

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO
EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS
APRESENTADA À
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

SOB A ORIENTAÇÃO DO
SENHOR PROFESSOR DOUTOR GUILHERME DE OLIVEIRA E DO
SENHOR PROFESSOR DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO

Coimbra, dezembro de 2012

Nota Prévia e Agradecimentos

Esta Dissertação encerra um percurso, um caminho demorado, de vários anos e múltiplos desafios. Esta viagem não teria sido possível sem o apoio, ajuda e incentivo de muitos. Mas é de elementar justiça destacar algumas pessoas e instituições.

Em primeiro lugar, os meus Orientadores, Doutor Guilherme de Oliveira e Doutor Sinde Monteiro, que depositaram em mim uma confiança incomum, abrindo-me portas e avenidas de pensamento e progressão científica. Pelas suas mãos fui tendo acesso aos fóruns de pensamento jurídico europeu e mundial mais avançados nas áreas da Responsabilidade Civil e do Direito da Medicina, destacando-se o *European Centre of Tort and Insurance Law* (Viena), o *Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik* (Mannheim e Heidelberg), a *World Association for Medical Law* e a *European Association of Health Law*. Beneficiei ainda de um intenso contacto com a comunidade dos profissionais de saúde, tendo participado em dezenas de reuniões, congressos e ações de formação, em que as suas dúvidas e problemas iam suscitando uma reflexão jurídico-dogmática ancorada na prática.

A obra que se apresenta é, pois, fruto de um trabalho demorado, durante o qual tive a oportunidade de frequentar cursos, formações e estadias de investigação, em Portugal e no estrangeiro, mantendo uma linha de investigação em torno da relação entre o Direito e a Medicina. Durante todo este tempo, contei com o apoio institucional inestimável do Centro de Direito Biomédico, uma entidade de ensino e investigação que celebra em 2013 os seus 25 anos de atividade. A todos os seus dirigentes e colaboradores, a expressão de viva saudação!

Uma palavra muito sentida e sincera de reconhecimento e reverência é devida à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Instituição que nunca me regateou apoio e que me ofereceu condições para a investigação científica e que, sobretudo, transmite a quem aqui trabalha a grandeza e a nobreza do ato de pensar e escrever a doutrina jurídica. Beneficiei de 20 anos de estudo e aprendizagem nesta Casa, nesta minha Casa, a que me orgulho de pertencer, que sempre me recompensou com estudantes interessados e com a sapiência dos seus Mestres. E foram vários aqueles com quem

tive a honra de trabalhar – enquanto Assistente – durante estes 14 anos. Com esses Professores, muito aprendi sobre o mester de ensinar e avaliar, e também de investigar, escrever e publicar, sendo uma honra poder aqui mencionar o seu nome: Figueiredo Dias, Costa Andrade, Manuel Henrique Mesquita, Capelo de Sousa, Sinda Monteiro, Calvão da Silva e Pinto Monteiro.

Por fim, uma palavra de gratidão à minha família, em especial, ao meu pai, Eurico da Conceição Pereira, e à minha mãe, Eva Neves Dias, que sempre me ofereceram as condições e os estímulos para alcançar os meus objetivos.

Queiram todos aceitar o meu penhorado Agradecimento.

ÍNDICE ABREVIADO

PARTE I – O DIREITO E A MEDICINA NA AURORA DO SÉCULO XXI

CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO PESSOA DOENTE –
PROFISSIONAL DE SAÚDE

CAPÍTULO 2 – A EMERGÊNCIA DO DIREITO DA
MEDICINA

CAPÍTULO 3 – CRISE DA RESPONSABILIDADE
CIVIL MÉDICA

PARTE II – O DIREITO CIVIL (DA MEDICINA) COMO ORGANIZADOR DO CONTACTO DA VIDA HUMANA COM A (BIO)MEDICINA

CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS DE
PERSONALIDADE DA PESSOA DOENTE

CAPÍTULO 2 – A VIDA HUMANA PRÉ-NATAL

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DA ‘PERSONALIDADE
HUMANA’ *POST-MORTEM* NO DOMÍNIO DA
BIOMEDICINA

PARTE III – OS DIREITOS DA PESSOA DOENTE

CAPÍTULO 1 – DIREITOS E DEVERES DOS
PACIENTES E DOS MÉDICOS

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À INFORMAÇÃO, AO
CONSENTIMENTO E À DECLARAÇÃO
ANTECIPADA DE VONTADE

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À DOCUMENTAÇÃO E
AO ACESSO À INFORMAÇÃO PESSOAL DE
SAÚDE

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À RESERVA DA
INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA: OS DADOS DE
SAÚDE

PARTE IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

SECÇÃO I – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE *JURE CONDITO*

CAPÍTULO 1 – O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS MÉDICOS

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
MÉDICOS E DAS INSTITUIÇÕES DE SAÚDE

SECÇÃO II – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE *JURE CONDENDO*

CAPÍTULO 1 – O DIREITO DA MEDICINA
ORIENTADO PARA A SEGURANÇA DO
PACIENTE

CAPÍTULO 2 – SISTEMAS ALTERNATIVOS DE
COMPENSAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA
ATIVIDADE MÉDICA

CAPÍTULO 3 – PROPOSTAS DE REFORMA DO
SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL
MÉDICA

**CONCLUSÃO – O DIREITO E A MEDICINA NA ERA
DA CIDADANIA: PROPOSTAS PARA PONTES DE
CONFIANÇA**

Siglas e Abreviaturas:

A.: Autor
ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco)
Ac.: Acórdão
ADN: Ácido Desoxirribonucleico
ALL ER: All England Law Reports
APB: Associação Portuguesa de Bioética
AMM: Associação Médica Mundial
AR: Assembleia da República
Art.: Artigo
BFD: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)
BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (decisões do Tribunal Federal alemão em matéria civil)
BMJ: Boletim do Ministério da Justiça
BverfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão)
BWB: (Burgerlijk Wetboek) – Código Civil dos Países Baixos
Cal. L. Rev. – California Law Review
CC: Código Civil
CDFUE: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH: Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos e Liberdades Fundamentais do Homem
CDHBio: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
CDOM: Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro)
CNECV: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CES: Comissões de Ética para a Saúde
Cf.: Confronte
CJ: Coletânea de Jurisprudência
CJ-STJ: Coletânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)
CNPD: Comissão Nacional de Proteção de Dados
CP: Código Penal
CPC: Código de Processo Civil
CPP: Código de Processo Penal
CRP: Constituição da República Portuguesa

CSP: Code de Santé Publique (França)
D.: Digesto
DAR: Diário da Assembleia da República
DGSI: Direção Geral dos Serviços de Informática
DPN: Diagnóstico Pré-Natal
DR: Diário da República
DUDH: Declaração Universal dos Direitos do Homem
EDPr: Europa e Diritto Privato
EH: Estatuto Hospitalar
EJHL: European Journal of Health Law
EOE: Estatuto da Ordem dos Enfermeiros
ERS: Entidade Reguladora da Saúde
ETAF: Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
EUA: Estados Unidos da América
EVA: Entidade de Verificação e Admissibilidade da Colheita para Transplante
EVP: Estado Vegetativo Persistente
FS: Festschrift
GG: Grundgesetz (Constituição da República Federal alemã)
INMLCF, I.P.: Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, Instituto Público
JCP: Juris-classeur périodique. La Semaine Juridique (Édition Générale)
JETL: Journal of European Tort Law
J Med Ethics: Journal of Medical Ethics
JOCE: Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JZ: Juristen Zeitung
LBS: Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 21 de agosto)
LDC: Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio)
Lex Medicinæ: Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde
LSM: Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho)
MP: Ministério Público
Med Law: Medicine and Law (World Association for Medical Law)
MedR: Medizin und Recht
NJW: Neue Juristische Wochenschrift
Nm: Número de margem
OGH: Oberste Gerichtshof (Supremo Tribunal austríaco)
OMS: Organização Mundial de Saúde

P.: página(s)
P. ex: por exemplo
PGR: Procuradoria Geral da República
PIDCP: Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC: Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos,
Sociais e Culturais
PMA: Procriação Medicamente Assistida
Proc.: Processo
R.: Réu
RCP: Responsabilità Civile e Previdenza
RDE: Revista de Direito e Economia
RDES: Revista de Direito e Estudos Sociais
RdM: Recht der Medizin
RDSS: Revue de Droit Sanitaire et Social
Rev Der Gen H: Revista de Derecho y Genoma Humano
RGSt: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des
Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RLJ: Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA: Revista da Ordem dos Advogados
RPCC: Revista Portuguesa de Ciência Criminal
S(s).: seguinte(s)
SIDA: Síndrome de imunodeficiência adquirida
SNS: Serviço Nacional de Saúde
STA: Supremo Tribunal Administrativo
StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)
STJ: Supremo Tribunal de Justiça
Tb.: Também
TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UE: União Europeia
VersR: Versicherungsrecht
VIH: Vírus de Imunodeficiência Humana
ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

“A doença é o lado sombrio da vida, uma cidadania bem pesada. Ao nascer, todos nós adquirimos uma dupla cidadania: a do reino da saúde e a do reino da doença. E muito embora todos preferíssemos usar o bom passaporte, mais tarde ou mais cedo cada um de nós se vê obrigado, ainda que momentaneamente, a identificar-se como cidadão da outra zona”.

Susan Sontag, *A Doença como Metáfora e a Sida e as suas Metáforas*, Quetzal Editores, 1999, p. 11.

PARTE I – O DIREITO E A MEDICINA NA AURORA DO SÉCULO XXI

CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO PESSOA DOENTE–PROFISSIONAL DE SAÚDE

1. A Medicina entre a pura obrigação de resultado e o princípio da culpa

Nos tempos pré-históricos do animismo mágico, o médico era um prestidigitador, um xamã. As suas artes de tratamento baseavam-se em técnicas de sugestão psicológica; este era visto como um representante da transcendência, que ajudava a suportar os medos e as angústias.

Com a medicina telúrica dos séculos III e II a. C., em que a morte e a doença eram vistas como desígnio dos deuses, o médico era encarado como um sacerdote que realizava rituais religiosos com uma posição de supremacia face ao doente e sobre o qual exercia a sua autoridade. Foi neste momento que se colocou, pela primeira vez, o problema da responsabilidade médica e daí surgiram os primeiros ensinamentos de costumes e deveres dos físicos, tendo a Deontologia médica a sua origem nesta época.¹

Na Antiguidade, encontramos registos de preocupação jurídica com esta atividade. As passagens do Código de *Hamurabi* (art. 218) serão das primeiras regras jurídicas de responsabilização dos médicos.² Muito baseado numa ideia de *obrigação de resultado*, este sistema jurídico ainda não

¹ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “O Fim da Arte Silenciosa (O dever de informação dos médicos)”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 105 ss.; Christian KATZENMEIER, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 6.

² Três séculos antes, as *Tábuas de Nippur* ou o Código de Ur Nammu (ano 2050 a.C.) constituirão o primeiro documento histórico a prever a necessidade de compensação por danos – cf. Rui CASCÃO, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 11; Eduardo DANTAS, *Direito Médico*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2009, p. 2; Paula Moura LEMOS PEREIRA, *Relação Médico-Paciente*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 5 ss.

relevava a dimensão subjetiva: a noção de culpa.³ Como escreve François Terré, “la responsabilité précède la faute.”⁴

Paradigmaticamente, este ‘código’⁵ regula a responsabilidade do médico em termos semelhantes à responsabilidade do empreiteiro, prevista nos artigos imediatamente anteriores. Essa similitude entre o empreiteiro e o médico, esse acentuar da dimensão objetiva, *do resultado*, sem considerar os elementos intencionais, subjetivos e valorativos remetem-nos para uma época em que o espírito humano e a sua revelação jurídica ainda davam os primeiros passos. Ou seja, inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno.⁶

Na Grécia antiga, Platão afirma, na sua obra *As Leis*, que o médico deve estar isento de qualquer castigo, já que uma pessoa é curada pelo médico, mas morre por si mesmo. Pelo contrário, Hipócrates (460 a 377 a.C.), designadamente na obra *De Lege*, mostrava insatisfação pelo facto de os tribunais gregos não punirem suficientemente os erros dos médicos.

A medicina hipocrática não apenas desenvolveu a arte médica a um nível até aí nunca alcançado, como transformou esta atividade de uma relação de carácter mágico e mítico entre o curandeiro e o doente para uma “philia”, isto é, uma Amizade (*Freundschaft*).⁷ Com um sentido e alcance notável é o facto de a obra “*Epidemias I*” afirmar: a “arte médica inclui três aspetos: a doença, o doente e o médico. O médico é o servidor

³ Prescreve o *Código de Hamurabi* (1750 a.C.): „218. Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas. 219. Se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro. 220. Se ele tiver aberto o tumor com uma faca de operações e ter tirado o olho (do tumor) ele deverá ser pago a metade do valor contratado.”

⁴ François TERRÉ, “Propos sur la responsabilité civile”, *Archives de Philosophie du droit*, nº22, La responsabilité, 1977, p. 38 e ss, *apud* Mafalda BARBOSA, “Responsabilidade subjetiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, *BFD*, 2012, p. 559.

⁵ Não se trata de um verdadeiro Código, no sentido moderno. Sobre o movimento da codificação *vide* por todos REIS MARQUES, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra, Almedina, 2003.

⁶ Miguel KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 7.ª edição, 2010, p. 51.

⁷ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 7, citando UEXKÜLL / WESIACK, *Theorie der Humanmedizin*, p. 584 ss.

da arte de curar. O doente tem que, conjuntamente com o médico, lutar contra a doença.”⁸

O principal mérito de Hipócrates foi introduzir um método científico no tratamento das doenças, iniciar a literatura científica e dar grande relevo aos registos clínicos. Além disso, a sua escola criou a Deontologia profissional, expressa no referido juramento. Nele se compendiam, com admirável precisão e atualidade, os principais deveres do clínico no exercício da sua nobre profissão. O Código de Hipócrates revela-se um documento perene da ética médica, no qual ainda hoje se encontram muitas máximas ou mandamentos para a educação e para o aguçar da consciência dos profissionais de saúde.⁹

Gaius Plinius Secundus, na sua *Historia naturalis*, criticava a relativa impunidade dos físicos.¹⁰ Ainda assim, a

⁸ *Epidemias* I 11.2, 634-6. *Epidemias* é um dos livros do *Corpus Hippocraticum* de Émile LITTRÉ. Este médico e historiador do Século XIX dedicou mais de duas décadas à elaboração de sua edição do *Corpus hippocraticum*. São dez laboriosos volumes que saíram do prelo entre 1839 e 1861, ao fim de vinte e três anos de pesquisa sobre todas as obras que formavam a coleção hipocrática – cf. Henrique CAIRUS. *O Hipócrates de Littré*, ANPUH, 1999.

⁹ Sobre a obra de Hipócrates, cf. Maria Helena da ROCHA PEREIRA, *Estudos de História da Cultura Clássica*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, 248-249. Hipócrates é considerado o mais ilustre médico da Antiguidade, nascido na ilha de Cós, viveu aproximadamente entre 460 e 377 a. C.), sendo considerado o ‘Pai da Medicina’. Um dos principais conceitos terapêuticos do Autor foi a distinção entre *sintomas* e *doenças*. Para ele, como para os médicos atuais, os sintomas são apenas manifestações exteriores de algo que está em curso no organismo. O funcionamento do corpo humano era o objectivo do seu trabalho, levando em conta a ação do ambiente e da nutrição. Hipócrates criou uma escola onde a Medicina passou a ser Ciência e, desse modo, pressuponha apenas *processos racionais*. Por outro lado, elaborou e cumpriu um rigoroso Código de Ética, cujos preceitos estão contidos no juramento que ainda hoje é seguido pelos jovens médicos.

O Juramento de Hipócrates foi atualizado em 1948 pela *Declaração de Genebra*, a qual vem sendo utilizada em vários países por se mostrar social e cientificamente mais próxima da atual realidade. A última atualização do Código Hipocrático teve lugar em Divonne-les-Bains, em França, em 2006 – Cf. J.K. MASON/ G.T. LAURIE, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 8th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 4.

¹⁰ Gaius Plinius Secundus, (23-79 d.C.), *Historia naturalis*, Livro 29: “Para além do mais não há nenhuma lei que puna a ignorância... Eles aprendem à custa dos nossos riscos e fazem muitas experiências de vida e morte; e o médico segue impune mesmo quando mata uma pessoa,” *apud* Petra BUTLER, *Medical Misadventure im neuseelaendischen Accident*

responsabilidade civil recebeu grande influência do Direito Romano. Foi em Roma que se cristalizou a ideia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade.¹¹ Por seu turno, afirmava Ulpiano (D. 1, 18, 6, 7) que, assim como não se deve imputar ao médico o evento morte, deve imputar-se-lhe o que houver cometido por imperícia.¹²

Já no século XVI, a *Constitutio Criminalis Carolina*¹³ regulava os erros médicos no art. 134, embora sem o rigor nas distinções conceptuais, por exemplo, entre dolo, negligência, erro, falta de conhecimento, etc.

A Idade Moderna e Contemporânea são marcadas por progressos a vários níveis: o Iluminismo e o movimento de secularização da sociedade tinham como objetivo a “saída da humanidade da sua autoimposta menoridade” (Kant), culminando nas Revoluções americana de 1776 e francesa de 1789 e que conduziram à autodeterminação do cidadão livre e à autorresponsabilidade de cada um. Por outro lado, os passos transformadores das ciências da natureza colocaram em andamento o processo de conhecimento e domínio cujo fim não é fácil de prever. Ambos os desenvolvimentos acentuam o papel do médico como especialista, que deve ensinar o paciente acerca de modos de vida razoáveis e que o avisa de perigos para a saúde; no Direito, afirma-se o princípio da culpa.¹⁴

Ao longo dos últimos 200 anos, destacando-se o art. 1382 do *Code civil*, sob a pena de Domat, Pothier e Portalis, o referido princípio emergiu e afirmou-se no Direito Civil ao ponto de muitos Autores o considerarem como indispensável.¹⁵

Compensation Scheme, Frankfurt a M, Peter Lang Verlag, 1999, p. 15 (tradução a partir do alemão).

¹¹ Cf. António SANTOS JUSTO, “Lex Aquilia,” in: Jorge MIRANDA (Coord.), *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 13–51; Paulo SOUSA MENDES, “Sobre a Origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do facto – A *lex aquilia de damnum iniuria datum*,” in António MENEZES CORDEIRO/ Luís MENEZES LEITÃO/ Manuel COSTA GOMES, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 1085–1110, escrevendo em especial sobre a origem do princípio da causalidade e o domínio do facto em Direito Romano.

¹² Cf. KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, p. 52.

¹³ Aprovada pelas Cortes de Regensburg, em 1532, durante a regência do Imperador Carlos V.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1999, p. 413.

¹⁵ Curiosamente o importante “Discours préliminaire” pronunciado por Portalis (mas também assinado por Tronchet, Bigot, Préameneu e Maleville) perante o *Conseil d’Etat* em apresentação do projeto de *Code*

O princípio culpabilístico cumpriu (e cumpre) um papel determinante no domínio da responsabilidade civil, nomeadamente da responsabilidade profissional. Mas, como veremos na terceira parte deste trabalho, cada vez mais essa onnipotência da culpa está a ser criticamente questionada.

2. O horror Nazi, o assombro atómico, a cultura de desconfiança face à ciência e à tecnologia e a paradoxal esperança na Medicina

Mas será nos dias de hoje, mais exatamente após o trauma do horror de Auschwitz e Birkenau¹⁶, a que acresce o estupor de Hiroxima e Nagasaki, que a sociedade se terá deparado com uma ruptura epistemológica. A ciência e a técnica, outrora promotoras de desenvolvimento e bem-estar, surgem com toda a evidência também na sua dimensão brutal, desumana e destruidora.¹⁷ Terá sido a partir desse grito de alerta, dessa insuportável dor do Homem – dessa *banalidade do mal* (Hannah Arendt) – que assalta, em todas as áreas e em todas as condições da vida humana, a emergência do “*direito ao direito*” (ainda com Hannah Arendt) e que se refletem também na relação médico-paciente.

Assistimos a uma dessacralização da atividade médica (Karl Jaspers). Médicos, enfermeiros, farmacêuticos e outros profissionais de saúde desempenham na sociedade hodierna um papel duplo e paradoxal. O profissional de saúde é visto com duas faces: ora com a bela face do profissional altamente qualificado, com a *auctoritas* que lhe é garantida pela legitimação científica e tecnológica, de quem se espera o tratamento, o cuidado e a cura; ora com o rosto do prestador de serviços que não conseguindo alcançar os seus intentos e

civil não contém qualquer referência à matéria da responsabilidade civil e ao princípio da culpa. O que pode demonstrar que num discurso-síntese o tão aclamado princípio da culpa tem o relevo simbólico do *silêncio*... Cf. Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discurso preliminary al Código Civil francés*, Madrid, Cuadrenos Civitas, 1997.

¹⁶ Cf. os estudos: COHEN Jr., “Genetic drift. Overview of German, Nazi and Holocaust medicine,” *Ame J Med Genet.* 2010; 152A: 687-7; RICE. The historical, ethical, and legal background of human-subjects research. *Respir Care* 2008; 53:1325-29, MALLARDI, *The origin of informed consent. Acta Otorhinolaryngol Ital.* 2005, 25, p. 312-27.

¹⁷ FARIA COSTA, “A linha (Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética”)”, in: *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*. Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, p. 397 ss.

objetivos é chamado à responsabilidade e a quem é apontado o dedo pelo insucesso.

Esta *relação de cuidado* caracteriza a arte dos discípulos de Hipócrates. Como ensina Faria Costa: “o *curar* está indissolúvelmente ligado ao ato médico. Mais do que isso. Há uma coincidência absoluta entre o ato médico e a atividade de *curar*. Esse cuidado originário que o “outro” diferenciado (primitivamente o curandeiro) tinha para com os outros foi, uma vez mais, a manifestação socialmente relevante da originária relação ontoantropológica do cuidado-de-perigo.”¹⁸

O médico ¹⁹ deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade e esta na sociedade plural e *aberta* (Karl Popper) em que vivemos afirma-se, cada vez mais, no plano jurídico.²⁰ Compete também ao Direito contribuir para que a Medicina mantenha o seu grande prestígio e que os profissionais possam exercer com liberdade e competência as suas competências, humanas, técnicas e científicas.

O paciente dos nossos dias está disposto a levar o seu médico a tribunal. Este paciente tem, em primeiro lugar, elevadas expectativas face à medicina e, se algo não decorre em conformidade com os seus desejos, entra em processo de crítica

¹⁸ FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 400-401 (em nota 89): a relação médico-paciente como matriz da abertura do eu ao outro. Sobre a “ética do cuidado”, cf. tb. João LOUREIRO, “Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – Cuidado(s)”, II, *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 4, 2008, p. 38 ss.

¹⁹ A palavra “Médico” tem por origem etimológica o vocábulo latino *medicus* derivado de *mederi*, “tratar a doença de alguém”. A raiz “med-“, encontrada em muitas palavras latinas, com o sentido “cuidar, tratar, curar” como por exemplo o verbo “*medeor*” encontra-se em duas formas verbais gregas, com um sentido próximo “*medéo*” – cuidar de , proteger, reinar e também “*médomai*” – *ocupar-se de, preocupar-se com...* – ensina FARIA COSTA, “Em redor da noção de acto médico”, *RLJ*, p. 128-129

²⁰ O direito ganha, nas sociedades ocidentais hodiernas, um estatuto de primazia na regulação da vida em sociedade – cf. CASTANHEIRA NEVES, “O direito como alternativa humana”, *Digesta*, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 289 ss.

Por outro lado, o Direito das Pessoas afirma-se como uma das áreas mais prometedoras do desenvolvimento da Ciência do Direito no século XXI, na opinião de MENEZES CORDEIRO, “Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa”, *ROA*, 61, III, Dezembro de 2001, p. 1229. Também Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil: seu sentido e limites*, 2.ª ed., Coimbra, Centelha, 1981 defende uma recentração do Direito Civil na Pessoa.

e de acusação. O médico foi “desmistificado”²¹; a profissão médica foi “desmistificada”. Escreve Hans-Georg Gadamer: “O médico não é mais a figura com o mistério dos poderes mágicos.” O “semideus de branco” (*Halbgott in Weiss*) tornou-se um normal prestador de serviços.²² Esta “desmitificação” prende-se com o “desencantamento do mundo” (*entzauberung der Welt*) identificado por Max Weber, já com raízes em Friedrich Schiller (1750-1805).²³

Durante séculos esta relação foi considerada como um domínio da Deontologia e da Filosofia Moral. A jurisdicização desta relação teve os seus passos iniciais, no espaço germânico, com a implantação do seguro de saúde social de Bismarck em 1883 e, sobretudo, em 31 de Maio de 1894, quando o *Reichsgericht* qualificou pela primeira vez uma intervenção médica como uma *ofensa corporal* típica.

Atualmente a atividade médica encontra-se (híper-) regulada pelo Direito. Há regras sobre a formação e o ensino médico, a formação ao longo da vida, a organização dos cuidados de saúde, sobre remunerações... Acrescem ainda as regras de responsabilidade civil, penal e disciplinar.²⁴

Junto com a cientificação, a especialização e a tecnicização é a jurisdicização um dos aspetos mais marcantes do “processo de racionalização ocidental” (Max Weber).²⁵ Este deve ser visto como um processo de sentido positivo, pois

²¹ Jochen TAUPITZ, *Die Standesordnungen der freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, Berlin, De Gruyter, 1991, p. 56.

²² Cf. Alexander P. EHLERS/ Maximilian G. BROGLIE (Hrsg.): *Arzthaftungsrecht. Grundlagen und Praxis*, 4. Auflage. Beck, München, 2008, Rdnr 3 e Dieter GIESEN, *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*. 5. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, Rdnr. 33.

²³ Segundo Antônio Flávio PIERUCCI, *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Ed. 34, 2003, p. 30: “o termo não foi cunhado pelo próprio Weber, nem adotado *ipsis litteris* de Shiller e sim por ele adaptado a partir de um sintagma similar.”

²⁴ O que leva alguns a afirmações extremas como esta: “A questão da responsabilidade médica é largamente prejudicada pela invasão dos homens de direito.” Lesseps LOURENÇO DOS REYS, “Responsabilidade civil dos médicos”, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, N°5, p. 312, citando ETCHEGOYEN, *A Era dos Responsáveis*, 1995, p. 133.

²⁵ Max WEBER, *Ges. Aufsätze zur Sozial – und Wirtschaftsgeschichte* (1924), *apud* KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 32.

representa a construção do *Império do Direito* (Dworkin) também no domínio da medicina e uma expressão concretizada do Estado de Direito.²⁶

Tal dinâmica deve enaltecida!

Ademais, é conhecida a proximidade originária entre o Direito e a Medicina. Ambas são ciências práticas, que visam o serviço da pessoa e da vida. Como escreve Faria Costa: “Note-se – estão aí os estudos de etnologia e de antropologia a comprová-lo – que nas comunidades primitivas o ato comunicacional de curar e de dizer o justo estavam, os dois, no mesmo segmento em que a imediatidade se revela. Sucede que, abreviando razões, a evolução histórica trouxe à “jurisdictio” elementos de mediação – o mais importante dos quais postula-se na *lex data* – que a tornaram, em certo sentido, muito mais distante do que o próprio ato de curar (médico). Porém, como se acaba de demonstrar, quer o ato de curar (médico), quer o ato de “iurisdictio” estão matricialmente ligados à dimensão ontológica de cuidado-de-perigo.”²⁷

Apesar da descida do mundo dos deuses para o mundo terreno, paradoxalmente, as pessoas depositam cada vez mais esperança na medicina. Como afirma José Fragata: “Cada vez mais a doença é menos bem aceite, cada vez mais a medicina deve fornecer soluções para tudo e para todos, e, os resultados menos bons, ou mesmo simplesmente aquém das expectativas, são tidos como inaceitáveis e, frequentemente, tomados como o produto de erros.”²⁸

O que cria uma tensão entre as expectativas da comunidade e as possibilidades das ciências biomédicas, a qual acaba por verter para os tribunais e para o mundo jurídico a conflitualidade deste processo, o que pode conduziu à emergência do Direito da Saúde.

3. A Medicina como elemento nuclear do Estado Social

Segundo o Direito Internacional, os Estados devem tomar, “tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, as medidas adequadas com vista a assegurar, sob a

²⁶ Trata-se do *Rechtsstaatgrundsatz* enquanto princípio estruturante da Ordem Jurídica, vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 243 ss.

²⁷ FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 400-401 (nota 89).

²⁸ José FRAGATA/ Luís MARTINS, *O Erro em Medicina*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 256

sua jurisdição, um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada”, como afirma o art. 3.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.²⁹ No mesmo sentido aponta o art. 14.º (Responsabilidade Social e Saúde) da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO de 2005³⁰ e já antes o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu art. 12.º.³¹

²⁹ *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativa às Aplicações da Biologia e da Medicina*, do Conselho da Europa, assinada por Portugal, em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, e ratificada em 3 de Janeiro de 2001 através do Decreto nº1/2001 do Presidente da República, (Diário da República nº 2, 1ª Série A de 3 de Janeiro), após aprovação da Assembleia da República (Resolução da Assembleia da República nº1/2001, Diário da República nº 2, 1ª Série A de 3 de Janeiro). Simultaneamente procedeu-se à ratificação do *Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos*, assinado em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.

Trata-se, portanto de direito vigente no ordenamento jurídico nacional, nos termos do art. 8º, nº 2 da Constituição da República, e confere em alguns casos direitos individuais aos cidadãos (normas “self-executing”) – como é caso da norma sobre o consentimento, embora noutras matérias careça da adopção de normas internas para se tornarem efetivas, como afirma Fernández CASADEVANTE ROMANÍ, “El Convenio para La Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Dereho y Genoma Humano*, 7/1997, p. 107. Sobre esta Convenção *vide*, na literatura nacional, Paula MARTINHO DA SILVA, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, ed. Cosmos, Lisboa, 1997 e AA. VV., *Direitos Do Homem E Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e Medicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida refere que a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina é “um marco importantíssimo na história universal dos Direitos Humanos pois que pela primeira vez se consegue reunir, num texto consensual, princípios gerais e disposições específicas relativas à proteção do ser humano face à possível utilização indevida da Biologia e da Medicina” –Parecer 30/CNECV/2000.

³⁰ Adotada por aclamação no dia 19 de Outubro de 2005 pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

³¹ O Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, é o principal instrumento internacional de Proteção dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Consolida uma série de direitos já declarados na Declaração Universal de Direitos Humanos e também, entre estes, o direito ao trabalho, à liberdade de associação sindical, à previdência social, à alimentação, à moradia, *ao mais elevado nível de saúde física e mental*, à educação, à participação na vida cultural e no progresso científico. Possui 146 signatários, incluindo Portugal (que o ratificou em 1978).

Em grande medida, o cidadão encontra-se protegido contra as consequências da doença e de acidente através dos sistemas sociais (Segurança Social e Serviço Nacional de Saúde).³²

Em 1883, Bismarck introduziu o *seguro de doença*.³³ Esta foi uma resposta a transformações sociais que se caracterizaram por uma sociedade com riscos quotidianos e a passagem da grande família para a pequena família. Desde então, o sistema de proteção social tem vindo progressivamente a reforçar-se e a desenvolver-se. Vigora na Alemanha o *sistema do seguro de saúde social*, segundo o qual as despesas médicas serão pagas pela seguradora, eventualmente com copagamento por parte do utente. Assiste-se assim a uma distanciação entre o médico e o paciente já que entre estes podemos encontrar as seguradoras (*Krankenkasse* – “caixas de seguro-doença”)³⁴ (que asseguram o pagamento) e as associações de médicos (*Kassenärztlichen Vereinigung*) que negociam o valor dos honorários: temos assim uma relação triangular ou mesmo quadrangular.³⁵

Do mesmo modo, o sistema de Beveridge, financiado sobretudo pelos impostos via Orçamento Geral do Estado, também conduz a uma quebra do liame contratual entre o médico e o paciente.

Por outro lado, a prática da medicina realiza-se, cada vez mais, em ambiente complexo e anónimo. O médico tem uma dupla lealdade a satisfazer: de um lado o paciente e as suas necessidades concretas, do outro a sociedade e a exigência de não abusar dos meios disponíveis – o que na bioética se chama o *princípio da justiça*.

A atividade médica é cada vez mais regulamentada e está intimamente ligada ao sistema de seguro social, donde a chamada “*profissão liberal*” perder o sentido.³⁶ Se assim é na

³² Cf. João LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?, A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos «Direitos Adquiridos»*, Coimbra Editora, 2010.

³³ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Auflage, München, Beck, 2002, § 2 e § 3.

³⁴ Na expressão de CORREIA DE CAMPOS/ Jorge SIMÕES, *O Percurso da Saúde: Portugal na Europa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 43.

³⁵ Atualmente os sistemas de seguro social também não prescindem da presença do Estado ou dos Municípios, seja enquanto financiador, seja enquanto prestador de cuidados de saúde.

³⁶ Note-se porém que o Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 11 e BVerfGE 12) em 1960 deixou bem claro que o médico que trabalha no âmbito de uma relação jurídica com um seguro de saúde mantém a sua

Alemanha, onde o médico está vinculado às regulamentações das seguradoras, nenhuma dúvida existe nos países que adoptaram o sistema de Beveridge, em que o Estado assumiu essa função. Em Portugal, a medicina praticada no âmbito dos hospitais públicos é considerada – pela doutrina maioritária – um *ato de gestão pública*, caindo na alçada do direito administrativo.

A medicina cumpre um interesse público, o que alicerçará ainda mais uma vigorosa mobilização dos direitos fundamentais, constantes da Constituição, ou mesmo dos direitos constantes das Convenções internacionais, como a Convenção de Oviedo, na relação médico-paciente.

4. A crise do princípio da culpa face ao Estado Social e à Sociedade de Risco

Partindo das decisões judiciais fundamentais relativas à responsabilidade civil em diversos sistemas europeus, o princípio da culpa foi sendo progressivamente abandonado com o desenvolvimento do Estado de Direito Social. Isso aconteceu em consequência das cada vez mais rigorosas exigências dos *deveres de cuidado* dos profissionais da saúde, das mutações que conduziram a uma menor exigência da *prova* e dos desafios provocados pelo surgimento da chamada “*Risikogesellschaft*” (Ulrich Beck)³⁷ que conduziu a um desenvolvimento da responsabilidade pelo risco ou a soluções do direito dos seguros.

Segundo Katzenmeier, o princípio da culpa conduz a um exercício profissional dos médicos mais livre, responsável, ponderado e cuidadoso. Para o Autor, o tradicional sistema de responsabilidade civil demonstra capacidade de evolução e suficiente flexibilidade para que também num tempo de

autonomia e deve ser considerado um profissional liberal – cf. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 20.

³⁷ A noção de “sociedade de risco” deve muito ao sociólogo Ulrich Beck. Contudo se quisermos manter uma visão verdadeiramente humanista e universal do mundo e da vida deveremos acompanhar Boaventura de Sousa Santos que justamente acusa Beck de provincianismo, já que reduz a sua análise aos riscos das sociedades opulentas do Norte, ignorando por completo os riscos das sociedades do sul, designadamente do “Sul que há no Norte”, nos bairros sociais, na condenação ao desemprego, na avassaladora exclusão, etc.. Cf., entre outros, Boaventura SOUSA SANTOS, “Porque é tão difícil construir uma Teoria Crítica,” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 54, 1999, p. 197 ss; Pedro HESPANHA, Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, 2002, p. 21-31.

grandes progressos técnicos, transformações sociais assim como a articulação de novas pretensões e necessidades num processo dinâmico com acelerações contraditórias, em que é necessária uma adequada compensação dos danos causados no exercício da medicina e alcançar uma solução que faça justiça aos interesses contraditórios em jogo.

Contudo, o direito da responsabilidade civil está em desagregação. O Estado Social de cunho moderno vai-se continuamente alargando, de um lado, mas vai perdendo funções, por outro lado. O sentido do desenvolvimento parte da *responsabilidade pelo ilícito* (*Verantwortung für Unrecht*) para o *cuidado pelo azar* (*Versorgung bei Unglück*), da compensação por danos (*Schadenszurechnung*) para a partilha de danos (*Schadensverteilung*), da *justiça comutativa* para a *justiça distributiva*.³⁸

Esta constatação vale especialmente para o direito da responsabilidade médica. Os danos decorrentes da atividade médica já estão hoje em dia em alguma medida socializados.³⁹ Todavia, os desafios de política jurídica atual têm por fim uma completa coletivização dos riscos. Os pensamentos de partilha e o interesse comum estão na base dessas correntes cada vez mais possantes.

Quando ocorrem danos especialmente graves e com um conjunto alargado de vítimas temos assistido à intervenção do Estado, na sua vertente Executivo/ Administração, ultrapassando os meios do Poder Judicial, promovendo arbitragens ad hoc. Assim aconteceu no caso do sangue contaminado que infetou muitos hemofílicos com o VIH no Hospital de Évora e mais recentemente o caso da cegueira em vários doentes no Hospital Santa Maria (2009).⁴⁰ Este tipo de intervenções (assistencialistas *ad hoc*) costuma merecer o louvor social. Já no plano da arquitetura de um sistema de reparação de danos pessoais é merecedor de críticas. Com efeito, ao criar estas comissões *ad hoc* e extrassistémicas o Estado dá incentivos aos potenciais lesantes e aos potenciais lesados para não promoverem um regime de compensação de danos pessoais mais efetivo e mais justo. Em caso de “catástrofe” o Estado – através da ‘generosidade’ do poder

³⁸ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, Vorwort.

³⁹ Embora em Portugal os sistemas de proteção social não sejam tão avançados quanto nos países europeus mais ricos.

⁴⁰ Comissão Independente de Acompanhamento ao incidente ocorrido em 17 de Julho de 2009 no Serviço de Oftalmologia do Hospital de Santa Maria.

político – vem colmatar as lacunas de proteção. Assim, torna-se mais difícil justificar a necessidade da criação de um outro modelo de reparação de danos e de responsabilidade civil ou, pelo menos, de fazer funcionar os incentivos intrínsecos ao sistema de responsabilidade civil com o seguro de responsabilidade.

Parte da doutrina zela ainda pela primazia do princípio da liberdade e da responsabilidade pessoal, e tenta reforçar a posição do paciente, garantindo ainda a liberdade da atividade médica e protegendo-a das múltiplas ameaças. Este objetivo parece ser a quadratura do círculo. Contudo, o princípio enunciado – *da liberdade e da responsabilidade pessoal* – possibilita uma efetivação e uma harmonização dos interesses contrapostos e valoriza a relação médico-paciente na sua individualidade.

Por outro lado, o crescimento da responsabilidade médica tem levado a comportamentos de medicina defensiva e esta a uma prestação de cuidados de saúde mais caros e, muitas vezes, mais perigosos, porque expõe-se o paciente a um maior número de consequências secundárias e a mais riscos nos exames e tratamentos *desnecessários*. Urge, pois, apontar caminhos para superar esta evolução claramente negativa.

Caminhos que podem passar por correções ao sistema, como a redução do montante das compensações, ou por introduzir melhorias na prática médica, como acontecem com os sistemas de notificação do erro e quase-erro.

Mas que poderão ir mais além e apontar para uma verdadeira mudança de paradigma da compensação de danos pessoais, abandonando-se o princípio da responsabilidade e o dogma da culpa, colocando o acento na socialização do risco, como acontece nas experiências de responsabilidade *no-fault* ou nos chamados sistemas administrativos.⁴¹

Vários países europeus, entre outros, como os EUA e a Nova Zelândia, revelam-se laboratórios de ensaio de respostas jurídicas e organizacionais diversas e, por vezes, contraditórias. Tais propostas e tais alternativas deverão ser estudadas, sempre sem olvidar que o grande objetivo do Direito da Medicina e do direito da responsabilidade médica é contribuir para que se faça cada vez melhor medicina e que os pacientes vejam os seus direitos mais respeitados e a sua saúde melhor cuidada.

⁴¹ Kaj ESSINGER, *Medical Liability: Alternative Ways to Court Procedures*, Strasbourg, 2 June 2008.

O desenvolvimento deste ramo do direito tem sido feito – na Europa em geral – com recurso à criação de deveres de cuidado e deveres de esclarecimento (*Sorgfalts und Aufklärungspflichten*), a dissolução da relação de tensão entre o dever de tratar dos médicos e o direito à autodeterminação dos pacientes (“*salus aut voluntas aegroti suprema lex*”), a consideração das específicas necessidades de especialistas para os doentes, bem como as necessidades de manter uma relação de confiança entre ambos. Para além disso, os problemas de organização e económicos de um consultório médico ou de uma entidade hospitalar, finalmente o surgimento de uma “igualdade de armas” no decorrer do processo do lesado contra o médico ou contra a entidade hospitalar.

A medicina é cada vez mais invasiva, mais intrusiva e tecnológica. Perante esta estrutural modificação da medicina, poderá o Direito continuar com os instrumentos oitocentistas de uma sociedade agrária, em que o dano era humanamente causado por um indivíduo concreto, com um nexos de causalidade facilmente apreensível e com um grau de culpa de não difícil apreciação?

5. “A sociedade medicalizada”: *racionalismo e racionalidade num contexto democrático*

Um fenómeno paradoxal, colocado em evidência por Amartya Sen, consiste no facto de que quanto mais uma sociedade investe em cuidados de saúde, mais os seus cidadãos se sentem doentes.⁴² Donde, afirma o bioeticista Daniel Callahan: “*A medicina é vítima do seu próprio sucesso.*”⁴³ Com efeito, “a sociedade medicalizada” em que nos inserimos criou grandes expectativas face aos avanços da medicina e da farmácia.

Esse progresso tem sido extraordinário, sendo recorrente a afirmação de que a medicina evolui “a cada mês”, se não mesmo a cada semana que passa. As melhorias notáveis nos cuidados de saúde, a qualidade e eficácia de muitos medicamentos e o rigor e a precisão do diagnóstico são uma utopia que se está fazendo, nas nossas Faculdades, nos nossos Hospitais, nos nossos centros de investigação e na nossa

⁴² Amartya SEN, “Health: perception versus observation,” *British Medical Journal*, 324, p. 859.

