciente ou entre o doente e uma instituição hospitalar, sendo que, a violação dos deveres médicos gerais, resulta claramente, no incumprimento dos deveres contratuais.

¹³⁸ Citando ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR *apud* AMORIM, ANA, “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, p. 123.

¹³⁹ GASPAR, HENRIQUES, in “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, CJ ano III, 1978, p. 341.

Tal como mencionámos, há situações em que no caso em concreto se verifique o preenchimento dos requisitos que integram tanto a responsabilidade contratual, como a responsabilidade extracontratual, na medida em que, pode um facto ter originado um dano e violado uma relação de créditos e ainda, ter violado direitos absolutos.

A jurisprudência tem entendido que na grande parte dos ordenamentos jurídicos, a responsabilidade do médico assume, em princípio, uma natureza de responsabilidade contratual, isto porque, maioritariamente esta responsabilidade deriva de lesões corporais desencadeadas pela atividade médica. Apesar de este ser o entendimento recente, no passado, havia dificuldade em aceitar uma presunção de culpa do médico sempre que este não conseguisse obter os resultados desejados. Verdade é que, ao admitirmos uma responsabilidade médica com natureza contratual, em alguns casos concretos, o médico não conseguiria ilidir a presunção de culpa facilmente, quando tal presunção se verifique.¹⁴⁰

Segundo a teoria clássica, a regra da culpa presumida apoia-se na responsabilidade contratual e a regra da culpa provada na responsabilidade extracontratual.

No plasmado no art. 799º, nº1 do CC, o devedor está incumbido de provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, o que implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se o credor de efetuar a prova correspondente.

Tal norma poderá ser interpretada no sentido de que, apenas o devedor se encontra em condições de fazer prova dos motivos e das razões que o levaram a adotar tal comportamento e a não efetuar a prestação a que o mesmo estaria vinculado.

Por outro lado, a responsabilidade contratual encontra o seu fundamento no art. 798º do CC o qual dispõe que *“o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”*.

Neste sentido, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça menciona que *“deve considerar-se como responsabilidade contratual a violação de deveres impostos pela boa fé em consequência da constituição de uma relação jurídica derivada de entrada em negociações contratuais.”*¹⁴¹

¹⁴⁰ Veja-se o plasmado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 22 de Setembro de 2011, processo com o n.º 674/2001.PL.S1, Relator: Bettencourt De Faria: *“estando em causa direitos absolutos como o direito à vida ou à integridade física, oponíveis, por isso erga omnes, a actuação incorrecta e danosa da intervenção médica pode ser vista também como a violação daqueles direitos, portanto, como integradora de responsabilidade delitual ou extracontratual, ainda que essa intervenção derive de contrato.”*

¹⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 7 de Março de 2017, processo com o n.º 6669/11.3TBVNG.S1, Relator: Gabriel Catarino.

Face a estas realidades, admitimos ainda o descrito num outro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça face a esta questão: “*em sede de responsabilidade civil por atos médicos ocorre frequentemente uma situação de concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo orientação reiterada da jurisprudência do STJ a 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 efetiva do lesado.*”¹⁴²

No que toca a responsabilidades médicas contratuais, não vemos razões para que se afastem do que a lei prevê no art. 799º no n.º 1 do CC, ou seja, quer se considere uma obrigação assumida como resultado ou como meio, pelo médico.

Neste cenário, a orientação do douto Acórdão da Relação de Guimarães salienta que “*a responsabilidade médica tem, em princípio, natureza contratual. Médico e doente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via de regra, sinalagmático e oneroso.*”¹⁴³

É certo que na doutrina, existe uma discrepância no que concerne à responsabilidade civil do médico, isto porque vários autores optam por uma responsabilidade contratual por ser mais favorável ao lesado e outros, pela responsabilidade extracontratual como adiante iremos analisar.

No nosso país, diversos autores consideram que no âmbito de práticas de saúde a maioria se concentra em unidades públicas, a doutrina em causa é da responsabilidade extracontratual, ficando a responsabilidade contratual guardada para casos no âmbito de unidades privadas.¹⁴⁴

Neste primeiro caso, a hipótese de que a relação entre o paciente e o médico assuma uma natureza contratual, não nos parece viável considerando que o paciente não celebrou nenhum contrato com o médico ou instituição de saúde.

A ser assim, a responsabilidade extracontratual não resulta de um contrato, e por esse motivo, não existe um incumprimento contratual, mas apenas a violação de direitos ou interesses alheios, conforme resulta do disposto no art. 483º, n.º 1 do CC.

Nesta ocasião, o mencionado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça faz ainda uma distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual “*distingue-se a*

¹⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 24 de Outubro de 2019, processo com o n.º 3192/14.8TBBERG.G1. S2, Relator: Acácio Das Neves.

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 20 de Março de 2018, processo com o n.º 304/17.3T8BERG.G1, Relatora: Maria Amália Santos.

¹⁴⁴ COSTA, DANIELA SOFIA GOMES, in “*A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*”, pp. 32-33.

responsabilidade civil em contratual, quando provém da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei, e extracontratual, também designada de delitual ou aquiliana, quando resulta da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem”.¹⁴⁵

Como mencionamos anteriormente, existem situações onde podemos observar a presença das duas modalidades de responsabilidade, uma vez que os deveres contratualmente reconhecidos pelo médico coincidem obviamente com os deveres que são impostos no exercício da atividade médica. Quando ocorre a tal coincidência na mesma situação de responsabilidade contratual e extracontratual, estamos perante o chamado concurso de responsabilidades.