⁴³ Daniel CALLAHAN, *What Kind of Life. The Limits of Medical Progress*, Washington, Georgetown University Press, 1994, p. 1.

indústria farmacêutica – pelo menos no nosso “*Norte Global*” (na expressão de Boaventura Sousa Santos).

A sociedade medicalizada de que falamos insere-se no contexto da *sociedade de hiperconsumo* definida por Gilles Lipovetsky, como: “aquela em que as despesas de saúde se desenvolvem em todas as direções, progredindo mais rapidamente que o consumo no seu todo. O *Homo consumericus* aproxima-se cada vez mais do *Homo sanitas*: consultas, medicamentos, análises, tratamentos, todos estes consumos surgem num processo acelerado que parece não ter fim.”⁴⁴

Este rodópio clínico em que os cidadãos são envolvidos produziu a chamada “indústria da saúde”, com as conhecidas consequências sobre o erário público, lançando, em definitivo, o debate sobre a sustentabilidade do “modelo social europeu,”⁴⁵ designadamente nesta importante área da saúde. Donde, “os gastos com a saúde, em Portugal, como nos países da UE e da OCDE, têm crescido a um ritmo superior ao do crescimento económico, assumindo uma importância crescente face ao PIB.” E avisam que se não forem tomadas medidas de contenção dos gastos pelos governos, a insustentabilidade financeira dos sistemas de saúde é forçosa, “com a percentagem das despesas públicas com saúde no PIB a quase duplicar até 2050, quer em Portugal, como na média da OCDE.”^{46 47}

Desta constatação ao debate acerca “do racionamento e da racionalização no acesso à saúde” foi um passo. Com efeito, este debate tem já mais de uma geração e no limite revela o esplendor do debate democrático.⁴⁸

⁴⁴ Gilles LIPOVETSKY, *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*, Edições 70, 2007.

⁴⁵ Cf. O elogio do referido modelo por parte do norte-americano Jeremy RIFKIN, *The European Dream, How Europe's Vision of the Future Is Quietly Eclipsing the American Dream*, Tarcher, 2004.

⁴⁶ Ana FERREIRA/ Ana HARFOUCHE/ CORREIA DE CAMPOS/ Francisco RAMOS, *Anuário da Economia Portuguesa*, 2006. Sobre as medidas de contenção de gastos, vide CORREIA DE CAMPOS/ Jorge SIMÕES, *O Percurso da Saúde: Portugal na Europa*, p. 67.

⁴⁷ Nos Estados Unidos, que detêm o valor mais elevado nas estatísticas da OMS, a despesa da saúde no PIB subiu de 13,4% em 2000 para 15,2% em 2008, World Health Organization's 2011 health statistics, p. 134.

⁴⁸ Cf. o título da dissertação de Luís MENEZES DO VALE, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, FDUC, polic. 2007. Vide

Passamos a explicar: entendemos hoje que os fenómenos de escolha, de opção, de decisão, designadamente na política da saúde, devem passar pelo crivo da publicidade, da discussão aberta, da argumentação e do debate. É aliás essa uma das mensagens principais do seminal *Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre as Questões Éticas na Distribuição e Utilização dos Recursos para a Saúde* (14/CNECV/95).

Democratizar as decisões sobre a saúde é o grande passo do debate sobre racionamento e esse caminho vai sendo paulatinamente trilhado na sociedade portuguesa. O Parecer n.º 64/CNECV/2012, de setembro de 2012⁴⁹, afirma a necessidade de uma “escolha e racionamento explícito e transparente, em diálogo com os cidadãos que devem ser informados (porque nada substitui a participação democrática), para que assim se mantenha intacta a confiança dos doentes nos profissionais de saúde e no SNS e maximize a responsabilidade dos decisores.” Ou seja, parece advogar no que se impõe um debate e uma escolha pública e transparente e não um *racionamento implícito*.

Como primeira dimensão da democratização das decisões em saúde colocaria forte ênfase na opção constitucional definida no art. 64.º da Lei Fundamental. Segundo o seu n.º 2: “*O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito.*”

Esta norma não se contenta com a exigência de um *acesso à saúde equitativo*, como por exemplo afirma o art. 3.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa de 1997. A leitura que melhor satisfaz o comando da Constituição Portuguesa parece ser a que elege o

ainda PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Imprensa Nacional –Casa da Moeda, 1999; Manuel ANTUNES, *A Doença da Saúde–Serviço Nacional de Saúde: ineficiência e desperdício*, Lisboa, Quetzal Editores, 2000 e Nazaré da COSTA CABRAL/, Olívio MOTA AMADOR/ Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS (ORG.), *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010; Wendy K. MARINER/ Paula Lobato de FARIA, (Eds), *Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy*, Lisboa, 2008.

⁴⁹ Parecer n.º 64/CNECV/2012 –*Parecer Sobre um Modelo de Deliberação Para Financiamento do Custo dos Medicamentos*. Este Parecer suscitou forte controvérsia; para uma análise crítica, vide Parecer da APB (Relator: Rui Nunes), de dezembro de 2012, sobre Racionamento *em Saúde*.

modelo de Beveridge como o adequado para um país – que era o de 1976 – com carestias de toda a ordem, como bem aponta António Arnaut⁵⁰ nos seus textos “revolucionários” – porque de uma verdadeira revolução democrática se tratou.

Esta opção político-constitucional veio trazer o debate diretamente para a sede do Orçamento de Estado, que representa o mais apelativo debate parlamentar e político desde o liberalismo.

Este facto não é indiferente e não tem sido devidamente sublinhado. Ao colocar nas mãos do Estado um Serviço Nacional de Saúde que opera através de hospitais públicos *lato sensu* ou de convenções com privados, a Constituição impõe o compromisso perante a sociedade e perante os cidadãos de que seja assegurado um determinado ‘pacote’ de prestações em saúde, até agora entendido como “universal e geral”. E os que pretenderem reduzir esse cabaz de prestações de saúde terão que o fazer sob o crivo, sob a fiscalização e o controle do Parlamento.

Talvez por isso os países escandinavos – cujos sistemas de saúde se filiam também no modelo de Beveridge – tenham sido pioneiros no estudo do tema do racionamento; designadamente porque a cultura cívica destes povos não admitiria que um determinado tratamento estivesse disponível para um grupo de cidadãos e não para outro. Já não acontece assim, por exemplo, na Alemanha, herdeira do *sistema de Bismark* com diversidade de seguros e com diferentes prestações em função do que for *contratualizado*.

Um segundo passo trilhado no sentido do debate democrático sobre a racionalização do acesso à saúde foi a consagração das chamadas *taxas moderadoras*. Vale a pena atermo-nos um tempo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional que ao longo dos anos foi decantando o entendimento que Gomes Canotilho, no seu magistério, sintetiza da seguinte forma:

“Ao colocar-se ao Tribunal o problema das “taxas moderadoras” ou o “problema das propinas”, pretendia-se, no fundo, que ele emprestasse a bênção constitucional a um problema central da teoria

⁵⁰ António ARNAUT, *Serviço Nacional de Saúde, 30 Anos de Resistência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. Sobre o sistema de saúde português, vide CONSELHO DE REFLEXÃO SOBRE A SAÚDE, *Reflexão sobre a Saúde, Recomendações para uma reforma estrutural*, 1998; OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, com Relatórios de 2000 a 2012, publicados em <http://www.observaport.org>.

económica e de políticas públicas – *o problema de racionamento do acesso a um bem essencial*. (...) As soluções a que o TC chegou “passaram a constituir a medida jurídico-constitucional do racionamento. Elas anteciparam, em certa medida, a revisão dos critérios de justiça social ao admitir como constitucionalmente conforme o pagamento de um preço pela prestação de serviços garantidores de direitos sociais por parte daqueles que revelem capacidade económica.”⁵¹

Em terceiro lugar, vivemos ao longo da última década, um insistente debate político em torno das questões da saúde.⁵² Não entrando no detalhe,⁵³ merece referência a criação da *Entidade Reguladora da Saúde*, com objetivos de promover uma mais eficiente regulação da saúde,⁵⁴ bem como a transformação de muitos hospitais em entidades públicas empresariais (EPE), mudança que terá como escopo uma maior responsabilização da gestão e uma promoção da prestação de cuidados de saúde com maior eficiência.

Racionalização, eficiência, custo-benefício... Enfim, um jargão que poderá não se coadunar com uma visão mais conservadora e estática do Serviço Nacional de Saúde... Para outros, porém, que acolhem a principiologia da bioética sugerida por Beauchamp e Childress na sua globalidade, incluindo o *princípio da justiça*, trata-se de linguagem que importa reconhecer e introduzir no léxico da ética e do direito da saúde, sem preconceitos e com frontalidade.

Nesse sentido, a Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes afirma que, “Os recursos existentes são integralmente postos ao serviço do doente e da comunidade, até ao limite das disponibilidades.” Por outro lado, no campo dos deveres dos

⁵¹ GOMES CANOTILHO, *Tribunal Constitucional; Jurisprudência; Políticas públicas*, 2003, *apud* Luís MENESES DO VALE, *Do racionamento e da racionalização no acesso à saúde*, cit..

⁵² Com efeito, o crescimento “devorador” do orçamento da saúde preocupa os economistas e os governantes, sendo que mesmo o Presidente dos EUA, Barack Obama, fundamenta em parte o seu projeto de reforma do acesso à saúde nos EUA – o “*Obamacare*” – com base nos custos crescentes do *Medicaid* e do *Medicare* – os sistemas de proteção da saúde públicos.

⁵³ Cf. Jorge SIMÕES, *Retrato Político da Saúde*, Coimbra, Almedina, 2004 e Rui NUNES, *Regulação da Saúde*, 2.^a Edição, VidaEconómica, 2009.

⁵⁴ Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro. A ERS tem por objecto a regulação, a supervisão e o acompanhamento, nos termos previstos no presente diploma, da atividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde.

doentes, postula-se: “6. O doente tem o dever de utilizar os serviços de saúde de forma apropriada e de colaborar ativamente na redução de gastos desnecessários.”

Em tempos de *racionalização* (e, infelizmente, em alguns casos de ‘racionamento’), exige-se mais informação, mais transparência e mais debate democrático em torno da questão do financiamento da saúde, devendo distinguir-se a decisão político-democrática a um nível da macroalocação de recursos, do nível de micro-alocação de recursos, isto é, da decisão médica concreta.⁵⁵

Se se impõe a aplicação de estratégias de sustentabilidade e modernização do “modelo social europeu” e o desenvolvimento do Sistema de Saúde, em geral, e do Serviço Nacional de Saúde, em especial, também não é menos verdade que a remissão das decisões para o nível da relação médico-paciente pode colocar em perigo a essência mesma desta especial ligação de solidariedade existencial.

Uma dissertação que versa sobre os Direitos dos Pacientes e a Responsabilidade Médica, embora não possa desenvolver a temática da racionalização em saúde, deve ter sempre como pano de fundo estas movimentações profundas a que assistimos na estrutura do próprio sistema de saúde e das condições materiais da sua realização.

6. Mutações da relação médico-paciente: bases da crescente responsabilidade médica

A responsabilidade médica está a aumentar devido a vários fatores. Para além do aumento genérico do recurso aos tribunais, verifica-se uma cientifização da medicina, a sua tecnicização e especialização que conduzem a crescentes expectativas dos pacientes.

A partir de meados do século XIX a medicina passou a orientar-se pelas ciências da natureza. Assim, a arte médica adquiriu fundamentos totalmente novos. A melhoria das capacidades da medicina acarretou – algo paradoxalmente – o aumento da responsabilidade dos médicos.

Deste modo a *cada novo ramo da medicina surgem novas possibilidades de responsabilização*. Assim, por exemplo, no caso de *wrongful birth* e de *wrongful life*, ações

⁵⁵ LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, Capítulo X, Nm. 25. Os Autores advogam que as medidas de racionalização devem ser tomadas a um nível de decisão superior e não delegadas na concreta relação médico-paciente.

que apenas se tornaram possíveis e imagináveis a partir do momento em que surgiram técnicas de análise pré-natal e a consequente possibilidade de responsabilizar o médico pelos seus erros neste domínio.⁵⁶ Ou a *wrongful conception*, apenas possível de configurar a partir do momento em que emergiu o direito à autodeterminação procreativa, a utilização generalizada de métodos contraceptivos e mesmo o acesso à esterilização voluntária.⁵⁷

No plano antropológico deveremos recuperar a figura da *necessidade* e da *ajuda* (*Not und Hilfe*). Uma pessoa que sente uma necessidade física, psicológica ou social, “dá-se” à outra, que representa a ajuda ou que a promete; o paciente confia ao médico bens pessoais do mais alto escalão: a sua vida e a sua saúde; e confia-lhe partes pessoais da sua esfera íntima. Verifica-se uma radical “*abertura do eu ao outro*”. O médico encontra o fundamento, os objetivos e a legitimação da sua ação numa intervenção especializada que visa *cuidar* da necessidade do paciente: quando possível *curar*, de todo o modo deve aliviar, aconselhar, assistir e consolar. Numa palavra, a relação médico-paciente é das mais profundas no plano *onto-antropológico do cuidado-perigo* (Faria Costa).

Por outro lado, com os avanços da medicina aumentam não apenas as possibilidades de sucesso na cura, mas também os *riscos do tratamento*. A medicina dos nossos dias muitas

⁵⁶ Assim, Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e a Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 106.

⁵⁷ Cf. Lei n.º 3/ 84, de 24 de março (Educação sexual e planeamento familiar); Lei n.º 120/99, de 11 de agosto (Reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva) regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 258/2000, de 17 de outubro; a Lei n.º 60/2009, de 6 de agosto, regulamentada pela Portaria 196/A/2010, de 9 de abril, estabelece o regime de aplicação da educação sexual em meio escolar.

Sobre a Procriação Medicamente Assistida, *vide* a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho; esta lei foi considerada não inconstitucional pelo Ac. do TC n.º 101/2009, de 3/3/2009 (Fernades Cadilha). No plano internacional, o *Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento* (Cairo, 1994) consagra o conceito de Saúde Reprodutiva o qual implica que as pessoas possam ter uma vida sexual satisfatória e segura e possam decidir se, quando e com que frequência têm filhos. Esta condição pressupõe o direito de cada indivíduo a ser informado e a ter acesso a métodos de planeamento familiar da sua escolha, que sejam seguros, eficazes e aceitáveis e, ainda, a serviços de saúde adequados, que permitam às mulheres terem uma gravidez e um parto em segurança e ofereçam aos casais as melhores oportunidades de terem crianças saudáveis. Abrange, ainda, o direito à saúde sexual, entendida como potenciadora da vida e das relações interpessoais.

vezes lança mão de processos agressivos. A utilização de determinados meios tecnológicos e farmacológicos (quimioterapia, medicina nuclear, meios complementares de diagnóstico, etc.) traz consigo uma elevação do risco para os pacientes. Assim acontece com a utilização de aparelhos complexos que acarretam o risco de graves consequências causadas por erros de utilização, ou os medicamentos altamente potentes que são acompanhados não raramente de graves efeitos secundários.

Em terceiro lugar, devemos destacar a *divisão do trabalho* entre vários profissionais da saúde e várias especialidades médicas, o que constitui um aspeto relevante da moderna medicina. A hiperespecialização constitui a resposta à rapidez da atualização científica e aos crescentes progressos da medicina. O revés é o desmembramento do paciente, a falta de uma visão de conjunto da pessoa doente, uma excessiva concentração em concretos sintomas ou complexos de sintomas. Tudo isto conduz uma desumanização dos cuidados de saúde, a um aumento dos custos da medicina e ao surgimento de riscos para o paciente em função de uma possível falha de coordenação, de comunicação ou carência de supervisão entre tantos profissionais, bem como erros na delegação de tarefas, a má qualificação de colaboradores e ou conflitos de competência. Neste sentido, podemos observar que muitos danos ocorrem na transição entre serviços, na repetição desnecessária de exames e diagnósticos e na não assunção pronta da responsabilidade por agir.

Em quarto lugar, a medicina científica e tecnicizada – a tão apregoada *medicina baseada na evidência* (*rectius* na prova) – tem conduzido a uma formação médica menos humanista. No médico valoriza-se a ciência face à experiência, no doente valorizam-se os resultados objetivos das análises e dos exames de diagnóstico face às manifestações subjetivas e sociais do seu padecimento. Mas, o médico não deve olvidar a sua função de parceiro de companheiro no sofrimento que durante milénios desempenhou. Com efeito, “Não há doenças, mas apenas pessoas doentes!”⁵⁸

Na síntese das palavras pessimistas de Karl Jaspers: “Quanto maior o saber e as possibilidades da ciência, quanto mais capazes os instrumentos e aparelhos para diagnóstico e terapia, mais difícil se torna encontrar um bom médico, ou

⁵⁸ Afirmava o médico Ludolf v. KREHL, *apud* KATZENMEIER, *Arzthftung*, p. 12-13.

mesmo um médico que seja.” Pelo contrário, a boa relação comunicacional com o paciente pode absolver o médico mais incompetente da assunção da responsabilidade.⁵⁹

E, contudo, graças à medicina, a esperança de vida aumentou exponencialmente, a morbidade e a mortalidade diminuíram e o homem passou a superar as dificuldades da natureza com o recurso às técnicas de procriação assistida...

A medicina – a *medicina enquanto ciência integral*⁶⁰ – é indubitavelmente uma das *artes* à qual o homem contemporâneo deve quota-parte significativa da sua prosperidade, da sua qualidade de vida, da sua realização pessoal e felicidade,⁶¹ bem como, quiçá, da própria evolução da espécie humana.⁶²

⁵⁹ Cf. BARROS VELOSO, *Medicina: a Arte e o Ofício*, Gradiva.

⁶⁰ Edmund D. PELEGRINNO/ David C. THOMASMA, *A philosophical Basis of Medical Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1981, p. 62. Cfr, Frances TORRALBA I ROSELLÓ, *Filosofia de la Medicina: En torno a la obra de E. D. Pelegrino*, Madrid, institut Borja de bioètica, Fundación Mapfre Medicina, 2001.

⁶¹ A evolução da medicina e da farmácia é notável desde a implementação do método científico e de crescimento geométrico no último século. Contudo, não se pense que houve períodos de paralisação do espírito humano, designadamente na Idade Média. Ensina Jacques LE GOFF/ Nicolas TRUONG, *Uma História do Corpo na Idade Média*, teorema, 2005, p. 99: “Tem-se insistido muito no nível paupérrimo da medicina medieval, mais livresco que experimental e cujos remédios eram sistematicamente tirados de Galeno. (...) A atribuição a Galeno de muitos remédios costuma esconder invenções propriamente medievais. Galeno é uma máscara. É que, sob a pressão ideológica da Igreja, a Idade Médica é um contentor teórico da novidade. E as descobertas médicas abrigam-se atrás do biombo dos Antigos.”

⁶² Para o debate em torno do contributo da biomedicina para a melhoria das condições de existência da pessoa humana, numa perspetiva progressista, mas apelidada por alguns de anti-humanista, cf. Peter SLOTERDIJK, *Regras para o Parque Humano*, Coimbra, Angelus Novus, 2007, p. 50. ss.

CAPÍTULO 2 – A EMERGÊNCIA DO DIREITO DA MEDICINA

7. A Autonomia do Direito da Medicina

Vem-se afirmando na doutrina a emergência de um ramo autónomo do saber jurídico:⁶³ o Direito da Medicina. Este saber é autónomo em duas vertentes: quer face a ciências extrajurídicas, tais como a Bioética a Ética Médica ou a Medicina Legal, quer no domínio intrajurídico, com a necessidade de ultrapassar as divisões tradicionais entre o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Público.⁶⁴

No que respeita à primeira delimitação face aos domínios extrajurídicos, reconhecemos que a *inter e transdisciplinaridade* são fundamentais para quem almeje cultivar o Direito da Medicina⁶⁵; impõe-se – todavia – uma separação epistemológica dos diversos saberes. Esta distinção revela-se assaz sibilina, visto que algumas fontes do mesmo derivam do labor bioético *lato senso*, tais como os Conselhos de Ética nacionais e internacionais.

Todavia, os utensílios de que temos necessariamente que lançar mão são os instrumentos do Direito. A medicina, *rectius*, a atividade médica em interação com a pessoa humana, é o objeto desta ciência normativa. Por isso, estamos em crer que sem a Metodologia do Direito, a História do Direito, os conhecimentos prévios de Direito Privado, Direito Público e Direito Penal dificilmente se poderá compreender o subsistema do Direito da Medicina.

⁶³ No plano da Teoria do Direito, é controvertida a designação Ciência do Direito. Sobre essa matéria, cf. Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, com Introdução e Tradução de MENEZES CORDEIRO, 2008.

⁶⁴ Erwin DEUTSCH/ Andreas SPICKHOFF, *Medizinrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, 2008, p. 5.

⁶⁵ Céu RUEFF, *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 171, apoiando-se nos escritos de Romeo Casabona.

7.1. Direito Médico, Direito da Medicina, Direito Biomédico, Direito da Saúde

Nesta área verifica-se alguma confusão terminológica a que pretendemos aludir.⁶⁶ Num primeiro momento, a expressão dominante era a de *Direito Médico* – na expressão alemã *Arztrecht*, na inglesa *Medical Law* ou na francesa *droit médical*. Este versava sobre as normas jurídicas relativas à relação médico-paciente.

Nas palavras de dois pioneiros desta área jurídica, Kennedy e Grubb: “We see [medical law] as essentially concerned with the relationship between health care professionals (particularly doctors and to a lesser extent hospital or other institutions) and patients.”⁶⁷

Esta definição revela-se muito curta. Por um lado está fechada sobre a profissão do *médico*, quando a medicina moderna conta com uma panóplia de outras profissões de saúde (enfermeiros, farmacêuticos, técnicos de saúde, psicólogos, etc.). Mas ainda com esta abertura, este direito versava primordialmente sobre os Direitos e Deveres dos Doentes, a Responsabilidade Civil, Penal e Disciplinar. O foco da atenção estava nos sujeitos: no *médico e outros profissionais de saúde e no doente/paciente*.

Num segundo momento foi-se afirmando a noção de Direito da Medicina.⁶⁸ Neste caso, o objeto seria a atividade médica (em sentido amplo). Ou seja, o Direito da Medicina estuda a vida humana, nos seus diferentes estágios, e o seu contato com a Medicina. Donde, este ramo do Direito versaria sobre a vida humana, desde antes do nascimento até depois da morte da pessoa humana, nos diferentes contatos que mantém com a atividade da medicina. Porque a biologia e outras ciências da vida têm vindo a ocupar um lugar de destaque na

⁶⁶ Para mais desenvolvimentos, vide João LOUREIRO, “Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito”, *Cadernos de Bioética* 11 (2001/25), p. 19-53.

⁶⁷ Ian KENNEDY/ Andrew GRUBB, *Medical Law*, Butterwoths, 2000, p. 5.

⁶⁸ Com João LOUREIRO, *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 16, optamos pela fórmula Direito da Medicina, visto que Direito Médico tem um caráter redutor e traduz uma compreensão paternalista da Medicina. Optando também pela designação Direito da Medicina, SÉRVULO CORREIA, “Introdução ao Direito da Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991, p. 43.

atividade médica surgiu a feliz designação de *Direito Biomédico*.

O conceito de Direito Biomédico, contudo, não assume ainda a primazia visto que desfoca o cerne da problemática deste ramo do direito: a pessoa humana na relação com a (bio)medicina, remetendo – ao menos no plano semiológico – para dimensões mais tecnológicas ou científicas. A semântica forte de Biomedicina correlaciona-se fortemente com os aspetos da propriedade intelectual, da titularidade e exploração de bases de dados e biobancos, a investigação com células estaminais, por exemplo. Numa palavra: a “medicina de ponta”. Ora, é na “medicina do quotidiano” (na feliz expressão de Guilherme de Oliveira) que radicam princípios e metodologias que permitirão a afirmação de um ramo do direito autónomo, a exigir consequências prático-normativas de concretização.⁶⁹

Os desafios que a nova biotecnologia lança à pessoa humana são deveras relevantes e merecem uma investigação aprofundada.⁷⁰ Pensemos nos problemas da xenotransplantação, da manipulação genética, da investigação com embriões, da manipulação de tecidos e células humanas, da criação do ciborgue⁷¹ ou da clonagem de seres humanos ou

⁶⁹ Gilles GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, no prefácio, propõe o Direito do Corpo Humano (*droit du corps humain*), como sendo um conjunto de regras, princípios e raciocínios que enquadram a atividade médica e biomédica e que permitem o controle das decisões tomadas pelos médicos e os cientistas, os quais envolvem frequentemente o conjunto da personalidade do indivíduo, para lá da dimensão corporal.”

⁷⁰ Cf. João Carlos LOUREIRO, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 797-891 e João Carlos LOUREIRO, “Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in: Manuel da Costa ANDRADE/ Maria João ANTUNES/ Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, 2010.

⁷¹ “Neil Harbisson é o primeiro ciborgue oficial da história, reconhecido como tal por um país – o Reino Unido –, em 2004. (...) Natural da Irlanda do Norte, Neil Harbisson nasceu a ver o mundo apenas a preto e branco. Mas o Reino Unido reconheceu que o olho eletrónico que está instalado em Neil Harbisson, que parece um pequeno candeeiro na cabeça, faz parte do seu corpo. Esse dispositivo permite-lhe “ver” as cores através de sons, ele que é um artista e faz do som e da cor o centro do seu trabalho.” Público, 25/05/2012.

mesmo da utilização do *doping* no desporto⁷² ou na vida profissional.

Mas é na prestação de cuidados de saúde mais frequentes e mais comuns que se faz sentir a necessidade de estudo jurídico, com vista a um aperfeiçoamento da legislação, a um olhar crítico sobre a jurisprudência e no lançar de humildes pedras no caminho que a doutrina portuguesa ainda tem que atravessar para um Direito da Medicina que contribua para a proteção da vida, da integridade física e psíquica da Pessoa Humana e outros direitos de personalidade, ao longo de toda a sua vida.

Na fase pré-concepcional, o Direito da Medicina estuda o direito da saúde sexual e reprodutiva (incluindo o planeamento familiar e a esterilização), a genética (em especial os testes genéticos préimplantação), entre outras.

Na fase embrionária e fetal, encontramos assuntos que geram paixões no debate bioético, como a interrupção voluntária da gravidez, a procriação medicamente assistida e a experimentação com embriões e o diagnóstico pré-natal.

O nascimento e a vida da pessoa humana, nas suas diferentes fases (infância, adolescência, idade adulta e velhice), dão um longo corpo ao direito da medicina, com temas diversos como as responsabilidades civil, penal e disciplinar; o consentimento informado; o sigilo profissional e um conjunto de vários temas especiais, todos fascinantes, de que destacamos: o direito da saúde mental, das doenças infecto-contagiosas, das doenças sexualmente transmissíveis, o direito na sua relação com a toxicodependência, a colheita e transplantação de órgãos e tecidos (*inter vivos*), a experimentação humana, o problema do transexualismo⁷³ e as implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano.

⁷² Sobre o tema, vide Sérgio Nuno COIMBRA CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011, *passim*. Uma das razões da sua proibição radica no facto de o doping constituir uma ameaça à saúde dos atletas e à saúde pública (p. 46-51).

⁷³ Portugal goza de legislação avançada no que respeita ao transexualismo, sendo a intervenção de mudança de sexo admitida e vista como terapêutica, carecendo do acompanhamento multidisciplinar. Afirma o art. 69.º do CDOM: “É proibida a cirurgia para transição do género em pessoas morfológicamente normais, salvo nos casos clínicos adequadamente diagnosticados como transexualismo ou disforia do género.”

Em 2011, foi publicada a Lei n.º 7/2011, de 15 de março, apelidada de *Lei de identidade de sexo*. Segundo o n.º 2, “têm legitimidade para

Mas o *corpus* do Direito da Medicina não se fica por aqui, abrangendo ainda a proteção dos interesses legítimos do cadáver e, em geral, a proteção da informação do cadáver e de partes deste (incluindo produtos biológicos e fluidos corporais) após a morte.

Como já foi apontado, as normas do Direito da Medicina unem-se em torno da ideia de proteção da relação jurídica médico-paciente e da pessoa humana na sua relação com a medicina.

Doravante, usaremos a noção de Direito Médico como sinónimo de Direito da Medicina. Cientes que estamos das suas diferenças e do menor âmbito do primeiro, numa análise rigorosa, entendemos que as expressões se assumem tendencialmente sobreponíveis.

Em terceiro lugar, surge o *Direito da Saúde*. Este campo de estudos é mais amplo e inclui o Direito Médico e o Direito da Medicina, mas é mais abrangente. Expande os seus domínios ao Direito da Economia da Saúde, ao Direito Administrativo da Saúde, incluindo a regulação das profissões de saúde, bem como o Direito da Farmácia e do Medicamento e o Direito da Saúde Pública.⁷⁴

Assim, o Direito da Saúde versa sobre toda a área da saúde, numa perspetiva integrada. Regula, pois, uma atividade humana de elevadíssima relevância social e económica, mas quiçá demasiado grande, demasiado diversa, demasiado heterogénea para constituir uma Dogmática jurídica autónoma.

requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade e que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica, a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de género.” Abandonando-se a via judicial, o pedido pode ser apresentado em qualquer *conservatória do registo civil* e deve ser instruído com os seguintes documentos: *a)* Requerimento de alteração de sexo com indicação do número de identificação civil e do nome próprio pelo qual o requerente pretende vir a ser identificado, podendo, desde logo, ser solicitada a realização de novo assento de nascimento; *b)* Relatório –subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo – que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro. Note-se que a mudança de sexo não afeta, por si só, o estado civil da pessoa (caso seja casada), nem os vínculos de filiação. Sobre as implicações jurídicas, sociológicas e filosóficas das transformações de sexo, *vide* Jacques MATEU/ Mathieu REYNIER / François VIALLA (Dir.), *Les assises du corps transformé: Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010.

⁷⁴ Cf. HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 2.

Erwin Deutsch aponta para a necessidade de estudar o Direito da Medicina, em conjunto com o Direito do Medicamento e o Direito dos Dispositivos Médicos, visto que todos funcionam como *placas tectónicas*: se um se move, mais cedo ou mais tarde, vai causar convulsões no outro ramo.⁷⁵ E esse é o papel do Direito da Saúde: promover uma reflexão de nível macro sobre todo o fenómeno da saúde. Mas afirma-se então sobretudo como uma “área do saber jurídico”, mais ampla do que um verdadeiro ramo do direito autónomo, com uma dogmática específica.⁷⁶

Assim também na relação entre o Direito da Medicina e o Direito da Saúde. Demasiado grande porque o Direito da Saúde versando sobre uma atividade social concreta, na sua análise é composto por dinâmicas normativas que exigem dogmáticas específicas: do Direito Administrativo, do Direito Fiscal e Financeiro, do Direito Constitucional, do Direito Penal e Contraordenacional, etc.⁷⁷

Mais amplo ainda se afigura o Biodireito, conceito utilizado por Helena Pereira de Melo.⁷⁸ *Bios* significa vida,

⁷⁵ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht* ⁶, 2008, p. 5.

⁷⁶ Podemos lançar do exemplo paralelo da contraposição entre o Direito das Empresas e o Direito Comercial. Este último é indiscutivelmente um ramo de direito privado especial, já o Direito das Empresas é uma área de estudos jurídicos que abrange a propriedade industrial, a concorrência, o direitos dos valores mobiliários e o direito comercial propriamente dito. Este último tem coerência dogmática e um conjunto de princípios metodológicos; o direito das empresas assenta numa análise mais socioeconómica que jurídica – cf. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 1973, p. 3-32; FERRER CORREIA, “Sobre a reforma da legislação comercial portuguesa”, *ROA*, II, 1984; Orlando de CARVALHO, “Empresa e Lógica Empresarial”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Vol. IV, BFD, Coimbra, 1997, p. 3 ss.; COUTINHO de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1998, p. 1-24; Fernando ARAÚJO, *Adam Smith. O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 1037-1299.

⁷⁷ A doutrina francesa lança mão da noção de “*droit hospitalier*” – nesse sentido, vide DUPONT/ BERGOIGNAN-ESPER / PAIRE, *Droit hospitalier*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011.

⁷⁸ Helena PEREIRA DE MELO, *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano, Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid*, vol. I, Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2007, p. 35; IDEM, *Manual de Biodireito*, Coimbra, Almedina, 2008.

Para exemplo de uma obra que versa sobre temas tão diversos (terrorismo e tortura, animais geneticamente modificados, nanotecnologia, genética clínica e epidemias), mas unidos por uma concepção ampla de Direito da Saúde, vide Paulo Lobato de FARIA (Ed.), *The Role of Health*

pelo que as fronteiras entre o Direito da Saúde, o Direito Biomédico e o Direito Ambiental se afiguram pouco claras, donde – quer no plano dogmático, quer no plano pedagógico – temos dúvidas de que seja a melhor via para o desenvolvimento deste ramo do Direito.

Por seu turno, Oliveira Ascensão⁷⁹ defende o conceito de *Direito da Bioética*, querendo referir-se ao ‘Direito da Vida’, incluindo a Ecologia. Para além de uma nomenclatura epistemologicamente defeituosa (pois confunde duas ordens normativas: o Direito e a Ética), fica por esclarecer que avanço jus-científico se consegue com a falta de *preocupação* com uma correta delimitação dogmática das figuras.

Tudo ponderado – e é esta a tese que aqui enunciamos – o Direito da Medicina poderá ser objeto de uma *Dogmática específica* a justificar a sua autonomização como ramo do Direito.

Por seu lado, o *Direito da Saúde* ou mesmo o *Biodireito* apenas se conseguirá afirmar como um *campo de estudos*, sem coerência dogmática própria.

A resposta a um leque de questões impõe-se à nossa reflexão: Poderá o Direito da Medicina afirmar-se como um ramo especial, com uma dogmática autónoma? Autonomia que se afirma em razão da matéria e em razão do *quid* específico metodológico? Haverá uma racionalidade específica que permita distinguir a “Ciência do Direito da Medicina” já face ao campo das Responsabilidades Profissionais, já face ao Direito da Reparação dos Danos Pessoais?

Muitas obras tratam da responsabilidade médica juntamente com a responsabilidade dos Advogados, dos Notários, dos Arquitetos, dos Contabilistas e outros profissionais.⁸⁰ Contudo, facilmente se compreende que estas responsabilidades profissionais visam sobretudo o domínio dos danos patrimoniais, incluindo dos danos puramente

Law, Bioethics and Human Rights to Promote a Safer and Healthier World, Lisboa, 2006. A construção de uma Dogmática própria de Direito da Medicina não será possível perante tamanha diversidade; já o estudo multidisciplinar do Direito da Saúde ou do Biodireito é uma realidade importante e de louvar.

⁷⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito Civil como o Direito Comum do Homem Comum”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, Ano 1 (2012), n.º 1, p. 54.

⁸⁰ Assim, por exemplo, Augusto BALDASSARI/ Stefania BALDASSARI, *La Responsabilità Civile del Professionista*, Tomo I e II, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

patrimoniais ou puramente económicos. Ao passo que o Direito da Medicina, de que a responsabilidade (civil) médica é um dos seus capítulos, visa em primeira linha a tutela de bens jurídicos pessoais, dos direitos de personalidade, e adquire especial relevo a compensação de danos não patrimoniais. Não se nega, porém, que alguns institutos nascidos no âmbito das responsabilidades profissionais não venham a ser adotados pelo Direito da Medicina, com as devidas adaptações, como o *dever de informação*, ou o instituto de *perda de chance* ou o conceito de *obrigações de meio* e de *obrigações de resultado*.

Também o *Direito da reparação de danos pessoais*, que abrange o direito rodoviário, o direito dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais, não abrange, com a subtilidade necessária a especificidade do Direito da Medicina. Trata-se de objetos de estudo jurídico que partem de um ponto de vista distinto. No Direito Médico, o paciente tem interesse na relação social e jurídica e o médico visa “cuidar” do doente e não o mero lucro económico.⁸¹ Numa palavra: o Direito da Medicina deve considerar o *plus de solidariedade existencial* que deve caracterizar a relação médico-paciente e que ultrapassa a mera primacial ontoantropológica relação de cuidado-perigo do direito dos acidentes rodoviários e laborais.

Por outro lado, estes últimos campos do direito visaram equilibrar um risco coletivo no caso do direito rodoviário, e o risco específico do trabalhador que coloca o seu corpo e a sua energia intelectual ao serviço do empregador. Acresce ainda que o chamado direito da reparação de danos pessoais tem como ponto de partida o *dano corporal* e a necessidade de o evitar e compensar, ao passo que o Direito da Medicina almeja *uma outra ambição*: a de regular o contato entre a pessoa humana (bem como a vida humana pré-natal e pré-concepcional e o respeito devido ao cadáver e aos produtos biológicos de origem humana) com a atividade social da medicina. Isto não significa que o Direito da Medicina não deva beber alguns ensinamentos históricos, dogmáticos e pragmáticos nos sistemas de reparação dos danos pessoais, como poderá ser o caso de um sistema *no-fault* de compensação do dano causado pelo acidente médico.

⁸¹ Cf. as preciosas reflexões sobre os princípios da ética médica de FÁRIA COSTA, «*Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica*», *RLJ*, Coimbra, Ano 140, n.º 3965, (Novembro-Dezembro 2010), p. 70 ss.

Mas a nossa pretensão é investigar se – em Direito da Medicina – existe um *quid* que justifique uma diferente qualificação dos factos e uma metodologia de resolução dos problemas distinta.

Parece-nos que a resposta essa questão deve ser positiva. Pode afirmar-se um Direito da Medicina que é constituído por um corpo e por um espírito. A referência algo setecentista e oitocentista ou savignyana a estes conceitos de *corpo* e *espírito* poderão parecer estranhas a um auditório do Século XXI, familiarizado com as modernas Metodologias Jurídicas. Mas permita-se-nos este aparente anacronismo: afinal somos todos herdeiros de setecentos e de oitocentos e a sua linguagem é ainda portadora de grande força semântica e de capacidade de persuasão. Por outro lado, o próprio Código Civil⁸² (art. 10.º, n.º 3) apela ao “*espírito do sistema*”...

O *corpo* consiste, pois, num conjunto de normas que versam ou que dirimem os conflitos de interesses juridicamente relevantes na relação entre o médico e o paciente, nos vários contatos entre a pessoa humana e o sistema médico. O *espírito* seria um conjunto de princípios jurídicos, *rectius*, de princípios normativos específicos que irradiam soluções de normatividade justa na relação entre a pessoa humana e a atividade da medicina, em sentido amplo.⁸³

7.2.O Papel da Ética Médica e da Deontologia Profissional no Direito da Medicina

Proteção do paciente e defesa face a abusos, garantia de paz e indicação de recomendações, estabilização da confiança são consideradas as principais tarefas do Direito. Assim, impõe-se manter tomar em conta a necessidade de manter o equilíbrio de interesses de ambas as partes. A liberdade

⁸² Doravante, as referências normativas pertencem ao Código Civil, salvo menção expressa ou tácita em contrário.

⁸³ João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera genética humana*, Coimbra, FDUC, 2003, Vol. I, p. 368, apresenta uma verdadeira definição do conceito, por si desenvolvido, de *Bioconstituição*: “o conjunto de normas (princípios e regras), formal e/ ou materialmente constitucionais, que se centram na proteção da vida e da integridade física e psíquica e da saúde, bem como da tutela das condições naturais da existência da mesma. A bioconstituição é a constituição da vida humana (teoria personocêntrica, mas não indiferente à tutela dos animais e da natureza), dos seus pressupostos biológico-psíquicos-espirituais, bem como à condições naturais, que são pressuposto da existência e da qualidade de vida humana.”

terapêutica do médico, por um lado, o direito à integridade pessoal (física e moral) e o direito à autodeterminação do paciente, por outro, devem ser harmonizados na regulação jurídica da relação médico-paciente. Se os interesses de uma das partes não forem suficientemente considerados ou sobrevalorizados, com desatenção dos da outra parte, nesse caso essa desigualdade ameaça converter-se numa batalha de adversários no campo jurídico. Se for possível essa harmonização, então pode o Direito dar o seu contributo para o bom funcionamento da parceria entre o médico e o paciente, pelo menos ele não se faz notar pelos transtornos que causa.⁸⁴

O Direito Médico ou o Direito da Medicina não é um ramo do direito com um estatuto especial para médicos ou que visa conceder privilégios a estes profissionais. Antes pelo contrário, *visa promover uma relação de confiança*⁸⁵ *num encontro de autonomias partilhadas*, em que a cidadania esteja presente também aqui, nestes domínios da intimidade e do encontro em situação de vulnerabilidade dos pacientes.

Confiança que faz parte da terapêutica e cujos frutos de franca humanidade fazem da medicina uma “arte”, que desde o Fedro de Platão, às passagens bíblicas elevam e dignificam essa nobre profissão.⁸⁶

Este é um ramo do direito em que as ligações à ética são muito fortes. Interessa aqui salientar a importância que a deontologia profissional pode ter na responsabilidade civil. Trata-se de uma ordem normativa complementar, cujo contributo na relação jurídica médico – paciente e na responsabilidade civil constituem uma realidade salutar.

Afirmou o Tribunal Constitucional alemão, numa decisão fundamental relativa à responsabilidade médica: “A ética profissional médica não está apartada do direito. Ela é eficaz por toda a parte e continuamente nas relações jurídicas do médico e do paciente. Aquilo que a ética médica exige do profissional, é adotado pelo direito como dever jurídico. Mais

⁸⁴ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 61.

⁸⁵ Cf. Jonathan F. WILL, “A brief history and theoretical perspective on patient and medical decision making: Part II: The autonomy model.” *Chest* 2011; 139:1491-7; Henrique VILAÇA RAMOS “Ars Medica, Técnica e Ética.” *Ação Médica*, n.º 2 (2011), p. 30-32.