Relativamente às instituições públicas de saúde, com as quais não são celebrados contratos, estaremos em princípio, perante uma responsabilidade extracontratual. Portanto, o Estado ou a Pessoa Coletiva e o funcionário, que neste caso é o médico, são solidariamente responsáveis, ou seja, no que concerne à legitimação processual, o paciente tem a faculdade de propor uma ação de responsabilidade civil apenas contra o Estado ou Pessoa Coletiva, apenas contra o médico, ou contra ambos (*cf.* art. 22º da CRP e 32º, n.º 2 do CPC).

No âmbito da relação médico-paciente em hospital público, o entendimento maioritário assenta no facto de serem aplicáveis as regras da responsabilidade extracontratual e, por isso, vigora o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro).

2. Finalidade da responsabilidade civil do médico.

Mas então surge a questão de saber se a responsabilidade civil tem como finalidade uma função reparatória ou indemnizatória, preventiva ou punitiva? Vejamos agora o conceito de cada uma delas para uma melhor compreensão.

Primeiramente, quando na responsabilidade civil houver lugar a uma função punitiva e averiguarmos a existência de um facto ilícito, de tal modo que daria origem a uma sanção considerando que foi violado um dever e por esta razão o lesante estaria obrigado a indemnizar o lesado pelos danos causados a este.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 24 de Outubro de 2019, processo com o n.º3192/14.8TBBRG.G1. S2, Relator: Acácio Das Neves.

¹⁴⁶ AMORIM, ANA, in “A responsabilidade do médico enquanto perito”, p. 125.

Já no campo da responsabilidade civil de carácter preventivo, teríamos que estar perante situações em que se alerta a sociedade para possíveis consequências que possam advir de algumas práticas ilícitas que podem resultar em danos a terceiros. O carácter preventivo tem como finalidade o desalento para determinados comportamentos que podem atingir um certo resultado.¹⁴⁷

Ao abordar esta temática, a função reparadora que é diferenciada das demais, tem como fim compensar o lesado de forma que o leve ao “estado anterior à existência do dano” causado.¹⁴⁸

Ressalva também a existência de uma responsabilidade civil conexas com penal, ou responsabilidade unicamente civil. Nos termos da responsabilidade conexas, a responsabilidade civil terá as já mencionadas três finalidades como base. Em primeiro lugar estará a função punitiva, mas devido a uma “estreita relação” com a função preventiva, ANA AMORIM faz ainda referência à exigência de uma função punitiva-preventiva.¹⁴⁹

Da análise resulta que, em princípio na responsabilidade civil que advém de um comportamento contrário à *leges artis* a que o médico está obrigado, a base seria uma conjugação da função punitiva com a reparatória, ou seja, terá de ser o lesado ressarcido do prejuízo que lhe tenha sido causado, uma vez que o resultado será um valor de forma a compensar/indemnizar o lesado.

A principal finalidade deste instituto é ressarcir a outrem um prejuízo que lhe tenha sido causado, isto é, reparar os danos sofridos por determinada pessoa e causados por outra.

Contudo, apesar desta ser a finalidade principal, acessoriamente, a responsabilidade civil também se caracteriza pela sua finalidade sancionatória ou até preventiva.

3. Os pressupostos da responsabilidade civil do médico.

Neste ponto, importa destacar que em qualquer uma das formas, a responsabilidade civil assenta perduravelmente na averiguação de determinados pressupostos, que são como sabemos, o facto, a ilicitude, a imputação subjetiva do facto ao lesante (culpa), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Assim, só depois de reunidos todos estes elementos, poderá, eventualmente, pois, constituir o lesante na obrigação de indemnizar o lesado.

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ AMORIM, ANA, in “A responsabilidade do médico enquanto perito”, p. 125.

3.1. O facto.

De forma que se verifique a aplicação do art. 483º do CC têm de estar reunidos os cinco pressupostos para que se concretize a responsabilidade do médico, que são eles o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

No primeiro dos pressupostos da responsabilidade civil do médico, entende-se que a prática do facto não resulta da vontade do sujeito nem de questões naturais, isto é, a verificação do facto terá de ocorrer mediante uma concretização humana e voluntária. Decorre do art. 486º do CC cuja epígrafe centra-se nas omissões e que o mesmo realça que *“as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido”*.

Podemos retirar do normativo, para que se considere a existência de responsabilidade civil, não são apenas a prática de uma ação que constituiria um facto ilícito e daria origem a uma ação judicial por responsabilidade civil, também a omissão de um comportamento contrário à obrigação de atuar, que seria capaz de provocar danos no lesado.

Aqui verifica-se a ocorrência de um dano causado ao paciente, dano este que resultou da conduta ilícita e culposa do médico. Nas palavras de MIGUEL SOUSA, *“são factos constitutivos dessa responsabilidade o não cumprimento, ou o cumprimento defeituoso, dos deveres médicos, a culpa do médico e o nexo de causalidade entre aquele incumprimento, ou cumprimento defeituoso, e os danos sofridos pelo paciente”*¹⁵⁰.

Na eventualidade do paciente recorrer a um estabelecimento privado de saúde, a sua responsabilidade recai nos termos da responsabilidade do comitente, ou seja, sobre *“aquele que encarrega outrem de qualquer comissão, responde, independentemente da culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”* – cfr. art. 500º, n. 1º do CC.

Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, refere que *“o médico é obrigado a proceder à reparação dos danos causados pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, nos termos dos artigos 798.º e 562.º e seguintes do Código Civil, quando, por facto que lhe seja imputável, não cumpre, ou cumpre de forma deficiente, alguma das obrigações que integram o complexo de deveres que o oneram, **designadamente, o dever de informação**”*

¹⁵⁰ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *“Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa”, cit., p. 134.*

ao doente, de modo a este poder prestar um consentimento esclarecido, o dever de obter o consentimento prévio para procedimentos médicos que envolvam riscos e, ainda, o dever de acompanhamento e de informação relativo ao tratamento e cuidados a adotar após alta médica do doente.”¹⁵¹ (Sublinhado nosso)

3.2. A ilicitude.

No que respeita à ilicitude, a mesma tem natureza objetiva, que significa que o ato lesivo ou danoso foi contrário à lei. No caso da atividade médica, a ilicitude pode consistir numa infração aos procedimentos adequados. Esta infração é ilícita na medida em que se exigia outra atitude, e ao mesmo tempo pode indicar um menor cuidado ou até negligência na prática médica.¹⁵²

Também consideramos a existência de ilicitude na relação jurídica contratual entre o médico e o paciente quando este, além de não prestar os seus serviços diligentemente e não cumprir com as suas obrigações, não informa o doente sobre o diagnóstico e o tratamento da doença e ainda, o facto de eventualmente revelar segredos íntimos do doente sem o seu consentimento.

Em determinados casos verificamos a inexistência deste requisito de responsabilidade civil. Diretamente relacionado com as causas de exclusão da ilicitude, em que existe a possibilidade de excluir a responsabilidade de quem atuou ou devia ter atuado em conformidade com tal “*casuística*”.¹⁵³

No que concerne à exclusão da ilicitude, MARIA FERNANDA PALMA debruçou-se sobre as contradições axiológicas das normas do nosso sistema jurídico, referentes a esta matéria, que consideramos importante aqui reter: “*no Direito Civil e no Direito Penal não é aceitável que um comportamento não permitido por legítima defesa em Direito Civil, ilícito por excesso na defesa, por ser manifestamente desproporcionado, seja permitido como legítima defesa em Direito Penal, por neste se prever um critério mais amplo de legítima defesa. A ilicitude da agressão no Direito Civil implicará a admissibilidade de legítima defesa*”

¹⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Junho de 2015, processo com o n.º 1263/06.3TVPRT.P1. S1, Relator: Maria Clara SottoMayor.

¹⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Setembro de 2011, processo com o n.º 674/2001.P L.S1, Relator: Bettencourt de Faria.

¹⁵³ AMORIM, ANA, in “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, p. 129.

contra essa agressão ilícita no Direito Penal (art. 32.º), impedindo uma legítima defesa contra legítima defesa.”¹⁵⁴

Analisamos agora de perto, a posição do douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de um exame médico cuja finalidade era de obtenção de um resultado, e não uma função curativa, ao constatar que o colon foi perfurado, que se assume quanto basta para configurar ilicitude, importa sempre analisar se não haverá lugar a uma causa de exclusão da ilicitude pelo consentimento informado uma vez que o exame de colonoscopia por si só já acarreta os próprios riscos, considerando sempre o art. 340º, n.º1 do CC, “*O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão*”. Com isto, evidencia-se que cabe ao doente fazer prova da ilicitude que resulta da conduta do médico, estando aqui em causa a falta de cumprimento dos deveres impostos pelas *leges artis*. Este dever, e conforme já analisado, implica fazer de tudo de forma a evitar que a integridade física do paciente seja afetada. Aquando da não comprovação de violação desse dever, importa sempre analisar se foi cumprido o requisito do dever de informar devidamente o paciente quanto a possíveis riscos que qualquer intervenção médica acarreta, e se o próprio os aceitou.¹⁵⁵

No Código Penal o consentimento como causa justificativa da ilicitude já se encontra também regulamentado no art. 38º n.º 2, onde estão plasmadas as condições necessárias a uma manifestação de vontade, livre e esclarecida.

Na ótica de JOÃO VAZ RODRIGUES “*para que o consentimento revele em termos justificativos da ilicitude é necessário que o comportamento em questão, ou o seu resultado, não viole a condição geral do respeito pelos bons costumes*”.¹⁵⁶

3.3. A culpa.

MIGUEL SOUSA considera que “*a culpa consiste num juízo de censurabilidade sobre o comportamento do agente: atua com culpa quem, podendo agir de outra forma, agiu de forma censurável*”.¹⁵⁷”

¹⁵⁴ PALMA, MARIA FERNANDA, “*Continuidade e diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil na violação das leges artis em Medicina*”, Código Civil – Livro do Cinquentenário, 2019. - Vol. 2, p. 430.

¹⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22 de Março de 2018, processo com o n.º 7053/12.7TBVNG.P1. S1, Relator: Maria da Graça Trigo.

¹⁵⁶ RODRIGUES, JOÃO VAZ, in “*O Consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*”, *cit.*, p. 73.

¹⁵⁷ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “*Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa*”, *cit.*, p. 135.

Aplicando ao caso em concreto, quer isto dizer que no momento da realização do ato médico, a omissão dos deveres de cuidado, resultam claramente na culpa do profissional de saúde, ou seja, esta culpa é analisada segundo a diligência de um bom pai de família, que obviamente terá que ser adaptada a uma realidade médica (art. 487º, n.º 2 do CC). No entanto, importa aqui mencionar que a diligência exigida difere da especialização do médico, ou seja, é apreciada em abstrato, e não em concreto.