⁸⁶ Cf. Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Edições 70, 1997, p. 49, “o indivíduo curado, ao qual se devolveu a própria vida, começa a esquecer a doença, mas continua ligado ao médico de uma maneira ou de outra (em geral inominada).”

ainda que noutras relações sociais flui no domínio profissional do médico o ético e o jurídico em conjunto.”⁸⁷

A autorregulação dos médicos ou o “direito profissional” tem várias vantagens. Este Direito criado pelos próprios médicos tem a função de disciplinar os comportamentos, forma e desenvolve um “*ethos profissional*”. As normas infralegais, de acordo com o princípio da autorregulação e autoadministração das associações ou ordens profissionais, com maior proximidade às questões a regular, podem fazê-lo melhor que ao nível estadual, e gozam ainda de uma melhor aceitação. A ordem jurídica igualitária, relativamente estática, apenas deve intervir a partir de uma certa grandeza dos problemas, porque aí já a ética profissional não consegue preencher essa necessidade de regulamentação.⁸⁸ Por outro lado, quanto melhor funcionar a regulamentação profissional, menos terá o direito da responsabilidade civil que intervir. Pelo contrário, se o direito profissional e disciplinar se revelar insuficiente, as normas gerais do direito estadual, em sede indemnizatória, estarão presentes para tutelar a situação.⁸⁹

A Democracia Representativa – enquanto meio de obtenção da *volonté générale* rousseauniana neste específico microcosmos do Direito da Medicina – deveria ser desenvolvida, seja através do mais eficaz funcionamento dos colégios de especialidade e das sociedades científicas na criação de *guidelines* e protocolos, seja no diálogo com associações de doentes e destas com as comissões de ética, bem como com o Legislador da República.⁹⁰

O novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos assume claramente a natureza de *regulamento administrativo*, tendo – após a sua discussão e aprovação pelos órgãos próprios da Ordem dos Médicos – sido publicado sob a forma de Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro de 2009.⁹¹ Esta solução, dissonante do que acontece com outras Ordens

⁸⁷ BVerfGE 52, 131 (169 ss.), citando Eberhard SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht in Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*,² (1957), 2, *apud* KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 71.

⁸⁸ TAUPITZ, *Die Standesordnungen der freien Berufe: cit.*, p. 545 ss.

⁸⁹ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 72. Guilherme de OLIVEIRA, “A Auto-regulação profissional dos médicos”, *RLJ*, Ano 134, Junho de 2001, p. 3923.

⁹⁰ No mesmo sentido, Dieter HART, “Patients' Rights and Patients' Participation Individual and Collective Involvement: Partnership and Participation in Health Law”, *EJHL*, n.º 11, 2004, p. 17 ss..

⁹¹ *Diário da República*, II.ª Série, n.º 8, de 13 de janeiro de 2009.

Profissionais,⁹² não pode significar uma menor dignidade ou importância da Deontologia emanada da Ordem dos Médicos. Esta tem, naturalmente, no domínio do Direito da Medicina um relevo substancial.

Contudo, poderá sempre questionar-se se a regulação ou limitação de direitos fundamentais não careceria da forma de lei, nos termos do art. 18.º da Constituição da República, sendo o Regulamento um ato legislativo insuficiente para a função que pretende cumprir.

Em abono da não inconstitucionalidade formal do Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro de 2009 dir-se-á que a Lei – através do Estatuto da Ordem dos Médicos⁹³ – delegou à Ordem o poder de “defender a ética, a deontologia e a qualificação profissional médicas, a fim de assegurar e fazer respeitar o direito dos utentes a uma medicina qualificada” (art. 6.º, al. a)). Criou ainda o Conselho Nacional de Deontologia e Ética Médica (art. 79.º) e atribuiu-lhe o poder “de *elaborar, em conformidade com o Estatuto, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos*” (art. 80.º).

⁹² A deontologia dos profissionais de saúde ora se encontra sob a forma de Lei, de Decreto-Lei, de Regulamento ou mesmo ainda no mero domínio associativo-deontológico. Assim, o CDOM, como vimos, encontra-se no Regulamento n.º 14/2009 (*DR* II.ª Série, 13 de janeiro); o Código Deontológico dos Médicos Dentistas também se encontra em Regulamento interno n.º 2/99 (*DR* – II.ª Série, n.º 143, de 22 de junho), alterado pelo Regulamento interno n.º 4/2006 (*DR* – II.ª Série, n.º 103, de 29 de maio); do mesmo modo, o Código Deontológico da Ordem dos Psicólogos Portugueses consta do Regulamento N.º 258/2011 (*DR*, II.ª Série, de 20 de abril de 2011).

Por seu turno, o Código Deontológico dos Farmacêuticos conta do Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro, que cria o Novo Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos inclui Código Deontológico; também o Código Deontológico do Enfermeiro está inserido no Estatuto da Ordem dos Enfermeiros e republicado como anexo pela Lei n.º 111/2009, de 16 de setembro.

Já o Código Deontológico dos Biólogos não se encontra em forma legal, o mesmo acontecendo no domínio dos Técnicos de Saúde. Aqui encontramos o Código Deontológico dos Técnicos de Radiologia/Técnicos de Radioterapia/Técnicos de Medicina Nuclear; o Código de Ética da Associação Portuguesa dos Técnicos de Análises Clínicas e Saúde Pública; o Código Deontológico da Associação Portuguesa de Higienistas Oraís (1992); o Código Ético e Deontológico da Associação Portuguesa de Cardiopneumologistas (março de 2006); o Código Deontológico dos Audiologistas (junho de 2005) e a Carta Ética dos Técnicos de Farmácia (junho de 2006).

⁹³ Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de julho.

Ainda assim, avançamos a seguinte grelha de análise do referido diploma: primeiro, as normas do Código Deontológico devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição; segundo, na medida em que uma norma do Código Deontológico viole os direitos fundamentais, deve ter-se por inválida; terceiro, se o Código estiver em desconformidade com a lei prevalece esta última, que tem maior dignidade formal, em razão da sua maior legitimidade político-democrática.⁹⁴

A relação entre médico e paciente é – afirmou repetidamente o Supremo Tribunal Federal alemão – “muito mais que uma relação jurídica contratual”.⁹⁵ A base social e moral desta relação humana são constitutivas desta interação que visa o *cuidado* do paciente, onde mesmo esses momentos de emoção, de carácter moral e psicológico se revelam fundamentais. “Beneficência, confiança, compreensão, amor são elementos constitutivos desta relação que dificilmente se adaptam às categorias jurídicas.”⁹⁶

Em todas as épocas históricas a pessoa doente precisou de um especialista que a ajudasse, que atendesse às suas queixas e a ajudasse a superar as limitações das suas capacidades, bem como de um parceiro ou companheiro que o ajudasse a superar o isolamento social decorrente da situação de doença e que o apoiasse nos seus medos existenciais. As funções de especialista e companheiro foram desempenhadas pelos médicos em diferentes tempos e de formas diversas.

O direito da responsabilidade médica coloca problemas de vária ordem muito complexos e de natureza interdisciplinar. O direito substantivo e o direito adjetivo (processual) devem ser analisados de forma integrada. Para além disso, deveremos tomar em conta não apenas as exigências do Direito Civil, do Direito Processual Civil, mas também o Direito Constitucional, o Direito Disciplinar, o Direito dos Seguros e da Segurança Social bem como o Direito Criminal. Finalmente, o moderno Direito da responsabilidade médica só pode ser compreendido por quem acompanhe as mutações da relação médico-paciente no decorrer do século XX, quem analise as modificações das

⁹⁴ Com efeito, o Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de julho, revogou e substituiu o Estatuto da Ordem dos Médicos de 1956. O diploma de 1977 criou o Conselho Nacional de Deontologia e Ética Médica da Ordem dos Médicos e atribuiu-lhe competência para elaborar o Código Deontológico (art. 80.º).

⁹⁵ Cf. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 5.

⁹⁶ WIEGAND, *Arzt und Recht*, 81, *apud* KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 6.

valorações sociológicas, a mudança do modelo Hipocrático, o recuo do princípio da beneficência face à emergência do princípio da autonomia do paciente, a cientifização da medicina e as atuais delimitações económicas nos sistemas de saúde.⁹⁷

A literatura jurídica europeia atual oferece várias obras relativas a várias áreas dentro da problemática da responsabilidade civil médica: seja sobre o consentimento informado, as questões processuais, a pressão dos custos económicos e os *standards*, a qualidade e a gestão do risco, sobre os seguros de responsabilidade profissional, a peritagem em processos de erro médico, seja sobre propostas de reforma do sistema (nomeadamente a substituição da responsabilidade médica por uma solução dos seguros ou a codificação dos direitos dos pacientes).

É neste grande lago de cultura e ciência jurídica que deveremos mergulhar, sem perder de vista, porém, que por muito grande que seja, este é apenas – qual Adamastor – um estreito que junta dois oceanos: o da Responsabilidade Civil e os mares do Direito da Medicina.

8. A Dogmática Jurídica do Direito da Medicina

No plano das *fontes*, o Direito da Medicina mostra especificidades. Para além de as normas internacionais e europeias assumirem uma grande importância, dada a internacionalização da ciência médica e do debate em torno do Direito Biomédico, no plano nacional não devemos atender apenas às tradicionais fontes legislativas, mas ainda às diferentes deontologias profissionais, aos pareceres das Comissões de Ética e à prática jurídica, como bem evidencia o art. 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Verifica-se o fenómeno a que João Loureiro dá o nome sugestivo de “*O tempo das redes ou o manto normativo do mundo.*”⁹⁸

Em segundo lugar, estas normas apresentam uma *estrutura reflexiva e organizada em torno de um campo de atuação social e jurídica*. Trata-se de uma estrutura com

⁹⁷ O princípio da autonomia individual é valorizado em várias dimensões do pensamento hodierno, incluindo na organização do Estado e da Sociedade, designadamente por pensadores como John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

⁹⁸ João LOUREIRO, Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II, *cit.* p. 955 ss. o Autor desenvolve o pluriforme conjunto de fontes, de autores e atores do Direito da Medicina.

diferentes níveis de atuação assente em três pilares que constituem um triângulo normativo.

No seu vértice superior, encontramos os *Direitos, liberdades e garantias* plasmados na Constituição da República; nos ângulos inferiores situam-se os *Direitos de Personalidade* (generosamente atípicos e abertos às evoluções da biomedicina, designadamente através da consagração do Direito Geral de Personalidade), de um lado, e o *Direito Penal Médico*, com a proteção tipificada, subsidiária e fragmentária de bens jurídicos fundamentais à conservação da sociedade politicamente organizada.

Todos os vértices deste triângulo mantêm uma relação dialética e sujeita à historicidade, mas a sua robustez permite erguer um edifício cujas traves-mestras serão: o *Direito Civil da Medicina*, o qual inclui os direitos e deveres dos pacientes e a reparação do “dano injusto”.⁹⁹ Assim, o direito ao tratamento de adequado ou de acordo com as *leges artis*; o direito à informação e ao consentimento; o direito ao sigilo profissional e o direito à não discriminação¹⁰⁰ erguem um *corpus normativo* denso, robusto e seguro que permitirão sustentar o edifício do Direito da Medicina. Na densificação deste ramo do Direito, encontramos matérias como a PMA, a IVG, os Cuidados Paliativos, a Saúde Mental, a Proteção dos dados pessoais ou o acesso à informação de saúde, entre outras.

O Direito Civil ocupa, assim, um lugar decisivo nesta emergente área Dogmática. Relembremos Paulo Cunha: “*Cada gesto, cada silêncio, cada omissão – tudo é regulado pelo Direito Civil.*”¹⁰¹

⁹⁹ Terminologia do art. 24.º da Convenção de Oviedo.

¹⁰⁰ Como salienta Guilherme de OLIVEIRA, “Medicina Preventiva – será assim tão diferente da... Medicina?”, *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 10, p. 5-14: “A proteção dos direitos dos cidadãos deve ser o principal objetivo do sistema jurídico (...)” e aponta para a necessidade de “um permanente escrutínio relativo a qualquer caso de discriminação com base nas condições de saúde. (...) Quer os riscos reais ou a mera percepção do “risco social” devem ser o resultado do diagnóstico da medicina preventiva, causando prejuízos à vida privada e profissional do indivíduo.” (...) “O problema da discriminação genética tem vindo a ser cuidadosamente regulado não apenas pelo art. 11.º da Convenção da Biomedicina, que foi ratificada por Portugal, mas também por vários artigos da *Lei de informação genética pessoal e informação de saúde* (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro).”

¹⁰¹ Paulo CUNHA, “Do Código Civil (Meditações sobre a lei mais importante do País)”, *O Direito*, Ano 98, 1966, p. 315. No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito Civil Como O Direito Comum Do Homem Comum”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, Ano 1 (2012), no 1, 45-57.

Se este é o corpus, em que consistirá o *spiritus* do direito médico?

Três conceitos sintetizam o seu espírito: a específica *solidariedade existencial* que a concreta e *íntima relação de cuidado-perigo* (Faria Costa) médico-paciente postula e o intento de *criar confiança* (Guilherme de Oliveira).

Este lema de missão – advogado por Guilherme de Oliveira – visa a confiança na Medicina, confiança no Direito, confiança nos profissionais, confiança nos doentes:¹⁰² enfim, promover a melhoria dos cuidados de saúde através da humanização da relação e da consagração de direitos humanos fortes nesta relação de especial vulnerabilidade.

Vulnerabilidade por vezes dupla: o doente porque está enfermo e necessita de proteção; o médico porque tantas vezes não dispõe da solução, de uma ‘varinha mágica’, mas apenas de meios, de erráticos esforços e intencionadas tentativas, como bem traduz a noção da responsabilidade civil de *obrigação de meios*.

Isto implica que o Direito da Medicina será um sistema de parceria e não um sistema vertical/ hierarquizado. Aqui, ao contrário do Direito do Trabalho, não há subordinação jurídica entre os profissionais e os doentes e entre os profissionais de saúde entre si. Tem, contudo, semelhanças com o Direito do Consumidor:¹⁰³ há uma relação desequilibrada e uma parte, o doente, em situação de fragilidade; fragilidade que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Unesco, de 2005, veio apelidar de *vulnerabilidade* (art. 8.º).¹⁰⁴

¹⁰² No mesmo sentido, o *Explanatory Report* à Convenção de Oviedo, no seu ponto 33 afirma: “33. Further, a particular course of action must be judged in the light of the specific health problem raised by a given patient. In particular, an intervention must meet criteria of relevance and proportionality between the aim pursued and the means employed. Another important factor in the success of medical treatment is the patient's confidence in his or her doctor. This confidence also determines the duties of the doctor towards the patient. An important element of these duties is the respect of the rights of the patient. The latter creates and increases *mutual trust*. The *therapeutic alliance* will be strengthened if the rights of the patient are fully respected.”

¹⁰³ PINTO MONTEIRO, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, Separata dos Estudos de Direito do Consumidor, n.º 7, 2005, p. 245 define o direito do consumidor como “conjunto de princípios e regras destinados à defesa do consumidor.”

¹⁰⁴ Segundo Arne-Johan VETLESEN: “Worlds Apart? Habermas and Lévinas” in *Philosophy and Social Criticism*, Vol 23, No. 1 1997, o princípio da vulnerabilidade foi especialmente desenvolvido por Lévinas e

O Direito deve assim ser um contributo para o respeito dos grandes valores da comunidade: os Direitos Humanos, os quais se fundam no *princípio da dignidade da pessoa humana*. Subscrevemos, pois, as palavras de Céu Rueff quando afirma que o Direito da Medicina constitui “*um sistema normativo que encontra a sua unidade conceptual na disciplina dos direitos humanos, sendo norteado e enformado pelos mesmos princípios jurídicos.*”¹⁰⁵

Trazer à colação a terminologia e o ramo dos direitos humanos não é exagero nem uma degenerescência. Com efeito, Norberto Bobbio¹⁰⁶ chama a atenção para os direitos humanos de quarta geração, que contrariam todas as tentativas de subjugação do homem, nomeadamente através da manipulação do seu código genético.

Daqui derivam, na reflexão que fazemos e que coincide, *grosso modo*, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁷ (art. 3.º/ 2),¹⁰⁸ os seguintes princípios:

Habermas. Considerando a vulnerabilidade como princípio, Peter KEMP, *La mundialización de la ética*, Fontamara, 2007 e Jacob Dahl RENDTORFF, “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 5 (3), p. 235-244 (2002); este último autor seleciona como os principais princípios da bioética e do biodeireito europeus os seguintes: *autonomia, dignidade, integridade e vulnerabilidade*. “The four principles must also be seen as an expression of the European humanistic tradition of giving high value to individual human beings and their development in society.” Cf. ainda Maria do Céu Patrão NEVES, “Article 8: Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity”, in HENK ten HAVE/ Michèle S. JEAN (Coord.), *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Background, principles and application*, Paris, UNESCO, 2009, p. 155-164.

¹⁰⁵ Céu RUEFF, *O Segredo...*, p. 180.

¹⁰⁶ Norberto BOBBIO, *A Era dos Direitos*, São Paulo, Martin Claret, 2002, identificou quatro gerações de direitos humanos, desde os de primeira geração, resultantes da necessidade de libertação do homem contra o absolutismo temporal e religioso, até aos de quarta geração, que se caracterizam pela necessidade de uma maior compreensão e discussão dos direitos entretanto conquistados, perante a complexidade das ciências da saúde e da medicina em particular.

¹⁰⁷ Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, foi atribuído efeito jurídico vinculativo à CDFUE, tendo a mesma sido publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE) em 30 de março de 2010 (2010/C 83/02).

¹⁰⁸ Art. 3.º, n.º 2: “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: i. o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei.; ii. A proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas, iii. A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais,

- a) A proibição de usar o corpo e as suas partes como fonte de lucro;
- b) O respeito pelos direitos dos pacientes, designadamente: o direito ao consentimento, o direito à informação, o direito ao sigilo médico e o direito à não discriminação;
- c) A proibição da eugenia.

Faremos neste momento uma nota breve sobre o princípio da proibição do lucro e sobre o direito à não discriminação, visto que os restantes princípios serão desenvolvidos ao longo deste trabalho com mais detalhe.

i) *A proibição de usar o corpo e as suas partes como fonte de lucro*

Este princípio pode ser visto enquanto dimensão do princípio – advogado por Boaventura Sousa Santos – da não mercantilização de bens indisponíveis. Ensina o Sociólogo de Coimbra, “bens indisponíveis são aqueles que não têm substituto.”¹⁰⁹

Também Gomes Canotilho e Vital Moreira¹¹⁰ afirmam que o princípio é o da *indisponibilidade do próprio corpo* e que este princípio tem como corolário lógico o “*princípio da não venalidade o corpo,*” ou nas palavras de João Loureiro, o *princípio da não venalização do corpo humano.*¹¹¹

A título de mero exemplo, o art. 22.º, n.º 1, da Lei n.º 12/2009, de 26 de março, prescreve: “A dádiva de células e tecidos é voluntária, altruísta e solidária, não podendo haver, em circunstância alguma, lugar a qualquer compensação

numa fonte de lucro,. iv. a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.”

¹⁰⁹ Apontamento colhido na Conferência do ilustre Pensador no 4.º Congresso da *Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*, em Lisboa, em fevereiro de 2012; cf. ainda Boaventura de SOUSA SANTOS, “Por uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências,” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, out. 2002, p. 237-280.

¹¹⁰ GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 457.

¹¹¹ João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, cit., p. 509; Luísa NETO, *Novos Direitos ou Novo(s) objecto(s) para o Direito*, Porto, 2010, p. 33; cf. ainda Jochen TAUPITZ, (Hrsg.), *Kommerzialisierung Des Menschlichen Korpers*, Springer, 2007.

económica ou remuneração, quer para o dador quer para qualquer indivíduo ou entidade.¹¹²

No mesmo sentido se determina a *gratuidade* da doação de órgãos e tecidos (art. 5.º da Lei n.º 22/2007, de 29 de junho, que modifica a Lei n.º 12/93, de 22 de abril — Colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana), bem como a proibição da remuneração da participação em ensaios clínicos de medicamentos (art. 7.º, al. d) e art. 8.º, al. d), da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto), bem como a proibição da maternidade de substituição no âmbito da PMA (art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho).¹¹³

Estão em debate, na especialidade, na Assembleia da República dois Projetos de Lei sobre a PMA. O CNECV (Parecer n.º 63/CNECV/2012) declarou acertadamente:

“A gestação de substituição merece objeções, dúvidas ou, no mínimo, gera controvérsia relativamente a questões normalmente relacionadas com eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebés, degradação ou afetação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença.”

Se considerarmos os projetos de lei dos dois principais partidos políticos e do Parecer do CNECV é claro que instituições importantes da sociedade portuguesa estão cada vez mais abertas à possibilidade de autorizar a gestação de substituição “altruísta”, em circunstâncias excecionais e, alguns

¹¹² Em torno da problemática jurídico-sociológico-antropológica da doação de sangue e os benefícios e desvantagens de um regime da doação em detrimento da criação de um mercado do sangue, vide Anne Maree FARRELL, “Is the Gift Still Good? Examining the Politics and Regulation of Blood Safety in The European Union”, *Medical Law Review*, 14, Summer 2006, p. 155–179 e Anne Maree FARRELL, *The Politics of Blood: Ethics Innovation and the Regulation of Risk*, Cambridge University Press, 2012.

¹¹³ Subscrevemos, pois, as palavras de Gilles GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, 2010, p. 53: “Un impératif est en permanence affirmé: l’autodetermination proclamée de l’individu est étroitement liée a la gratuité du prélèvement du matériel humain et, pourtant, à l’interdiction de tout profit, en raison du caractère extrapatrimonial du corps humain et de ses éléments et produits. (...) Il s’agit d’une limite au droit de disposer de son corps.”

mostram abertura para a possibilidade de os casais homossexuais femininos ou mulheres solteiras poderem aderir a técnicas de PMA.

Isto revela que o livre desenvolvimento da personalidade e o princípio de autodeterminação bioética se está a transformar em argumento fundamental na Bioética e no Biodireito nacionais. Pela nossa parte, julgamos dever apontar alguns riscos e incoerências da radicalização dessa narrativa.

As técnicas de PMA, como parte da medicina, devem vislumbrar uma condição médica ou clínica do casal. Na nossa espécie, como acontece com todos os outros mamíferos, a procriação não é algo que um único indivíduo possa concretizar. A “comunhão” do outro, de sexo diferente, é uma necessidade para a procriação natural. Portanto, um único homem ou um casal de homossexuais masculinos não têm uma “doença” procriativa; eles têm uma *impossibilidade* de procriação no seio do casal. A sua impossibilidade não é uma doença,¹¹⁴ não carece de intervenção médica, pelo menos de terapêutica médica, em sentido estrito.

Além disso, tal “técnica” implicaria necessariamente gestação de substituição o que seria a *reificação* mais evidente do corpo da mulher.¹¹⁵ A mulher como instrumento, como uma máquina de criar bebés que no “prazo do cumprimento do contrato” será “entregue” ao pai ou pais...

Uma Constituição que “leve a sério” (parafrazeando Ronald Dworkin)¹¹⁶ o princípio da dignidade humana¹¹⁷ e o

¹¹⁴ O conceito de doença tem variado ao longo da História e tem um cunho marcadamente social e política – cf. Ian KENNEDY, *The Unmasking of Medicine*, London, George Allen & Unwin, 1981, p. 7-8.

¹¹⁵ Nas palavras do Relatório Warnock (1985), p. 45: “*it is inconsistent with human dignity that a woman should use her uterus for financial profit*”.

¹¹⁶ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

¹¹⁷ Este princípio é reconhecidamente um pilar essencial da Bioética e do Direito da Saúde europeus. Oriundo da Grécia (Estoicos), desenvolvido pelo Cristianismo e fortalecido deste do Renascimento, com o contributo notável de Immanuel Kant, e mais recentemente, da filosofia existencialista (Sartre, Marcel, Beauvoir), a *dignitas* é um referente que ilumina o pensamento jurídico. Na Europa, encontramos autores que defendem que a dignidade humana se revela mais fundamental do que a auto-determinação – cf. Peter HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997.

Porém, outras correntes entendem que “o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é um dado material objetivamente pré-determinável, sendo antes essencialmente conformado pelas conceções e mundividência

respeito pelo corpo e pela dignidade da mulher não deve ser cúmplice de tal degradação do ventre da mulher e do seu abdómen, enquanto objeto de negócios jurídicos exclusivamente patrimoniais...

Um discurso que parece tão moderno e libertador (o caso de paternidade *gay* através de técnicas de PMA) pode, de facto, trazer opressão, discriminação, humilhação e reificação do estatuto da Mulher e com ela do Ser Humano.

A pretensão de uma mulher solteira é mais forte, de um ponto de vista estritamente “naturalista”. Ela pode engravidar com o esperma “anónimo” numa clínica. No entanto, não se deve esquecer que – no nosso ordenamento jurídico – o Direito da Família (especialmente o Direito da Filiação) tudo faz para que cada pessoa tenha um pai e uma mãe e que estes

do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade.” – Assim Jorge REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 60.

Pela nossa parte, não renegamos que o princípio da dignidade humana contém uma dimensão de *empowerment* (ligada ao princípio da autonomia e destacada pela literatura liberal e pelos movimentos libertários), mas também de *constrangimento ou limitação* (“*constraint*”), dimensão mais em linha com a literatura europeia. Com efeito, este princípio justifica várias proibições – contra a (formal) autonomia da pessoa humana – tais como a venda de órgãos, o aluguer do útero ou gestação de substituição onerosa, bem como a remuneração de ensaios clínicos ou a venda de esperma ou óvulos...

Não é esta a sede para mergulharmos nas razões fundas desta concepção de dignidade que incluem uma amálgama de filosofia kantiana, de lastro católico e de comunitarismo, como ainda de um republicanismo empenhado. Para uma análise desta concepção da *dignidade* como “*constraint*”, *vide* Roger BROWNSWORD, “Stem Cells and Cloning: Where the Regulatory Consensus Fails”, *New England Law Review*, Vol. 39, p. 544, com um a análise do caso dos “anões-bala” (e a decisão proibitiva do *Conseil d’Etat* francês de 1996 [Ville d’Aix-en-Provence], 1996 Dalloz 177 (Conseil d’Etat) req. nos 143-578]. O tribunal confirmou, em primeiro lugar, que a dignidade humana é um elemento do conceito francês de *ordre pública* e, por outro, que jogar o anão compromete a dignidade humana e, portanto, é uma violação da ordem pública. As proibições (que haviam sido aplicadas pelo poder administrativo) foram devidamente aplicadas. Em suma, o jogo *desumaniza* o participante e não respeita a sua humanidade e dignidade. Cf. ainda José Manuel CARDOSO DA COSTA, “*Le Principe de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes*,” *Science et technique de la démocratie*, nº 26, Commission européenne pour la démocratie par le droit, pág. 53: Este princípio está consagrado pelo art. 1º CRP e decorre, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu art. 2º, e ainda aflorado no art. 63º, nºs 1 e 3.

correspondam à verdade biológica.¹¹⁸ É por isso que quando um dos pais não é registado há um processo oficioso, da responsabilidade do Ministério Público, a fim de descobrir quem é o pai ausente. Porquanto podemos juridicamente argumentar que seria contra a “ordem pública” do Direito da Filiação nacional criar intencionalmente órfãos de pai. Nem precisamos de o interesse da criança em saber as suas origens genéticas¹¹⁹ e ter – na medida do possível – contacto tanto com a mãe quanto com o pai.

Afirmamos, pois, que a lei traduz o Projeto Social (Orlando de Carvalho) de eliminação (tanto quanto possível) da existência de crianças com paternidade ou maternidade incógnita; com efeito, a “roda dos enjeitados” foi abolida em 1867.¹²⁰ Por toda a Europa ao longo dos finais do século XIX e

¹¹⁸ Cf. Francisco PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação, Adopção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 24, apontam o princípio do respeito pela verdade biológica, que desenvolvem a p. 52 enquanto princípio de ordem pública do direito da filiação. “O sistema jurídico português adotou uma preocupação maior do que a de outros sistemas jurídicos, com a coincidência entre a “verdade jurídica” e a “verdade biológica”; mais do que noutros sistemas, e mais do que o nosso sistema anterior a 1977, o direito português manifesta a intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica, sem mostrar respeito por outros interesses como, por exemplo, o interesse concreto do filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias”, ou a estabilidade sócio-afetiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos.” Um outro princípio de ordem pública – apontado por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (*ibidem*, p. 54) – é o *princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento da filiação*, o que também revela no debate em análise, pois a autonomia privada vale aqui muito pouco ou mesmo nada. Esclarecem os Autores (*ibidem*, p. 54 e p. 60) que este princípio serve para “rejeitar os efeitos jurídicos de um acordo de maternidade de substituição.”

A maternidade de substituição é proibida e mesmo criminalizada, em termos que se afiguram excessivos para alguma doutrina – vide Rafael VALE E REIS, “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 13, 2010.

Para uma lúcida análise, de raiz feminista, das incoerências de uma lei que permite a maternidade de substituição, ainda que em certas condições – como acontece em Israel desde 1996 –, vide Nuphar LIPKIN/ Etti SAMAMA, Daphna ROSENBLUTH (Edited), *Surrogacy in Israel: Status Report 2010 and Proposals for Legislative Amendment*, Haifa, 2010.

¹¹⁹ Cf. Rafael VALE e REIS, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, *passim*.

¹²⁰ Porém o Código do Registo Civil prevê a hipótese de registo de abandonados (arts. 105.º ss.) – cf. PEREIRA COELHO/ Guilherme de

inícios do século XX foi sendo abolido esse instituto da roda dos enjeitados, mas verifica-se um regresso a essa possibilidade em vários países, por exemplo, a Alemanha (desde 1999),¹²¹ a Áustria (desde 2001), a Suíça (desde 2001), a Itália (desde 2006), passando pela França onde vigora desde os anos 1941.¹²²

Perfilhar ou declarar a maternidade é um dever jurídico, respetivamente, do pai e da mãe e não um poder discricionário. Acresce que o regime de investigação oficiosa da maternidade e da paternidade demonstram que há um interesse da lei portuguesa em que se estabeleçam vínculos de filiação iguais aos vínculos genéticos.

As técnicas atuais de PMA permitem uma miríade de “novas famílias” e a “autodeterminação da pessoa”. Mas, afinal, o que deve regular a sociedade? As possibilidades da técnica ou os comandos de uma legislação orientada pelos direitos humanos?

A procura do bem-estar e da justiça com respeito pelas pessoas de hoje e de amanhã deverá ser o farol que orienta o Direito (da Medicina).

ii. O Direito à não discriminação

O princípio da não discriminação assume no domínio da saúde uma grande importância. Alguns grupos de pessoas têm sido objeto de estudo e proteção jurídica mais atenta, como as pessoas que vivem com VIH e os “sobreviventes” de cancro. Assume aqui especial importância, para além do direito constitucional à não discriminação (art. 26.º, n.º 1, CRP como expressão do princípio da igualdade (art. 13.º CRP; cf. ainda o art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto (Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde).¹²³

OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, *Direito da Filiação*, p. 22.

¹²¹ O DEUTSCHER ETHIKRAT pronunciou-se sobre a matéria em no parecer de 26 de novembro 2009, *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, recomendando o abandono dessa prática.

¹²² Cf. article 326 du Code civil français, alinéa unique "Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé." Bem como o article L222-6 (ou L. 222-6) do Code de l'action sociale et des familles).

¹²³ Sobre a proteção de pessoas que vivem com o VIH *vide* André DIAS PEREIRA, “Os Direitos dos Utentes Seropositivos nos Lares de

Destes princípios derivam as seguintes consequências:

O Direito da Medicina *não deve ser um espaço de imposição de valores das maiorias*, sejam maiorias éticas, sociológicas, religiosas ou outras, donde o direito à objeção de consciência e a existência de um direito médico laico, não confessional, são condições essenciais. Relembremos que a democracia é o respeito pelas minorias, pelo que um Direito da Medicina *democrático*¹²⁴ deve seguir essa máxima.

O Direito da Medicina *não deve ser um espaço de consolidação/ cristalização de desequilíbrios sociológicos*. Assim, perante o normal desequilíbrio social e económico entre o prestador de saúde e a pessoa doente;¹²⁵ considerando a

Terceira Idade”, *Lex Medicinæ*, n.º 5, 2006, p. 145-158; André DIAS PEREIRA, “Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de caso”, *Lex Medicinæ*, n.º 6, 2006, p. 121-135; André DIAS PEREIRA, “Cirurgia Seropositivo: do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ*, n.º 8, 2007, p. 97-114; André DIAS PEREIRA, “HIV/Aids and Discrimination in the Workplace: The Cook and the Surgeon Living with HIV”, *EJHL* 17, 2010, p. 139-147.

¹²⁴ A democracia nos cuidados de saúde – “la fondation d’une démocratie sanitaire – é também uma exigência da doutrina francesa, tendo a lei de 4 de março de 2002, com o reconhecimento da autonomia do paciente e o desenvolvimento do direito à informação e à participação no sistema de saúde sido um marco fundamental nesta direção – como afirma Benjamin PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2004, p. 548. Segundo este autor, a Organização Mundial de Saúde tem contribuído para este novo papel do paciente nos cuidados de saúde, desde logo com a *Declaração de Alma-Ata* de 1978 que impõe aos Estados membros uma direção em matéria de política de saúde e procura a mobilização dos indivíduos no sentido da concretização do direito e do dever de saúde, recordando ainda a sua noção subjetiva e ampla de saúde (“saúde é um estado de pleno bem estar físico, psíquico e social” (OMS, 1947) e o seu ideal democrático dos Direitos do Homem, concebido como condição necessária para alcançar a sua missão.

A *démocracie sanitaire* foi um dos motes da *loi Kouchner* (cf. Claude EVIN/ Bernard CHARLES/ Jean-Jacques DENIS, *Rapport sur le Projet de loi no 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Assemblée Nationale, 2001); cf. ainda Emmanuel TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2003.

¹²⁵ Cf. A investigação da Socióloga Helena SERRA, *Médicos e Poder: Transplantação Hepática e Tecnocracias*, Coimbra, Almedina, 2008. Nesta obra – como prefacia Graça Carapinheiro – abordam-se os saberes e poderes médicos num território hospitalar particularmente inacessível à observação e análise sociológicas, como é o caso da transplantação hepática.” (...) “A autora mostra que as tecnologias são o epicentro de formação de sistemas de poder que se erguem através de complexos processos de seleção social que, a montante, recrutam as especialidades médicas chamadas a intervir no ato de transplantação,

vulnerabilidade especial de alguns pacientes perante os profissionais e a família,¹²⁶ como os idosos e os doentes mentais; perante as fragilidades especiais dos adolescentes, dos toxicodependentes, dos portadores de doenças graves, o Direito deve afirmar-se como um ponto de reequilíbrio e de promoção dos direitos humanos das pessoas em estado de vulnerabilidade. Antes pelo contrário, vigora aqui o princípio de interpretação em conformidade com a Constituição, onde pontifica o *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º CRP) e o *princípio da proporcionalidade* (art. 18.º CRP).

Em terceiro lugar, o Direito da Medicina *não deve ser um espaço de afrontamento e de críspação entre os diversos atores da saúde*. O confronto entre as diversas classes profissionais na saúde é inevitável, como inevitável é o conflito: fonte primeva do próprio Direito!

Médicos, Enfermeiros, Farmacêuticos, Técnicos de Saúde, Assistentes operacionais, Economistas e Gestores da Saúde, Indústria farmacêutica têm naturalmente interesses conflitantes e contrapostos. Os conflitos interprofissionais devem ser regulados no âmbito do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho: não no Direito da Medicina.

Os profissionais devem *estar ao serviço da pessoa doente*, em nome do princípio da solidariedade existencial, que assume aqui, mais uma vez, uma função reguladora.

Os doentes têm também interesses conflitantes com os financiadores, sejam os contribuintes (no sistema de Beveridge, com um Serviço Nacional de Saúde), sejam os segurados (sistema de Bismarck¹²⁷, de seguro obrigatório a cargo dos

segmentando-as e hierarquizando-as, de acordo com os critérios de eficácia clínica que, frequentemente, encobrem disputas aceras e guerras declaradas sobre as especialidades que podem deter uma posição de comando e poder ao longo dos circuitos de transplantação, e a jusante, recrutam os doentes, definindo cuidadosamente os modos de entrada e de saída das listas de espera, validando as condições clínicas de quem pode ser submetido ao transplante, produzindo julgamentos sobre vidas aproveitáveis e inaproveitáveis, a coberto de definições de qualidade de vida que, também frequentemente, extravasam os critérios estritamente clínicos sobre as possibilidades de viver e morrer.”

¹²⁶ O jurista deve estar ciente de que a família pode ser uma instituição de opressão e humilhação, como magistralmente é descrita pelo dramaturgo andaluz, Federico Garcia Lorca, em *Bodas de Sangue*.

¹²⁷ “1881 became the year of social insurance on a national level: draft bills for disability and health insurance, workers’ compensation and retirement benefits were either submitted to parliament or announced and supported by a message from the Kaiser.” –Cf. Ursula WEIDE, “Law and

trabalhadores (e outros residentes)). Esta alteração existe e existirá cada vez mais, devido ao aumento dos custos em saúde e a crise financeira dos Estados, mas o lugar próprio da sua regulação não é o Direito da Medicina, mas sim o Direito Constitucional, o Direito Fiscal, o Direito dos Seguros, o Direito da Segurança Social...

9. Os desafios da autonomia do Direito da Medicina

Vimos pela negativa o que o Direito da Medicina não deve ser. Vejamos agora a dogmática do Direito da medicina numa perspetiva *positiva* e, para tanto, responderemos às seguintes questões:

- i. Qual a sua relação jurídica específica?
- ii. Quais os problemas jurídicos-tipo dessa relação jurídica?
- iii. Qual a justificação deste ramo do direito cuja autonomia procuramos afirmar?
- iv. Quais as normas de interpretação jurídica e de integração de lacunas?
- v. Que consequência poderá trazer para a organização judiciária esta colocação do problema? Será recomendável a existência de tribunais especializados?

A relação jurídica regulada é a relação entre o profissional de saúde (ou uma instituição) e a pessoa doente ou o paciente que procura serviços e tratamentos médicos terapêuticos ou não terapêuticos.¹²⁸

Os problemas jurídicos-tipo desta relação jurídica são os que se prendem com o contato da pessoa humana, incluindo a fase pré-concepcional e o período *post-mortem*, com a atividade médica.¹²⁹

De jure condendo, defendemos uma regulação unitária, independentemente do local da prestação dos cuidados. Nesse sentido evoluiu a lei francesa de 4 de março de 2002,

the German Universal Healthcare System: A Contemporary Overview”, *German Law Journal*, 6, 1143 (2005).

¹²⁸ O predomínio da medicina terapêutica está ultrapassado. Para além de uma panóplia de atos médicos em que o cidadão solicita, dentro de certos pressupostos e condicionalismos, uma intervenção (IVG, esterilização, cirurgia estética) há ainda todo o domínio da medicina preditiva, da medicina preventiva e da saúde no trabalho, na escola, no desporto... que conduzem a uma atividade médica de grande amplitude. Cf. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, p. 214.

¹²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 60 ss. apresenta uma lista dos temas que respeitam à “bioética”, *rectius*, ao Direito Médico. Ramo do Direito que o ilustre Autor, aliás, reconhece a p. 61.

consagrando um sistema de compensação da responsabilidade civil médica e da compensação por danos decorrentes da álea terapêutica e de infecções nosocomiais igual, seja para hospitais públicos, seja para hospitais privados.

Donde, numa estrita visão a partir do Direito da Medicina, parece-nos pouco sustentado o regime português vigente, que cria uma relação distinta, com critérios de responsabilidade civil e jurisdições diferentes, consoante a relação tenha lugar num hospital público ou em clínica privada. Ali são competentes os Tribunais Administrativos e aplica-se a Lei n.º 67/2007 (que regula a responsabilidade extracontratual do Estado ou de outros entes públicos), aqui são competentes os Tribunais Judiciais e vigora o Código Civil, concretamente a responsabilidade contratual.¹³⁰ Trata-se, aliás, de uma situação muito rara no plano do Direito Comparado.¹³¹

Por outro lado, bons exemplos do direito comparado apontam no caminho de criar se não tribunais especializados pelo menos secções especializadas nas matérias da responsabilidade médica. Assim se passa na Alemanha, onde a maior parte dos *Landgerichte* têm câmaras especializadas para estes processos, embora apenas para causas cujo pedido seja superior a €5.000.¹³²

Mais incoerente ainda é o sistema de acesso à informação de saúde: direto no caso da medicina pública;¹³³ indireto no caso da medicina privada.¹³⁴ Situação que não responde de forma justa às exigências da vida e à similitude estrutural da relação médico-paciente que se caracteriza – se deve caracterizar – pela *hospitalidade*.

¹³⁰ Cf. Ac. STJ, 9/12/2008 (Mário Cruz).

¹³¹ Cf. Bernhard KOCH, “Medical Liability in Europe: Comparative Analysis”, in Bernhard A. KOCH (ed.), *Medical Liability in Europe A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2011, p. 624 ss.

¹³² A criação de tribunais especializados é também defendida pelo estudo da JOINT STATE GOVERNMENT COMMISSION – PENNSYLVANIA, *Medical Professional Liability: Reform for the 21st Century: A Review of Policy Options*, Pennsylvania, March 2005, p. 93 ss.: “The possible advantages of a specialized medical liability court include expertise, speed, and uniformity and coherence of outcomes.”

¹³³ Lei de Acesso aos Documentos Administrativos – Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.

¹³⁴ Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro) e Lei de Informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro).

Este ramo do Direito visa *criar confiança* nos operadores desta relação e *promover o sentido de proximidade existencial* e de regulação justa da *relação de cuidado-perigo* que é exponenciada perante a vulnerabilidade do paciente.