A diligência deve, pois, ser apreciada conforme *o bonus pater familias*, que resulta de um homem de diligência média, o “homem normal”, em circunstâncias semelhantes e com qualificações profissionais idênticas numa área da medicina, sendo exigido um maior rigor no diagnóstico e na terapêutica que propõe ao paciente, do que a outro médico que não seja especialista nessa matéria. Aqui ter-se-á em conta o modo como devia ter agido o especialista, que é colocado perante as mesmas circunstâncias que um médico “médio” competente, com o mesmo grau académico e profissional e na mesma altura.¹⁵⁸

Ao analisarmos a culpa do médico, importa ressaltar que a mesma se divide nas várias fases de atuação do médico, e que a análise desta apreciação de culpa é de uma grande dificuldade. Quando o médico colhe todos os elementos com o intuito de sinalizar o problema do doente, quem julga tem de constatar se o médico adotou todos os procedimentos, e aqui inserem-se o “diálogo, observação, exames complementares: análises, radiografias” de forma a “colher informação necessária para formular um diagnóstico correto”.¹⁵⁹ Já na segunda fase, o médico “analisa, interpreta e relaciona os elementos anteriormente recolhidos, para determinar a concreta patologia que o doente sofre”.¹⁶⁰ Na sequência desta análise, encontramos em conformidade uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça que nos diz que “é dever do médico o de dar ao paciente um total e consciente esclarecimento sobre o ato médico que nele se vai realizar, suas características, o grau de dificuldade de necessidade ou desnecessidade, suas consequências e, acima de tudo, sobre o risco envolvente do referido ato médico”.¹⁶¹

Vejamos, um simples erro médico é suficiente para provocar a sua responsabilidade?

De forma a encontrarmos uma resposta, importa entender em que parte o médico pode ter falhado para com o paciente. Como se sabe, há casos em que os pacientes têm várias

¹⁵⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 19 de Abril de 2005, processo com o n.º 10341/2004-7, Relator: Pimentel Marcos.

¹⁵⁹ GONÇALVES, CARLA, in “A responsabilidade civil médica: Um problema para além da culpa”, Coimbra Editora, 2008 cit., p. 133.

¹⁶⁰ *Idem.*, p. 134.

¹⁶¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15 de Outubro de 2009, processo com o n.º 08B1800, Relator: Rodrigues dos Santos.

queixas, nesse momento, o médico coloca em prática os considerados cinco momentos que evidenciam a atividade médica. Conforme referido anteriormente, e tal como é feita menção no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa as cinco fases (momentos) caracterizam-se por *“a anamnese, diagnóstico, o prognóstico, a execução do tratamento e a fase pós-operatória.”*¹⁶² O médico procura dar resposta a todas as fases, sendo perceptível que nem sempre consegue dar resposta, uma vez que na fase do diagnóstico é feito um raciocínio de probabilidades, ou melhor considerando, exclusão de probabilidades quanto a possíveis doenças/causas, isto é, reunidos determinados sintomas torna mais verosímil um diagnóstico que outro.

O Professor RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE analisa uma questão fundamental a propósito da delimitação dos deveres de diagnóstico do médico para com o seu paciente, entendendo que *“o médico não é obrigado a averiguar todas as queixas do paciente, embora deva diagnosticar as doenças que se tornem reconhecíveis após o exame e observação do doente”*.¹⁶³

Neste entendimento, importa perceber que não deve um erro de diagnóstico médico ser motivo de censura, importa sim entender se o comportamento *“desvalioso”* que o próprio seguiu motivou o erro médico¹⁶⁴. Desta forma, é do nosso entendimento o enunciado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que afirma que o *“pressuposto da responsabilização do médico é sempre a existência de um erro médico, qual conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente, e o qual abrange também o erro de diagnóstico, pois que, nesta fase, deve também recorrer à técnica adequada para se abalizar a emitir tal juízo, a par, naturalmente, da observância das regras de cuidado”*.¹⁶⁵

Neste sentido, só um erro de extrema gravidade e com conclusões contrárias à verdade é que deve servir de base para uma responsabilidade, e nem se pode confundir erro médico com situações de imprevisibilidade que naturalmente surgem.

¹⁶² Citamos o exposto no douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 29 de Junho de 2017, processo com o nº 4386-07.8TVLSB.L1-6, Relator: António Santos.- *“No essencial, temos assim que, no âmbito dos cinco momentos capitais que caracterizam a actividades médica - a anamnese- reportada ao historial clínico da doente-, o diagnóstico- direccionado para a recolha dos dados amnésicos, interpretação dos sintomas da doente, uso de meios auxiliares de diagnóstico e adequada valoração dos resultados obtidos, o prognóstico-relacionado com a antevisão sobre o decurso e desenlace futuro da doença, a execução do tratamento-relacionado com a aplicação concreta da terapia eleita, com perícia e cuidados necessários a alcançar o fim médico visado; a fase pós operatória – fase eventual e específica da atividade medico cirúrgica, de controlo e vigilância do processo subsequente ao acto cirúrgico”*.

¹⁶³ ATAÍDE, RUI COUTINHO DE MASCARENHAS, *“Responsabilidade Civil por Violação de deveres no tráfego”*, Coimbra, Almedina, 2015, cit., p. 583.

¹⁶⁴ GONÇALVES, CARLA, in *“A responsabilidade civil médica: Um problema para além da culpa”*, p. 134.

¹⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 29 de Junho de 2017, processo com o nº 4386-07.8TVLSB.L1-6, Relator: António Santos.

A barreira entre a ilicitude e a culpa é difícil de determinar, uma vez que embora sejam pressupostos diferentes, na grande maioria dos casos estão diretamente relacionados. VERA LÚCIA RAPOSO alude a uma dificuldade de diferenciação no caso concreto da responsabilidade médica, uma vez que *“as legis artis, que materializam parte substancial da ilicitude médica, permitem igualmente aquilatar da culpa do profissional médico, na medida em que raramente coincidem com a violação de dever de cuidado próprio daquela, sobrepondo-se assim ambas as categorias conceptuais”*.¹⁶⁶

É sempre importante compreender o fundamento do comportamento do agente, ou seja, fazer um juízo da conduta praticada por este.

Consideramos existir mais do que uma modalidade da culpa, essencialmente deve atender-se a duas, que abrange o dolo e a mera culpa (negligência). Há dolo quando o agente atua com o objetivo de atingir um fim ilícito, isto é, o agente é consciente de que o resultado daquela conduta é ilícito. Por outro lado, próximo da figura do dolo, a negligência resulta do facto do agente entender a falta do cumprimento como um efeito provável da sua conduta, e desta forma não adota uma atuação que evitaria o dano, ou seja, estamos perante uma omissão de diligências na prática da atividade médica, que de certa forma é considerado um desvio no comportamento-padrão.¹⁶⁷

3.3.1. O ónus da prova.

Tendo já sido abortada esta questão e como já vimos, no nosso ordenamento jurídico encontram-se consagradas diferentes modalidades de responsabilidade civil, nomeadamente, a contratual e extracontratual.

Relativamente ao ónus da prova, importa mencionar que na responsabilidade contratual, à luz do disposto no art. 799º, n.º 1 do CC, a culpa do devedor é presumida, uma vez que este não diligenciou devidamente no sentido de realizar a prestação a que estava obrigado, pelo que, sempre caberia ao devedor provar que a ausência de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação, não foi culpa sua. Apesar que possa resultar da relação médico-paciente, uma responsabilidade contratual ou extracontratual, ou ambas, o médico não garantiu a demonstração de resultados, nem poderia garantir, pelo que não se vislumbra aqui a repartição do ónus da prova.

¹⁶⁶ VERA LÚCIA RAPOSO *apud* AMORIM, ANA, “A responsabilidade do médico enquanto perito” *cit.*, p. 130.

¹⁶⁷ AMORIM, ANA, in “A responsabilidade do médico enquanto perito”, p. 130.

MIGUEL SOUSA, sustenta que “o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”.¹⁶⁸

Nas situações em que o médico faz uma utilização de aparelhos ou máquinas que requerem um manuseamento atento e cuidadoso, há a inversão do ónus da prova, considerando que recai sobre si, atendendo ao disposto no n.º 2 do art. 493º do CC, demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, a fim de prevenir os danos que essa utilização poderia causar. Contudo, como sabemos, por se tratar de máquinas e aparelhos, poderão existir falhas técnicas ou defeitos de fabrico e o médico não pode garantir a inexistência destas falhas, assim, cabe ao mesmo provar que os danos causados não resultaram da sua negligente utilização no diagnóstico e tratamento do paciente.

Conforme se dispõe no n.º 1 do art. 570º do CC, também poderá suceder a culpa do lesado – o paciente – caso este tenha contribuído para a produção ou agravamento dos danos, por exemplo, quando tiver sido prescrito um tratamento e o doente sabe que o consumo de uma substância ilícita iria agravar o seu estado de saúde e ainda assim, consome, ou ainda, nos casos em que simplesmente não observou as prescrições médicas, são apenas meros exemplos de comportamentos negligentes.

Relativamente à prova da culpa do lesado, dispõe o art. 542º do CC, que cabe ao lesante provar a verificação dessa culpa, ainda que o Tribunal possa conhecer dela oficiosamente mesmo que não seja alegada.

Já no campo da responsabilidade extracontratual, a regra é a de que a culpa é provada (artigo 487.º, n.º 1 do CC), ou seja, incumbe ao lesado provar que o autor da lesão atuou com culpa.

Por outro lado, há ainda quem considere que o ónus da prova se encontra diretamente relacionado com a natureza da obrigação que é assumida pelo devedor.

Perante este cenário, tendo o devedor assumido uma obrigação de resultados e esses resultados não vierem a ser alcançados, então parte-se do princípio de que compete àquele, provar que tal não procedeu de culpa sua.

Pode ainda suceder o contrário, ou seja, se o devedor assumir uma obrigação de meios, então mostra-se evidente que competirá ao credor provar que a culpa foi do devedor, ou seja, demonstrar que este não atuou diligentemente contrariamente à obrigação que havia assumido.

¹⁶⁸ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, in *Direito da Saúde e Bioética, Lisboa*”, cit., p. 137.

Compete aqui fazer uma pequena alusão ao ónus da prova do consentimento que acreditamos, ser repercutido na esfera jurídica do médico, uma vez que é este quem dispõe de meios de prova de que o paciente não dispõe, considerando que em princípio, consta do processo clínico do doente, o respetivo consentimento. O que está em causa é provar um facto positivo – a obtenção do consentimento - e não o inverso, isto é, não caberá ao paciente provar que não prestou o devido consentimento, uma vez que este seria considerado como um facto negativo.