Se afirmamos a autonomia sistémica do Direito da Medicina, então – no plano metodológico – deve seguir-se a construção de *regras hermenêuticas próprias*. Assim, podemos enunciar dois princípios de interpretação em Direito da Medicina:

- a) O *princípio da não lesão de direitos fundamentais do doente*, salvo fundamentação bastante. Assim tem sido defendida a *ultima ratio* da esterilização compulsiva de doentes mentais profundos;¹³⁵ e do mesmo jeito a lei aponta para a *ultima ratio* do internamento compulsivo de doentes mentais.¹³⁶ Num caso, como noutros – e de meros exemplos se trata –, visa-se o respeito pelo direito à integridade física e psíquica (art. 25.º), o direito a constituir família (art. 36.º CRP) e o direito à liberdade (art. 27.º), cuja limitação deve estar sempre sob o manto do princípio da proporcionalidade (art. 18.º CRP).
- b) O *princípio da validade e eficácia das normas profissionais e das regras deontológicas* – expressamente afirmado pelo art. 4.º da Convenção de Oviedo – e que se reveste com uma extrema utilidade em sede de *integração de lacunas*. É sabido que a natureza dúctil e densa da Deontologia médica permite dimensões de normatividade mais apuradas e mais finas do que a lei que se quer geral e abstrata. Exemplificar neste local significa remeter o leitor para o CDOM, outros códigos de ética e regulamentos nacionais e internacionais.
- c) O *princípio da precaução* nos avanços terapêuticos, que tem relevo metodológico,¹³⁷ na medida em que uma intervenção que se desvie dos *standards*, *maxime* a utilização *off-label* de medicamentos, no âmbito das

¹³⁵ Parecer 35/CNECV/01, sobre Laqueação de Trompas em Menores com deficiência Mental Profunda (3 de Abril de 2001) e André DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 285 ss.

¹³⁶ Cf. Lei n.º 36/98, de 24 de julho.

¹³⁷ Cf. as reflexões de Paul Ricoeur sobre o Princípio de responsabilidade em Jean-Christophe AESCHLIMANN (Org.), *Éthique et Responsabilité – Paul Ricoeur*, Neuchâtel, Editions de Baconnière, 1994, p. 82-84.

inovações terapêuticas¹³⁸ e da experimentação humana deve ser devidamente fundamentada e deve carecer de um controle procedimental justo, emergindo um paradigma *procedimentalista*.¹³⁹

- d) O *princípio do controlo procedimental* na decisão bioética é outro dos vetores metodológicos marcantes do Direito da Medicina. Este controlo é defendido em muitas áreas sensíveis da medicina e recai sobre novas instituições, com competências multidisciplinares e com independência face ao poder político. Tal acontece porque frequentemente vezes o legislador reconhece a sua inabilidade pra decidir questões controversas, sem apoios técnicos e éticos. Também se evidencia que o *poder judiciário* tem sido um ator ‘esquecido’ no Direito português, uma vez que raramente a lei remete para os tribunais a resolução de casos concretos, antes cria novas instituições de controlo e regulação.

Várias são as entidades que contribuem para uma decisão ética e jurídica mais próxima dos problemas concretos e constituídas por especialistas do foro jurídico, médico e científico, com vista a uma decisão mediada por um debate que vai desenvolvendo

¹³⁸ Cf. art. 35.º, n.º 2 CDOM: “2. Excetuam-se os atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os atos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.

¹³⁹ Afirma Pierre SARGOS, *Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient*, JCP, 10 mai 2000, I 226, p. 843-849 que “le principe de précaution peut aussi imposer le devoir de prendre des risques ». Explicitemos: « Si l’état du malade est tel que son pronostic vital est en jeu et qu’il n’existe pas de traitement validé, c’est à dire conforme aux données acquises de la science, susceptible de le guérir, ou au moins de le soulager, la précaution consiste non pas à s’abstenir, mais à faire appel à un traitement ou à un médicament non encore validé, mais dont certains indices raisonnables font penser qu’il peut être efficace. » «En matière du SIDA, certains des médicaments employés (en trithérapie notamment) n’ont pas eu d’autorisation de mise sur le marché, pourtant ils sont utilisés car en l’état de nos connaissances le choix n’est qu’entre l’évolution mortelle de la maladie ou son ralentissement par ces produits aux effets secondaires parfois pernicieux. Mais la précaution est de les utiliser – naturellement si le patient y consent – pour empêcher ou retarder la mort.»

argumentos no sentido da legitimação da solução perante um dado auditório e perante a sociedade.

- i. Para além do papel meritório do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e os contributos que tem tido no debate sobre a legislação que se vai produzindo sobre assuntos do biodireito, podemos destacar outras entidades com uma função de equilíbrio e debate no auditório da discussão bioética.^{140 141}
- ii. Assim acontece com o CNPMA que tem várias competências, algumas das quais muito polémicas, como por exemplo, “g) Apreciar, aprovando ou rejeitando, os projetos de investigação que envolvam embriões entre as quais o polémico controlo do diagnóstico pré-implantação e a investigação com embriões”; ou “q) deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para seleção de grupo HLA

¹⁴⁰ No domínio da proteção do *bem-estar animal*, a Diretiva 2010/63/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de setembro de 2010 relativa à proteção dos animais utilizados para fins científicos vem impor a criação de um *Comité Nacional* para a proteção dos animais, bem como de uma rede de *Comités* locais a funcionar junto das instituições de investigação. Nas palavras do considerando 48: “É necessário adotar uma abordagem coerente da avaliação de projetos e das estratégias de revisão a nível nacional. Os Estados-Membros deverão criar comités nacionais para a proteção dos animais utilizados para fins científicos, que prestem aconselhamento às autoridades competentes e aos órgãos responsáveis pelo bem-estar animal, a fim de promover os princípios de substituição, de redução e de refinamento. Uma rede de comités nacionais deverá desempenhar um papel no intercâmbio das melhores práticas a nível União.”

¹⁴¹ Optámos por não incluir nesta Dissertação a consideração do estatuto dos animais não humanos. Sobre esta temática, *vide* o Parecer n.º 62 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: *Aspectos Éticos da Experimentação Animal* (62/CNECV/2011, dezembro de 2011). Apresentámos já algumas ideias sobre a matéria em André DIAS PEREIRA, “O Bem-Estar Animal no Direito Civil e na Investigação Científica”, in Maria do Céu Patrão NEVES (Org.), *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades*, Coimbra, 2005, p. 151-163; André DIAS PEREIRA, “‘Tiro aos pombos’ – a Jurisprudência criadora de Direito”, in FIGUEIREDO DIAS / GOMES CANOTILHO / FARIA COSTA (Org.), *ARS IUDICANDI Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II: Direito Privado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 539-569. Nestes textos defendemos que os animais não humanos merecem o respeito e são *objeto* de proteção jurídica, enquanto *res sui generis*, a qual deve ser cada vez mais densa e protetora do bem-estar animal. Defendendo a tese de que os animais não humanos gozam de personalidade jurídica, *vide* Fernando ARAÚJO, *A Hora dos Direitos dos Animais*, Coimbra, Almedina, 2003.

compatível para efeitos de tratamento de doença grave.”¹⁴²

- iii. Por seu turno, o Conselho Nacional de Saúde Mental controla a realização de intervenções de psicocirurgia.¹⁴³
- iv. As Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção da Gravidez¹⁴⁴ criam as *guidelines* sobre quais as graves doenças ou malformações podem justificar a interrupção da gravidez em caso de fetopatia.¹⁴⁵
- v. Já a Comissão de Ética para a Investigação Clínica tem por principal função dar parecer (vinculativo) sobre a aceitabilidade ética de um ensaio clínico de medicamento para uso humano.¹⁴⁶
- vi. As Comissões de Ética para a Saúde que podem coadjuvar na resolução de conflitos ético-

¹⁴² Art. 30.º da Lei n.º 32/ 2006. O legislador continua fiel a este modelo, visto que os Projetos de Lei sobre maternidade de substituição, quer o Projeto n.º 131/XII (PS), quer o Projeto n.º 138/XII (PSD), apontam para a criação de uma nova entidade que visa controlar e autorizar os casos excepcionais em que se venha a permitir esta prática. A nosso ver, a CNPMA poderia exercer estas funções, sendo desnecessário criar mais uma entidade, que por demasiado especializada perde uma visão global da PMA.

¹⁴³ Art. 5.º, n.º 2 LSM: “A realização de intervenção psico-cirúrgica exige, além do prévio consentimento escrito, o parecer escrito favorável de dois médicos psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental.”

¹⁴⁴ Criadas pela Portaria n.º 189/98, de 21 de março, e reguladas atualmente pela Portaria n.º 741-A/2007. A certificação da situação prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal compete à comissão técnica, criada em cada estabelecimento de saúde oficial que realize interrupções da gravidez. Cada comissão técnica é composta por três ou cinco médicos como membros efectivos e dois suplentes, a nomear pelo conselho de administração do estabelecimento oficial de saúde pelo período de um ano, renovável. A comissão técnica deve prestar os esclarecimentos pertinentes à mulher grávida ou seu representante legal. (...). – (art. 20.º) Como se constata, a lei visa, através de exigências procedimentais e de decisão colegial assegurar que a decisão – radicalmente difícil e polémica do aborto eugénico – é realizada seguindo critérios cientificamente baseados e com acolhimento comunitário mínimo.

¹⁴⁵ Cf. art. 142.º, 2, al. c) CP: “Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de *grave doença ou malformação congénita*, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.”

¹⁴⁶ Cf. a Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto e a Portaria n.º 57/2005, de 20 de janeiro.

jurídicos particulares na instituição em que estão sediadas¹⁴⁷.

- vii. A Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA) é o organismo a quem cabe a emissão de parecer vinculativo em caso de dádiva e colheita em vida de órgãos, tecidos ou células para fins terapêuticos ou de transplante.¹⁴⁸

Finalmente, este subsistema do Direito da Medicina poderia merecer – *de jure condendo* – uma reforma da Organização Judiciária.¹⁴⁹

Em alguns países tem-se sugerido a criação de tribunais (*rectius* de para-tribunais) especializados para a resolução de problemas de responsabilidade civil médica.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de maio. A recente Lei chilena (Ley núm. 20.584 *regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*) confía aos Comités de Ética das instituições várias funções assistenciais e de recomendação em assuntos clínicos (por exemplo: decisões relativas a doentes incapazes, aceitação da recusa de tratamentos subsequentes, intervenções não terapêuticas graves [*“tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible”*]). Idealmente, poderíamos advogar tal regime para Portugal. Contudo, isso implica uma semi-profissionalização das tarefas das Comissões de Ética, o que parece estar longe de ser possível.

¹⁴⁸ Art. 6.º-A da Lei n.º 22/2007, de 29 de junho. A EVA é criada, em cada estabelecimento hospitalar onde se realize a colheita, por despacho do Ministro da Saúde, sob proposta conjunta do respectivo conselho de administração e da Organização Portuguesa de Transplantação. A EVA funciona na dependência e como secção da Comissão de Ética para a Saúde do estabelecimento hospitalar onde se realize a colheita.

¹⁴⁹ Já em 1966, Fernando OLIVEIRA e SÁ, Acerca da Responsabilidade Profissional em Medicina, *O Médico*, n.º 753, 1966, p. 11 defendia que a “responsabilidade médica, por sua natureza, pede assembleias específicas.” O Autor avançava a proposta de “um colégio de médicos onde tivesse assento um jurista especialmente preparado para essa missão (...) Tal colégio seriam uma “primeira instância” obrigatória dos casos envolvendo responsabilidade em matéria médica. Aí se faria uma análise seletiva dos casos e se daria ou não daria andamento para os tribunais consoante fosse ou não fosse caso disso,” dependendo da verificação de “imprevidência, imperícia ou negligência” ou não.

¹⁵⁰ Em França, destacam-se as Comissões Regionais de Conciliação (CRC) e de indemnização dos acidentes médicos, das afeções iatrogénicas e das infeções nosocomiais. Estas são presididas por um Magistrado e contam com a presença de representantes de pessoas doentes e de utentes do sistema de saúde, profissionais de saúde e responsáveis dos serviços de saúde,

Assinale-se como positivo que a Lei n.º 44/2005, 29 de agosto (Lei das Associações de Defesa dos Utentes de Saúde) tenha conferido legitimidade processual às associações de utentes para representar interesses coletivos na área do direito da saúde.

Por outro lado, somos de parecer que o Ministério Público poderia criar um departamento que se ocupasse de forma mais especializada das violações dos direitos dos pacientes e com vista à tutela dos incapazes (em especial os menores e adultos incapazes de facto), em ordem à promoção e defesa dos seus *direitos de cidadania* na saúde. Entre outras matérias, o Ministério Público poderia ser muito mais interventivo ao nível do controlo abstrato (*ação inibitória*) dos formulários para o consentimento informado, ao abrigo da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (art. 25.º e 26.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).¹⁵¹ Em segundo lugar, poderia o MP ser o verdadeiro protetor do cidadão incapaz, designadamente o cidadão doente em estado de incapacidade de facto (sem um tutor designado).¹⁵²

membros do gabinete nacional de indemnização, das companhias de seguros. Posteriormente, a CRC diligencia uma peritagem. O perito é escolhido de entre uma lista nacional, elaborada e organizada pela comissão nacional de acidentes médicos, que funciona junto dos ministros da justiça e da saúde. Esta comissão nacional é composta por profissionais de saúde e por representantes dos utentes. A indemnização das vítimas está sob a autoridade do *Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des infections nosocomiales* (ONIAM).

Na Alemanha, já desde meados dos anos 1970 existem as chamadas Comissões de Peritos (*Gutachtenkommissionen*) e/ ou os Postos de Mediação (*Schlichtungstellen*). Trata-se de um meio extrajudicial, sem custos, em que o paciente pode obter gratuitamente uma perícia médica, sendo as comissões compostas por juristas e médicos.

Nos países escandinavos desenvolveu-se um sistema alternativo de compensação de danos causados pela atividade médica. Trata-se de um sistema de índole 'administrativa' em que comissões de peritos avaliam a ressarcibilidade dos danos com base em critérios próprios.

¹⁵¹ Nesse sentido, cf. André DIAS PEREIRA, "Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público", *Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Volume 3, Número 2, Julho/Dezembro 2004, p. 35-58.

¹⁵² Não iremos neste trabalho abordar – com desenvolvimento – os problemas da capacidade para consentir, sobre os quais nos temos pronunciado desde a nossa Dissertação de Mestrado: André G. DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, 2004, p. 148-174 e 205 a 342; mais recentemente, cf. André G. DIAS PEREIRA, "Cidadania no fim de vida: o Testamento de Paciente e o Procurador de Cuidados de Saúde", *Revista Brasileira de Direito Médico e da Saúde*, Editora Livro Rápido, Recife, 2011 e André G. DIAS PEREIRA, "The role of the family members

De *jure condito* apenas podemos assinalar – mas já com relevo notável e cumprindo a função de *sublimação das pulsões* de conflito jurídico existentes entre doentes e profissionais de saúde – a criação e o funcionamento dos Gabinetes do Utente, os quais permitem que o doente confronte o médico com o seu desagrado e que este processo é conhecido do Diretor de serviço e por vezes do próprio Conselho de Administração do Hospital. Esta prestação de contas, esta justificação do sucedido é, muitas vezes, suficiente satisfação para o doente lesado, com isso evitando querelas em tribunais que seriam bem mais dispendiosas e de consequências negativas para a *confiança* que urge criar na relação terapêutica e no mundo hospitalar!

Concluindo esta reflexão inicial, lembramos Ronald Dworkin,¹⁵³: “Quem leve a sério a noção de direitos humanos é obrigado a aceitar a ideia vaga, mas poderosa, de dignidade humana.” A significar, com Kant, que o Homem tem que ser tratado como *sujeito* e não como *objeto*, como *fim* e não como *meio*.¹⁵⁴

Com base nesta ideia a que se opõe, entre outras, a de humilhação, a de instrumentalização, a de reificação, tem o Direito da Medicina erguido alicerces e construído edifícios – sempre polémicos, sempre conflituais – seja na interrupção voluntária da gravidez, seja no conceito de morte cerebral, na colheita de órgãos e tecidos *post-mortem* para transplante ou na experimentação não terapêutica em crianças; seja na compensação por erro médico, ou no acesso ao processo clínico – mas sempre se deverá guiar pelos referentes fundamentais: *criar confiança* (Guilherme de Oliveira) ou, dito de modo

and close persons in health-care treatment of incompetent patients: a Portuguese approach”, *Medicine and Law*, Volume 30, 4, December 2011, p. 579-590.

¹⁵³ Jorge SAMPAIO, “O Alfa e o Omega: a vida e a morte e os mitos do eterno retorno – uma perspectiva da aliança das civilizações,” in José FARIA COSTA/ Inês FERNANDES GODINHO (Org.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 18.

¹⁵⁴ Vide João LOUREIRO, *Transplantações: Um olhar Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 17; JOÃO LOUREIRO, “O direito à identidade genética do ser humano”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, p. 281, define a dignidade humana como “o valor extrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos”.

diferente, *reforçar a hospitalidade da medicina* (Faria Costa)¹⁵⁵ e promover a *solidariedade existencial* na relação de cuidado-perigo a que os profissionais de saúde estão vinculados face às pessoas doentes.

É que “curar” – seguimos Faria Costa – “é lutar contra “Atropos”; é fazer com que esta terrível deusa chegue mais tarde a cortar o fio da vida. “Curar” tem na sua raiz a dimensão de afirmação da vida. Da afirmação da luta perene entre Eros e Thanatos.”¹⁵⁶

E para *curar bem* – dentro de uma normatividade justa de promoção da cidadania e dos direitos humanos no âmbito mesmo da atividade médica – precisamos de um Direito da Medicina cidadão,¹⁵⁷ dialético e transformador. Pois como bem afirmou Sampaio: “afinal a medicina é feita para servir o homem, e não o inverso... ora é isto que, afinal, a noção de dignidade humana nos ajuda.”

Concluindo com Orlando de Carvalho:

“Ouso sugerir: em nome do próprio projeto, dado que este, como atrás se insinuou, se inscreve em certo tempo e em certa civilização, tem de assumir, como ideal dinâmico, “o máximo de consciência possível”, o máximo de emancipação humana, ou, como escreveu Maritain, a “conquista horizontal da liberdade, a *“liberté d’épanouissement* – que eu gosto de traduzir, e não só por preferência botânica, por liberdade de desabrochar.”¹⁵⁸

Ora, é este livre desabrochar que permite reconhecer a pessoa doente como alguém ainda em busca do

¹⁵⁵ FARIA COSTA, “Em torno da noção de acto médico”, FARIA COSTA/ FERNANDES GODINHO (Org.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, p. 398.

¹⁵⁶ FARIA COSTA, “Em torno da noção de acto médico”, *cit.* p. 384; cf. ainda FARIA COSTA, “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza),” in: *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, BFD, Coimbra, 2009, p. 109 e s.

¹⁵⁷ A noção de “citoyen sanitaire” é defendida na doutrina francesa. Assim, Benjamin PITCHO, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2004, p. 566 ss.

¹⁵⁸ Orlando de CARVALHO, *Para um Novo Paradigma Interpretativo: O Projecto Social Global*, Casa da Relação do Porto, 1995, p. 92. COSTA ANDRADE salienta em o *Direito Penal Médico em Mudança* (<http://www.defensesociale.org/02/11.pdf>): Ontem, como hoje, alimentada pela seiva dos mesmos e últimos valores: a preservação da vida e a libertação da dor no respeito pela autonomia e pela intangível dignidade da pessoa.

desenvolvimento da sua personalidade e na construção da sua história pessoal, *escrevendo a sua biografia* (Dworkin). Esse deve ser o desígnio fundamental do Direito da Medicina.

CAPÍTULO 3 – CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

10. Funções da responsabilidade civil médica e o seu malogro

O pensamento jurídico vem discutindo quais os objetivos ou funções da responsabilidade civil. Numa mera síntese – e tendo em vista já especificamente a responsabilidade civil médica – podemos salientar as seguintes incumbências.

Em primeiro lugar, a *função ressarcitória* ou de “indenização” e de “compensação”, significando que a responsabilidade civil visa reparar um dano, “ora mediante a restauração natural, ora através de um equivalente ressarcitório, ora, nos danos não patrimoniais, por via (*stricto sensu*) compensatória.”¹⁵⁹ Em segundo lugar, aponta-se a *função de prevenção*, ou seja, o escopo de reduzir as taxas de dano decorrente das atividades de saúde, visto que ao sancionar a violação de deveres objetivos de cuidado, impostos pelas *leges artis* da medicina, se condiciona o comportamento dos profissionais de saúde no sentido de serem mais diligentes, prudentes e competentes. Terceiro, a *função de justiça* na medida em que se procura distinguir as condutas culposas das não culposas.¹⁶⁰

A *função social (re)distributiva*, em articulação com o mecanismo do seguro, vai ganhando relevo no moderno direito da responsabilidade civil.¹⁶¹ Importa, porém, ter presente que “as funções interagem e o modo como elas se configuram e harmonizam tem impacto na determinação do quantum indemnizatório.”¹⁶²

¹⁵⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 64-72; Maria Manuel VELOSO, “Danos Não Patrimoniais”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III – *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, p. 495 ss.

¹⁶⁰ Cf. William SAGE, “New Directions in the Medical Liability Reform”, in Richard ANDERSON (Ed.) *Medical Malpractice: A Physician’s Sourcebook*, New Jersey, Humana Press, 2005;

¹⁶¹ Todavia, o lesante deve indemnizar o lesado em função do dano causado, sem preocupações de justiça social, exceto em casos flagrantes de iniquidade, para os quais vale o art. 494.º CC.

¹⁶² CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil...*, p. 64.

Tradicionalmente, a função preventiva é secundarizada relativamente à função ressarcitória. A primeira apenas opera “dentro dos limites (máximos) que esta última consente.”¹⁶³ Essa articulação da função preventiva com a finalidade compensatória é um ponto muito sensível na responsabilidade civil por factos ilícitos; por seu turno, a transferibilidade da indemnização para as seguradoras esbate ou dilui a eficácia preventiva.¹⁶⁴

Contudo, alguns estudos vêm colocando em evidência que o sistema tem falhado no cumprimento das referidas funções, quer na vertente reparadora, quer na perspectiva sancionatória, quer pelo ideal de fazer justiça.

O *Harvard Medical Practice Study* analisou os registos clínicos de hospitalizações em Nova Iorque em 1984 e investigou as ações de responsabilidade médica daí derivadas. Detetou seis queixas injustificadas por cada uma adequada e com mérito. A gravidade do estado de saúde do paciente foi o que mais conduziu à probabilidade de pagamento através do sistema de justiça, e não a negligência ou mesmo a causalidade. Por outro lado, em 1% das hospitalizações foi detetada uma negligência. Mas apenas 1/8 destes casos de negligência foi levado a Tribunal e apenas metade destes gerou direito a compensação.¹⁶⁵

¹⁶³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil...*, p. 65 Cf. tb. SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II – 2005, p. 349-390; PINTO MONTEIRO, “A responsabilidade civil no direito contemporâneo”, in Ives Gandra da SILVA MARTINS/ Diogo LEITE DE CAMPOS (Coord.), *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2003.

¹⁶⁴ Por seu turno, na responsabilidade pelo risco o relevo da função preventiva apaga-se, porque nestas responsabilidades não está em causa uma reação a um incorreto direcionamento do comportamento de alguém, mas a eliminação de um dano simplesmente atribuível a um risco ou a defesa de um património mediante a compensação de um sacrifício (lícito) de determinado bem que é imposto, ensina CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil...*, p. 64-65. Contudo, julgamos que a responsabilidade pelo risco pode ainda ter em vista a função de prevenção de acidentes médicos, na medida em que os profissionais e instituições de saúde deverão investir na prevenção do risco de acidente, para evitar o pagamento de indemnizações.

¹⁶⁵ William M. SAGE, “Malpractice Reform as a Health Policy Problem,” in SAGE/ KERSH (EDS.), *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, Cambridge University Press, 2006, p. 32 afirma: this study “radically changed the academic understanding of medical malpractice by revealing a two-sided mismatch between malpractice litigation and underlying negligence ... [and] confirmed that malpractice

Em 1999, o *Institute of Medicine* (IOM) dos Estados Unidos chocou a comunidade médica e jurídica ao concluir que o erro médico aparece entre a oitava maior causa de morte daquele país, superando os casos de acidente de viação, cancro na mama e Sida.¹⁶⁶

Por outro lado, um estudo de 2006¹⁶⁷ analisou 1452 queixas de cinco seguradoras de responsabilidade civil e revelou um resultado inquietante: 28% das queixas envolvendo dano ao queixoso sem que efetivamente houvesse erro médico resultaram em condenação numa indemnização, das quais a maioria por transação extrajudicial. Por seu turno, 27% das queixas em que efetivamente havia erro médico não mereceram compensação. Ou seja em 26% dos casos (381 de 1452 casos analisados) verificou-se um *falhanço* do sistema de reparação dos danos. Um falhanço porque ora responsabilizou médicos competentes, ora deixou sem compensação pessoas vítimas de erro médico.

Onde está afinal a função de justiça que os arautos do sistema tradicional apregoam?

O que se prova com este estudo é que há uma grande *imprevisibilidade* – alguns falam mesmo em lotaria!¹⁶⁸ – nos resultados de ações de responsabilidade médica. Tal contribui

awards are frequently unjustified, in that most successful claimants, though suffering from substantial physical infirmities, had not been treated negligently and often had not even been injured by medical care.”

¹⁶⁶ Cf. INSTITUTE OF MEDICINE – IOM REPORT (Eds. Linda T. KOHN, Janet M. CORRIGAN, Molla S. DONALDSON), *To err is human: building a safer health system*, Washington, National Academy Press, 1999, p. 22. Cf. ainda COMMITTEE ON QUALITY HEALTH CARE IN AMERICA, INSTITUTE OF MEDICINE, *Crossing the quality chasm: a new health system for the 21st century*, Washington, National Academy of Sciences, 2000.

¹⁶⁷ David M. STUDDERT/ Michelle M. MELLO/ Atul A. GAWANDE/ Tejal K. GANDHI/ Allen KACHALIA/ Catherine YOON/ Ann Louise PUOPOLO/ Troyen A. BRENNAN, “Claims, Errors and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation,” *The New England Journal of Medicine*, 354 (2006), p. 2024-2033.

¹⁶⁸ Segundo Frank SLOAN/ Penny B. GITHENS/ Gerald B. HICKSON, “The Dispute Resolution Process,” in Frank SLOAN/ Penny B. GITHENS/ Ellen Wright CLAYTON/ Gerald B. HICKSON/ Douglas A. GENTILE/ David F. PARTLETT (Eds.), *Suing for Medical Malpractice*, The University of Chicago Press, 1993, p. 153: “Some assert that [the system to resolve medical malpractice claims] operates like a *lottery*, both in determining liability and setting damages. Liability determination is thought to be particularly suspect in a field such as medical malpractice where the causation issues are often complicated.”

para o fenómeno da medicina defensiva, que conduz ao aumento dos custos de saúde¹⁶⁹ nos Estados Unidos¹⁷⁰ e não há razões para crer que – embora com consideráveis diferenças de escala – o mesmo fenómeno não se passe entre nós.

Por outro lado ainda, os sistemas clássicos de responsabilidade médica têm vindo a ser acusados – pela escola da *Law & Economics* (análise económica do direito) – de manter elevados custos de transação, ou seja, os custos inerentes à distribuição entre os diversos agentes dos custos de prevenção e dos custos de indemnização. Assim, os custos de transação ou, na terminologia adotada por Calabresi, *custos terciários*¹⁷¹ são bastante elevados, em particular nos sistemas que pressupõem a culpa como pressuposto da efetivação da responsabilidade civil. A título exemplificativo, estes custos estimam-se em 85% em Inglaterra¹⁷², 120% nos EUA¹⁷³, 40% na Bélgica¹⁷⁴. Por seu turno, os sistemas *no-fault* escandinavos têm custos terciários de 17% na Suécia, 18,6% na Finlândia e 26,3% na Dinamarca.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Cf. Allen KACHALIA/ Michelle M. MELLO, “New Directions in Medical Reform,” *The New England Journal of Medicine*, 364, 2011, p. 1564.

¹⁷⁰ Segundo as estatísticas de 2012 da OMS, os EUA estavam em primeiro lugar no mundo em despesa em saúde em percentagem do PIB, com %17.6 em 2009, subindo de %13.4 em 2000. (cf. http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/en/).

¹⁷¹ Guido CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale Academic Publishing, 1970, triparte segundo uma análise económica os custos derivados de acidentes. Os custos primários consistem na indemnização líquida efetivamente transferida para os lesados somados aos custos de prevenção de acidentes. Os custos secundários relacionam-se com os custos relacionados com a distribuição e repercussão dos danos entre lesado e a sociedade (solidariedade social, etc.). Os custos terciários são aqueles que derivam da tramitação burocrática e/ou judiciária necessária para a obtenção da indemnização do acidente.

¹⁷² ROYAL COMMISSION OF CIVIL LIABILITY AND COMPENSATION FOR PERSONAL INJURY, *Cmnd 7054*, 1978 (Pearson Report), §669 ss.

¹⁷³ Patricia M. DANZON “The Swedish Patient Compensation System: Myths and Realities”, *International Review of Law and Economics*, 14, 1994, p. 453.

¹⁷⁴ *Proposition de loi organisant l’indemnisation des accidents médicaux sans faute médicale/Wetsvoorstel tot schadeloosstelling van medische ongevallen zonder medische fout*, 3-213/1; Sénat de Belgique/Belgische Senaat; 19/09/2003.

¹⁷⁵ Cf. Jos DUTE “A comparison of no-fault systems”, in J. DUTE/ M. FAURE/ H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Wien-New York, Springer, 2004, p. 462; Rui Prista CASCÃO, “Análise económica da Responsabilidade civil médica”, *Lex medicinae*,

Atendendo a tudo o que vai dito podemos legitimamente colocar as seguintes questões: Que efeito preventivo pode ter a responsabilidade médica? Que efeito de melhoria da prática médica pode ter a responsabilidade civil?

Vários autores vêm defendendo soluções mais radicais, que passam por uma *mudança de sistema*. Mudança que pode ser total, com o abandono do sistema de responsabilidade médica, como aconteceu na Nova Zelândia ou nos países escandinavos, criando *sistemas de seguro de compensação de danos pessoais* (público no primeiro país ou privado no segundo grupo de países).¹⁷⁶ Mudança de alcance mais limitado no caso da França em que se procurou, desde 2002, dinamizar os processos de compensação dos danos – apostando na resolução extrajudicial do conflito e se garantiu um sistema de responsabilidade objetiva para os grandes incapacitados, vítimas de certas atividades médicas.¹⁷⁷

Outros países avançaram com alterações pontuais, ora atendendo a certas especialidades médicas mais gravemente afetadas pela responsabilidade médica, ou certos danos corporais mais graves, como os danos neurológicos (Florida, Virgínia).¹⁷⁸

Com efeito, a doutrina mais atenta regista que o sistema tradicional, fundado na procura da culpa individual do médico que concretamente terá causado o dano ao paciente não atinge os seus objetivos, nem ao nível da função ressarcitória, nem preventiva, nem mesmo no plano sancionatório.

Concluindo com a Escola de Edimburgo de Direito Médico, quer os médicos, quer os pacientes veem o atual sistema de compensação do dano causado por atividades médicas como sendo lento, traumático e com graves custos sociais, em rigor, um sistema de que apenas os Advogados beneficiam. E concluem:

Ano 2, n.º 3, 2004, p. 133-137; Rui Prista CASCÃO, “Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente”, AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, p. 499-510.

¹⁷⁶ Ian McEWIN, No-Fault Compensation Systems, *Encyclopedia of Law and Economics*, (<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>).

¹⁷⁷ Modelo que inspirou as reformas legislativas recentes na Bélgica e na Polónia, como veremos na Parte IV desta Dissertação.

¹⁷⁸ Jill HORWITZ/ Troyen A. BRENNAN, No-fault compensation for medical injury: a case study, *Health Affairs*, 14, no.4 (1995):164-17; K. PATEL, No-fault medical liability in Virginia and Florida. A preliminary evaluation, *Eval Health Prof.* 1995 Jun;18(2), p. 137-51.

“There must be a better way of dealing with this issue – a way which provides reasonably efficient compensation without destroying the doctor-patient relationship and without diverting health-targeted funds from hospitals and patients care into legal fees and damages.”¹⁷⁹

11. Medicina Defensiva: conceito, causas e consequências

O crescimento da responsabilidade médica nas últimas décadas tem conduzido a uma reação defensiva ou *receosa*¹⁸⁰ por parte dos médicos. Estes profissionais pretendem evitar o risco de ser alvo de uma ação judicial, com todos os inconvenientes, pessoais, sociais e profissionais que isso acarreta, mesmo que, no final, venham a ser absolvidos.

O conceito de medicina defensiva refere-se a práticas médicas realizadas apenas com o objetivo de evitar ações de 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. Assim, as respostas são tomadas em primeira linha com o objetivo de evitar a responsabilidade e não tanto o de beneficiar o paciente. Os médicos podem requerer testes, procedimentos, consultas ou evitar doentes ou procedimentos de alto risco principalmente (mas não necessariamente apenas) para reduzir a sua exposição ao risco de responsabilidade por má prática.¹⁸¹ Esta realidade constitui um dos efeitos menos desejáveis do aumento da litigância médica, pois aumenta os custos dos cuidados de saúde e pode expor os pacientes a riscos desnecessários.¹⁸²

A litigância conduz à *medicina defensiva*, à não aprendizagem com erro, à perda de empatia dos médicos com os seus doentes e a uma crescente frieza na relação médico-doente e ao aumento dos custos em saúde, com a prescrição de exames desnecessários. Esses exames bem como a excessiva

¹⁷⁹ MASON, J. K. / LAURIE, G. T., *Mason & McCall Smith's Law and Medical Ethics*. 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 272.

¹⁸⁰ Usamos a sugestiva terminologia de VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 32 e 448.

¹⁸¹ Michelle MELLO/ David STUDDERT, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance,” in William SAGE/ Rogan KERSH (EDS.), *Medical Malpractice ...*, p. 23.

¹⁸² <http://www.medterms.com/script/main/art.asp?articlekey=33262>

medicação, por sua vez, colocam os pacientes em risco e aumentam os danos iatrogénicos.¹⁸³

Esta expressão surgiu nos Estados Unidos da América, nos anos 70 e 80, quando se deu a primeira explosão de casos de responsabilidade civil médica e hospitalar. “A ameaça de ações de responsabilidade conduz os médicos à prática da medicina defensiva.”¹⁸⁴ Com vista a evitar uma profusão do dano não patrimonial, têm vindo a ser impostos limites à compensação. Assim, nos Estados Unidos, a fixação de limites às compensações por danos não patrimoniais e a limitação dos honorários dos advogados tem vindo a ser concretizada em alguns Estados. Com vista a evitar a medicina defensiva, limitando ou diminuindo o montante das indemnizações, sobretudo as compensações por danos não patrimoniais, o legislador tem introduzido limites máximos (ou plafonds) para os danos morais e pela diminuição dos chamados *punitive damages*.¹⁸⁵ Com efeito, dado o facto de haver montantes de indemnização muito elevados e sobretudo compensações por danos não patrimoniais igualmente onerosas, algumas forças políticas, sociais e económicas americanas têm vindo a pugnar pelo estabelecimento legal de tectos máximos de compensação por danos não patrimoniais e pela limitação dos *punitive damages*. Em 2002, vinte e um Estados haviam estabelecido limites de compensação de danos não patrimoniais de 200,000 a 1 milhão de dólares. Esses limites máximos terão – segundo algumas estimativas – reduzido o montante das compensações médias em 40%. Todavia, o seu efeito na diminuição dos prémios de seguros foi muito inferior.¹⁸⁶ Nos últimos anos, apesar da não aprovação a nível federal desses limites

¹⁸³ Daniel KESSLER/ Mark MCCLELLAN, “Do Doctors Practice Defensive Medicine?,” *The Quarterly Journal of Economics*, 111, no. 2 (1996), p. 358; BRENNAN/ MELLO / STUDDERT, “Liability Patient Safety, and Defensive Medicine: What Does the Future Hold?,” *op. cit.*, p. 93-114; MELLO/ STUDDERT, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance,” *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁴ Steven BRILL, *Curing Doctors*, 12 CONN. L. TRIB., Jan. 27, 1986, at 1, 9

¹⁸⁵ Em França alguma doutrina vem mostrando grande abertura pela figura dos danos punitivos. Assim, por exemplo o Projeto do Prof. Terré, apresentado em 2011, aceita os danos punitivos.

¹⁸⁶ Em 2002, 21 Estados haviam imposto por lei limites máximos que variavam entre \$200,000 e \$1 milhão para danos não patrimoniais. Isso terá reduzido as indemnizações em cerca de 40%; contudo, o efeito nos prémios de seguros não foi tão notório.

máximos, muitos outros Estados têm vindo a criar legislação nesse sentido.¹⁸⁷

Desde há algumas décadas que os profissionais americanos estabelecem como um “risco típico da atividade” a litigância, o pagamento de seguros de responsabilidade civil e, no limite, a perda do seu próprio património. Donde se verificou o movimento reativo de evitar qualquer má prática médica, de afastar o espectro de uma ação em tribunal, sobretudo, de uma demanda vitoriosa. Os médicos passaram a ser muito exigentes no recurso a meios complementares de diagnóstico, segundas opiniões e a estudos clínicos aprofundados do caso; não se coibiram de prescrever terapias medicamentosas, por vezes para além do estritamente necessário. Promoveram rastreios, exigiram mais e melhor tecnologia, incluindo poderosa e complexa aparelhagem informática.¹⁸⁸ Uma espiral de custos que redundou na medicina mais cara do mundo. Uma cadência de litigiosidade que conduziu a indemnizações muito elevadas, a custos de seguros de responsabilidade civil extraordinários e ao consequente afastamento de alguns profissionais da atividade.

Mas afinal os custos da medicina defensiva são muito incertos e sujeitos a manipulação demagógica. Por exemplo, no início dos anos 90, a Associação Médica Americana declarava

¹⁸⁷ Um outro aspeto que contribui para a crise da responsabilidade médica nos EUA é a chamada contingency fee ou a admissão da quota litis. Afirma a doutrina: “The current system makes it relatively easy for a plaintiff to file a claim because he is not required to reimburse defendant’s legal costs even if the latter prevails in the case. Florida was an exception because it awarded fees to the prevailing party to deter claims and defenses without merit, but it later scrapped this Anglo-Canadian rule.” WEILER, *Medical Malpractice on Trial*, Harvard University Press, 1991, p. 29. Por seu turno, KYSAR/ McGARITY/ SOKOL, “Medical Malpractice Myths and Realities: Why an Insurance Crisis is not a Lawsuit Crisis,” *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, no. 2, p. 806-807 afirmam: “Moreover, normally the plaintiff does not even pay his own legal fees; instead, his lawyer shoulders them. This means the patient is not subjected to that particular financial deterrent when he is considering suing a physician for malpractice. In turn, the plaintiff’s lawyer recoups his fees by receiving a percentage (normally up to 40%) of the amount awarded to his client, and filters out patients’ frivolous claims because they are unlikely to lead to compensation.

¹⁸⁸ Cf. Lisa L. DAHM, “Restatement (Second) of Torts Section 324a: An Innovative Theory of Recovery For Patients Injured Through Use or Misuse of Health Care Information Systems”, in *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Fall, 1995. Este texto analisa os delicados problemas de responsabilidade civil derivados do mau funcionamento dos sistemas informáticos nos equipamentos médicos.

que a medicina defensiva pode ser responsável por 30% de todos os custos médicos nos Estados Unidos...¹⁸⁹ Um outro estudo, publicado no *Journal of the American Medical Association*, em maio de 2005, afirmava que mais de 90% dos médicos entrevistados pela Escola de Saúde Pública de Harvard praticam a chamada “medicina defensiva”, que inclui exames caros e tem o objetivo de evitar eventuais processos.¹⁹⁰

Todavia, esses números parecem exagerados, sendo que estudos mais recentes demonstram que se juntarmos os custos associados à medicina defensiva, à responsabilidade médica e os seus custos administrativos, teremos um valor de cerca de 1% da despesa em saúde nos Estados Unidos.¹⁹¹

Os montantes de indenizações praticados pelos tribunais americanos rapidamente chegaram a valores muito elevados, exigindo um agravamento substancial dos prémios de seguro e afastando alguns profissionais da atividade médica.¹⁹²

¹⁸⁹ Segundo Julie KOSTERLITZ, Malpractice Morass, *NAT'L J.*, July 6 1991, 1682. (1685), a Associação Médica Americana estima que a medicina defensiva represente um custo de \$19 bilhões por ano.

¹⁹⁰ W. John THOMAS, The Medical Malpractice "Crisis": A Critical Examination of A Public Debate, *Temple Law Review*, Summer, 1992.

¹⁹¹ Michelle MELLO/ David STUDDERT, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance,” in William SAGE/ Rogan KERSH (EDS.), *Medical Malpractice...*, p. 13, afirmam: “In a meritorious claim the lawyer has a powerful incentive to file suit due to the hefty compensations usually awarded to plaintiffs: while it is difficult to accurately average their dollar amounts, a study in 2003 estimated this average to fall somewhere between \$260,000 and \$310,000. This would put estimates of total annual awards at about \$5.8 billion nationwide. However, even though this contributes to increasing the total spent on health care, in the same study it represented less than 0.3% of spending. Even if we include estimates of administrative expenses (involving lawyers, experts and courts), the figure still amounts to less than 1%.” É difícil demonstrar empiricamente o recurso à medicina defensiva por parte dos profissionais de saúde e avaliar os efeitos do seu impacto. Vide David STUDDERT et al., “Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment”, *Journal of the American Medical Association*, vol. 293, 21, 2005; p. 2616; Tara BISHOP et al., “Physicians’ Views on Defensive Medicine: A National Survey”, *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, 12, 2010, p. 1081; A. R. LOCALIO et al., “Relationship Between Malpractice Claims and Cesarean Delivery”, *Journal of the American Medical Association*, vol. 269, 1993; N. SUMMERTON, “Positive and Negative Factors in Defensive Medicine: a Questionnaire Study of General Practitioners”, *British Medical Journal*, vol. 310, p. 27 ss. Sobre esta matéria, cf. João António PINTO MONTEIRO, “U.S. Medical Malpractice and its Costs: a Brief Survey”, *Medicine and Law*, no prelo.