Já no que se refere à prestação de informação, o entendimento maioritário tem sido no sentido de que também este ónus de prova caberá ao médico, contudo, deve haver uma contribuição de ambas as partes, cumprindo assim com o plasmado no art. 471.º do CPC (princípio da colaboração processual).

3.4. O dano.

Quando pensamos num dano que resulta da ausência da prestação de um consentimento informado por parte do paciente, estamos perante uma verdadeira violação da liberdade de escolha e de decisão da pessoa. Isto é, qualquer que seja o resultado da intervenção e/ou do tratamento, que como sabemos, poderá, em virtude das diferenças do ser humano, verificar-se um resultado positivo ou negativo, não obstante o resultado, todo o ato médico que for executado sem o consentimento, violaria sempre a liberdade pessoal do doente.

Naturalmente que desta falta de informação e conseqüente prestação de consentimento, o paciente que possa ter sido intervencionado e que de tal intervenção tenham resultado danos graves que, por exemplo, levam a uma perda de autonomia, a pessoa questionar-se-á para a vida se, caso tivesse sido adequadamente informado dos riscos que tal intervenção revestia, ainda assim, teria facultado o seu consentimento ou ao invés, não teria prestado o consentimento, logo não se teria sujeitado a tal intervenção e podia, ao inverso, não ter perdido a sua autonomia.¹⁶⁹

¹⁶⁹ A este propósito veja-se, como exemplo, um caso julgado em Inglaterra, narrado por JONATHAN HERRING, onde um recluso de um estabelecimento prisional tinha gangrena (tipo de morte dos tecidos causada por falta de irrigação sanguínea, consulta em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Gangrena>) num dos seus pés, tendo sido feita advertência pelos médicos que se não fosse realizada amputação daquele pé, possivelmente, o recluso vinha a falecer. Neste seguimento, o recluso recusou prestar o consentimento por acreditar que se iria salvar sem recorrer à amputação. Houve a necessidade de recorrer ao tribunal, uma vez que a capacidade para consentir do recluso foi questionada, neste sentido, o tribunal considerou que o consentimento era válido e assim, conclui por mencionar que aquele paciente sobreviveu ao contrário do que era previsto pelo diagnóstico dos médicos *in* RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “*Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade*

Analisando agora de perto esta questão do dano, verificamos que ao imputar responsabilidades ao agente é necessário que exista um dano real e ressarcível, isto é, surge como um objeto de carácter indemnizatório.

Os danos não patrimoniais estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, assim como a tutela constitucional dos direitos fundamentais que beneficiam de “tutela civil”, conforme exposto no art. 70º n.º 1 do CC que nos expede para direitos reconhecidos pela nossa Constituição da República Portuguesa, nos seus art. 24º e ss., e que têm como finalidade a proteção de bens jurídicos.

Por outro lado, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça salienta que *“Os danos não patrimoniais ressarcíveis são as dores, os incómodos e a lesão da intangibilidade pessoal e íntima do paciente, a violação da liberdade de si mesma.”*¹⁷⁰

Face a esta realidade, desde que se confirme uma gravidade incontestável e digna de tutela jurídica, no que tange ao domínio do consentimento informado, que envolve os direitos fundamentais bem como a personalidade moral do doente, tornam-se legítimos para uma ressarcibilidade pelos danos morais provocados.

A ser assim, veja-se o entendimento do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, o qual considera que no plano do dano não patrimonial são reconhecidas *“várias subcategorias ou especializações, dentro da categoria geral de dano não patrimonial, consoante o aspeto da vida ou da personalidade que ficou afetado”*. Ainda no mesmo Acórdão é feita a distinção entre o dano existencial, o dano estético, o dano biológico, o dano psicológico, dano da perda de autonomia, dano da perda da afirmação pessoal, dano da perda da alegria de viver, dano da incapacidade laboral e dano da perda da possibilidade de gozar os danos de juventude, o que consideramos ser necessário mencionar para um melhor enquadramento dos prejuízos sofridos que geram responsabilidade civil.¹⁷¹

hospitalar (anotação ao Ac. do STA de 09/06/12, proc. n.º093/12)”, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, ano 10, 2013, p. 110.

¹⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Junho de 2015, processo com o n.º 1263/06.3TVPR.T.P1. S1, Relator: Maria Clara SottoMayor.

¹⁷¹ Neste cenário citamos o exposto no douto Acórdão: *“o dano existencial, como aquele que afeta toda a vida relacional da pessoa lesada com a sua família e a esfera íntima da pessoa; o dano estético, aquele que afeta o seu aspeto físico e a beleza corporal, envolvendo a avaliação personalizada da imagem em relação a si própria e perante os outros; o dano biológico, enquanto dano corporal ou à saúde traduzido na diminuição psicossomática da pessoa, compreende vários fatores, suscetíveis de afetar as atividades laborais, recreativas, sociais, a vida sexual e sentimental, e assume um carácter dinâmico, na medida em que tende a agravar-se com o avançar da idade da pessoa lesada, produzindo consequências na mensuração do dano não patrimonial e/ou do dano patrimonial; o dano da perda de autonomia, que afeta a liberdade de iniciativa, a autorrealização e a autoestima; o dano psicológico, traduzido em angústia e depressão e ligado ao dano da perda da alegria de viver, que altera a forma como a pessoa vê e sente o mundo no seu quotidiano; o dano da afirmação pessoal, que altera a forma como a pessoa se insere no mundo e se sente a si mesma perante os outros; o dano da incapacidade laboral, que, para além da perda de rendimentos, enquanto dano patrimonial futuro, retira à pessoa a sensação*

3.5. O nexo de causalidade.

É necessário relacionar dois pressupostos da responsabilidade civil para se estabelecer um nexo de causalidade, isto é, a verificação da prática de um facto ou de uma ação ou ainda, de um facto omissivo, que se traduza num dano causado derivado de um certo caso concreto.

Já no que respeita à culpa do profissional de saúde, deveremos ter sempre em consideração que para se estabelecer um nexo de causalidade entre as lesões e a conduta do médico, importa avaliar se há maior ou menor probabilidade que daquele comportamento negligente, tenham resultado lesões para o paciente.

Quando estamos perante um dano causado por falta de informação, este é passível de ser indemnizado, justificado com o facto de o seu direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade, conjuntamente com o poder de decidir o que consente no que toca a possíveis agressões à sua integridade física, o que desta forma pode afastar a ilicitude de possíveis intervenções.

Após a verificação que determinada atuação provocou um dano, fica assim preenchido o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Parece-nos que, no caso em concreto, o legislador se tenha colocado na situação do agente ou seja, que se verifique que daquela ação ou omissão resulta naturalmente aquele dano sofrido, e seja necessária a *“condição sem a qual o dano não se teria verificado e, depois, que em abstracto ou em geral, seja causa adequada do dano”*.¹⁷²

Devemos ainda analisar duas questões no que toca ao nexo de causalidade. Num caso em que devia ter sido prestado um consentimento informado e que, da falta deste, tenham emergido danos desses atos, neste cenário, fica em falta um dos pressupostos da responsabilidade civil.

A outra questão surge, nos casos em que tivesse sido demonstrado *“um nexo entre a intervenção não consentida e o dano”*, no entanto, tivesse sido feita prova de que mesmo que o paciente tivesse recusado fazer tal intervenção, os danos que eram esperados, tinham ocorrido. Na primeira questão não há prova do nexo causal, na segunda, há prova, mas acontece

de utilidade e de produtividade, acarretando a perda de autoestima e do sentido da vida; o dano da perda da possibilidade de gozar os anos da juventude.” (Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Junho de 2015)

¹⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Novembro de 2017, processo com o n.º 23593/11.4T2SNT.L1. S1, Relator: Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza.

que a responsabilidade do agente é afastada, porque se sabe que os danos iam sempre produzir-se.

A ser assim, sintetizamos que em muitos casos, é esta segunda questão que aplicam como defesa em tribunal, fazendo valer que o resultado obtido com determinado tratamento/intervenção é considerado o expectável.¹⁷³

¹⁷³ RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “*Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar (anotação ao Ac. do STA de 09/06/12, proc. n. 093/12)*”, *op. cit.*, p. 107.

Notas Conclusivas

No passado, mais concretamente antes do século XX, o médico era equiparado a um Deus, na medida em que todas as decisões que o mesmo tomava, não eram alvo de questões levantadas pelos pacientes.

No entanto, com o passar dos anos e com o progressivo desenvolvimento da ciência médica, desenvolvimento este acompanhado por valores fundamentais que derivam de direitos de personalidade e de outros direitos fundamentais, bem como da afirmação da pessoa humana enquanto sujeito autónomo, levou a que a responsabilidade do médico assumisse outros contornos jurídicos relevantes, que levaram a um abandono do paternalismo médico em resultado da necessidade de obtenção de um consentimento informado e válido, que apenas pode ser prestado unicamente pelo titular dos bens jurídicos, o paciente.

Por outro lado, o médico está obrigado a cumprir com inúmeros deveres, designadamente o de agir sempre segundo a *legis artis*, o de respeitar, tratar e guardar sigilo.

Além destes deveres, também o médico terá de confirmar se o consentimento que foi prestado foi devidamente esclarecido. Esta é a pedra basilar para que seja construída uma relação de confiança médico - paciente.

Assim, para que se obtenha um consentimento válido, é necessário que o paciente seja autónomo, livre e que esteja nas suas plenas capacidades. De todo o modo, deverão ainda ser preenchidos outros requisitos, são eles: a capacidade daquele que presta o consentimento, o indispensável esclarecimento sobre o diagnóstico, vantagens e desvantagens do tratamento/intervenção e ainda, as possíveis consequências e alternativas que possam existir.

O consentimento tem ainda de ser revogável a todo o tempo.

Por norma, o paciente não tem o conhecimento necessário para avaliar o seu estado de saúde e é neste momento que o profissional de saúde têm um papel fundamental que se traduz na transmissão de toda a informação de que dispõe.

De outro modo, se o paciente não prestar o consentimento para uma intervenção cirúrgica ou para um tratamento, haverá desde logo uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito da liberdade da vontade e naturalmente, a violação de outros direitos fundamentais.

Resulta do art. 38º, n.º 1 do CP que “(...) o consentimento exclui a ilicitude do facto (...)”, no entanto, a grande questão que se coloca aqui é saber se este consentimento terá sido prestado de uma forma esclarecedora e válida, isto é, se foi facultada toda a informação que o

paciente precisava para estar dotado de conhecimento suficiente que lhe permitisse tomar uma decisão consciente.