¹⁹² KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 44.

Nos últimos anos, as indemnizações em ações de responsabilidade médica atingem, em média, valores entre \$260,000 e os \$310,000. Ou seja, atingem-se valores de cerca de 5,8 mil milhões de dólares anuais em indemnizações, em todo o país.¹⁹³

Qual o caldo de cultura que possibilitou o emergir da “medicina defensiva” ou “*medicina receosa*”?

A hipótese normalmente considerada é a que dá ênfase à *revolução tecnológica da medicina e às transformações estruturais da sociedade*. A medicina defensiva é a consequência de uma maior litigância típica das sociedades urbanas e pós-industriais. Litigância que se faz sentir em todos os sectores de atividade e que afeta atualmente todas as profissões intelectuais e os profissionais liberais em geral. Temos hoje ações de responsabilidade civil mais diversificadas, mais complexas e alcançando temáticas outrora desconhecidas.

Outra hipótese, que deriva dos ensinamentos da análise económica do Direito,¹⁹⁴ postula que o aumento da litigância na

¹⁹³ Todavia, isso não significa mais do que 0.3% da despesa e mesmo que se acrescentem os custos administrativos (incluindo advogados, peritos e tribunais), fica-se ainda em cerca de 1%. –Michelle MELLO/ David STUDDERT, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance,” in William SAGE/ Rogan KERSH (EDS.), *Medical Malpractice...*, p. 13.

¹⁹⁴ Subscrevemos a posição crítica de SINDE MONTEIRO, “Análise económica do direito”, *BFD* 57, p. 247-251, relativamente ao préstimo desta metodologia para a cabal resolução do problema jurídico. O Autor considera vários problemas metodológicos relativos à adequação da análise económica do direito no contexto da Ciência do Direito, propugnando pela importância dos valores e concluindo que a Justiça tal como definida pela *Law & Economics* e autores como Guido Calabresi não se identifica com a Justiça na acepção do Direito. Trata-se aqui de um princípio constitutivo e regulador e não um mero facto empírico. Onde a *Law & Economics* pode ser um *instrumento útil como auxiliar da Ciência do Direito, mas não pode regular o Direito em si mesmo*. SOUSA FRANCO, ‘Richard A. Posner, Economic Analysis of Law –Book Review’, *2 Sub Judice*, 1992, p. 39-43, reconhecendo a importância da *Law and Economics* para alargar o espectro de visão dos juristas, alerta para o excessivo entusiasmo que a análise económica do direito pode gerar, e aponta o viés “materialista e individualista.” A preservação de determinados valores incrustados no sistema jurídico é necessária para prevenir a instrumentalização do Direito e a sua substituição por valores não económicos ou supra-económicos. Cf. ainda Paulo MOTA PINTO, “Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise económica (ilustrada com a análise das medidas de indemnização contratual)”, in AVELÃS NUNES/ Jacinto MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008 e Paulo MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, 2008, p. 50 ss.

medicina resulta da existência de... mais *juristas* (que se especializam nesta área do conhecimento).¹⁹⁵

As *consequências negativas* da medicina defensiva são conhecidas. Por um lado, verifica-se o aumento das despesas em saúde e conseqüente aumento dos custos do sistema. Por outro, reconhecem-se piores cuidados de saúde decorrentes do aumento dos efeitos adversos dos exames e dos medicamentos. E verifica-se ainda a limitação do acesso aos serviços médicos devido ao aumento dos custos de saúde, o que coloca em crise o princípio bioético da *Justiça*.¹⁹⁶ Por essa razão, a sexta edição, recentemente publicada, do Manual de Ética do Colégio Médico Americano impõe aos médicos que utilizem os recursos de forma parcimoniosa.¹⁹⁷

Vide ainda uma leitura crítica do utilitarismo de Bentham – que no fundo está presente na *Law & Economics* – em John RAWLS, *O Liberalismo Político*, Lisboa, Editorial Presença, 1997, p. 35; sobre a obra de Rawls, consulte-se Roberto ALEJANDRO, *The Limits of Rawlsian Justice*, Baltimore – London, The Johns Hopkins University Press, 1998. Para uma introdução ao tema, *vide* Fernando ARAÚJO, *Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo*, Coimbra, Almedina, 2008.

¹⁹⁵ Sofia AMARAL GARCIA/ Nuno GAROUPA/ Guilherme VASCONCELOS VILAÇA, *A Justiça Cível em Portugal: uma perspectiva quantitativa*, Lisboa, Sedes, 2008, que afirmam: Segundo Autores da especialidade: “foi o aumento explosivo das profissões jurídicas que induziu o aumento da procura judiciária entre 1970-2004.” No mesmo sentido, *vide* Nuno GAROUPA/ Ana SIMÕES/ Vítor SILVEIRA, “Ineficiência do Sistema Judicial em Portugal: Uma Exploração Quantitativa”, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 34 – *Análise Económica do Direito* – Parte II, 2006: “é apresentado um estudo econométrico para mostrar que o crescimento contínuo do sistema judicial tem seriamente contribuído para o colapso da justiça portuguesa.” Sobre este movimento em Portugal, *vide* Miguel MOURA E SILVA, “Law and Economics In Portugal,” *Encyclopedia of Law Economics*.

No sentido de que a ‘malpractice crisis’ se fica a dever a transformações estruturais da sociedade e da relação médico-paciente, *vide*, na literatura americana, Patricia M. DANZON, New evidence on the frequency and severity of malpractice claims, 23 (Rand. 1986); Patricia M. DANZON, “The Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims: New Evidence”, *Law and Contemp. Probs.*, N. 49, 1986, p. 57 ss.; Patricia M. DANZON, “The Effects of Tort Reforms on the Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims,” *Ohio St. L.J.*, N. 48, (1987), p. 413-415; W. John THOMAS, “The medical malpractice “crisis”: a critical examination of a public debate”, *Temple Law Review*, Summer, 1992.

¹⁹⁶ Tom BEAUCHAMP/ James CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Sixth Edition, New York, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 240 ss.

¹⁹⁷ Peter NEUMANN, “What we Talk about When we Talk about Health Care Costs,” *The New England Journal of Medicine*, 366 (2012), p. 585-586.

A vivência social e a imagem que é transmitida pela comunicação social contribuem, num processo dialético, para essa espiral de litigiosidade. A medicina tornou-se um assunto de interesse mediático e o “erro médico” um filão que se apregoa em manchetes e parangonas de jornal. Os aspetos relativos à comunicação social são importantes ao debatermos a medicina defensiva.

A reação cautelosa ou receosa dos médicos face ao espectro da responsabilização pode dever-se mais à imagem pública, embora indefinida e impressionista, do aumento do conflito, do que propriamente à realidade das sentenças condenatórias transitadas em julgado.

A responsabilidade médica tem vindo a despontar e mesmo a assumir dimensões preocupantes em alguns países e esse fenómeno está a chegar até nós. Mas mais marcante do que o eclodir da responsabilidade médica, é a afirmação dos direitos dos pacientes. Essa é uma marca estruturante da afirmação de um Estado de Direito que visa proteger o ser humano, não apenas na esfera pública, não apenas no domínio processual, não apenas nas componentes dos direitos civis e políticos, mas que vai estendendo a sua manta de proteção a situações da intimidade, outrora escondidas no recanto das instituições tradicionais, caindo no segredo da vida familiar ou na armadura de uma “confiança”, quiçá *temor*, das relações humanas existentes numa instituição hospitalar ou no recanto de um consultório médico.

Virgílio chamava à Medicina «arte silenciosa» (*muta ars*) por contraposição às artes da oratória, como a governação e o Direito. A medicina era uma tarefa que se desempenhava em silêncio. “Mas as coisas mudaram; levou dois mil anos, mas mudaram. / E agora, para os médicos, o silêncio... acabou.”¹⁹⁸

Com efeito, nas últimas décadas a sociedade tem assumido como um imperativo ético que algumas condutas – outrora relegadas para o domínio da moral – devem estar em confronto com o Direito. Assim, os antigos crimes praticados dentro do lar (a violência doméstica, os maus-tratos, o abuso sexual de crianças) passaram a estar sujeitos a um regime de crimes públicos.¹⁹⁹ A penitência na relação matrimonial deixou

¹⁹⁸ Guilherme de OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa”, *cit.*, p. 100.

¹⁹⁹ Cf. art. 152.º CP (Violência doméstica) e art. 152.º-A CP (Maus Tratos). Estes crimes não dependem de queixa. Por seu turno, o art. 178.º CP regula o regime da queixa nos crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual e em regra os crimes contra menores são

de ser aceite como um fado necessário.²⁰⁰ Também assim a incúria e a falta de respeito pelos direitos de personalidade do paciente passaram a não ser suportados e o *Direito da Medicina* emergiu.

Há um movimento de emancipação da pessoa humana antes subjugada a poderes fácticos de opressão. Naturalmente, as mudanças envolvem alterações no equilíbrio de forças e por vezes alguma desarmonia que importa cotejar.

Mas não podemos ao abrigo de um pretense perigo de uma medicina defensiva impedir o desenvolvimento normativo doutrinal e jurisprudencial do direito da responsabilidade médica. Nem queremos voltar ao começo do século XIX, em que quase desapareceu a responsabilidade jurídica, com a decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que proclamou a *exclusiva responsabilidade moral* dos profissionais da arte de curar...

Ora, ainda hoje encontramos linhas jurisprudenciais que designaríamos de *receosas*, mais ciosas de salvar o *status quo* do regime de difícil responsabilização da atividade médica, do que apostadas no desenvolvimento normativo de um Direito Civil que atenda às exigências de proteção da pessoa doente e da pessoa vítima de má prática médica. Assim, o Ac. STJ, 15/10/2009 (Rodrigues dos Santos) introduz como ‘*argumento jurídico*’ o pavor de que o aumento da responsabilidade civil médica (através das técnicas de facilitação da prova e da inversão do ónus da prova) conduza “quase inevitável prática de uma medicina defensiva.”

Não subscrevemos este ponto de vista que, lançando mão de um critério extrajurídico e finalístico, não leva a cabo uma correta interpretação dos elementos dogmáticos disponíveis no sistema e coloca na sombra o primado da proteção da pessoa doente e do direito à compensação pelo dano injustificado. Com efeito, a *ameaça* da ‘medicina defensiva’ tem sido usada de forma muitas vezes abusiva. Pelo contrário, aquilo a que alguns apelidam de medicina defensiva

públicos, Excepcionalmente, “Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, pode determinar a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que não tenha sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza (n.º 3)”.

²⁰⁰ O novo regime do divórcio (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) veio acentuar a dimensão de divórcio-ruptura.

pode ser tão-só a prática de uma *boa medicina*, que cumpre os *melhores standards internacionais*.

Como afirma um Autor inglês, “*fear of litigation can lead to some good practices: better record keeping, politeness in dealing with patients, clearer communication and double checking.*”²⁰¹

12. Litigiosidade e desconforto na relação médico-paciente

A crescente litigiosidade médica deve ser vista no âmbito, mais geral, do aumento progressivo da responsabilidade profissional e estas transformações são mais um problema social e moral do que de pura reforma legislativa, afirma Lord Kilbrandon.²⁰²

Aliás, “os casos de responsabilidade profissional fora do campo médico são muito mais frequentes que as ações de responsabilidade médica, e a taxa de sucesso dos queixosos nas ações de responsabilidade médica mantém-se consideravelmente menor que noutras áreas de responsabilidade profissional” – esclarecia, em 1988, um dos pioneiros do Direito da Medicina, Dieter Giesen.²⁰³

A crescente tendência da população portuguesa para promover o exercício dos seus direitos e de se revelar mais reivindicativo, também na área da saúde, pode derivar, entre outros fatores, da melhoria das condições na prestação sanitária e da esperança que a população deposita nos cuidados de saúde.

Todavia, após o insucesso no sistema de saúde, pode aguardar pelo cidadão um penoso caminho no sistema de justiça. Com efeito, o processo judicial de responsabilidade civil tem graves desvantagens ao nível da sua *duração*, *custos*²⁰⁴ e *perspetivas de sucesso*. Na falta de um acordo com a

²⁰¹ HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 67.

²⁰² No Prefácio da obra de Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

²⁰³ Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, 1988, cit. p. XIV.

²⁰⁴ Na Inglaterra, no início da década, os casos acima de £20.000 demoravam cerca de 5 anos a ser resolvidos, embora as mudanças na lei processual tenham diminuído esses tempos consideravelmente. O *National Audit Office* afirma que em 65% das demandas inferiores a £50.000 os custos (judiciais e com advogados e peritos) eram superiores ao montante da indemnização atribuída ao paciente. (HERRING, p. 66).

seguradora de responsabilidade civil, a via judicial pode significar um processo judicial muito prolongado e difícil.²⁰⁵

São muitos anos de conflito e de espera pela decisão judicial e mais anos são – no plano qualitativo – porque estamos a tratar dos mais elevados bens jurídicos da pessoa: a vida, a saúde e a sua integridade física e moral. O facto de o sistema jurídico permitir que o paciente aguarde 4, 5 ou 10 anos por uma decisão sobre assuntos tão sensíveis e urgentes não pode ser visto – por um jurista humanisticamente empenhado – com frieza e sem um sentimento de repulsa.

Em Portugal, numa análise dos casos que chegam aos tribunais supremos (STJ e STA), podemos afirmar que, em regra, desde a data do evento lesivo até à decisão final passam em média 8 anos.²⁰⁶ Ou seja 8 anos de litígio, despesas e angústia, numa matéria que afeta o bem-estar físico e psíquico dos intervenientes, quer dos pacientes, quer dos médicos.

Helmut Koziol afirma que o direito da segurança social e os sistemas de proteção na saúde já protegem a pessoa face às suas necessidades mais imediatas e urgentes:²⁰⁷ cuidados de

²⁰⁵ Um estudo de Weyers realizado, no início dos anos 90, na Alemanha, e abrangendo 150 casos, chegou às seguintes conclusões: 8 anos após o início do processo, 65% dos casos ainda não haviam sido decididos; 10 anos após o início do processo, 45%; 12 anos após o início do processo, 31%; 15 anos após o início do processo, 20%; 17 anos após o início do processo, 12%; 20 anos após o início do processo, ainda restavam 5 casos por resolver! –WEYERS, Gutachten A, p. 46, apud Hans RADAU, *Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz: eine Untersuchung am Beispiel der Patientenunfallversicherung im Schweden*, Verlag Versicherungswirtschaft, 1993, p. 81.

Bappert analisou as decisões entre 1969-1980 com os seguintes valores médios: Desde a entrada do processo, até à decisão da primeira instância = 3,4 anos; Desde a entrada do processo, até à decisão da segunda instância = 5,3 anos; Desde a entrada do processo, até à decisão da terceira instância = 10,7 anos. (BAPPERT, *Arzt und Patient als Rechtssuchende*, p. 115, apud Hans RADAU, *Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz*, p. 81.

²⁰⁶ Conclusões da tese de mestrado de Lúcia Ernesto, que estudou a incidência de erros dos profissionais de saúde publicados na comunicação social desde 1974; oito anos é o tempo médio que um tribunal demora a decidir um caso de negligência médica - Entrevista TVI24, Agosto de 2012, apud Gonçalo COIMBRA CASTANHEIRA, *Responsabilidade Profissional Em Saúde –Análise da Situação no Concelho de Coimbra*, FMUC, Polic. 2012.

²⁰⁷ Afirma Helmut KOZIOL, “Deficiency of Regulations and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research,” in Michael FAURE/ Helmut KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice*, Springer, 2001, p. 321: “one has to bear in mind that this harm and the fact

saúde, pensões de sobrevivência, prestações por incapacidade laboral, etc. O Autor terá razão face à realidade austríaca; mas esta está longe da realidade portuguesa, sendo, contudo, verdade que o Sistema Nacional de Saúde protege os cidadãos perante um infortúnio de saúde.

O sistema de proteção social em Portugal apresenta algumas insuficiências.²⁰⁸ Acresce que a responsabilidade civil visa conceder uma indemnização que procura, por definição, “repor o lesado na situação em que este se encontraria, se não tivesse ocorrido a lesão”. Não se trata portanto de conceder privilégios ou benefícios extraordinários, mas antes de reparar danos aos bens jurídicos pessoais mais importantes. O que vai dito vale, sem hesitações, também para o domínio dos danos não patrimoniais, que não devem ser vistos como um parente menor da responsabilidade civil, ou como um “luxo” do sistema jurídico.

O perigo e o cinismo destes prazos para resolver os problemas das pessoas, vítimas de um acidente ou negligência médica, é tanto maior quando pensamos que quando maior for a lesão, quando mais doente estiver o Autor, mais provável é que ele venha a falecer sem nunca conhecer o resultado da decisão judicial.²⁰⁹

As ações de responsabilidade médica são muito demoradas e dispendiosas (devido aos honorários do advogado, aos pareceres de peritos, etc.) e o risco de sucesso é baixo; mais baixo do que na responsabilidade civil em geral.²¹⁰ Neste

that its indemnification takes quite some time does not touch the victim's basis of existence. In principle, damages for pain and suffering do have the purpose of making it possible for the victim to gain an advantage and thus “pleasurable sensations” as a compensation for all the suffering caused by the injury, in other words for the “unpleasurable sensations”. Acrescenta o Autor “covering cases of hardship by the social security system would be reasonable and compatible with the principles of tort law (...) I have in mind the “Wiener Losung”: The Viennese statute provides the patient's indemnification in cases of *special hardship*, but without conceding an actionable claim.”

²⁰⁸ Portugal é o país com maiores desigualdades na distribuição da riqueza e o coeficiente de GINI de 33,7% (um dos mais altos da União Europeia). Vide URL: <http://observatorio-das-desigualdades.cies.iscte.pt/index.jsp?page=indicators&id=215> .

²⁰⁹ Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 82.

²¹⁰ Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 82 apresenta um estudo de Weyers, relativo à situação na Alemanha, no início dos anos 90. Em síntese podemos afirmar que o Autor gastou no processo cerca de 25% do seu pedido! E todo este custo com o grande risco de perder a ação.

“jogo”, parafraseando Atiyah,²¹¹ todos são prejudicados pelo litígio: os pacientes, porque ficam privados de rendimentos ou precisam do montante da indenização para fazer face a despesas causadas pelo erro médico, porque são sujeitos a uma devassa da sua intimidade e dos seus sentimentos durante a investigação judicial, porque suportam despesas avultadas em custas de justiça e honorários de advogados e peritos; os médicos porque sofrem a humilhação da demanda, e porque se envolvem emocionalmente no processo muitas vezes no sentido de negação do sucedido.

Ao contrário do acidente rodoviário em que o condutor sancionado irá ter um comportamento mais diligente e prudente, mas não irá ter comportamentos prejudiciais para o sistema; diferentemente dos acidentes laborais em que a responsabilidade civil irá conduzir a entidade patronal a cumprir as regras de segurança, mas não a prejudicar os trabalhadores atuais e futuros – a responsabilidade civil do médico, quando afirmada num contexto de conflitualidade e num sistema “adversarial” – pode conduzir ao termo da relação médico-paciente e pode prejudicar as relações médico-doente futuras.

Dir-se-á, porém, que não é só a responsabilidade civil que conduz a este resultado. Qualquer forma de responsabilidade (penal ou disciplinar) acarreta as mesmas consequências. Ou seja, considerando a articulação entre responsabilidade civil, a responsabilidade penal e a responsabilidade disciplinar podemos ter dúvidas sobre a influência da responsabilidade civil no *modus operandi* dos profissionais de saúde, designadamente na criação da chamada “medicina defensiva”. É que, a *mera culpa* é fundamento para o profissional de saúde ser responsabilizado em sede penal e disciplinar.

E quanto à primeira, em virtude do princípio da adesão, o médico dificilmente evitará ser envolvido numa queixa-crime, ser ouvido pelo Ministério Público e eventualmente chegar à fase de Instrução e mesmo à Audiência e Julgamento. Na mente do médico é este o maior receio e a maior ameaça por parte do sistema jurídico.

Por outro lado, os médicos portugueses gozam hoje da proteção jurídica do seguro de responsabilidade civil subscrito pela Ordem dos Médicos e muitos profissionais, sobretudo nas áreas com maior “risco jurídico”, contratam seguros adicionais.

²¹¹ P.S. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Hart Publishing, 1997.

Donde, não é o receio de pagar uma indemnização por lesões corporais que principalmente preocupa os médicos, antes a humilhação e a desonra de se ver envolvido num processo criminal.

Doutro passo, ensina a análise económica do direito que a existência do seguro não diminui (necessariamente) o nível de prudência, diligência e cuidado dos médicos.²¹² Com efeito, embora os seguros criem potencialmente problemas de risco moral, visto que quem está coberto por um seguro tem menos incentivos para evitar o dano, o seguro não elimina a responsabilidade pelo pagamento dos danos, apenas o transfere do segurado para a seguradora. “Esta, na tentativa de maximizar os seus lucros, pretende minimizar os danos a pagar e, conseqüentemente, vai procurar levar os segurados a terem o menor número de acidentes possível,” seja impondo franquias, seja condicionando o valor dos prémios ao historial do segurado, seja não se responsabilizando caso consiga provar que o segurado não cumpriu determinadas regras de comportamento.²¹³

Não julgamos que esta linha de raciocínio possa proceder sem mais. Quanto à responsabilidade penal, em caso algum haverá lugar a inversões do ónus da prova ou a responsabilidade objetiva. Inclusive, muitos defendem que apenas deveria intervir em casos de *negligência grosseira*. É na fronteira entre a negligência leve e o erro não culposos que está o foco de tensão causado pela responsabilidade jurídica. Quanto à responsabilidade disciplinar, o “conflito” só indiretamente envolve o paciente, visto que se visa a realização de uma justiça que procura a manutenção da integridade e prestígio da profissão e o respeito pelas regras deontológicas. Pelo que vai dito, concluímos que as especificidades da responsabilidade penal e disciplinar, permitem manter a autonomia em torno dos objetivos da responsabilidade civil.

Em suma, retomando o debate em torno das funções da responsabilidade médica (de prevenção, de indemnização e de justiça), deveremos juntar ainda a de manter uma boa relação médico-paciente e contribuir para a qualidade do sistema de saúde.

²¹² Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito – Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 114-115.

²¹³ Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito*, p. 115.

12.1.A situação ‘controlada’ da responsabilidade médica na Europa

Parte da doutrina entende que não há razões para uma visão pessimista do funcionamento da responsabilidade (civil) dos médicos e instituições. Com efeito, a maior parte dos casos não chegam a tribunal e quando chegam são resolvidos com os instrumentos próprios do Estado de Direito: os tribunais com juízes togados e as leis que, fundadas em “princípios milenares”, vão permitindo a resolução dos conflitos, sem criar regime que beneficiem ou prejudiquem uma classe profissional face a outras, ou, vendo por outra perspetiva, não beneficiando as vítimas do fado ou do acidente médico, face às vítimas de outros acidentes.²¹⁴

Assim, a doutrina germânica tem observado que apenas cerca de 15% de todos os casos de responsabilidade chegam aos tribunais. Destes, cerca de metade culmina na não procedência do pedido, a outra metade termina em grande parte por transação, e apenas cerca de 10% dos processos leva a uma condenação do médico.²¹⁵

Se tomarmos agora em consideração o montante das indemnizações, vemos que a maioria se queda em valores inferiores a €30.000. Porém, nos últimos anos tem-se registado um aumento dos montantes de compensação por danos não patrimoniais. Assim, na Alemanha, não são raras as condenações em montantes superiores a €200.000. Em casos de danos muito graves pode o médico ser condenado a pagar uma indemnização em renda mensal, bem como uma compensação por danos não patrimoniais em valores de 1 milhão de euros. O montante médio das indemnizações tem vindo a aumentar progressivamente, sendo no início do século já na ordem dos €10.000. Este fenómeno não atinge igualmente as diferentes especialidades, sendo os cirurgiões e os ginecologistas/obstetras os mais afetados.²¹⁶

Apesar de ser notório o aumento da litigância,²¹⁷ Katzenmeier entende não podemos falar de uma “explosão da

²¹⁴ Este argumento, porém, chega atrasado, pois quer no domínio rodoviário, quer laboral, vigoram, desde há muito regimes de responsabilidade independentemente de culpa.

²¹⁵ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 41, com indicações da doutrina tudesca.

²¹⁶ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 42.

²¹⁷ As seguradoras de responsabilidade civil, por seu turno, disponibilizam dados interessantes. Assim, na Alemanha, no final dos anos 60 davam entrada cerca de 6.000 processos por ano. Durante a década de 70

responsabilidade médica.” A frequência das indemnizações e o seu montante não é preocupante nem fora do comum, mantendo-se plenamente num plano comparável com as outras profissões liberais. Também na Inglaterra, os estudos demonstram que “*the compensation culture is a myth; but the cost of this belief is very real.*”²¹⁸

12.2.Litigância em Portugal

Nos últimos anos tem vindo a crescer o número de demandas contra os médicos e contra os hospitais. Se este facto não resulta muito evidente da consulta das coletâneas de jurisprudência, tal poderá ficar a dever-se ao facto de, perante a prova da culpa do agente médico, o seu Advogado o aconselhar a chegar a um acordo extrajudicial.

O aumento de casos não significa uma diminuição da qualidade da medicina. Fica antes a dever-se a um assumir da cidadania plena também no âmbito dos cuidados de saúde. Numa sociedade crítica, como a nossa, os cidadãos clamam

o número subiu para mais de 15.000 e no final do século passado atingia já os 20.000 casos. Outra fonte, menos rigorosa, aponta para valores de 35.000 casos por ano, no início deste século. 50% destes casos foram considerados por parte das seguradoras como sem fundamento. Cerca de 10 a 20% dos pedidos mereceram acolhimento pela seguradora e os restantes 30 a 40% foram discutidos. Por seu turno, junto das Comissões de Peritos (*Gutachterkommissionen*) e nas Comissões de Arbitragem (*Schlichtungsstellen*) deram entrada em 1997 quase 9.000 queixas – *apud* KATZENMEIER, p. 41.

²¹⁸ HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 65, citando Better Regulation Task Force (2004:3). O Autor analisa estudos ingleses que revelam que há cerca de 6000 queixas por ano contra o NHS, contra um número estimado de 850.000 eventos adversos. Destes casos, entre 1995 e 2002, 28% foram abandonados pelos pacientes; 47% foram resolvidos por transação extrajudicial; 2 % foram litigados e ganhos pelo Autor; 1% ganhos pelo NHS e 22% ainda não foram resolvidos.

Na Inglaterra, foi feito um estudo sobre por que razão as pessoas litigam contra os médicos. A maioria dos queixosos queria um reconhecimento da culpa; uma garantia de que os erros não seriam repetidos no futuro; ou uma investigação completa do que aconteceu. Menos de metade dos inquiridos estavam preocupados em receber uma explicação, um pedido de desculpas e assegurar que os profissionais compreendiam o que tinha acontecido com eles. Apenas um terço afirmou estar preocupado com o dinheiro. Um outro estudo revelou que apenas 11% estavam preocupados em receber dinheiro, embora subisse para 35% quando estavam em causa danos graves. – cf. HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 59.

pela satisfação dos seus direitos e exigem responsabilidades em situações que outrora relegavam ao fado, ao azar.²¹⁹

A responsabilidade médica tem ganho cada vez mais importância nas últimas décadas. Em Portugal, especialmente nos últimos 10 anos, tem-se verificado um aumento importante da litigiosidade ligada às atividades médicas e hospitalares.

A IGAS realizou dois importantes relatórios sobre o erro médico. O primeiro em 2008 e o segundo em 2010.²²⁰ O estudo da IGAS que analisa a situação realizado entre 2005 e 2007 concluiu que os “doentes pedem 29 milhões de indemnizações por erros médicos.”

No último Relatório apresentam-se dados esclarecedores quanto ao aumento da litigiosidade nos hospitais portugueses. Este relatório versou sobre um universo de 68 hospitais. As especialidades mais visadas por processos de responsabilidade eram a Obstetrícia e Ortopedia, a Cirurgia Geral,²²¹ a Ginecologia, a Oftalmologia e a Medicina Interna.²²² Nas ações judiciais emergentes de alegada assistência médica

²¹⁹ Fernando OLIVEIRA e SÁ, “Acerca da Responsabilidade Profissional em Medicina”, *cit.*, descrevia, em 1966, “a não existência, entre nós, de uma generalizada mentalidade de reivindicação no plano da responsabilidade civil.”

²²⁰ Cfr. os documentos da INSPEÇÃO GERAL DAS ATIVIDADES EM SAÚDE, “*Inspecção, Monitorização do Erro médico e Acções judiciais com pedido de Indemnização por deficiente assistência médica, nos Estabelecimentos e Serviços do Serviço Nacional de Saúde*” – Processo n.º 248/2008 e *Inspecção sobre Monitorização do Erro Médico e Acções Judiciais com Pedido de Indemnização por deficiente Assistência Médica (Follow Up)* – Processo n.º 44/2010-INS.

²²¹ Também no Brasil, a Cirurgia e a Ginecologia são as responsabilidades mais expostas ao risco de litígio médico; *vide* Ana GARFINKEL, “Responsabilidade Civil Por Erro Médico Segundo A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Síntese),” *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 3 n.º 2, JUL-DEZ 2007, p. 37-58. A Autora alcançou as seguintes conclusões: (i) o número de ações por erro médico aumentou nos últimos anos; (ii) a cirurgia é a modalidade de atividade médica com o maior número de ações por erro médico; (...) (iv) ginecologia e obstetrícia, laboratórios e cirurgia plástica foram as especialidades médicas mais demandadas; (v) o percentual de casos em que o autor vence é idêntico ao percentual de ações em que ele perde; e (vi) o TJSP é imparcial ao julgar as ações por erro médico.

²²² No que toca à tipologia das situações que ocorreram nos últimos cinco anos, é o erro na identificação do doente a situação mais referida pelos estabelecimentos hospitalares (17), seguindo-se os processos com informação mal arquivada (16), erros de administração (14), etiquetagem incorreta (13), erros de prescrição não conforme/indevida (13); incidentes com transfusões sanguíneas (13) e erros na avaliação do estado clínico do doente (11).

deficiente diz o relatório que «pontificam vários elementos, sublinhando-se a relevância dos montantes indemnizatórios reivindicados». Em 2010 o montante das indemnizações pedidas ascende aos 26 milhões de euros,²²³ tendo sido de quase 30 milhões em 2008.

Verificamos assim que a responsabilidade hospitalar é já uma realidade significativa e relevante em Portugal. Este aumento dos danos – desde que controlado – pode ser visto com algum otimismo. Isto significa, em primeiro lugar, uma democratização da sociedade e uma maior capacidade formal e informal de acesso ao direito. Em segundo lugar, este fenómeno poderá, melhor dizemos, *deverá* redundar num incremento da proteção da segurança do doente e uma melhoria da qualidade dos serviços de saúde. Com efeito, uma das premissas da análise económica do da responsabilidade aquiliana é a *economia da precaução*.²²⁴ Esta responsabilidade é pragmaticamente equivalente à regulação da segurança, no modo como corrige externalidades e assegura um nível eficiente de riscos de acidentes.

As seguradoras são a instituição com mais dados disponíveis, pelo que a sua análise se revela uma fonte importante de informação.²²⁵ De acordo com os dados de uma

²²³ O montante global de indemnizações pedidas ascendeu a €26.013.826,16.

²²⁴ Expressão de Fernando ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, p. 840. Segundo Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito*, p. 118: “os acidentes causam danos e, conseqüentemente, implicam custos. Mas tomar precauções para os prevenir tem igualmente custos. Há, por isso, um nível eficiente de precauções (e de acidentes): só se deve gastar um euro adicional em precauções se ele poupar mais de um euro em danos. O nível eficiente de precauções é aquele para o qual o benefício marginal de precaução é igual ao seu custo marginal.”

²²⁵ A importância – e a dificuldade – de aceder à informação é salientada por U. MAGNUS/ H-W. MICKLITZ, *Comparative analysis of national liability systems for remedying damage caused by defective consumer services. A study commissioned by the European Commission. Final report*, April 2004, p. 35-36: “The key actors all over the European Community who are supposed to store information on liability litigation with regard to particular services or service categories are the insurance companies. (...) Neither the Member States nor the European Community (nor the Council of Europe, Herman Nys) oblige the insurance companies to disclose their information. The insurance companies themselves claim that they do not retain information and that the set of available statistical data even for internal management purposes is overestimated”.

Seguradora a operar no mercado nacional,²²⁶ desde 2004 a 2011, pagou indemnizações no valor de €1.077.825.

Trata-se de um montante bastante baixo o que demonstra que a responsabilidade civil por danos causados no âmbito de atividades médicas não protege a função de ressarcimento ou de compensação.

13. O erro em medicina e o princípio da não-maleficência

Graças à higiene pública, água e saneamento, melhoria das condições económicas e de alimentação, mas também devido à medicina, a esperança de vida aumentou exponencialmente e a morbidade e a mortalidade diminuíram. A medicina é indubitavelmente uma das artes à qual o homem contemporâneo deve quota-parte significativa da sua prosperidade e qualidade de vida.

Contudo, apesar do seu desenvolvimento, a medicina está longe de ser perfeita ou segura.²²⁷ Estudos empíricos norte-americanos sugerem uma taxa de erro de aproximadamente 1%. Extrapolando esses dados e fazendo o paralelismo com outras atividades, tal corresponderia a duas aterragens inseguras no aeroporto de Chicago por dia, 16 000 cartas perdidas por hora e 32 000 cheques descontados na conta bancária errada por dia nos EUA!²²⁸

Igualmente em França verificam-se anualmente cerca de 400.000 casos declarados de infeções nosocomiais, que resultam em 18.000 mortos, ou seja, duas vezes mais que os sinistros e mortes derivados de acidentes de viação, segundo o antigo Ministro da Saúde francês, Bernard Kouchner.²²⁹

Apesar de a medicina salvar muitas vidas e contribuir significativamente para melhorar o estado de saúde de muitas pessoas, a sua prática conta com um número significativo de

²²⁶ Resposta, datada de 15 de novembro de 2011, de uma Seguradora a operar no mercado nacional ao Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico.

²²⁷ Também na literatura médica se vai assumindo este problema. Cf. Linda N. MEURER/ Hongyan YANG/ Clare E. GUSE/ Carla RUSSO/ Karen J. BRASEL/ Peter M. LAYDE, “Excess Mortality Caused by Medical Injury”, *Annals of Family Medicine*, Vol. 4, n.º 5, September/October 2006.

²²⁸ L.L. LEAPE, “Error in medicine”, in M. ROSENTHAL *et al.*, *Medical Mishaps: Pieces of the Puzzle*, Open University Press, Buckingham, Philadelphia, 1999, p. 22.

²²⁹ Bernard KOUCHNER, *Les Assureurs contre les Malades*, Le Monde, 20-21 outubro de 2002, p. 12.

“danos colaterais”,²³⁰ o que configura o dano iatrogénico como uma inevitabilidade estatística.²³¹

A prestação de cuidados médicos hoje em dia é altamente complexa. Os cuidados de saúde podem ser prestados num ambiente de alta pressão e com forte mobilidade, envolvendo um vasto conjunto de tecnologia e muitas decisões e julgamentos são tomados diariamente por parte de vários membros da equipa de saúde. Em tais circunstâncias os erros podem acontecer. Por vezes, ocorrem danos involuntários a um paciente durante um procedimento médico ou em razão de uma decisão terapêutica, erros que podem causar danos, por vezes, danos graves, algumas vezes a própria morte.²³²

Ora, como é sabido o princípio da não maleficência, que já remonta a Hipócrates, é um dos pilares da bioética moderna. Donde, o Direito da Medicina tudo deve fazer para promover a *patient safety*, criando sistemas que evitem os eventos adversos que possam ser prevenidos.²³³

O problema dos eventos adversos na saúde não é novo. Estudos dos anos 1950 e 1960 relatavam os eventos adversos, mas este assunto manteve-se durante largas décadas bastante ocultado. Com a publicação, no início da década de 1990, dos resultados da *Harvard Medical Practice*²³⁴ começou a surgir

²³⁰ MERRY / McCALL SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 43.

²³¹ Cf. Rui CASCÃO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *Lex Medicinæ*, 2004, Ano 1, n.º 1, p. 97-106.

²³² Seguimos, de perto, o documento *World Alliance for Patient safety: forward programme*, October 2004, World Health Organization, 2004.

²³³ A publicação dos então Senadores Hilary Clinton e Barack Obama é considerado um dos textos inspiradores dos esforços que as Agências Governamentais, designadamente a AHRQ (Agency for Healthcare Research and Quality) vêm realizando na área da *patient safety* – cf. Hillary Rodham CLINTON/ Barack OBAMA, “Making Patient Safety the Centerpiece of Medical Liability Reform”, *N Engl J Med* 2006; 354:2205-2208 (May 25, 2006).

²³⁴ BRENNAN/ LEAPE/ LAIRD *et al.*, Incidence of adverse events and negligence in hospitalised patients: results of the Harvard Medical Practice Study, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 370-7; LEAPE/ BRENNAN/ LAIRD *et al.*, The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II. *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 377-84. Cf. Paula LOBATO DE FARIA, “Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norte-americana”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 10, 2010, p. 81 ss.

um corpo de provas que chamou a atenção para este grave tema.

Seguiram-se análises na Austrália,²³⁵ Reino Unido²³⁶ e outros nos Estados Unidos da América, sendo de destacar a publicação da obra “*To Err is Human: building a safer health system*” pelo Instituto de Medicina Americano.²³⁷ Estes estudos aportaram mais informação e alavancaram este tema para o topo da agenda política e do debate público em todo o mundo.

Hoje mais países, incluindo o Canadá,²³⁸ a Dinamarca, os Países Baixos, a Suécia e outros Estados membros da OCDE estão a tomar medidas importantes relativamente a este problema. A Nova Zelândia²³⁹ e o Canadá²⁴⁰ publicaram recentemente investigação sobre os eventos adversos nos hospitais públicos.

Vários estudos analisaram a extensão dos eventos adversos. O estudo de Harvard descobriu que 4% dos pacientes sofrem algum tipo de dano no hospital; 70% dos eventos adversos resultam numa incapacidade temporária curta, mas 14% dos incidentes resultam em morte.²⁴¹ O relatório do Instituto de Medicina – já referido – estima que os “erros médicos” causam entre 44.000 e 98.000 mortes por ano nos

²³⁵ WILSON/ RUNCIMAN/ GIBBERD et al. The Quality in Australian Health Care Study, *Medical Journal of Australia*, 1995, 163:458-71, p. 458-71.

²³⁶ VINCENT/ NEALE/ WOLOSHYNOWYCH, Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review, *British Medical Journal*, 2001, 322, p. 517-9.

²³⁷ Este relatório viria a ser publicado como Linda KOHN/ Janet CORRIGAN/ Molla DONALDSON (Eds.), *To err is Human. Building a safer Health System*, Washington, National Academy of Sciences, 2000.

²³⁸ Cf. DOWNIE/ LAHEY/ FORD/ GIBSON/ THOMSON/ WARD/ MCDONALD/ SHEA, *Patient Safety Law: From Silos to Systems (Final Report)*, March 31, 2006.

²³⁹ DAVIS/ LAY-YEE/ BRIANT et al., Adverse events in New Zealand public hospitals I: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2002, 115 (1167): U271. DAVIS/ LAY-YEE/ BRIANT et al., Adverse events in New Zealand public hospitals II: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2003, 116 (1183): U624.

²⁴⁰ BAKER/ NORTON/ FLINTOLF et al., The Canadian Adverse events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada. *Canadian Medical Association Journal*, 2004, 179(11):1678 –1686.

²⁴¹ BRENNAN/ LEAPE/ LAIRD N et al., Incidence of adverse events and negligence in hospitalised patients: results of the Harvard Medical Practice Study. *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6):370-7. LEAPE/ BRENNAN/ LAIRD N et al. The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6):377-84.

hospitais dos EUA.²⁴² O departamento britânico da saúde, no seu relatório do ano 2000, “*An Organisation with memory*”, estimou que os eventos adversos ocorrem em cerca de 10% das admissões hospitalares, ou seja, cerca de 850.000 eventos adversos por ano.²⁴³ O estudo sobre a qualidade no sistema de saúde australiano, divulgado em 1995, aponta para uma taxa de eventos adversos de 16.6% entre os pacientes em hospitais.²⁴⁴

Por seu turno, a organização “*Hospitals for Europe’s Working Party on Quality Care in Hospitals*” estimou, no ano de 2000, um em cada dez pacientes nos hospitais europeus sofrem de danos preveníveis e efeitos adversos relacionados com os cuidados de saúde.²⁴⁵ Os estudos produzidos na Nova Zelândia e no Canadá também sugerem percentagem relativamente elevadas de eventos adversos: cerca de 10%.²⁴⁶

Do ponto de vista financeiro, os eventos adversos também acarretam elevados custos. No Reino Unido as estadias hospitalares adicionais (devidas a eventos adversos) custam cerca de £2000 milhões (de libras) por ano; os custos de indemnizações pagas pelo NHS rondam os £400 milhões por ano, a que se deve adicionar a responsabilidade potencial de £2400 milhões pelas demandas propostas ou que se espera que sejam reclamadas.²⁴⁷

²⁴² KOHN/ CORRIGAN/ DONALDSON MS (Eds.), *To err is human, cit.*

²⁴³ DEPARTMENT OF HEALTH, *An organisation with a memory: Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS chaired by the Chief Medical Officer*. Crownright. Department of Health. HMSO. 2000.

²⁴⁴ WILSON/ RUNCIMAN/ GIBBERD et al. The Quality in Australian Health Care Study, *Medical Journal of Australia*, 1995, 163:458-71.

²⁴⁵ STANDING COMMITTEE OF THE HOSPITALS OF THE EU, *The quality of health care/hospital activities: Report by the Working Party on quality care in hospitals of the subcommittee on coordination*, September 2000.

²⁴⁶ DAVIS/ LAY-YEE/ BRIANT et al, Adverse events in New Zealand public hospitals I: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2002, 115 (1167): p. U271. DAVIS/ LAY-YEE / BRIANT et al, Adverse events in New Zealand public hospitals II: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2003, 116 (1183), p. U624; BAKER/ NORTON/ FLINTOLF et al, The Canadian Adverse events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada. *Canadian Medical Association Journal*, 2004, 179(11): p. 1678–1686.

²⁴⁷ DEPARTMENT OF HEALTH, *An organisation with a memory: Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS chaired by the Chief Medical Officer*, Crownright. Department of Health. HMSO.

Nos EUA, os custos de eventos adversos evitáveis, incluindo perdas de rendimentos, incapacidade e despesas médicas, estima-se entre os US\$ 17 000 milhões e US\$ 29 000 milhões por ano.²⁴⁸ Acresce a estes custos financeiros a erosão da confiança, da segurança e da satisfação entre o público e os prestadores de cuidados médicos.²⁴⁹

Um estudo do Brasil aponta na mesma conclusão: “os danos ao paciente decorrentes do cuidado à saúde têm expressivo impacto nos gastos hospitalares.” Revela ainda a “importância financeira da ocorrência de eventos adversos, que, em parte, implicam em dispêndio de recursos desnecessários que poderiam ser utilizados para financiar outras necessidades de saúde da população.”²⁵⁰

A maioria da informação sobre eventos adversos advém dos hospitais, porque os riscos associados com o hospital são elevados, as estratégias para a sua melhoria estão melhor documentadas e a importância para a confiança do paciente é decisiva. Mas muitos eventos adversos ocorrem em outros centros de prestação de saúde, tais como os consultórios médicos, centros de enfermagem, farmácias ou em casa dos próprios pacientes. Alguma literatura recente coloca também em evidência o problema do paciente “em ambulatório” (*outpatient*), mas há pouca informação sobre a extensão do problema fora dos hospitais. Todos os pontos no processo de cuidados de saúde contêm uma inerente falta de segurança: os

²⁴⁸ KOHN / CORRIGAN / DONALDSON (eds.), *To err is Human*. cit..

²⁴⁹ Na síntese de Herman Nys: “Various studies have shown that a substantial number of patients suffer from injuries or even die as a result of care delivered in hospitals. The studies revealed that 2.9% to 16.6% of patients in acute care hospitals experienced one or more adverse events and that in 5% to 13% of the adverse events patients died. Approximately 50% of the adverse events were considered as preventable. An adverse event is defined as an unintended injury that results in disability at the time of discharge, death, or prolonged hospital stay and is caused by health care management rather than by the patient's underlying disease process. The large variation in the incidence of adverse events among the studies in different countries may either be explained by true differences in patient safety of the different health care systems, or by methodological differences between the studies.” –Herman NYS, *The Factual Situation of Medical Liability in the Member States of the Council of Europe*, CONF-ML (2008) 02 E, Strasbourg, 15/04/2008.

²⁵⁰ Sílvia PORTO/ Mônica MARTINS/ Walter MENDES/ Cláudia TRAVASSOS, “A magnitude financeira dos eventos adversos em hospitais no Brasil”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*. 2010; Vol Temático (10): 74-80.

efeitos secundários dos medicamentos ou das combinações de medicamentos, os acidentes que podem ocorrer derivar de um dispositivo médico, os produtos defeituosos que entram nos serviços médicos, erros humanos, ou falhas (latentes) do sistema. Os eventos adversos podem, portanto, resultar de problemas na prática, de produtos, de procedimentos ou de sistemas.

O pensamento conceptual atual sobre a segurança dos pacientes coloca a responsabilidade principal por eventos adversos nas deficiências do desenho do sistema (*system design*), na organização e na operação, mais do que nos prestadores individuais ou nos produtos *per se*. O estudo sobre eventos adversos de medicamentos dos Estados do Utah e do Colorado, nos EUA, revela um exemplo claro: 75% dos eventos adversos foram atribuídos a erros do sistema.²⁵¹ De igual modo, a maior parte dos eventos adversos não são o resultado de negligência ou falta de treino, mas antes ocorrem derivado a causas latentes dentro do sistema.

Para aqueles que trabalham em sistemas, os eventos adversos são “desenhados” ou são “provocados” por fatores sistémicos, que incluem a estratégia da organização, a sua cultura, a sua atitude face às exigências de gestão da qualidade e prevenção do risco e a sua capacidade de aprender com os erros. São os chamados “acidentes normais”, na sugestiva nomenclatura de Charles Perrow.²⁵²

Uma conclusão clara, que se deve transportar para o mundo do Direito, é a de que as medidas baseadas em mudanças no sistema são mais produtivas do que as que visam apenas *práticas individuais* (através da responsabilidade médica fundada na culpa individual) ou produtos específicos (através da responsabilidade civil (objetiva) do produtor), donde se deve privilegiar a *responsabilidade institucional* e o *estudo das causas do erro* e não tanto a responsabilidade individual do “*homem com a pistola fumegante*”.

Vejamos com mais detalhe.

²⁵¹ GAWANDE/ THOMAS/ ZINNER, *et al*, The incidence and nature of surgical adverse events in Colorado and Utah in 1992, *Surgery*, 1999, 126(1): p... 66-75; THOMAS/ STUDDERT/ RUNCHIMAN *et al*, A comparison of iatronic injury studies in Australia and the USA I: context, method, casemix, population, patient and hospital characteristics, *International Journal of Quality in Health Care*, 2000, 12 (5), p. 371-378.

²⁵² Charles PERROW, *Normal Accidents: Living With High-risk Technologies*, 1985.

13.1.A *clinical governance*

A segurança constitui um princípio fundamental dos cuidados ao paciente e representa uma componente essencial da gestão da qualidade.²⁵³ O problema da segurança do paciente é uma das prioridades das organizações internacionais, como o demonstra a Resolução da Assembleia Mundial da Saúde de 18 de Maio de 2002, intitulada *Quality of care: patient safety*.

No plano europeu, o Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou a *Recomendação (2006) 7* (Recomendação do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre a gestão da segurança dos doentes e a prevenção dos acontecimentos adversos nos cuidados de saúde).

A melhoria da segurança do paciente exige um esforço complexo e abrangente de todo o sistema, envolvendo um amplo espectro de ações de melhoria das condutas (*performances*), da segurança ambiental e da gestão do risco, incluindo o controlo de infeções, o uso seguro de medicamentos, segurança do equipamento, prática clínica segura e ambiente de cuidados saudável. Isto abrange quase todas as disciplinas da saúde e os seus atores e, portanto, requer uma perspetiva global, multifacetada para identificar e gerir os riscos atuais e potenciais para a segurança do paciente em serviços concretos e a descoberta de soluções de longo prazo para o sistema no seu todo. Pensar em termos de “sistemas” oferece a maior promessa de uma solução de redução do risco definitiva, que coloca ênfase apropriado em todos os componentes da segurança do paciente, opondo-se, desta forma, a soluções conduzidas por uma perspetiva mais estreita e limitada, que apenas atenta a aspetos específicos ou particularidades do problema, que tendem a subestimar a importância de outras perspetivas.^{254 255}

²⁵³ A qualidade na medicina e a gestão do risco ocupam uma parte importante do Capítulo relativo ao erro médico e responsabilidade médica em modernos manuais de Direito da Medicina, cf. LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, Capítulo X, Nm. 45 a 59; DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, 6. Auflage, 2008, Capítulo XIII: Qualitätssicherung in der Medizin, p. 370 ss.

²⁵⁴ O estudo da IGAS de 2010 mostra que a segurança do paciente começa a assumir importância na gestão hospitalar no nosso país. Assim, dos hospitais analisados pelo estudo, 36 (64 por cento) afirmaram desenvolver uma política interna de gestão do risco/segurança dos doentes e 31 (55 por cento) garantem notificar internamente os eventos adversos registados. E neste campo os erros mais frequentes reportaram a identificação de doente, processos com informação mal arquivada, administração de fármaco (dosagens), etiquetagem incorreta, prescrição

Melhorar a segurança do paciente inclui três ações complementares: prevenção de eventos adversos, torná-los visíveis e diminuir ou mitigar os seus efeitos caso estes ocorram. Isto requer: (a) crescente capacidade para aprender com os erros, através de melhores sistemas de notificação, investigação de excelência sobre os incidentes e a partilha de informação, de forma responsável; (b) maior capacidade de antecipar erros e testar fraquezas sistémicas que podem conduzir a um evento adverso; (c) identificação de recursos de conhecimento existentes, dentro ou fora do sistema de saúde e (d) melhorias no sistema de prestação de cuidados de saúde, de modo a que as estruturas sejam reconfiguradas, os incentivos realinhados e a qualidade seja colocada no cerne do sistema. Em geral, os programas nacionais devem estar construídos sobre estes princípios.

Apesar do crescente interesse na segurança dos pacientes, há ainda um caminho longo a percorrer para a tomada de consciência por parte da comunidade médica e jurídica nacional para a importância do problema dos eventos adversos.

13.2.O estudo dos eventos adversos

Os estudos dos eventos adversos e do dano ao paciente têm vindo a ser realizados desde há muitos anos. Já em 1850, o médico húngaro, Ignazz Semmelweiss, relacionou a transmissão de infeções com a falta de higiene das mãos, mas falhou na persuasão aos seus colegas para alterarem o seu comportamento.²⁵⁶ Nos EUA, em 1914,²⁵⁷ um cirurgião de

indevida, incidentes com transfusões sanguíneas, erros na avaliação do estado clínico do doente e na transmissão da informação médica. As consequências destes eventos ou erros traduzem-se em infeções resultantes da assistência médica e de enfermagem; sépsis pós-operatória; punções e lacerações acidentais; reações a transfusões sanguíneas; embolias pulmonares pós-operatórias; pneumotórax; traumas de nascimento com lesões para o recém-nascido, complicações da anestesia e corpos estranhos deixados durante a cirurgia. A existência destes sistemas, mais ou menos formais, de registo de eventos adversos mostra a urgência de promover legislação que enquadre estes procedimentos e que proteja os profissionais de saúde que colaboram com os mesmos.

²⁵⁵ Sobre a segurança do doente veja-se o volume temático, nº 10, 2010 sobre *Segurança do doente da Revista Portuguesa de Saúde Pública*, com importantes estudos sobre a matéria.

²⁵⁶ PITTET / BOYCE, “Hand hygiene and patient care: pursuing the Semmelweiss legacy”, *The Lancet: Infectious Diseases*, 2001, April, p. 9-20.

Boston, advogou que deveria haver uma permanente (por rotina) revelação dos eventos adversos. O inquérito confidencial às mortes em parturientes no Reino Unido data de 1952. Muitos outros exemplos poderiam ser dados de estudos isolados de erros e efeitos iatrogénicos dos medicamentos e outros efeitos. Mas só nos anos 70 do século passado, foi levada a cabo uma tentativa para realizar um estudo global sobre a escala do dano e dos eventos adversos. Em 1977, o estudo sobre a praticabilidade do seguro médico na Califórnia²⁵⁸ sugeria que quase 4% dos pacientes admitidos no hospital sofriam de um qualquer tipo de efeito adverso.²⁵⁹

Com o fito de comprovar a existência e a frequência de eventos adversos nos hospitais, reproduzimos um quadro²⁶⁰ feito com base em vários estudos sobre efeitos adversos em diferentes países:

²⁵⁷ Curiosamente na mesma data da famosa decisão do Juiz Cardoso sobre o direito ao consentimento – *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914).

²⁵⁸ CALIFORNIAN MEDICAL ASSOCIATION, *Report of the Medical Insurance Feasibility Study*, San Francisco, California Medical Association, 1977.

²⁵⁹ Ivan Illich, no seu livro *Limits to medicine: medical nemesis, the expropriation of health*, (Harmondsworth, Pelican books, 1977) levou a crítica ao sistema hospitalar ao extremo de considerar que este sistema era, de facto, a maior ameaça à saúde, a sua *Némesis*.

²⁶⁰ Seguimos de perto o documento *World Alliance for Patient safety*, cit. 2004, p. 2.

Quadro dos efeitos adversos em diversos de estudos de vários países desenvolvidos

ESTUDO	OBJETO DO ESTUDO (DATA)	NÚMERO DE ADMISSÕES HOSPITALARES	NÚMERO DE EVENTOS ADVERSOS	TAXA DE EVENTOS ADVERSOS (%)
USA, New York (Harvard Medical Practice Study)	Hospitais de doentes agudos (1984) ²⁶¹	30195	1133	3,8%
EUA, Utah-Colorado Study (UTCOS) ²⁶²	Hospitais de doentes agudos (1992)	14565	474	3,2%
EUA, Utah-Colorado Study (1) ²⁶³	Hospitais de doentes agudos (1992)	14565	787	5,2%
Austrália (Quality in Australian Health System) ²⁶⁴	Hospitais de doentes agudos (1992)	14179	2353	16,6%
Austrália (Quality in Australian Health System) (2) ²⁶⁵	Hospitais de doentes agudos (1992)	14179	1499	10,6%
Reino Unido ²⁶⁶	Hospitais de Doentes agudos (1999-2000)	1014	119	11,7%
Dinamarca ²⁶⁷	Hospitais de doentes	1097	176	9,0%

²⁶¹ BRENNAN TA, LEAPE LL, LAIRD N et al. Incidence of adverse events and negligence in hospitalised patients: results of the Harvard Medical Practice Study, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 370-7; LEAPE/ BRENNAN/ LAIRD et al, The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 377-84.

²⁶² THOMAS EJ, STUDDERT DM, RUNCHIMAN, WB et al. A comparison of iatronic injury studies in Australia and the USA I: context, method, casemix, population, patient and hospital characteristics. *International Journal of Quality in Health Care*, 2000, 12 (5), p. 371-378

²⁶³ THOMAS et al. *cit.*

²⁶⁴ WILSON et. al. *cit.*.

²⁶⁵ THOMAS et al., *cit.*

²⁶⁶ VINCENT/ NEALE/ WOLOSHYNOWYCH, Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review, *British Medical Journal*, 2001, 322:517-9.

	agudos (1998)			
Nova Zelândia ²⁶⁸	Cuidados agudos (1998)	6579	849	12,9%
Canadá ²⁶⁹	Hospitais agudos e comunitários (2001)	3720	279	7,5%

(1) UTCOS revisto usando a mesma metodologia que o Estudo Quality in Australia Health Care Study (harmonizando as quatro discrepâncias metodológicas entre os dois estudos).

(2) QAHCS revisto usando a mesma metodologia que o Estudo UTCOS (harmonizando as quatro discrepâncias metodológicas entre os dois estudos)

Não entrando no detalhe da discussão estatística ou epidemiológica, o que um jurista claramente pode concluir é que há um número significativo de efeitos adversos no tratamento hospitalar, mesmo nos mais avançados e nos países mais desenvolvidos do mundo. Esses eventos adversos significam danos graves à integridade física e moral das pessoas e, por vezes, a morte.

O Direito, que tenha como bússola o princípio da dignidade da vida humana e no topo da lista dos direitos fundamentais o direito à vida e o direito à integridade pessoal, não pode continuar passivo perante este estado de coisas. Exige-se ação, exige-se uma resposta. Pelo menos, impõe-se que o direito não perturbe ou não prejudique os esforços que a medicina e a gestão da qualidade na saúde vêm fazendo no sentido de melhorar os cuidados de saúde, evitando os efeitos adversos.

13.3. A segurança do paciente

A *Aliança Mundial para a Segurança do Paciente*, criada pela OMS, destaca que se deve dar especial ênfase às *infecções nosocomiais*. Estas infecções são um grave problema de

²⁶⁷ SCHIOLER/ LIPEZAK/ PEDERSEN *et al*, *Danish Adverse Event Study. Incidence of adverse events in hospitals. A retrospective study of medical records*, *Ugeskr laeger*, 2001, 163 (39), p. 5370-8.

²⁶⁸ DAVIS/ LAY-YEE/ BRIANT *et al.*, Adverse events in New Zealand public hospitals. I: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2002, 115 (1167): U271; DAVIS/ LAY-YEE/ BRIANT *et al.*, Adverse events in New Zealand public hospitals II: occurrence and impact, *New Zealand Medical Journal*, 2003, 116 (1183), U624.

²⁶⁹ BAKER GR, NORTON PG, FLINTOLF V, *et al*. The Canadian Adverse events Study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada, *Canadian Medical Association Journal*, 2004, 179(11), p. 1678 –1686.

saúde pública e dificultam o tratamento de milhões de pacientes em todo o mundo todos os anos. Consequentemente alguns pacientes ficam mais doentes do que ficariam se não tivessem estado internados no hospital, outros têm que sofrer longos internamentos, outros ficam com incapacidades permanentes e outros morrem. Os custos financeiros para os sistemas de saúde associados com as infecções nosocomiais são, pois, muito significativos.

De seguida apresentamos uma tabela ²⁷⁰ com alguns estudos sobre as consequências das infecções nosocomiais.

País	Período do estudo	Tipo de instalação médica	Custos estimados
Países Baixos ²⁷¹	1991-2000	Estudo de 10 anos de rastreio, vigilância e incidência num centro médico universitário	Custo estimado de 2 800 000 Euros para erradicação da <i>methicillin-resistant staphylococcus aureus</i> (MRSA)
Tailândia ²⁷²	1988	Estudo nacional em todos os hospitais	Custos anuais estimados em 1000 milhões de <i>bahts</i> para as infecções nosocomiais na Tailândia. Em alguns hospitais, as despesas no tratamento de infecções nosocomiais significavam quase 10% do orçamento total do hospital.
Trinidad e Tobago ²⁷³	1992-1998	Hospital estadual rural de tratamento primário e terciário	Custos estimados de US\$ 697 000 anuais para as infecções nosocomiais
Reino Unido ²⁷⁴	Maior de 1994 a Abril de	Hospitais gerais	Pacientes infetados em hospitais, em média, incorrem em custos 2,9

²⁷⁰ Cf. *World Alliance for Patient safety, cit.*, p. 8.

²⁷¹ VRIENS M, BLOK H, FLUIT A, *et al.* Costs associated with a strict policy of eradicating MRSA in a Dutch University Medical Centre. A 10-Year Survey, *European Journal of Clinical Microbiology and Infectious Diseases*, 2002, 21, p. 782-786.

²⁷² KUNARATANAPRUK S, SILPAPOJAKUL K. Unnecessary hospital infection control practices in Thailand: a survey, *Journal of Hospital Infection*, 1998, 40, p. 55-59.

²⁷³ ORRETT/ BROOKS/ RICHARDSON, *Nosocomial infections in a rural regional hospital in a developing country: infection rates by site, service, cost and infection control practices*, *Infection Control and Hospital Epidemiology*, 1998, 19(2), p. 137-140.

²⁷⁴ PLOWMAN/ GRAVES/ GRIFFIN *et al.*, The rate and cost of hospital-acquired infections occurring in patients admitted to selected

	1995	distritais	vezes superiores aos pacientes não infetados, o que é equivalente a £ 3154. Nos hospitais do NHS na Inglaterra estima-se que 320 994 pacientes por ano adquiram uma ou mais infeções durante o internamento, e estima-se que essas infeções custem ao sector hospitalar £ 930 620 milhões por ano.
EUA ²⁷⁵	Revisão (Review)	Hospitais	Custos estimados em US\$ 558 para infeções trato urinário, US\$ 2734 para infeções no local da cirurgia, US\$ 3061–40 000 por infeções da corrente sanguínea, US\$ 4947 para pneumonia. Os hospitais perdem de US\$ 583 a US\$ 4886 por cada infeção nosocomial

O custo médio das infeções nosocomiais varia de país para país, dependendo do tipo e da taxa de infeções e dos custos da saúde. Mas este é um problema que prejudica os pacientes em todo o mundo, causado por muitos fatores, a maioria relacionados com o sistema e os processos de prestação de cuidados de saúde, outros com o comportamento humano.²⁷⁶

specialties of a district general hospital in England and the national burden imposed, *Journal of Hospital Infection*, 2001, 47(3), p. 198-209.

²⁷⁵ JARVIS, Selected aspects of the socioeconomic impact of nosocomial infections: morbidity, mortality, cost, and prevention (Review), *Infection Control and Hospital Epidemiology*, 1996, 17, p. 552-557.

²⁷⁶ Como se afirma no Relatório *World Alliance for Patient safety*, o custo financeiro dos eventos adversos, em termos de tratamento adicional e dias extra de internamento, é muito maior que o custo da litigância.

No Reino Unido o custo dos eventos adversos evitáveis (ou preveníveis) está estimado em £ 1000 milhões por ano só considerando as camas ocupadas. Os outros custos relativos a perda de tempo de trabalho, a compensação ou os benefícios da segurança social por incapacidade e as consequências económicas num plano mais vasto são ainda maiores. E, acima de tudo, há um imenso custo humano. Muitos pacientes sofrem dores, incapacidades, trauma psicológico e podem experienciar as falhas no seu tratamento como uma traição da confiança que puseram no sistema e nos médicos. Os profissionais de saúde podem experienciar vergonha e depressão perante um erro ou um evento adverso, com litígios e queixas em tribunal que vão implicar um ónus adicional. Os médicos e os enfermeiros cuja confiança foi posta em cheque vão trabalhar de forma menos efetiva e eficiente; na pior das hipóteses vão abandonar a carreira.

Segundo Ewoud HONDIUS, “General Introduction,” *The Development of Medical Liability*, Volume 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 9 afirma: “The cost of compensation still amounts to only 1% of total expenditures of the NHS. Similar numbers can be found in the USA, if one considers jointly the costs of compensation and administrative costs.”

Embora este problema não possa ser completamente eliminado, pode ser substancialmente reduzido. Para tanto é fundamental reunir informação, conhecer a dimensão e a natureza do problema e criar uma base para monitorizar a eficácia dos programas de redução da infeção hospitalar. “Em muitos países ainda se registam graves problemas de infeção através de práticas de injeção inseguras, transmissão do VIH através de transfusões sanguíneas e transmissão de infeções por transfusão sanguínea. As consequências dos eventos adversos, mesmo nos sistemas mais desenvolvidos são, pois, enormes. Nos sistemas de saúde menos desenvolvidos, ainda poderão ser maiores em relação aos benefícios que deles se podem colher.”²⁷⁷

Na última década tem-se assistido a um conjunto de iniciativas muito importantes com vista a melhorar a segurança do paciente. Nos EUA, organizações como a *National Patient Safety Foundation* são pioneiras no desenvolvimento de um sistema sofisticado de segurança do paciente, partindo da investigação e da prática de outras áreas de actividade humana. O relatório do Institute of Medicine, *To err is human: Building a safer health system*, que de forma clara assinala a gravidade da escala dos danos aos pacientes e tem um programa ambicioso e radical para a mudança colheu apoio político, sendo, em parte, a *Patient Safety Act de 2005* – que estudaremos na Parte IV desta Dissertação – sido a consagração desse movimento.

Na Austrália, os resultados do *Quality in Australian Health Care Study* foram objeto de atenção política e seguiu-se a implementação de um programa. Alguns casos famosos de vários países – como o inquérito de Bristol no serviço de cirurgia cardíaca pediátrica e o caso Winnipeg no Canadá – também conduziram a uma maior atenção da opinião pública e ao interesse político pelo assunto. No Reino Unido, o departamento da saúde contratou a realização de um extenso relatório sobre o NHS, semelhante ao realizado pelo *Institute of Medicine*, que conduziu, por sua vez, à criação da *National Patient Safety Agency*.²⁷⁸ Por seu turno, o *British Medical Journal* dedicou um número inteiro ao problema do erro em medicina num esforço com vista a colocar o assunto na linha da

²⁷⁷ *World Alliance for Patient safety, cit.*, p. 9.

²⁷⁸ DEPARTMENT OF HEALTH, *An organisation with a memory: Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS chaired by the Chief Medical Officer*, Crownright. Department of Health, HMSO, 2000.

frente do debate académico e médico e há já várias revistas especializadas na questão da segurança do paciente. Noutros países, como o Canadá, vários países europeus e na Ásia tem-se registado um movimento no mesmo sentido.²⁷⁹

Segundo a *Agency for Health Care Research and Quality* dos Estados Unidos, as prioridades da investigação devem ser as seguintes: a epidemiologia do erro, por exemplo, os tipos e as taxas de erros em diferentes estabelecimentos de saúde; a infraestrutura para melhorar a segurança do paciente, por exemplo, a necessária capacidade analítica e a cultura organizacional; sistemas de informação, por exemplo, o desenvolvimento de definições comuns (taxonomia) e sistemas de notificação partilhados e como avaliar o seu sucesso; conhecimento acerca de quais as intervenções que deveriam ser adotadas e como encorajar a adoção de práticas de segurança do paciente.²⁸⁰

14. Interpretação dos dados e enunciação de prioridades de política jurídica

As realidades específicas do dano iatrogénico, particularmente em meio hospitalar, criam sérias dificuldades à efetivação da responsabilidade civil e à prossecução dos seus objetivos preventivos e ressarcitórios. De facto, revestem-se de enorme complexidade os acidentes médicos, que contam frequentemente com várias causas próximas, relacionadas com os riscos tecnológicos inerentes ao equipamento utilizado, os riscos da intersubjetividade, bem assim como os riscos organizacionais, criam situações em que vários erros, tanto ativos como latentes, contribuem para a morte do paciente.²⁸¹

²⁷⁹ *World Alliance for Patient safety, cit.*, p. 18.

²⁸⁰ *World Alliance for Patient safety, cit.*, p. 19.

²⁸¹ Rui CASCÃO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *cit.*, p. 97-106, descreve o caso *R. v. Yogasakran* [1990] 1 NZLR. Cfr. O médico foi condenado em processo criminal por homicídio por negligência. Posteriormente – nesse país – verificou-se uma alteração legislativa, segundo a qual a punição criminal do médico se revela mais difícil. Segundo a nova Secção 150 A (2) (b) do *Crimes Act* de 1961 a violação de um dever legal apenas leva à condenação “se, nas circunstâncias do caso particular, a omissão ou a negligência constituir um grave afastamento (“major departure”) dos deveres de cuidado esperados de uma pessoa razoável sujeita aos deveres legais, naquelas circunstâncias.” (Na versão original: “only if, in the circumstances of the particular case, the omission or neglect is a major departure from the standard of care expected of a reasonable person to whom that legal duty applies in those circumstances.”) Numa palavra, com esta alteração legislativa o médico

Se o erro humano explica alguns acidentes, não explica todos. O foco da atenção em sede de responsabilidade médica é tradicionalmente o profissional, *the man holding the smoking gun*, a face visível do problema.²⁸² “Frequentemente é o profissional de saúde imolado na arena do *name, blame and claim* por acontecimentos que não podia controlar, porque as suas causas radicais, as causas latentes situavam-se a montante, ao nível organizacional ou estrutural.”²⁸³

Neste seguimento, reforçamos, um Direito da Medicina que vise cumprir os seus objetivos de assegurar o desenvolvimento das ciências médicas e o respeito pelos direitos humanos, deve olhar de forma crítica para os tradicionais pressupostos jurídicos da culpa, sobretudo da culpa individual do profissional de saúde.

A mais importante tarefa do Direito da Medicina é contribuir para evitar os erros médicos. Hoje já não interessa tanto saber “Quem teve a culpa?”, antes importa descobrir “O que causou o erro?”. A qualidade em saúde, a gestão do risco e a prevenção do erro são as tarefas do futuro. Destarte, a área da reparação de danos pessoais na saúde não pode estar presa aos pressupostos tradicionais da responsabilidade, antes tem que os adaptar a esta exigência de promover a vida humana.

O direito que tem como bússola o princípio da dignidade da vida humana²⁸⁴ e no topo da lista dos direitos

apenas é punido por homicídio negligente no caso de negligência grosseira. – cf. Jonathan COATE, *Criminal liability and the provision of health services*, *NZLawyer magazine*, issue 148, 29 October 2010.

²⁸² MULCHAY/ ROSENTHAL, “Beyond blaming and perfection” in ROSENTHAL *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

²⁸³ Rui CASCÃO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *Lex Medicinae*, p. 97-106. No mesmo sentido, Jocelyn DOWNIE/ William LAHEY/ Don FORD/ Elaine GIBSON/ Mary THOMSON/ Tom WARD/ Fiona MCDONALD/ Alison SHEA, *Patient Safety Law: From Silos to Systems (Final Report)*, 2006, p. 10: “The premise is that all humans are fallible, that systems should be developed to minimize opportunities for unsafe treatment, and that blame should be avoided in order to facilitate learning. Under the systems-centered approach, when an unsafe act occurs, the important issues are how and why the defences failed and what factors helped create the conditions in which the unsafe acts occurred. On the other hand, critics suggest that the systems-centered approach may limit or obscure legitimate individual or organizational accountabilities.”

²⁸⁴ Escreveu Simone Weil, *Personality*, in *An Anthology*, Virago, London, p. 93: “justice consists in seeing that no harm is done to human beings.” Simone WEIL, *Lectures in Philosophy*, ed. P. WINCH, Cambridge,

fundamentais o direito à vida e o direito à integridade pessoal, não pode continuar passivo perante este estado de coisas. Exige-se uma resposta. Pelo menos, impõe-se que o Direito não perturbe ou não prejudique os esforços que a medicina e a gestão da qualidade na saúde vêm fazendo no sentido de melhorar os cuidados de saúde, evitando os efeitos adversos.

Podemos agora retirar as seguintes conclusões: (i) a atividade médica causa (muitos) danos; (ii) o sistema de responsabilidade civil tem pouca eficácia preventiva e escassa capacidade ressarcitória; (iii) impõe-se uma mudança de paradigma: o objetivo do Direito da Medicina deve ser o de contribuir para a segurança do paciente, a gestão do risco e a *clinical governance*.

Numa concepção humanista do Direito, as prioridades de política jurídica serão a proteção da vida e da integridade física e moral da pessoa doente, a promoção do desenvolvimento pleno da sua personalidade, a criação de confiança na relação médico-paciente e a melhoria das condições de exercício da medicina neste radical encontro onto-antropológico da pessoa doente com os profissionais de saúde e com um sistema complexo e causador de riscos.

Por conseguinte, o direito da responsabilidade civil que queira estar à altura das exigências do seu tempo deverá operar as devidas transformações no sentido de proteger os referidos bens jurídicos.

É esse o caminho que pretendemos trilhar nesta tese.

Num primeiro momento, desenhando os contornos desse encontro da pessoa humana e outras dimensões da vida humana juridicamente protegidas com a Medicina (a fase de nascituro e a tutela do cadáver); na Parte III, expondo e desenvolvendo a doutrina dos Direitos dos Pacientes; na Parte IV, olhando para o sistema de responsabilidade civil médica, numa leitura de *jure condito* e respeitadora das possibilidades de desenvolvimento normativo doutrinal e jurisprudencial intra-sistemático, primeiro, e, por fim, *de jure condendo*, e numa perspetiva de *lege ferenda*, que atenda aos bons exemplos do direito comparado e à busca de soluções mais justas e coerentes para esta importante área da vida social.

Cambridge University Press, 1984, p. 203: “The real demand of justice is to think of each human being as an end.”

PARTE II – O DIREITO CIVIL (DA MEDICINA) COMO ORGANIZADOR DO CONTACTO DA VIDA HUMANA COM A (BIO)MEDICINA

CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DA PESSOA DOENTE

15. Os Direitos de Personalidade, a Pessoa Humana e a Sociedade Medicalizada

A pessoa humana experimenta desde antes de nascer, ao longo de toda a vida e mesmo após a morte o contato com a medicina e com as ciências biomédicas. Assim acontece desde a consulta pré-natal, ao momento do parto, passando por toda a diversidade de intervenções médicas terapêuticas e não terapêuticas a que se sujeita ao longo da vida, até ao momento da morte. Morte que se revela cada vez mais medicalizada e, mesmo após o termo da vida, o cadáver, as partes destacáveis e o material biológico humano passam a ser objeto de intervenções médicas e médico-legais, de investigação científica e de intervenções com fins terapêuticos.

A medicina é uma das marcas do nosso tempo e a investigação biomédica constitui uma das prioridades acarinhadas pelos poderes sociais, económicos e políticos, deixando a pessoa humana exposta a novos desafios, repetidas ameaças, mas também fundadas esperanças.²⁸⁵ A disciplina de Hipócrates constituiu-se como uma das mais poderosas instituições da sociedade de bem-estar, promovendo interações humanas que respeitam ao domínio mais nobre e mais sensível da esfera jurídica,²⁸⁶ e que constitui objeto de direitos subjetivos: os *direitos de personalidade*.

²⁸⁵ Cf. Axel KAHN/ Dominique ROUSSET, *Os Caminhos da Medicina no Século XXI, Genes e Homens*, Publicações Europa-América, 1999, em especial para os problemas da medicina preventiva, da engenharia genética, das terapias génicas e das intervenções sobre embriões humanos.

²⁸⁶ Frederico NIETZSCHE, em 1878, escreveu *Humano, Demasiado Humano*; no capítulo cinco da obra aborda os “sinais de cultura superior e inferior”, e aí o filósofo expõe sua opinião sobre as características essenciais de um médico verdadeiramente humano.

A pessoa doente²⁸⁷ está concatenada a uma relação de poder face a profissionais altamente qualificados e diferenciados, a uma maquinaria e tecnologia de elevadíssimo impacto e frequentemente a uma estrutura arquitetónica imponente e com elementos ditatoriais. “Alguns médicos, segundo Michel Foucault em *Naissance de la Clinique. Une archéologie du regard médical*, Puf, Paris, (1963), são ainda tentados ao exercício da anatomo-clínica, onde o corpo do doente é um objeto.²⁸⁸ E daí o biopoder. O racionalismo ainda pode estar presente, em alguns aspetos do ato médico. Ainda pode prevalecer o dualismo doença-doente, como se o corpo não saudável fosse um corpo morto, um objeto neutral.”²⁸⁹

Tudo isto acontece quando o humano se encontra em situação de vulnerabilidade. De vulnerabilidade física ou psíquica, de vulnerabilidade interna (fisiológica) e externa (social).²⁹⁰ Assim, em Outubro de 2005, a Conferência Geral da

²⁸⁷ Falar de pessoa doente é um recurso estilístico em que estamos a tomar a parte pelo todo. Já referimos que, cada vez mais, as pessoas que recorrem aos cuidados médicos, os pacientes, não estão em situação de doença. Procuram a medicina de prevenção ou de melhoramento. Todavia, preferimos nesta Parte destacar o conceito de Pessoa (doente) face ao de paciente, porque é a Pessoa o cerne do Direito Civil. Destacando a dimensão de Pessoa que se sobrepõe à sua característica conjuntural de doente, Cf. Paul RAMSEY, *The Patient as Person. Explorations in medical ethics*, New Haven, Connecticut, 1973.

Sobre a evolução histórico-linguística do conceito de paciente e a sua origem na distinção aristotélica entre agente e paciente, cf. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, 2004, p. 25 ss. Constatando que algumas pessoas recorrem a intervenções médicas como o aborto, a esterilização pura e a cirurgia estética, o Autor constata que há uma transformação no conceito de paciente; a noção de sofrimento continua presente na situação do *paciente*, todavia “le changement provient dès lors de la personne capable de diagnostiquer cette souffrance: le *patient* lui-même.” (p. 46)

²⁸⁸ Cf. FÁRIA COSTA, “Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal),” in: Maria Luísa PORTOCARRERO (Coord.), *Mal, Símbolo e Justiça*, Coimbra, Faculdade de Letras, 2001, p. 27 ss.

²⁸⁹ Manuel SÉRGIO, *Alguns Olhares sobre o Corpo*, Instituto Piaget, Epistemologia e Sociedade, 2003, p. 16 Em 1975, Michel FOUCAULT publica *Surveiller et Punir*. Nessa obra o filósofo francês traça importantes paralelos entre as “instituições modernas:” a Escola, a Prisão e os Hospitais. Todas elas são definidas como *instituições de encarceramento e normalização*. Um ano antes, Ivan ILLICH, o pedagogo austríaco, faz uma análise igualmente política, crítica e arrasadora de uma série de valores pouco discutidos nas nossas sociedades.

²⁹⁰ José DIAS CORDEIRO, *A Saúde Mental e a Vida*, Lisboa, Edições Salamandra, 1987, p. 219 explica: “As equipas médicas detêm um poder científico real e mítico aos olhos dos doentes e podem não ter

UNESCO adotou por aclamação a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros e a comunidade internacional comprometeram-se a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da Bioética condensados num texto único. No seu art. 8.º foi consagrado o *princípio da vulnerabilidade*:²⁹¹

“Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a *vulnerabilidade humana*. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.”

15.1. A Pessoa Humana como o fundamento do Direito Civil

O papel do direito civil nesta situação da vida em sociedade, neste feixe complexo e plural de relações jurídicas, deverá ser o de colocar à disposição da pessoa os meios de tutela jurídica que a protejam contra qualquer ofensa ou tentativa de ofensa à sua “*personalidade física ou moral*” – nas

suficientemente presente que utilizam, constantemente, uma arma de dois gumes: a possibilidade de *tratar*, mas também a possibilidade de *iatrogenizar*. Existe, com efeito, o risco de uma hipervalorização das técnicas, em detrimento das atitudes, bem como uma hipervalorização das palavras – “o dito” – em detrimento do “não dito”, isto é, a maneira como se está na relação. E isto, justamente, porque nós intervimos no que de mais fundo atinge o ser humano, a sua saúde e o risco de vida, o mesmo é dizer a sua autoestima, o seu ideal do Eu e o ideal do Eu familiar. Mas, por isso mesmo, o ato médico mergulha-nos igualmente na esfera que mais nos condiciona na nossa relação com o doente e a sua família – os nossos afetos – e que mais facilmente pode escapar ao nosso controle racional e consciente.”

²⁹¹ João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina, cit.*, 2003, p. 37 ss. O Autor desenvolve o conceito de *fragilidade* e coloca em destaque que é nessa mesma fragilidade e incompletude do homem que radica o ímpeto para o *outro*, para a *coexistencialidade* e *cuidado* (p. 49), diríamos para a *fraternidade* humana, que se afirma cada vez mais necessária face aos riscos da tecnociência e aos perigos de uma natureza mutante e transformada. Riscos e perigos que ameaçam não só o Homem, mas todos outros seres vivos e mesmo o planeta terra. Distinguimos – na esteira de Luhmann e socorrendo-nos da explicação de João Loureiro (p. 43) – *perigo* e *risco*. Este abrange as hipóteses em que os danos eventuais são vistos como consequência da conduta do agente (pessoas singulares ou sistemas sociais); caso devam ao ambiente estaremos perante um perigo.

palavras sábias de Manuel de Andrade²⁹² transpostas para o art. 70.º do Código Civil português.²⁹³

²⁹² Manuel de ANDRADE, “Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família, Parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade e ao domicílio”, *BMJ*, 102º, p. 155 ss., que no n.º 1 do art. 6.º do seu Esboço propunha que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa à sua *personalidade*”, mas que em nota de rodapé sugeria que a esta talvez fosse de acrescentar os qualificativos “*física ou moral*”.

²⁹³ Segundo CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 (doravante: *DGP*), p. 52, verifica-se com o *ius praetorium* a superação das limitações da Lei das XII Tábuas em matéria de tutela de direitos de personalidade. Verifica-se assim a gradual extensão da *actio iniuriarum* com JULIANO, ULPIANO e JAVOLENO. A *actio iniuriarum* passa não apenas a proteger a pessoa como tal (como sucedia na sua forma originária) mas também a tutelá-la nas suas relações jurídicas concretas, em que apenas mediatamente esteja em causa a pessoa mas em que se vise denegri-la, mediante o absoluto desprezo dos seus direitos. O principal édito do pretor nesta matéria (D. 47, 10, 17, 2) permitia livremente ao julgador estimar a injúria e graduar em dinheiro a sua sanção ao *quantum aequum iudici videbitur* e nas diversas fontes (v.g. I. 4,4; D. 47, 10 e C. 8, 35) foram-se sedimentando regulamentações detalhadas e aperfeiçoadas quanto aos quadros tipos das ofensas injuriosas. Essa tutela jurídica da personalidade foi ainda coadjuvada, na época clássica, sobretudo por disposições da *lex Aquilia* (I. 4, 3; D. 9, 2) relativas à tutela face a lesões contra os escravos e pela *lex Cornelia* (L. 5 de *injuriis*, D. 47, 10) sobre as injúrias com agressões físicas e a violação de domicílio. “Mas, enquanto a *lex Cornelia* tipificava taxativa e concretamente as injúrias que punia (*pulsatum, verberatumve, domumve introitam*) – L. 5 pr. de *injur.*, D. 47, 10), o édito do pretor qualificava a sua noção de injúria abstractamente, como cláusula geral (*quid injuriae factum sit* – L. 7 pr. de *injur.*, D. 47, 10), o que permite sustentar que, com a *hybris grega*, a *injuria romana* constituiu o embrião do direito geral de personalidade.” É com o Renascimento que se assiste a movimentos, no nosso espaço jurídico-cultural, no sentido do reconhecimento dos direitos da pessoa humana. Assim, o espanhol D’AMESCUA, autor do *Tractatus de potestae in se ipsum*, faz incidir um *ius in se ipsum* sobre a vida, o corpo, a fama ou a honra, os bens espirituais e a liberdade, admitindo e justificando, contra a opinião comum da época, o princípio de que o homem tem direito, como regra geral, a fazer de si o que quiser, salvo as proibições expressas na lei (como os casos de suicídio, de corte de membros e de sujeição voluntária a tortura e a penas corporais). O francês Donnelus (Hugo Doneau) (1527-1591) distinguia no objecto do direito sobre a própria pessoa quatro bens principais: a vida, a incolumidade corporal, a liberdade e a reputação (*existimatio*). (CAPELO DE SOUSA, *Direito das Pessoas (Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina)*, Coimbra, 2005, p. 19). Com o humanismo de CUJÁCIO, de DONNELLUS e de D’AMESCUA e com a chamada Escola de Direito Natural de, v.g., GRÓCIO, HOBBS, PUFENDORF, THOMASIIUS e WOLFF ganham alento, no domínio jurídico, as novas ideias humanistas de fundo individualista e voluntarista, que questionaram abertamente a metodologia

Essa relação de poder, poder fáctico e poder jurídico, exercido pela instituição hospitalar e pelos seus profissionais sobre a pessoa doente levaram à emergência, ao longo dos últimos 50 anos, de um conjunto de direitos que visam reequilibrar a relação. Essa panóplia de direitos, no domínio da saúde, foi-se constituindo com uma dogmática própria, caracterizada pela multidisciplinariedade jurídica, a abertura a ciências afins, como a ética médica, a bioética, a sociologia da saúde, entre outras, mas pode ter como âncora, agora ainda, a rica doutrina dos direitos de personalidade – os direitos da pessoa – que a juscivilística portuguesa, seja na doutrina, seja na jurisprudência, tem vindo a cultivar, desde os *direitos originários* do Código Seabra.²⁹⁴ Com efeito, “a pessoa humana deve ser o centro das preocupações dos juristas, e o apelo que a estes é dirigido para a sua tutela emana do mais fundo substrato axiológico que constitui o Direito como tal.”²⁹⁵

formal e *ex auctoritate* da glosa medieval, que alicerçaram a teoria dos direitos subjectivos e, mesmo, de um *ius in se ipsum*, que põem em causa a opinião comum medieval de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si mesma e que haveriam de desembocar, após prolongada disputa com a neo-escolástica e com outras formas de pensamento do Velho Regime, no espírito da Revolução Francesa. (Seguimos de perto CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 63).