Em situações de urgência o médico tem de agir no melhor interesse do paciente, avalia se aquela escolha seria, em princípio a vontade do paciente e terá sempre em consideração as informações que são prestadas pelos familiares.

Não são raras as vezes que o consentimento é prestado através do preenchimento de um formulário. Um formulário que nos parece insuficiente, assim como, a simples transmissão da necessidade de realizar, por exemplo, um tratamento. É neste momento que o paciente tem apenas duas opções, ou aceita o tratamento que lhe é proposto ou não aceita e aí vê a sua saúde a ficar ainda mais debilitada, lamentavelmente, é quase como uma obrigação.

Bibliografia

ABELLÁN, JAVIER SÁNCHEZ – CARO FERNANDO, “*Derechos y Deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*”, Granada, 2003.

AMORIM, ANA, “*A responsabilidade do médico enquanto perito*”, Petrony Editora, 2019.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Artigos 131.º a 201º*”, Coimbra Editora, 1999.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “*Estudos de Direito da Bioética*”, Vol. III, Almedina, 2009.

ATAÍDE, RUI COUTINHO DE MASCARENHAS, “*Responsabilidade Civil por Violação de deveres no tráfego*”, Coimbra, Almedina, 2015.

CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, ORLANDO DE, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra, Centelha, 1981.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “*Código Civil Comentado, I – Parte Geral*”, Almedina, Coimbra, 2020.

COSTA, DANIELA SOFIA GOMES, “*A culpa de organização na responsabilidade civil médica*”, Petrony Editora, 2018.

DIAS, JOÃO ÁLVARO, “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

DIAS, NÉLIA DANIEL, “*Estudos em homenagem do Professor Adérito Correia*”, Vol. 1, Universidade Católica de Lisboa, 2016.

GASPAR, HENRIQUES, “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, CJ ano III, 1978.

GONÇALVES, CARLA, in “*A responsabilidade civil médica: Um problema para além da culpa*”, Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, “*Código Penal Português - Anotado e Comentado*”, Almedina, 2007.

LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA/ SANTOS, MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS, “*Código Penal Anotado*”, Vol. II, 3ª Ed., Lisboa, Reis dos Livros, 2000.

LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES, “*Código Civil Anotado*”, Vol.1, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

MONGE, CLÁUDIA SOFIA OLIVEIRA DIAS, “*O direito à proteção da saúde e o conteúdo da prestação de cuidados médicos*”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Doutoramento, 2014.

PALMA, MARIA FERNANDA, “*Continuidade e diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil na violação das *leges artis* em Medicina*”, Código Civil – Livro do Cinquentenário, 2019.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS,

- “*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*”, Coimbra Editora, 2015.

- “*O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*”, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- “*O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica, in Responsabilidade Civil dos médicos*”, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- “*Colóquio, O novo regime do Maior Acompanhado*”, Coordenação António Pinto Monteiro, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “*Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar (anotação ao Ac. do STA de 09/06/12, proc. n. °093/12)*”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico*, ano 10, 2013.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “*Direito da Medicina – I*”, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, JOÃO VAZ, “*O Consentimento Informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*”, Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, CARLOS SOUSA DOS, “*Recusa de Tratamento Médico: O caso dos menores*”, Faculdade de Direito de Lisboa - Curso Pós-Graduado de Especialização conducente ao Mestrado/Ciências Jurídicas, 2004/2005.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “*Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa*”, Lisboa, 1996.

VILAR, PAULA-CAROLINA YEBRA-PIMENTEL, “*El consentimiento informado: criterios legales y jurisprudenciales*”, Difusión Jurídica, Madrid, 2012.

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Junho de 2015, processo com o n.º 1263/06.3TVPRT.P1. S1, Relator: Maria Clara Sottomayor.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 7 de Fevereiro de 2008, processo com o n.º 07A4666, Relator: Moreira Camilo.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 4 de Março de 2008, processo com o n.º 08A183, Relator: Fonseca Ramos.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22 de Setembro de 2011, processo com o n.º 674/2001.PL.S1, Relator: Bettencourt De Faria.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 23 de Março de 2017, processo com o n.º 296/07.7TBMCN.P1. S1, Relator: Tomé Gomes.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 24 de Outubro de 2019, processo com o n.º 3192/14.8TBBRG.G1. S2, Relator: Acácio Das Neves.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 7 de Março de 2017, processo com o n.º 6669/11.3TBVNG.S1, Relator: Gabriel Catarino.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15 de Outubro de 2009, processo com o n.º 08B1800, Relator: Rodrigues dos Santos.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 22 de Março de 2018, processo com o n.º 7053/12.7TBVNG.P1. S1, Relator: Maria da Graça Trigo.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 2 de Novembro de 2017, processo com o n.º 23593/11.4T2SNT.L1. S1, Relator: Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza.

Supremo Tribunal Administrativo:

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 9 de Junho de 2012, processo com o n.º 093/12

Tribunal da Relação de Lisboa:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11 de Dezembro de 2019, processo com o n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2, Relator: Vaz Gomes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 19 de Abril de 2005, processo com o n.º 10341/2004-7, Relator: Pimentel Marcos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 29 de Junho de 2017, processo com o n.º 4386-07. 8TVLSB.L1-6, Relator: António Santos.

Tribunal da Relação de Coimbra:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 11 de Novembro de 2014, processo com o n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator: Jorge Arcanjo.

Tribunal da Relação de Guimarães:

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 20 de Março de 2018, processo com o n.º 304/17.3T8BRG.G1, Relatora: Maria Amália Santos.