A Revolução Francesa é personificada pela *Marianne*: A origem do nome Marianne não é conhecida com exatidão. Nome muito difundido no século XVIII, Marie-Anne representava o povo. As mulheres tiveram uma posição importante na época, designadamente na tarefa de “movimentar” a Revolução Francesa, pois eram elas que estavam por trás dos homens dando-lhes coragem e iniciativa. Segundo Michelet, “*As mulheres estiveram na vanguarda da nossa Revolução. Não é de admirar: elas sofriam mais.*” Foram elas, que se reuniram para protestar contra a fome e pedir pão no Palácio de Versalhes, e em seguida foram seguidas pela Guarda Nacional. (Jules MICHELET, *Histoire de La Révolution Française*, Ed. Pléiade, I, 1952, p. 254).

²⁹⁴ A consagração dos direitos originários no Código Civil de 1867 ficou fundamentalmente a dever-se à influência do Visconde de Seabra (Cf. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1995, (Lições 1978/1979), p. 85). Sobre a influência de Seabra em geral na primeira codificação civil portuguesa, vide SANTOS JUSTO, “Recordando o Visconde Seabra, no Centenário do seu Falecimento”, in *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), Coimbra, 1995, p. 607 ss. e ainda MENEZES CORDEIRO, “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”, *ROA*, 61, 2001, p. 1236 ss.

²⁹⁵ Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD*, Vol. LXIX, 1993, p. 480.

A pessoa humana²⁹⁶ é, pois, o *prius*. A personalidade jurídica é o *reconhecimento* dessa entidade com dimensão – não apenas ontológica mas ainda axiológica – e que vem a ser *reconhecida* pelo Direito.²⁹⁷ Nesse sentido, ensinava Orlando de Carvalho: “a personalidade jurídica é essencial, isto é, supõe, antes de tudo, a personalidade humana”;²⁹⁸ “a personalidade jurídica é indissolúvel da personalidade humana; ela existe desde que exista a personalidade” e “a personalidade jurídica é tão ilimitada quanto a personalidade humana em que se funda.”²⁹⁹

Ao longo da vida da pessoa os contatos com a medicina – *rectius* com a biomedicina – são cada vez mais frequentes e intensos. E não só esses encontros da vida social assumem relevância para o direito, como se estabelecem relações

²⁹⁶ Recordamos a nomenclatura “pessoas humanas” utilizada e defendida por Orlando de CARVALHO (*Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981, p. 160), como reação contra o tecnicismo, fruto da Escola das Pandectas, vertido para a nossa magna lei privatística em 1966. Também PINTO MONTEIRO, nos seus sumários de *Teoria Geral de Direito Civil I*, utiliza as duas expressões: Pessoas singulares (ou Pessoas Humanas).

²⁹⁷ Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, (4.^a Edição por António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO), Coimbra, Almedina, 2005, p. 98 advoga o *princípio do reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade*; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 48 aponta (no que aqui importa salientar) como princípios gerais do Direito Civil: a) o princípio da dignidade da pessoa humana, b) o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica humana, c) o princípio da plenitude da capacidade jurídica humana e d) o princípio da tutela geral da personalidade humana.

²⁹⁸ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1973 (por A. Santos Justo), p. 194: “A personalidade jurídica é a projeção, no Direito, da personalidade humana. A palavra “pessoa” provém de “persona” que significa máscara. Era a máscara usada pelos gregos no teatro, através da qual falavam (isto é, por onde passava o som – “per-sonare”). A evolução traz-nos a ideia do papel que os atores desempenhavam e, na Idade Médica, liga-se à ideia de dignidade extrínseca, usada sobretudo para os papas, bispos, reis, etc... Mais tarde, como Renascimento, PERSONA passa a significar dignidade intrínseca, isto é, o papel desempenhado no mundo por cada um. Seguidamente, ligou-se à ideia de capacidade de conhecimento e amor e, hoje, liga-se à independência e à liberdade, na medida em que o homem é autoconhecimento. Pessoa é, no fundo, ser homem, ter dignidade.” Criticamente, sobre esta análise histórica do conceito de Pessoa, vide Diogo COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade – Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 20

²⁹⁹ Orlando de CARVALHO, *Os Direitos do Homem no Direito Civil português*, Vértice, 1973, p. 35 e 20 a 24.

jurídicas, *stricto sensu*, normalmente complexas e, frequentemente, poliédricas.

Nas Partes III e IV relativas ao consentimento informado e à responsabilidade civil médica versaremos as dimensões nucleares e estruturais do direito à vida e à integridade física e moral da pessoa doente. Neste capítulo faremos referência aos desafios que a medicina lança sobre a vida humana na fase anterior ao nascimento e no período posterior à morte. Antes, porém, cuidaremos de compreender em que consiste a categoria dogmática dos *direitos de personalidade*.³⁰⁰

15.2. Dos “direitos originários” aos “direitos de personalidade”

Os direitos de personalidade do século XX têm como antecedentes os “direitos originários” do Código Seabra, fundados no liberalismo oitocentista.³⁰¹

A 1 de Julho de 1867, o primeiro Código Civil português foi publicado.³⁰² Visconde Seabra tomou em seus ombros essa gigantesca tarefa. Embora influenciado pelo *Code civil* de Napoleão,³⁰³ Seabra adotou um estilo peculiar e uma sistematização diferente da do Código francês.³⁰⁴ O Código Civil, enquanto o Código da Pessoa, seguiu a biografia pessoal do cidadão. Naturalmente, que isto significa o cidadão de oitocentos, isto é, o código do burguês e do proprietário.³⁰⁵

³⁰⁰ PAIS DE VASCONCELOS opta pela designação *Direito de Personalidade* no seu livro (Almedina, 2006).

³⁰¹ Veja-se este parágrafo constante das lições da Faculdade de Direito de Coimbra do lente catedrático António José TEIXEIRA D' ABREU, *Lições de Direito Civil Português*, Coimbra, França Amado Editora, 1898, p. 11: „A liberdade, portanto, acompanha todas as manifestações de atividade humana, desenvolvendo-se paralelamente a estas, e por isso Romagnosi pode afirmar que em regra a liberdade não constitui um direito, mas uma condição inseparável e universal, ou antes um requisito essencial de exercício de qualquer direito ou dever.“

³⁰² Na mesma data – data honrada e feliz da nossa Pátria – a pena de morte foi abolida em Portugal.

³⁰³ Contudo, Seabra estudou outros Códigos civis europeus, como o ABGB (Áustria), the ALR (Código Civil da Prússia) e o Código Civil da Sardenha.

³⁰⁴ O Código de 1867 resulta do movimento da Codificação e foi influenciado por “*L'école de l'Exegèse*” – cf. MENEZES LEITÃO, *O Ensino do Direito das Obrigações – Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001.

³⁰⁵ Por isso, o direito de apropriação surge entre os “direitos originários”.

A tutela civil dos direitos fundamentais – *rectius* “os Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Portugueses” consagrados na Carta Constitucional de 1826 (Título VIII, art. 145)³⁰⁶ – só vem a ter lugar com a entrada em vigor do Código Civil de Seabra.

No art. 1.º deste Código declara-se: “*Só o homem é susceptível de direitos e obrigações; nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.*”

E no art. 2361.º prescreve-se: “*Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa.*”

Nos seus *desiderata* para um novo Código Civil, Correia Telles defende o encabeçamento dos principais direitos cívicos pelo “direito da pessoa de dispor de si”, o que constitui uma nítida compreensão global dos direitos de personalidade, e sustenta a possibilidade de ação civil indemnizatória de danos relativos à pessoa humana, independentemente da ação penal.³⁰⁷

A categoria dos direitos originários foi objeto de críticas³⁰⁸, mas a evolução doutrinal conduziu Manuel de Andrade a redigir o art. 6.º do anteprojeto, que corresponde, no essencial, ao nosso art. 70.º.³⁰⁹

³⁰⁶ *Carta Constitucional* de 29 de Abril de 1826, outorgada por D. Pedro IV (D. Pedro I no Brasil). Sobre esta nossa “segunda Constituição” e o ambiente jurídico da época vide GOMES CANOTILHO, “As Constituições” e MÁRIO REIS MARQUES “Estruturas Jurídicas”, in José MATOSO (Dir.), *História de Portugal*, Volume V, O liberalismo (1807-1890), 1993 respectivamente p. 149 ss. e p.167 ss. “A Carta foi a constituição que até hoje esteve mais tempo em vigor, embora de forma não interrupta (1826-1828, 1834-1836, 1842-1910)” – afirma Canotilho.

³⁰⁷ José TELLES CORREIA, *Digesto do Direito Civil Portuguez, contendo os „desiderata“ para hum novo Código Civil*, Coimbra, Fac. Dir., Ed. Man. (com imprimatur de 1825), impresso com alterações pela 1.ª vez em 1835, com o título *Digesto Portuguez ou Tractado dos Direitos e Obrigações Cívicas, accommodado às leis e costumes da Nação Portuguesa, para servir de subsídio ao novo Código Civil*, apud CAPELO DE SOUSA, *Direito das Pessoas*, cit., p. 37.

³⁰⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO, “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa”, *ROA*, 61, 2001, p. 1236 ss. Diogo COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, p. 70 ss.

³⁰⁹ ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 27. Cf. ainda SINDE MONTEIRO, „Manuel de Andrade und der Einfluss des BGB auf das Portugiesische Zivilgesetzbuch von 1966,“ in: E. JAYME/ H.P. MANSEL (eds.), *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder*, 1977, p. 41 e SINDE MONTEIRO, “Manuel de Andrade, a «Europeização» do Direito Privado e

Com o Código Civil português de 1966, os direitos de personalidade assumem esplendor e a doutrina e a jurisprudência nacionais têm feito jus à sua força normativa criadora autónoma, desenvolvendo de forma segura e fecunda a tutela geral da personalidade do art. 70.º.³¹⁰

Na linha do ensino de Orlando de Carvalho – que procurou “*repersonalizar* o Direito Civil”, colocando no topo deste “não o homem abstrato do liberalismo económico, mas o homem *concreto* da sociedade contemporânea, na busca de um *humanismo socialmente comprometido*”³¹¹ – afirmamos que o *Doente é Pessoa* e encontra nos direitos de personalidade³¹² um reconhecimento da sua dignidade e um instrumento de proteção face a uma parafernália tecnológica e a uma medicina de equipa, por vezes desumanizada e descoordenada que coloca em risco o bem-estar do cidadão doente.

o Desafio de um Código Civil Europeu”, in *Ciclo de Conferências em Homenagem Póstuma ao Professor Doutor Manuel de Andrade promovido pelo Conselho Distrital do Porto da OA*, Almedina, 2002, p. 43 ss.

³¹⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa, *ROA* [2001], p. 1229-1256.

³¹¹ CAPELO DE SOUSA, *Direito das Pessoas*, cit., p. 49.

Citamos ainda ORLANDO DE CARVALHO, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra: Vértice, 1973, p. 10: “Ou bem que a história não tem sentido e futuro, ou o seu sentido e futuro são os do homem e seu progresso. O homem real, o ser de carne e de sangue, e não um mito mais ou menos idealista. O homem *en faisant*, não feito de uma vez por todas, tal qual o veem todos os fixismos de antanho. Um simples verme que rói o fruto do tempo, dominado, antes de tudo, pelas suas necessidades materiais e pelas leis de cada sistema de produção. O direito é o produto deste sistema e, ao mesmo tempo, o seu indispensável alicerce”.

³¹² CAPELO DE SOUSA define “os direitos da personalidade como direitos subjetivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objeto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.”

Por seu turno, MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 208, 209 e 215 aponta cinco características aos direitos de personalidade: estes são *gerais*, *extrapatrimoniais* (embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro, não têm, em si mesmos, valor pecuniário), *absolutos*, *inalienáveis* e *irrenunciáveis*.

15.3. O Direito Geral de Personalidade

A Escola de Coimbra de Direito Civil honra-se de ser portadora de uma tradição humanista e progressista no domínio dos direitos de personalidade. Manuel de Andrade, acompanhando a mais moderna doutrina e jurisprudência europeia sobre o assunto, deu o contributo histórico de redigir a versão originária do futuro art. 70.º do Código Civil com a epígrafe *Tutela Geral de Personalidade*. Vaz Serra, autor de partes fundamentais do Código Civil, designadamente em matéria de responsabilidade civil, também reconheceu esta figura com o devido relevo. O Autor foi influenciado pela adesão do Supremo Tribunal Federal alemão à concepção defensora da existência de um direito geral de personalidade, pelo que propôs no articulado referente à responsabilidade civil o expresse reconhecimento desse direito, enquanto “direito de exigir de outrem o respeito da própria personalidade, na sua existência e nas suas manifestações.”³¹³

Destacamos ainda Orlando de Carvalho que, com o ensino de Teoria Geral de Direito Civil, marcou dezenas de gerações de juristas a pensar com profundidade o *direito geral de personalidade* e os *direitos especiais de personalidade*.³¹⁴ De igual modo, Carlos Alberto da Mota Pinto cedo reconheceu e ensinou essa figura.³¹⁵

³¹³ Cf. CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 570; cf. também VAZ SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *BMJ*, 92, p. 94 ss e VAZ SERRA, “Anotação ao Ac. STJ de 5 de Novembro de 1974”, *RLJ* 108, p. 318.

³¹⁴ Afirmava Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 180: “Urge reconhecer um direito geral de personalidade ou o direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” de que falam já certos textos positivos). Trata-se de um *jus in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação. Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite a tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea. Tendência progressiva das legislações para o seu reconhecimento, tendo, entre nós, o apoio da cláusula geral do art. 70.º do CC.”

³¹⁵ MOTA PINTO, *Teoria...*, *cit.*, p. 210. Desde a segunda edição que Mota Pinto defende e ensina o Direito Geral de Personalidade.

Capelo de Sousa dedicou a esta figura a sua tese de Doutoramento e, em geral, a doutrina conimbricense³¹⁶ defende que o art. 70.º reconhece um verdadeiro Direito Geral de Personalidade e não apenas um *numerus apertus* de direitos especiais de personalidade. Isso não afasta a necessidade de a doutrina e a jurisprudência criarem *grupos de casos*, e de, sempre que possível, se identificar o direito especial de personalidade que se pretende tutelar, antes de recorrer acriticamente e apressadamente ao “direito-quadro”, ou “direito-mãe”, o Direito Geral de Personalidade.³¹⁷

³¹⁶ Para além dos Autores citados, e cingindo-nos aos civilistas, cf. ANTUNES VARELA, “Código Civil”, in *Polis*, I, Lisboa, Verbo, 1983, p. 935 e ANTUNES VARELA, “Alterações legislativas do direito ao nome”, *RLJ* 116.º, p. 142 ss. admitiu o direito geral de personalidade; LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, p. 49 ss; [FIGUEIREDO DIAS]/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 38 e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, p. 223 e ss; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 464; Paulo MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 171 e ss; a p. 166 escreve: “o que está em causa não é a tutela de um aspeto (ou de um conjunto de aspetos) particular da pessoa humana, mas sim a tutela da personalidade humana *globalmente considerada*.”; ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 27. A Norte, sob forte influência da doutrina conimbricense, vide HÖRSTER, *A Parte Geral* ..., p. 259; Nuno PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

³¹⁷ Assim, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 223 ss.; segundo CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 153, “à medida que a prática ou a consciência ético-jurídica o exigem, certas zonas vão-se afirmando como “bens” relativamente autónomos e como “objetos” de direitos potencialmente distintos. Trata-se, nesses direitos, de *formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade*, o que significa que não esgotam essa tutela (exclusão do seu carácter taxativo ou *numerus clausus* e que só se explicam por força dessa tutela). Quer isto dizer que o direito geral de personalidade é o seu *direito-matriz ou direito fundante*.” No mesmo sentido, Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 496-7 seguindo a perspectiva de Fikentscher do “direito-quadro” e Paulo MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, p. 178, confrontando tal perspectiva com a proposta, mais concretizadora, de Canaris.

Por seu turno, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 28 afirma: “a cláusula geral do art. 70.º constitui fundamento de múltiplos e concretos direitos de personalidade que se traduzem em específicas manifestações da autodeterminação humana.” (...) “a delimitação do âmbito de muitos destes direitos encontra-se dependente da atividade

Se uma parte da doutrina configura o direito geral de personalidade como um *único e exaustivo direito*, excluindo-se como tal quaisquer outros direitos dirigidos à tutela de manifestações particulares da personalidade, entre nós, domina a concepção segundo a qual o direito geral de personalidade constitui o *direito-matriz* ou *direito-quadro* no qual se filiam certas manifestações particulares, os direitos especiais de personalidade. Esta concepção dinâmica e aberta à historicidade – especialmente relevante na *sociedade de risco biotecnológico*³¹⁸ que vivemos – merece o nosso acolhimento.³¹⁹

Assim, para Capelo de Sousa, “face ao caráter ilimitado, solidário e algo desconhecido dos bens integrantes da natureza humana, não parece que possa aprioristicamente fazer-se uma enumeração completa e indiscutível de tais bens.”³²⁰ O Direito Geral de Personalidade constitui “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.”

Este instituto é assim assumido como um verdadeiro *direito subjetivo*.³²¹ Seguimos, pois, a tese dominante em

jurisprudencial, tendo em conta os termos amplos em que surge configurado no art. 70.º.”

³¹⁸ Vide as obras marcantes de Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, 1986 e de Jürgen HABERMAS, *O Futuro da Natureza Humana – a caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, Edições Almedina, 2006.

³¹⁹ Seguimos CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 559 ss. e ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade ...*, p. 88 (nota 109).

³²⁰ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 152.

³²¹ Trata-se de um “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente *exigir* ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou *negativo* (omissão).” – define MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 178-179. Cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria...*, I, p. 178. Ambos os Autores seguem, no essencial, o conceito de Manuel de ANDRADE, *Teoria...*, I, p. 3.

Portugal³²² a qual postula a coexistência do *direito geral de personalidade* e de *direitos especiais de personalidade*, não sujeitos ao *numerus clausus*.³²³

³²² Encontra-se assim ultrapassada a tese que nega a categoria de “direito de personalidade” (CABRAL DE MONCADA, MICHEL VILLEY, PERLINGIERI –cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 82). Por seu turno, é minoritária a Doutrina que defende a tipicidade ou *numerus clausus* de direitos especiais de personalidade (PENHA GONÇALVES). Não seguimos também a tese que defende a existência única do Direito Geral de Personalidade, excluindo a existência de direitos especiais de personalidade.

Discordamos ainda da doutrina – que conta nas suas fileiras com distintos Autores (OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 86, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral – Pessoas*, 3.^a Edição, Almedina, 2011, p. 103) – que defende a existência única de *direitos especiais de personalidade*, com exclusão do Direito Geral de Personalidade. O Professor de Lisboa admite a atipicidade dos direitos especiais de personalidade e que os direitos de personalidade podem resultar de outras leis ordinárias, da Constituição e de princípios ou normas do Direito Internacional (art. 16.º, n.º 2 CRP). E “há direitos que são exigências inelutáveis da personalidade humana. Estes direitos devem ser reconhecidos, baseiem-se ou não numa previsão legal” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 84 e em especial p. 88 em que afirma o reconhecimento de direitos especiais de personalidade em regime de *numerus apertus*. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.^a edição, Lisboa, 2001, p. 226 também tem dúvidas “em aceitar um direito geral de personalidade, como direito subjetivo absoluto, autónomo, enfim, como um direito a mais, ao lado dos direitos particulares da personalidade.” Mas considera já admissível vê-lo como um princípio fundamental do sistema, que domina e orienta a categoria dos direitos da personalidade. “Ficam sempre reservadas ao art. 70.º as úteis funções de afirmar o princípio da tutela plena da personalidade do Homem e de excluir um regime de tipicidade dos direitos de personalidade.” Em Diogo COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, vemos uma tentativa de fundamentar a recusa do um direito geral de personalidade com base em argumentos de uma certa antropologia filosófica (p. 88 ss.), os quais porém não merecem o nosso acolhimento.

³²³ Assim se pronunciaram: ANTUNES VARELA, “Direito ao nome,” *RLJ*, 116, n.º 14, p. 142; VAZ SERRA, “Anotação ao Ac. do STJ”, *RLJ* 108 (1975/1976), p. 315, 318 e ss; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1981, p. 180; HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 259; CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 562 afirma: “(...) no âmbito do nosso sistema jurídico coexistem as estruturas normativas complementares do direito geral de personalidade e dos direitos especiais de personalidade legais e doutrinários, sendo de rejeitar, a nosso ver, tanto a concepção de que só haverá um direito geral de personalidade e já não direitos especiais de personalidade como a ideia da inexistência de um direito geral de personalidade e da emergência apenas de direitos especiais de personalidade.”

É certo que o direito geral de personalidade teve origem histórica concreta na jurisprudência alemã, uma vez que o *Bundesgerichtshof* veio a afirmar o direito geral de personalidade com base no art. 1.º e 2.º da GG numa série de decisões dos anos 50 do século passado³²⁴ com vista a resolver um problema técnico-jurídico causado pelo limitado âmbito de proteção delitual oferecido pelo § 823 BGB.³²⁵ Esta figura permitiu dar um alcance geral, ainda que não ilimitado, à expressão “*ein sonstiges Recht*” e assim expandir o âmbito de proteção delitual³²⁶ no domínio do *hemisfério pessoal*.³²⁷ Para além da Alemanha, este instituto é comumente aceite na Grécia, onde está consagrado no art. 57 e na Áustria, § 16 ABGB e desde 2004, no §1328a ABGB.³²⁸

Todavia, ao longo destes mais de 50 anos de história o referido instituto tem ganho uma dimensão estruturada em vários ordenamentos jurídicos e conhece uma autonomia própria e um papel relevante no desenvolvimento do direito civil português. E, no domínio do Direito da Medicina, o Direito Geral de Personalidade permite traduzir em linguagem jurídica aquilo que na Filosofia, já desde Platão, em *Fedro*, é simbolizado pela palavra “Holon.”

Sócrates – escreve Gadamer – assinala que “nada podemos saber acerca da alma humana, nem sequer acerca do corpo humano, sem ter em conta o todo, o *holon* da natureza. A palavra grega tem já, em si mesma, uma ressonância diferente da nossa expressão “o todo”. Holon é também o saudável, o inteiro, o que pela sua própria vitalidade autónoma e

³²⁴ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 135: O BGH decidiu a 25/3/1954 um caso relativo à autoria de uma carta não literária; a 26/11/1954 a propósito da confidencialidade de cartas pessoais; a 8/5/1956 afirmando o direito à imagem mesmo das “pessoas da história contemporânea”. Finalmente, a 2/4/1957 (BGHZ 24, 72 e 76 ss.) declarou que uma das manifestações do direito geral de personalidade se dirige à defesa da esfera de segredo pessoal através do sigilo de atestados médicos sobre o estado de saúde.

³²⁵ Cf. Paulo MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *cit.*, p. 174, nota 72, com explicação da matéria, para a qual nos permitimos remeter.

³²⁶ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, p. 223 ss. explica a origem histórica do instituto e analisa os casos mais relevantes da jurisprudência alemã.

³²⁷ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 61-62.

³²⁸ Cf. PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW/ Von BAR, *Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, 2009, p. 426 ss., com extensas indicações de direito comparado.

autoregenerante, se incorporou na natureza. Toda a tarefa empreendida pelo médico deve tomar isto a peito.³²⁹

Ora, reconhecer o poder jurídico da pessoa humana sobre o seu *holon*, a exigir não apenas uma obrigação passiva universal, mas um verdadeiro e autêntico *dever geral de respeito*, que vai para além dos direitos especiais (à vida, à integridade física, à integridade moral, à intimidade da vida privada e familiar, etc.), afigura-se uma conquista da dogmática juscivilista de que não devemos abdicar.

Num tempo em que a biomedicina se associa à bioinformática, em que um emaranhado de interesses económicos anónimos de um capitalismo de casino e sem rosto podem juntar informação genética, dados pessoais, o processo clínico eletrónico, modos de vida, orientações filosóficas e religiosas, em que, numa palavra, há instrumentos técnicos para a construção de um orwelliano *big brother* que vigia cada um de nós em cada pesquisa na internet, em cada pagamento com meios eletrónicos e que pode conhecer o nosso estado de saúde atual e futura por uma qualquer análise clínica ou pela devassa da informação médica digitalizada... num tempo como este – dizíamos – precisamos de uma *guarda avançada* aos direitos especiais de personalidade.

Precisamos da fonte de onde jorra a juridicidade dos *direitos originários*, e essa *mater* é o Direito Geral de Personalidade, plasmado no n.º 1, do art. 70.º.

15.4.O Direito ao Desenvolvimento da Personalidade

Em norma paralela ao art. 70.º e com o alcance dogmático de reforçar o princípio da unidade da ordem jurídica,³³⁰ a Constituição da República Portuguesa conta, desde 1997, com o *direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º1).

Não deve, porém, considerar-se este preceito como uma novidade. Desde logo, “porque o desenvolvimento da personalidade como um todo constitui inegável corolário do

³²⁹ Cf. Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Edições 70, 1997, p. 89.

³³⁰ ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 25; Considerando que os direitos de personalidade constituem “instrumentos jurídicos de concretização de direitos fundamentais no direito privado”, PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, *cit.*, p. 226 ss. e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, p. 66.

valor da dignidade da pessoa humana, cuja tutela resultava já do art. 1.º da Constituição.”³³¹

Dignidade humana que deve ser vista como um *princípio de esperança e de hesitação*, mas nunca como um direito subjetivo.³³² Ainda assim, Albuquerque Matos realça a importância desta consagração no texto da Lei Fundamental, vindo o direito ao desenvolvimento da personalidade “tutelar, em termos inequívocos, múltiplas dimensões essenciais da pessoa humana: o substrato da individualidade (de uma individualidade autónoma e livre), e a liberdade geral de ação.”³³³

A íntima relação entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio consagrado no art. 1.º da nossa Constituição resulta ainda mais claro se concebermos, com Oliveira Ascensão, que “a dignidade humana consiste, assim, não apenas na formal capacidade de escolha, que os animais também possuem, mas nesta autoresponsabilidade pelo próprio destino.” Ou, por outras palavras: “A dignidade humana é a construção da abertura ao mundo por via do espírito,”³³⁴ ou a dignidade humana como um *prius axiomático*.³³⁵

A pessoa humana – tutelada pelo *civilístico* direito geral de personalidade e pelo *fundamental* direito ao desenvolvimento da personalidade³³⁶ – encontra nas suas relações com a biomedicina um campo ingente e urgente de desafios e de esperanças e o instituto do direito geral de personalidade revela-se um instrumento juscivilístico decisivo para a proteção do Homem.

³³¹ ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 24. Na Lei Fundamental Portuguesa, bem como em outros textos constitucionais da Europa Ocidental (Alemanha, Grécia, Espanha, Carta Europeia dos Direitos Fundamentais), a dignidade humana surge, na verdade, como matriz fundamentante dos direitos fundamentais.

³³² Nicolas MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1991, p. 137 ss. *apud* ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 24.

³³³ ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 25.

³³⁴ Max SCHELLER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, p. 41 – *apud* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, Vol. I, p. 48.

³³⁵ Mário REIS MARQUES, “A dignidade humana como *prius axiomático*”, in *Estudos em homenagem a Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 541-566.

³³⁶ Destacando o papel do Código Civil no reconhecimento do direito ao desenvolvimento da personalidade, GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.ª edição, 2007, p. 463.

O direito ao desenvolvimento da personalidade vai-se assumir ao longo deste trabalho como uma luz que irradia normatividade a toda a proteção da pessoa doente e a toda a afirmação da titularidade de direitos subjetivos por parte do paciente. Mergulhado na dor e na desesperança, vulnerável e diminuído, o cidadão doente emerge como um ator nas relações de saúde.

15.5. O valor heurístico do art. 70.º do Código Civil

Mesmo quem não aceita a figura do direito geral de personalidade, reconhece que o art. 70.º, n.º 1, do Código Civil se reveste de grande amplitude. Pires de Lima e Antunes Varela desentranham do art. 70.º um número não taxativo de direitos especiais de personalidade, considerando, nomeadamente, aí tutelados a *vida*, a *integridade física*, a liberdade, a honra, o bom nome, a *saúde* e o *repouso*.³³⁷ Orlando de Carvalho³³⁸, no âmbito mais vasto da matriz do direito geral de personalidade, considera também aí incluídos, com relativa autonomia, *v.g.*, os bens especiais da *vida*, da *integridade física*, das *partes destacáveis do corpo humano*, da liberdade, da honra, da imagem, da palavra escrita e falada, do carácter pessoal, da história pessoal, da *intimidade pessoal*, da identificação pessoal, da verdade pessoal e da criação pessoal.

A norma que vimos analisando toma como bem jurídico, objeto de uma tutela geral, a “personalidade física ou moral dos indivíduos”, isto é, os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem.³³⁹ Como

³³⁷ PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 1987, p. 194.

³³⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1981, p. 185 ss. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica Civil (Direito Civil)*, (ap. Santos Justo), Coimbra, 1973, p. 275 ss.

³³⁹ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 106. O Professor de Coimbra a p. 115-116 acrescenta: “O art. 70.º abrange na personalidade humana a personalidade “física” e a personalidade “moral”, ou seja, está à velha maneira grega e kantiana, a distinguir a Física (Physis) da Ética (Ethos) e a tutelar quer o homem considerado como sujeito às suas determinantes físicas (*homo phoenomenon*) quer o homem representado como personalidade independente dessas determinantes porque dotado de liberdade (*homo noumenon*). (...) Protege quer os bens ligados à realidade física de cada homem, como *v.g.* a sua vida e a sua integridade física, quer os bens resultantes da sua específica racionalidade, que lhe atribui a categoria de centro autónomo, livre, paritário e capaz de concepção e assunção de finalidades de ação, como *v.g.*, a sua existência moral, a sua liberdade e a sua honra.”

afirma Capelo de Sousa: “poderemos definir positivamente o bem da *personalidade humana juscivilisticamente tutelado* como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócia ambientalmente integrados.”³⁴⁰

Este breve trilha em torno dos direitos de personalidade e da noção de direito geral de personalidade visa recuperar argumentos no sentido de que a pessoa humana doente goza, à luz do Direito Civil português, de um poder de exigir comportamentos positivos e negativos de outrem, *maxime* de profissionais de saúde, no sentido de a sua *personalidade humana* ser *respeitada* no âmbito das pluriformes e complexas atividades da prestação de cuidados de saúde.

Vimos também que o n.º 1, do art. 70.º se revela a *norma-fonte* para o desenvolvimento do Direito Civil da Medicina. Aqui encontram guarida os mais importantes direitos de personalidade da pessoa doente, como bem dilucidou Orlando de Carvalho.

15.6. Instrumentos de proteção juscivilísticos

A personalidade humana constitui objeto de proteção de forma aberta e atípica, permitindo que o *desenvolvimento normativo autónomo do direito* (sobretudo por mister da doutrina e da jurisprudência)³⁴¹ não fique amarrado às teias – por vezes politicamente determinadas e socioeconomicamente limitadas – da lei. O art. 70.º revela-se uma flecha da liberdade e da autodeterminação da pessoa.

O intérprete não se encontra circunscrito à legislação (sempre contingente)³⁴² relativa a direitos dos pacientes, à

³⁴⁰ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 117.

³⁴¹ Sobre o papel da decisão judicativa como *autónoma constituição normativa*, vide CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993, p. 203 ss; Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.º Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 742 ss.

³⁴² A legislação sobre bioética tem tido caminhos, por vezes, difíceis de explicar. A Lei da PMA demorou quase vinte anos a chegar a bom porto. Por vezes, os projetos caducaram devido a contingências políticas estranhas ao problema em análise, outra vez, a ausência de consenso levou ao veto presidencial (em 1999) – (cf. Luís ARCHER, “Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, *Brotéria*, vol. 150, Março 2000). Do mesmo modo, os projetos legislativos sobre direitos dos doentes e sobre as declarações antecipadas de vontade caducaram em virtude de falta de oportunidade política para a sua

ratificação (por vezes esquecida nos corredores da burocracia governamental) de uma Convenção internacional³⁴³ ou da tempestiva implementação de uma Diretiva europeia. Muito menos estamos presos por um princípio da legalidade criminal enquanto definidor de *normas legais de proteção* (art. 483.º).³⁴⁴

Não procuramos com a afirmação anterior defender uma revolução metodológica no plano das fontes do direito. A lei continua a ter a primazia enquanto fonte. Apenas pretendemos constatar que a *norma aberta* do art. 70.º confere uma proteção ampla – mais ampla do que qualquer proteção que o legislador histórico lhe queira dar – à *pessoa humana doente*.

Em segundo lugar, os instrumentos de proteção civilísticos são também de realçar. Por um lado, o art. 70.º, n.º 2, afirma que a lesão da personalidade física ou moral conduz à

aprovação final (em 2009) ou pela demissão do Governo (em 2011). Já os caminhos tortuosos da regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, envolvendo mesmo dois processos referendários, são melhor compreendidos pela especial sensibilidade do assunto e pela decisão política de se avançar para uma legitimação popular direta (referendo) da opção a tomar.

³⁴³ Pensamos na *inexplicável paralisia* no que respeita à ratificação dos Protocolos Adicionais à Convenção de Oviedo. Trata-se de documentos normativos que – a serem ratificados – consagrariam importantes normas jurídicas para o ordenamento jurídico português, permitindo resolver algumas questões e problemas que na prática surgem. Cf. *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin* (Strasbourg, 24.I.2002), assinado por Portugal em 21/2/2002; *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research* (Strasbourg, 25.I.2005), Portugal assinou a 4/2/2005; e ainda o *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes* (Strasbourg, 27.XI.2008), ainda não assinado por Portugal.

³⁴⁴ Com o amplo reconhecimento do *direito geral de personalidade*, o jurista português, quando se trata de danos a pessoas, nem costuma considerar as *normas de proteção* do Código Penal. (Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 237; VAZ SERRA, “Responsabilidade Civil (Requisitos)”, [1960] *BMJ*, n.º 92, p. 37 ss. (122, no. 13) e VAZ SERRA, “Responsabilidade de Terceiros no Não-Cumprimento das Obrigações”, [1959] *BMJ*, n.º 85, p. 345 ss. Sobre as normas de proteção, vide Adelaide MENEZES LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Económicos*, Coimbra, Almedina, 2009 e Martin KAROLLUS, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung*, Wien, New York, Springer, 1992. Sobre a noção de ilicitude no projeto do European Group on Tort Law, vide R. ZIMMERMANN “Principles of European Contract Law and the Principles of European Tort Law, Comparison and Points of Contact”, in H. KOZIOL/B.C. STEININGER (eds.), *European Tort Law 2003*, Wien–New York, Springer, 2004, p. 10 ss.

responsabilidade civil, por outro, “a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as *providências adequadas* às circunstâncias do caso, com o fim de *evitar a consumação* da ameaça ou *atenuar os efeitos* da ofensa já cometida.”³⁴⁵ Esta norma deve ser realçada, pois tem um grande alcance prático, também no Direito da Medicina, como forma de protecção da integridade física, da liberdade, do direito à reserva da intimidade da vida privada ou mesmo do direito à imagem. Uma protecção que pode ser preventiva, mas também ser sucessiva à prática do ilícito, permitindo uma reacção rápida e concreta, ao invés, da sempre tardia sanção ressarcitória – a responsabilidade civil.

Em certos casos, podemos colocar a hipótese de aplicar uma *sanção pecuniária compulsória* (art. 829.º-A CC) à violação de direitos de personalidade, mesmo no domínio da biomedicina. Tal instrumento passa no crivo apertado da lei, desde que estejamos perante “obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo,” e em que não estejam em causa “especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado.”

À primeira vista, parece que em muitas das situações mais relevantes do Direito médico, se verifica que o obrigado tem especiais *qualidades científicas* ou a obrigação de prestação de facto não é *infungível*, pelo que este instituto não poderia ser aplicado.

Todavia, tal não é necessariamente o caso. Com efeito, a razão que justifica o afastamento deste instituto prende-se – explica Calvão da Silva – com o facto de “as criações do espírito e do génio depende[re]m em grande medida de fatores desconhecidos, subtraídos à vontade do autor.” “A musa vai e vem, levando a seu bel-prazer o privilégio da inspiração, sem que a vontade do autor possa controlá-la. Há, portanto, uma incompatibilidade natural entre a sanção pecuniária compulsória e a criação intelectual no domínio literário, artístico ou científico...”³⁴⁶ Se esta é a razão de ser da norma, bem vemos que a atividade médica, em grande medida, não está carente da tal “inspiração”, ou que seja limitada por qualquer coação.

³⁴⁵ Os artigos 1474.º ss. do Código de Processo Civil regulam, no plano adjetivo, a tutela da personalidade.

³⁴⁶ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Almedina, 2002, p. 480.

Assim, podemos advogar a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória para o caso da violação continuada do sigilo profissional, no caso da continuação ilegítima de uma experimentação científica, ou mesmo de um internamento (compulsivo) ilegítimo.

Ou seja, o tribunal pode, a requerimento do credor (paciente) condenar o Réu (médico ou instituição de saúde) “ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração” (art. 829.º-A).

15.7. Os direitos de personalidade do paciente e os deveres jurídicos do médico

Na relação médico-paciente identificamos como direitos de personalidade especialmente relevantes, como os principais eixos estruturais sobre os quais se deve edificar uma genuinamente humana relação entre o profissional de saúde e a pessoa doente, os seguintes:

Em primeiro lugar, o respeito pela *vida da pessoa* (art. 70.º, n.º1) e o conseqüente dever de respeito das *leges artis*. Nesse sentido afirma a Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, da Direção Geral de Saúde, que “3) o doente tem direito a receber os cuidados apropriados ao seu estado de saúde, no âmbito dos cuidados preventivos, curativos, de reabilitação e terminais.”

Como forma de tutela avançada do direito à vida podemos ainda referir que a Carta dos Direitos dos Utentes da ERS estipula o *Direito à Qualidade dos Cuidados*, o que implica o cumprimento de requisitos legais e regulamentares de exercício, de manuais de boas práticas, de normas de qualidade e de segurança, de normas de acreditação e certificação; garantindo assim que o acesso é, efetivamente, “o acesso aos cuidados qualitativamente necessários e adequados.”³⁴⁷

Em segundo lugar, o direito à *integridade física da pessoa* (art. 70.º, n.º1) acarreta, do lado passivo, o dever de respeito das regras da profissão³⁴⁸ e ainda – numa perspetiva

³⁴⁷ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Relatório da Carta dos Direitos dos Utentes*, 2010, p. 52.

³⁴⁸ Como ensina FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 530 ss., as *leges artis medicinae* visam não apenas a “manutenção ou a diminuição dos bens jurídicos [designadamente a vida e a integridade física], como também prosseguem a finalidade de aumentarem esses bens jurídicos”. Donde, deveremos exigir não apenas uma postura negativa ou defensiva, mas mesmo uma atitude positiva e afirmativa no que respeita à proteção dos bens de personalidade. É essa aliás a lição do Direito Civil: os

civilista ³⁴⁹ – o cumprimento do dever de obter um consentimento esclarecido.

Em terceiro lugar, do art. 70.º resulta o direito à *integridade moral da pessoa*,³⁵⁰ que conduz ao dever (do profissional de saúde) de informar e de obter o consentimento informado.

O *direito ao respeito pela intimidade da vida privada e familiar da pessoa*, que tem raízes no direito à *integridade moral*, constitui uma das bases do dever de sigilo profissional (art. 195.º CP)³⁵¹ e, em tempos mais modernos e como exigência de proteção face aos riscos da biomedicina e da bioinformação, a consagração do *direito à autodeterminação informacional* (art. 36.º da CRP). Ora, ao falar de direito à privacidade da informação médica e do direito à autodeterminação informacional, estamos a exigir uma cabal regulamentação jurídica do dever de documentação e do acesso à informação médica, ou seja, o *dever de documentação*.

Nas Partes III e IV, serão consideradas estas diferentes dimensões, correspondentes aos pilares estruturantes da relação médico-paciente, os quais constituem de forma concomitante a

direitos de personalidade impõem à contraparte não apenas uma *obrigação passiva universal*, mas um *dever geral de respeito*.

³⁴⁹ Segundo o art. 150.º do Código Penal, as intervenções médico-cirúrgicas terapêuticas não configuram uma ofensa à integridade física (COSTA ANDRADE, Anotação ao Art. 150.º, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 457 ss.). Contudo a intervenção médica, sem consentimento esclarecido do doente, é arbitrária e configura um tipo legal de crime contra a *liberdade* (art. 156.º e 157.º CP). Todavia, como veremos infra, na Parte III, não devemos transpor acriticamente esta valoração especificamente penal – sujeito ao princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade – para o Direito Civil. Não esquecendo ainda que mesmo no Direito Penal português esta concepção – postulada na lei – não é isenta de críticas e dificuldades e que, aliás, nunca logrou aceitação por parte do legislador alemão. Na doutrina portuguesa, Helena Moniz, ancorando-se já nas dúvidas apresentadas por Figueiredo Dias, critica esta solução – cf. Helena MONIZ, “Risco e negligência na prática clínica”, *Revista do Ministério Público*, 130, Abril-Junho 2012, p. 81-100.

³⁵⁰ O Ac. n.º 89-0401 do TC, de 25/9/1991 (Alves Correia) baseia o direito à integridade moral no *direito à integridade pessoal* consagrado no art. 25.º CRP.

³⁵¹ Como veremos o dever de sigilo profissional, designadamente o sigilo médico, tem não apenas a função de proteger a privacidade do paciente, mas tem ainda funções sociais e institucionais, como sejam as de assegurar a dignidade da profissão médica, e promover a confiança na relação médico-paciente e, indiretamente, promover a saúde pública.

armadura e o escudo de proteção da dignidade da pessoa humana nas relações biomédicas.

Assim, vendo agora pelo lado passivo, o médico – *rectius* – o profissional de saúde tem: i) o dever de respeitar as *leges artis*; ii) o dever de informar e obter o consentimento esclarecido; iii) o dever de confidencialidade e iv) o dever de documentação.

Note-se que a eleição simultânea³⁵² destes quatro deveres visa marcar de forma enfática que só com esta relação com uma estrutura quadripartida se pode compreender a medicina no século XXI: medicina de equipa, multidisciplinar, em que o paciente é o sujeito e o centro da relação. Urge recolocar a *pessoa* no centro da intervenção médica e como o foco de proteção do Direito.³⁵³ O Direito da Medicina deve contribuir para que a relação médico-paciente vá para além do estudo da doença, da mera análise do organismo e consiga ir mais longe, permita o fruir de um *encontro* de duas pessoas, o médico e o paciente, através do *diálogo*.³⁵⁴

Com efeito, como alerta Gadamer, “o Ser da pessoa é, manifestamente, algo renegado por toda a parte; no entanto, sempre e em toda a parte foi e é necessário para a recuperação do equilíbrio que o homem requer para si mesmo, para a sua casa, para o seu sentir-se-em-casa. Isto vai muito para além da responsabilidade médica e inclui a integração total da pessoa na vida familiar, social e profissional.”³⁵⁵

³⁵² Alguns autores ainda colocam o dever de respeitar as *leges artis* ou o “dever de cuidar” como o dever principal, relegando outros deveres para a categoria de obrigações acessórias. Assim, por exemplo, Eduardo DANTAS, “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, in Maria Olinda GARCIA (Org.), *Estudos sobre o Incumprimento do Contrato*, Coimbra Editora, 2011, p. 63.

³⁵³ Citando o Conselho Federal de Medicina do Brasil: “As evidências parecem demonstrar que esquecemos o ensinamento clássico que reconhece como função do médico “curar às vezes, aliviar muito frequentemente e confortar sempre”. Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.” –Resolução CFM Nº 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, p. 169).

³⁵⁴ Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, p. 121 coloca em destaque a incindível ligação entre Tratamento e Diálogo.

³⁵⁵ Cf. Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde...*, p. 82

16. O direito à vida

O direito à vida é reconhecido pelo art. 70.^{o356} com base constitucional no art. 24.^o CRP. Para Orlando de Carvalho o direito à vida é o *direito à conservação da vida*, entendendo-se esta como a simples existência biológica. Também Menezes Cordeiro afirma: “O direito à vida assegura a preservação das funções vitais do organismo”.³⁵⁷

Se é normalmente aceite que o consentimento do ofendido é irrelevante neste domínio, pelo que este direito é *indisponível*,³⁵⁸ não podemos – todavia – obnubilar o debate em torno do *direito a um fim de vida sem dor* ou a um *fim de vida digno* que tem levado muitos Autores³⁵⁹ e alguns ordenamentos jurídicos³⁶⁰ a aceitar a regulamentação do suicídio assistido e

³⁵⁶ Cf. MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 209.

³⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral – Pessoas*, 3.^a Edição, Almedina, 2011, p. 158.

³⁵⁸ Ao nível dos seguros de acidentes pessoais, designadamente o seguro de vida, *ficam excluídos os acidentes* devidos a atos praticados pela Pessoa Segura sobre si própria; originados por alcoolismo (grau de alcoolemia superior a 0,5 gramas por litro); uso de estupefacientes fora de prescrição médica; resultantes de crimes e outros atos intencionais da Pessoa Segura, *bem como o suicídio*. O que revela que a lei penaliza, de algum modo, o ato do suicídio, não o considerando, pois, um ato legítimo. Sobre o Seguro de Vida, *vide* Maria Inês de Oliveira MARTINS, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010. Segundo a Autora (p. 168). é característica do contrato de seguro o carácter *accidental* (neste caso da morte).

Para MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral – Pessoas*, p. 158-159 o suicídio é condenado pelo Direito Civil ainda que não preveja sanções diretas. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 70 afirma que o suicido é um ato ilícito, embora sem natureza penal. Quanto à fundamentação da não punição (criminal) da tentativa de suicídio, seguimos a compreensão exposta por Luísa NETO, *O Direito Fundamental...*, p. 779, segundo a qual: “a não punição do suicídio radica mais no respeito pela autonomia individual do ser humano, e não apenas em meros modelos de compaixão”.

³⁵⁹ Destaque-se, no Pensamento Jurídico português, FARIA COSTA, “O Fim de vida e o direito penal”, in *Liber disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 759 e ss; refira-se ainda o estudo de Nuno FERREIRA, “A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública”, *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, 2006; no pensamento filosófico têm tido destaque as posições de Laura FERREIRA DOS SANTOS, *Ajudas-me a Morrer?*, Sextante, 2009.

³⁶⁰ Designadamente nos Países Baixos (Lei de Comprovação da Terminação da Vida a Pedido do Próprio e de Auxílio ao Suicídio (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Stb. 2001, 194), na Bélgica (*Loi relative a l'euthanasie, du 28 mai 2002*) e no Luxemburgo, onde no dia 16 de março de 2009, o Grão-Ducado adotou duas leis relativas ao fim de vida: (1) *la loi relative aux soins palliatifs, à la*

da eutanásia. O que, em certa medida, vem obrigar a repensar a natureza (in)disponível do bem jurídico vida.³⁶¹

16.1. A indemnização do dano da morte

A aceitação do direito à vida tem tido como consequência, no Direito Civil português, a afirmação de uma compensação pelo dano da morte em caso de lesão ilícita do referido direito de personalidade máximo. Trata-se de uma opção invulgar, à luz do direito comparado, visto que com a morte cessa a personalidade jurídica e na esfera jurídica do próprio não poderia – em termos lógicos – nascer um novo direito.³⁶²

Não é assim que narra a doutrina portuguesa maioritária dos últimos 40 anos.³⁶³ Tem-se entendido que a lesão do direito à vida dá lugar a uma indemnização por *danos não patrimoniais* (art. 496.º). Isto significa que se compensam tanto os *danos não patrimoniais laterais* (os que sofrem os chamados conviventes com a vítima:³⁶⁴ art. 496.º, n.º 2, 3 e 4 *in fine*),³⁶⁵

directive anticipée et à l'accompagnement en fin de vie, e (2) la loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide.

³⁶¹ Por seu turno, no plano do direito internacional, quando se fala do direito à vida fala-se do *direito a não ser morto*; não significa poder exigir do Estado condições mínimas ou de qualidade para a manutenção da vida. Acresce que sobre os Estados impendem obrigações positivas, designadamente a punição do homicida, mas também a criação de medidas legislativas, nomeadamente criminais, para proteger a vida, e medidas para investigação de homicídios – cf. Vera RAPOSO: “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril – Junho 2007, p. 60 e 61 e Douwe KORFF, *The right to life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 8.

³⁶² Contra a reparação do dano da morte, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra, 2000, p. 248; Américo MARCELINO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 7.ª Ed., Lisboa, 2005, p. 346, para quem a única sanção possível será a sanção penal, se culpa houver.

³⁶³ Cf. Diogo LEITE DE CAMPOS, “A indemnização do dano morte”, *BFD* 1974; VAZ SERRA, “Reparação do Dano não patrimonial”, *BMJ*, n.º 83, p.105.

³⁶⁴ Esta sanção é em regra atribuída também nos outros ordenamentos jurídicos.

³⁶⁵ Por inércia, o legislador não exclui ainda o *cônjuge separado de facto*. A condição de “separado de facto” é aliás ainda pouco relevante no Direito da Família português, embora – no Direito da Medicina – a lei da PMA confira algum relevo no art. 6.º “1 – Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou *separadas de facto* ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.” Tem

como o *dano não patrimonial central* (o que sofre a própria vítima – dano da vida – e que, como tal, é o único necessário neste caso).³⁶⁶

ainda relevo a noção de *separação de facto* no art. 143.º, n.º 1, al. a) do CC, ao afirmar que incumbe a tutela ao “cônjuge do interdito, salve se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou *separado de facto*.” Todavia, parece-nos que uma correta interpretação do art. 496.º, n.º 2, 3 e 4 exigirá a prova, ainda que meramente perfunctória, da existência de sofrimento, tristeza ou amargura por parte do familiar que demanda o direito a uma compensação por danos não patrimoniais. Assim sendo será de admitir a prova, por parte do Réu, de que o cônjuge era “separado de facto”, levando à consequência de que não deverá receber qualquer compensação. Assim se dará relevo jurídico aos afetos, ao concreto sofrimento psicológico, emocional, social e existencial dos “conviventes”. Já VAZ SERRA, “Reparação do Dano Não Patrimonial,” *BMJ*, n.º 83, 1959, p. 100 afirmava: “o cônjuge que está em vésperas de se divorciar não deve poder reclamá-la.”

³⁶⁶ Orlando de CARVALHO, *TGDC*, 1981, p. 186; MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 205.

A doutrina divide-se quanto à questão de saber se o dano da morte deve ser recebido pelos “próximos” (1) *ex jure hereditário* nos termos gerais, (2) com uma regra de *sucessão especial* (seguindo o art. 496.º) ou (3) *iure próprio*

Para GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, p. 95 e 96; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., 1999, p. 290 a 293 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 2006, p. 338, este direito de crédito faz parte da herança do *de cuius* e entra no processo sucessório geral do art. 2024.º CC.

Diferentemente, para outros autores, *cujas posição seguimos*, apenas os familiares próximos referidos no art. 496.º podem receber uma compensação pelo seu dano não patrimonial, recebendo *ex jure hereditário* (Cf. LEITE DE CAMPOS, “A Indemnização do Dano da Morte,” *BFD*, 1974, p. 269-271; CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 1999, p. 63-64. Note-se que só com a reforma de 1977 o cônjuge passou a ser herdeiro, pelo que até então esta polémica era muito relevante. Desde então o cônjuge será protegido quer se siga uma tese, quer outra. Todavia, reganhou grande relevo, com a nova redação do n.º 3 do art. 496.º que confere proteção ao companheiro em *união de facto*, que – como é sabido – não é herdeiro legítimo, nem legitimário. Sendo uma regra específica de “sucessão”, poderá ser defendido que este montante não esteja sujeito às regras gerais do Direito das Sucessões.

Finalmente, outra parte da doutrina entende que essa indemnização se recebe *iure proprio* – assim se pronunciaram: PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colab. de HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, I, anotação 4 ao art. 496.º; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., 2003, p. 613; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 164; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2000, p. 324; HÖRSTER, *A Parte Geral...* p. 304. Se esta tese tem a vantagem de não permitir que esse dinheiro resultante do dano da morte possa vir a servir para pagar dívidas aos credores do *de cuius*, não consegue ultrapassar o

Com o Ac. de uniformização de jurisprudência, de 17 de Março de 1971 (Bernardes de Miranda), o Supremo Tribunal de Justiça³⁶⁷ deu voz à tese que defendia a ressarcibilidade autónoma do dano da morte.³⁶⁸ Ou seja, considerou indemnizável, no caso de morte de uma pessoa, o próprio bem “vida”, numa indemnização que, depois, se transmitiria *mortis causa*.³⁶⁹

Esta tese é sufragada pela doutrina dominante. Uma das razões da defesa deste regime está na dimensão *sancionatória* da responsabilidade civil. Se os direitos de personalidade merecem a proteção do direito e a consequente compensação por danos não patrimoniais, o mesmo deve aplicar-se ao mais importante destes direitos, o direito à vida.³⁷⁰ No resumo de

obstáculo lógico de que as mesmas pessoas receberiam duas indemnizações pelo mesmo facto e com fundamentos semelhantes, visto que ambas seriam recebidas *iure proprio*.

³⁶⁷ *BMJ*, n.º 205 (Abril de 1971), p. 150. Este Ac. fixou jurisprudência em reunião de todas as secções do STJ, tendo sido tirado por 9 votos contra 5 votos de vencido e afastou-se da jurisprudência em sentido contrário, estabelecida no Ac. STJ, 12/2/1969, *BMJ*, n.º 184 (Março de 1969), p. 151; neste aresto defende-se que há lugar à compensação do dano sofrido pela vítima antes de morrer e os danos morais sofridos pelos familiares referidos na norma.

³⁶⁸ Como se afirma no Ac. STJ, 15/04/2009 (Raúl Borges): “Tem-se entendido doutrinária e jurisprudencialmente, *maxime* após o acórdão do STJ de uniformização de jurisprudência de 17/03/1971 (*BMJ*, 205.º, p. 150), que, em caso de morte, do art. 496.º, n.ºs 2 e 3 do Código Civil resultam três danos não patrimoniais indemnizáveis: –o dano pela perda do direito à vida; –o dano sofrido pelos familiares da vítima com a sua morte; –o dano sofrido pela vítima antes de morrer, variando este em função de factores de diversa ordem, como sejam o tempo decorrido entre o acidente e a morte, se a vítima estava consciente ou em coma, se teve dores ou não e qual a sua intensidade, se teve ou não consciência de que ia morrer.”

³⁶⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado... Parte Geral – Pessoas*, IV, 2011, p. 174, com indicações jurisprudenciais; Carolina FURTADO DE OLIVEIRA, *A Indemnização pelo Dano Morte*, Coimbra, FDUC, polic. 2009, p. 16

³⁷⁰ LEITE DE CAMPOS, “A Vida, a Morte e sua Indemnização”, *BMJ*, 365, 1987, p. 14: “atentar contra o direito ao respeito da vida produz um dano – a morte – superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica.” “A lesão de um direito absoluto, como o direito ao respeito da vida, deve implicar a indemnização do dano sofrido. Não se compreende que seja precisamente a lesão do bem supremo, a vida, que está desprovida de indemnização. Tanto mais que a solução contrária constituiria um incitamento ao homicídio, às lesões capazes de provocar a morte imediata. (...)”³⁷⁰ Acresce ainda que “a indemnização das ofensas à vida será um passo na via da jurisdição total do bem “vida”, da sua total integração *prática* na ordem jurídica.” Cf. ainda LEITE DE CAMPOS, “A indemnização do dano da morte”, *BFD*, 1975, vol. L, p. 247 ss.; LEITE DE

Menezes Cordeiro, “O direito à vida não pode deixar de ser tutelado pelo Direito civil; recorde-se que a responsabilidade civil tem, hoje, funções punitivas, retributivas e de prevenção, sendo impensável que desampare o direito máximo.”³⁷¹ Efetivamente, a compensação reverte a favor de terceiros, ou seja, não há qualquer escopo indemnizatório ou compensatório, mas apenas punitivo/preventivo-geral, de reforço *ex post factum* do bem jurídico violado, mas que em nada reverte a favor da vítima.

Todavia, como dissemos, esta solução da ressarcibilidade do dano da morte, da lesão do direito à vida, não encontra paralelo noutros ordenamentos jurídicos e bem podemos lançar dúvidas sobre a justeza da sua consagração.

Assim, quanto às exigências de justiça, importa perguntar se faz sentido que as pessoas previstas nos n.ºs 2 e 3, do art. 496, mesmo não mantendo *relações de afeto* com a vítima, possam vir a beneficiar de uma quantia pecuniária? Julgamos que não, pelo que somos de parecer que se deve admitir a prova, por parte do lesante, de que o herdeiro não tinha já *relação de afeto* com a vítima, pelo que não se justifica ressarcir, nem o dano central da morte, nem os danos laterais de afeição, donde os tribunais não devem fazer uma aplicação *automática* destas compensações.³⁷² Embora o dano central da morte tenha em vista a reparação da violação do direito à vida, não se nos afigura razoável nem a tese que manda aplicar as regras gerais sucessórias, o que acarretaria que o próprio Estado, enquanto herdeiro legítimo, poderia vir a receber essa indemnização, nem sequer nos parece justo que um outro herdeiro, familiar da vítima, nos termos do art. 496.º, n.º 2 e 3, mas que não tem relação de afeto com vítima possa vir a beneficiar da morte alheia. Ou seja, embora radique na lesão do direito à vida, este direito de crédito é *compósito*, pois ele vai

CAMPOS, “Os Danos causados pela morte e a sua indemnização”, in AA. VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Vol. III, Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 133-137.

³⁷¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado, Parte Geral – Pessoas, IV*, 2011, p. 184.

³⁷² Pelo contrário, na Inglaterra, “no evidence of actual grief is needed, the claim is based purely on the relationship.” –Horton ROGERS, “Death an Non-pecuniary Loss,” H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, p. 56-58. Informa o Autor: “by statute, dating from 1982, spouses and registered same sex civil partners have a claim for a fixed statutory sum for bereavement of £10.000 in respect of death of the other partner. The same goes for parents of a minor child who has not married, in which case the sum is shared.”

beneficiar os entes queridos da vítima, donde a inexistência dessa relação de afeto deve obstar às referidas compensações.

Não deixaremos ainda de referir que, no plano metodológico-formal, a letra da lei não é clara quanto à existência de dois danos autónomos: o da vítima e o dano de afeto dos conviventes. De facto, quando o art. 496.º, n.º 4, segunda parte, afirma: “no caso de morte, podem ser atendidos não só os *danos não patrimoniais sofridos pela vítima*, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do número anterior” podemos interpretar os “*danos não patrimoniais sofridos pela vítima*” como os danos não patrimoniais anteriores à morte. Nesse sentido, poderíamos constatar que na letra da lei, a palavra “*sofridos*” e a utilização do *plural* parece apontar para as dores, o sofrimento, a tristeza, a angústia de prever a morte. Se o legislador quisesse consagrar essa inovação histórica não teria sido mais razoável exprimir-se claramente com a terminologia “dano da morte” ou o “dano da lesão da vida” usando o singular, visto que vida e morte da pessoa há só uma, donde o dano, esse dano concreto, só deveria ser um?³⁷³

Nem a intenção do legislador é clara, nem a letra da lei é conclusiva. Por isso, houve uma querela jurisprudencial nos primeiros anos de aplicação do Código Civil, que veio a ser resolvida – como vimos – a favor da ressarcibilidade do dano da morte. Mas tratou-se da vitória de uma orientação doutrinal. Não de uma indiscutível tomada de posição da Lei.

Finalmente, a análise do direito comparado não abona no sentido de sustentar esta compensação. Helmut Koziol comenta que “*the idea that the destroyed life has an immaterial value and that this value continues in a claim on compensation for non-pecuniary loss does not seem bizarre.*”³⁷⁴ Todavia, o Professor de Viena discorda que o sistema jurídico possa conceder duas indemnizações pelo mesmo dano: “It has to mentioned that the two solutions – claim of the surviving successor and inheritable claim of the deceased victim – cannot be combined, because then relatives would receive double compensation, once for their own grief due to the victim’s death and once as an heir of the claim for compensation of the victim’s loss of life. Therefore, I feel that the legal system has

³⁷³ Em sentido próximo, vide o Ac. STJ, 12/2/1969, in *BMJ*, n.º 184 (Março de 1969), p. 158.

³⁷⁴ KOZIOL, “Wrongful Death – Basic Questions,” H. KOZIOL/B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, p. 33.

to decide whether the surviving dependants shall have a claim in their own right or inherit a claim of the deceased victim.”³⁷⁵

Também entre nós, Pamplona Corte-Real entende que “não parece ética e juridicamente aceitável que o mesmo facto ilícito e o mesmo “dano” (a perda do bem vida) pudessem gerar uma dupla indemnização, que eventualmente poderia beneficiar, ainda que com base em títulos distintos, os mesmos titulares, uma vez que quer a indemnização pelo dano da morte, quer pelos danos não patrimoniais são atribuídos ao mesmo titular.”³⁷⁶

Contudo, como vimos, a doutrina portuguesa dominante entende que se trata de ressarcir danos diferentes: a destruição da vida e o sentimento de perda e de tristeza dos familiares próximos.

Se ocupamos algumas linhas desta Dissertação a discorrer sobre este tópico é porque dentro do próprio Supremo Tribunal de Justiça começa a colocar-se em dúvida a justeza desta compensação. Assim o Ac. do STJ, de 11/1/2007 (João Bernardo)³⁷⁷ afirma:

“A indemnização pela perda do direito à vida (em sentido estrito, não abrangendo a relativa ao sofrimento entre o facto danoso e a morte e a relativa ao sofrimento dos chegados à vítima) é desconhecida na Resolução n.º 7/75, de 14 de março de 1975, do Conselho da Europa, vem sendo ignorada em decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e é ignorada ou é repudiada nos principais países da União Europeia.” No entanto, e enquanto não houver lugar a “nova ponderação jurisprudencial sobre a sua concessão, atentas as perspetivas de harmonização indemnizatória no espaço da União”, deverá continuar – “atento o n.º 3 do art. 8.º do Código Civil” – a ser concedida.”

³⁷⁵ KOZIOL, “Wrongful Death – Basic Questions,” H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, p. 34. No mesmo sentido, Ac. STJ, 12/2/1969, *BMJ*, n.º 184 (Março de 1969), p. 158. Cf. ainda PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW/ Christian von BAR (prepared by), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, (PEL Liab. Dam.)*, 2009, p. 394 ss. que numa profunda investigação de direito europeu comparado mostra que *apenas em Portugal se verifica este fenómeno jurídico*.

³⁷⁶ PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II – *Sucessões*, Lex, Lisboa, 1993, p.

³⁷⁷ Cf. tb. o Ac. STJ, 27/11/2011 (Carmona da Mota).

Subscrevemos a douta conclusão do Supremo Tribunal. A compensação pelo dano da morte faz já parte do património jurídico-cultural luso e, nesse sentido, merece ser respeitado. Acresce que, recentemente, a lei³⁷⁸ teve oportunidade de reforçar esta tese: as tabelas do dano corporal consagram esta via dupla da ressarcibilidade do dano da morte.³⁷⁹ O que significa que o legislador recente reconhece e aplaude a tese da indemnização autónoma do dano da morte.

Mas devemos salientar que as objeções a esta figura são pertinentes. Donde, deve merecer o nosso apoio a jurisprudência que considera que mais grave que o dano da morte é o *dano à integridade pessoal* e a ofensa à *integridade física grave*.³⁸⁰ Do mesmo passo, alguma contenção e razoabilidade na arbitragem do montante indemnizatório do dano morte revela-se uma atitude de boa *prudência*.

Passando em revista algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, concluímos que a jurisprudência distingue: (1) o dano da morte, (2) os danos próprios da vítima antes de

³⁷⁸ Lei em sentido amplo, visto que se trata de uma simples Portaria. Vide a crítica a esta fonte normativa para regular uma matéria tão relevante quando a indemnização pela lesão corporal *infra*.

³⁷⁹ O art. 5.º da Portaria n.º 377/2009, de 26 de maio, afirma: “Para efeitos de proposta razoável, as indemnizações pela violação do *direito à vida*, bem como as *compensações devidas aos herdeiros da vítima*, nos termos do Código Civil, *a título de danos morais*, e previstos na alínea a) do art. 2.º, são calculadas nos termos previstos no quadro constante do anexo II da presente portaria [atualmente Portaria 679/2009, de 25 de junho].”

³⁸⁰ O dano da morte não tem que ser o dano com valor mais elevado. O dano à *integridade física grave* e o dano à *integridade pessoal*, de que falaremos *infra*, merecem, muitas vezes, montantes ressarcitórios mais elevados. Seguindo esta orientação, que merece a nossa adesão, veja-se o Ac. STJ, 18/06/2009 (Santos Monteiro): “XIV –Não temos como certa a limitação, no domínio do direito não patrimonial, do *quantum* indemnizatório ao fixado para o dano da morte, porque em certos casos, sobretudo naqueles em que o lesado está condenado a permanecer numa situação irreversível enquanto for vivo, em estágio vegetativo, totalmente dependente de terceiros, em sofrimento permanente, tanto para si como para familiares, sem expectativa de recuperação, manda a justa avaliação das coisas, um justo critério de bom senso e de percepção da realidade, que serve de padrão, de guia no recurso à equidade para fixação do dano não patrimonial, que possa exceder-se esse quantitativo, em nome de uma justa e adequada tutela da integridade física e moral. XV –O resultado morte funciona apenas como um ponto de referência, mas não inultrapassável. Sem se cair no exagero, nada impede que se arbitre uma indemnização por danos não patrimoniais superior ao montante fixado pelo dano da morte, ao nível jurisprudencial, e sem quebra da sua matriz uniformizadora, sublinhou-se no Ac. deste Supremo Tribunal de 03/09/2008, Proc. n.º 2389/08 –3.ª. (...)”

morrer e (3) o sofrimento pessoal das pessoas próximas.³⁸¹ Mesmo considerando que cada parcela não tem um valor muito elevado, no seu conjunto a compensação não se pode julgar como pouco generosa, no plano do direito comparado.³⁸²

³⁸¹ Assim no Ac. STJ, 27/4/2005, o dano da morte foi de €50.000, pelo sofrimento antes de morrer de €7.500. Os danos morais dos familiares próximos previstos no art. 496.º foram calculados em 15.000 (viúva) e de €10.000 para cada um dos 5 filhos, num total de €65.000. No Ac. STJ, 19/6/2008 o dano da morte foi avaliado em €35.000; os danos dos familiares foram avaliados em 15.000 para a viúva, acrescido de 10.000 para cada uma das duas filhas, num total de €35.000. No Ac. STJ, 27/11/2008, em que se julga a morte de uma criança, a vida desta é avaliada em €60.000 e os danos morais dos pais da vítima em 35.000 para cada um, num total de €70.000. No Ac. STJ, 27/11/2007 é apresentado um quadro mais completo de exemplos de compensação pelos danos causados pela morte.

Foram muito importantes os *Critérios apresentados pelo Provedor de Justiça para indemnização aos lesados pela morte da vítimas da Ponte de Entre-os-Rios*, em 19 de março de 2001; cf. a página web do Provedor de Justiça.

³⁸² Na doutrina nacional, continua a dominar o entendimento de que as compensações são, entre nós, muito baixas. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IV, p. 181 propõe mesmo um valor de referência para a ofensa ao direito à vida: “1 milhão de euros” (!)... Duvidamos que um valor desta natureza se adeque a uma *prudente* ponderação das consequências que tal acarretaria ao nível dos prémios de seguro, bem como da consideração da existência de *responsabilidade objetiva* dos detentores de veículos de circulação terrestre, mesmo os que não estão sujeitos a seguro obrigatório. Uma indemnização de tal ordem poderia arruinar patrimonialmente uma pessoa que – mesmo sem culpa – cause a morte de um terceiro. E não se argumente que no outro prato da balança está uma vida. É que... nenhum dinheiro pode pagar a vida!

Para uma tentativa de resposta à questão “quanto vale uma vida, cf. Bernhard KOCH, “Wrongful Death: How Much Does It Cost to Kill Someone?”, in H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, Springer, 2007, p. 61 ss.: o *Value of Statistical Life* está avaliado em 7 milhões de dólares (USD); o VSL não é o valor do ser humano enquanto tal, mas antes o custo de estar sujeito ao risco de morrer. “It is calculated on the basis of how much potential victims would be willing to invest in order to avoid an increase in their individual risk to die.”

Cf. ainda as reflexões de W. Kip VISCUSI: “The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critic” in *American Law and Economics Review*, vol. 2, no 1, Spring 2000, p. 195 – 222. Segundo o Autor, recorrentemente referimos um valor à vida, numa multiplicidade de sentidos. Os tribunais atribuem compensações depois de ocorrida a lesão; cada um de nós toma, todos os dias, decisões destinadas a reduzir os riscos para a vida e para a saúde. Todas estas escolhas, em qualquer dos casos, refletem um implícito valor da vida. Este valor, todavia, assume diferente dimensão e quantificação nos diversos âmbitos. A questão que se coloca é a de saber qual a medida do valor da vida satisfatória à resolução dos problemas sociais. Podemos distinguir quatro possíveis conceptualizações do valor da vida: Qual é o valor da vida apropriado para incrementar os incentivos à

Com efeito, países como a Alemanha e a Holanda não compensam estes danos. Na Áustria, de um modo geral os familiares não têm nenhum direito a exigir uma compensação por danos morais, exceto se a morte foi causada por *negligência grosseira* ou com *dolo*.³⁸³

Na Inglaterra e Gales, o montante, tabelado por lei, é inferior ao que normalmente se atribui nos tribunais portugueses,³⁸⁴ e apenas os danos morais dos familiares próximos é compensado.³⁸⁵

prevenção de acidentes? Qual é o valor da vida apropriado para otimizar a compensação dos lesados? Em caso de danos não patrimoniais, em que o objectivo é ressarcir a situação existencial concreta do lesado, qual poderá ser o nível apropriado de compensação? Se os custos para salvar vidas, ou diminuir riscos para a saúde e para a vida, forem manifestamente improdutivos, até que nível deveremos mantê-los? As discussões da economia acerca do valor da vida focam invariavelmente um valor estatístico, tomando um indivíduo que, na circunstância, apresentaria uma mínima probabilidade de morrer. No contexto da criação de medidas para reduzir o risco de morte este valor deve ser aquele que os beneficiários do risco estão dispostos a pagar para reduzir esse risco em si mesmos. No fundo, *o valor estatístico apenas reflete o preço que a sociedade está disposta a pagar pela diminuição do risco* (W. Kip VISCUSI, p. 196 e 197).

³⁸³ Horton ROGERS, “Death an Non-pecuniary Loss,” H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, p. 56-58. Aqui, como noutros aspetos, o direito austríaco revela a sua adequação ao ideário de um “sistema móvel” (WILBURG). A necessidade e a vantagem de estabelecer pontes entre os diversos institutos e ramos do direito (civil) em ordem à construção de um “*sistema móvel*” foram propostas por Walter WILBURG, *Die Elemente des Schadensrecht*, 1941; Walter WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950. Para uma análise deste pensamento, vide Bernhard KOCH, “Wilburg’s Flexible System in a Nutshell”, in KOZIOL/ STEININGER (eds), *European Tort Law 2001*, Springer, 2002, p. 545 ss.

³⁸⁴ Fatal Accidents Act 1976, que consagra montantes na ordem das 10.000 Libras.

³⁸⁵ ROGERS, “Death and Non-Pecunairy Loss”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2006*, p. 55 ss. faz uma análise do Direito europeu e americano e conclui que em geral se compensam apenas dois tipos de danos: os danos morais da pessoa falecida (antes da morte) e os danos morais das pessoas ligadas à pessoa falecida. Quanto aos primeiros debate-se se podem ser transmitidos por herança ou não; a Alemanha viria a aceitar essa hipótese só em 1990.

Quanto aos segundos, encontramos de um lado os sistemas que aceitam a compensação, seja – como na Inglaterra – com uma lista fechada e reduzida de beneficiários (cônjuge ou companheiro, ou na ausência destes os pais de um jovem não casado), seja um sistema aberto como o que existe em França e na Bélgica. O Projecto Catala também não se propunha mudar essa situação: Art. 1379: « Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs prejudices économiques consistant en des frais divers et pertes de

Donde – repetimos – o aumento dos montantes indemnizatórios por lesão do direito à vida deve ser *prudente* e *cauteloso*.³⁸⁶ Se no caso dos acidentes rodoviários há uma forte socialização do risco e na responsabilidade médica se verifica uma *quase-obrigatoriedade* do seguro de responsabilidade civil³⁸⁷, não podemos olvidar que a maioria dos cidadãos se encontra desprotegido de proteção face a eventuais acidentes causados por simples culpa ou mesmo sem culpa (caso dos acidentes estradais causados por veículos sem motor). E o civilista deve questionar também da adequação e proporcionalidade (art. 18.º CRP) de impor uma indemnização muito elevada que vai reverter em favor dos familiares do defunto, referidos no n.º 2 e 3 do art. 496.º.

Tem, pois, razão o Supremo Tribunal de Justiça quando afirma: “Trata-se de uma *indemnização simbólica* – pois que não atribuída diretamente a quem sofre a respetiva lesão – e

revenues ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement. »

No lado oposto, encontramos países como a Alemanha e a Holanda que simplesmente rejeitam estas demandas, apesar de o direito holandês se ir tornando mais aberto a essa possibilidade. A meio caminho encontramos a Áustria (e a Finlândia), onde os familiares não têm direito a compensação pela morte do ente querido, excepto se a lesão foi causada com *negligência grosseira ou dolo*.

O reputado Autor inglês apoia a solução “negativista” do direito alemão: “I think the Germans have it right and the English took a wrong turning in 1982 in joining the other club.”

Todavia a tese dominante na Europa, seja no EUROPEAN GROUP ON TORT LAW seja no STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, aceita compensações a favor de pessoas que tenham uma relação de *proximidade existencial* com a vítima e não só para os casos de morte, mas também para os casos de *lesões corporais graves*. O mesmo acontece na Suíça, segundo o art. 47 do *Code des obligations*: “Le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d’homme, à la famille une indemnité équitable à titre de réparation morale.” Na Suíça as compensações não ultrapassam os 50.000 Francos suíços e apenas contemplam a família nuclear, como assinala Franz WERRO, *La responsabilité civile*, Berne, Stämpfli, 2011, p. 379 ss.

³⁸⁶ Pelo contrário, no que respeita à lesão do *direito à integridade pessoal* os montantes de compensação têm um amplo espaço de progressão, como explicaremos infra em texto.

³⁸⁷ A Ordem dos Médicos fornece aos inscritos a proteção de um seguro de responsabilidade civil. Por outro lado, para se exercer medicina é obrigatória a inscrição na Ordem (art. 1.º do Regulamento da Ordem dos Médicos). Não estando regulado legalmente, o seguro contratado pela Ordem dos Médicos poderá, na análise de alguns juristas, não oferecer, contudo, uma proteção suficiente ao segurado.

que, por isso, deverá – na sua fixação “equitativa” – ater-se, sobretudo, às chamadas “regras de experiência” jurisprudencial.”³⁸⁸

Por outro lado, como resulta dos casos jurisprudenciais apresentados, a indemnização pelo dano da morte não é igual para todas as vítimas, embora não se verifiquem graves discrepâncias. O que nos parece correto.

Em sentido contrário, alguns autores (Leite de Campos,³⁸⁹ Sousa Dinis)³⁹⁰ defendem que *o dano da morte deve ser igual para todas as pessoas, em nome da igualdade entre os homens*.³⁹¹ Tal argumentação pode ter algum cunho demagógico e não segue as regras gerais da compensação por danos não patrimoniais. Pelo contrário, o tribunal deve tomar em consideração *as concretas circunstâncias de vida do defunto*.

Assim, seguindo Capelo de Sousa, afirmamos: “para a tutela eficaz da personalidade humana importará ter em conta o conjunto, as fases e as intensidades de todo o processo histórico do ser de cada homem. A título de exemplo, é razoável e aceite que, em caso de homicídio, a respetiva indemnização civil pelos danos sofridos pelos familiares, ou pelo dano da própria perda da vida, tenha em conta não apenas a *situação do lesado* aquando da ofensa mas também a sua *esperança de vida*.”³⁹²

³⁸⁸ Ac. STJ, 27/11/2007 (Carmona da Mota).

³⁸⁹ LEITE DE CAMPOS, “A vida, a morte e a sua indemnização”, *BMJ*, 365º, p. 15.

³⁹⁰ SOUSA DINIS, “Dano Corporal em acidentes de Viação”, *CJ-STJ*, I (2001), p. 7; cf. tb. SOUSA DINIS, “Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito Civil)”, *RPDC*, n.º19, 2009, p. 51 ss.

³⁹¹ LEITE DE CAMPOS, “A Vida, a Morte e sua Indemnização”, *BMJ*, 365, 1987, p. 15 e 16: como o “prejuízo é o mesmo para todos os homens, (...) a indemnização deve ser a mesma para todos. E “o montante da indemnização deve ser, pois, superior à soma dos montantes de todos os outros danos imagináveis. Este montante revelará praticamente que a morte é o dano supremo, superior a todos os outros. (...) A indemnização do dano da morte deve ser fixada sistematicamente a um nível superior – pois a morte é um dano acrescido e isto tem de ser feito sentir economicamente ao culpado.” Como veremos, em texto, discordamos destes dois posicionamentos.

³⁹² CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral (apontamentos policopiados)*, 2003.

Neste sentido pode ler-se, por exemplo, o Ac. STJ, 25/1/2002 (Silva Paixão) que decidiu: “estando-se perante a morte de uma jovem de 24 anos, com uma esperança de vida longa e com um futuro promissor à sua frente, que frequentava o curso de Engenharia Agroalimentar, não é merecedora de censura a decisão que fixou a indemnização pela supressão

16.2. A união de facto e o dano da morte

A sociedade portuguesa tem assistido a transformações rápidas na concepção de estrutura familiar que têm relevo no domínio da responsabilidade civil, designadamente da compensação pelo dano da morte.

Assim, num período de 11 anos deu-se o reconhecimento da união de facto (Lei n.º 135/99, de 28 de agosto), avançou-se para uma proteção mais ampla desta e passaram a admitir-se uniões de duas pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).³⁹³ Recentemente consagrou-se o direito ao casamento civil de pessoas do mesmo sexo (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio), pelo que o cônjuge do mesmo sexo beneficia da proteção do art. 496.º, n.º 3 e 4.

do direito à vida em 10.000.000\$00.” No mesmo sentido, *vide* o Ac. STJ, 11/12/2008 (Pires da Rosa) e o Ac. Relação do Porto, 3/2/2010 (Artur Vargues) que sumaria: “É adequada a quantia de 70.000, 00 (setenta mil euros) para compensar o dano morte, numa situação em que a vítima tinha apenas 20 anos, era solteira, muito ativa, praticante de aeróbica e ballet, com grande dinamismo e alegria de viver, cultivando a amizade e gozando de boa reputação e estava cheia de projetos de vida e de sonhos pela frente.” Por seu turno, o Ac. Relação de Évora, 10/4/2012 (Ana Barata Brito) considera: “Na fixação do dano morte deve atender-se, também, à idade da vítima.”

Aderindo à tese de Ronald DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 86 ss.: “I am now asking, then, not about justice or rights or fairness, but *about tragedy and the waste of life*, and therefore *the insult to the sanctity of life*, on different occasions? (...) ... the death of a young woman in an airplane crash is worse than the death of an old man would be. The young woman would probably otherwise have had many more years left to live. (...) But how bad this is –how great the frustration – depends on the *stage of life* in which it occurs, because the person has made a *significant personal investment* in his own life, and less if it occurs after any investment has been *substantially fulfilled*, or as substantially fulfilled as is anyway likely.”

³⁹³ Cf. Marta COSTA, *Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 63 ss. Sobre a problemática dos direitos das pessoas homossexuais no contexto dos direitos humanos, *vide* Cecília MacDowell SANTOS/ Ana Cristina SANTOS/ Madalena DUARTE/ Teresa Maneca LIMA, “Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, Dezembro 2009, p. 43-68; Susana ALMEIDA, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Famílias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008 e Duarte SANTOS, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Por outro lado, e após alguma querela doutrinal e jurisprudencial,³⁹⁴ a nova Lei da União de Facto (Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto) confere o direito à indemnização ao membro sobrevivente da união de facto, tendo em conta a natureza da proteção deste efeito jurídico, na forma importante da reparação de um dano não patrimonial causado pela morte.³⁹⁵

Outros sistemas jurídicos europeus concedem compensações pelo sofrimento moral consequente à morte de um familiar próximo ou de pessoas especialmente ligadas ao falecido e sem necessidade de um atestado médico que comprove uma doença causada por esse sofrimento.

Na França e na Bélgica não há uma lista fechada de pessoas com esse direito, pelo que todas as pessoas com laços de afeto com o falecido podem exigir uma compensação pelos danos morais causados pela morte do ente querido, o que inclui as uniões de facto.

Na Grécia aceita-se a compensação pela morte mas apenas a favor dos familiares próximos, ligados pelo casamento. Em 2005, o Supremo Tribunal grego rejeitou uma demanda intentada por uma companheira que vivia em união de facto há muito tempo e, em 2011, o Supremo Tribunal da Grécia continuou a negar o direito a uma compensação pela morte do companheiro em união de facto; contudo, pessoas como a *sogra* ou os *genros* são protegidos.³⁹⁶

Por seu turno, reputados estudos académicos de responsabilidade civil na Europa (*European Group on Tort*

³⁹⁴ Vide Ac. n.º 275/2002 do TC (Paulo Mota Pinto) (DR, II, 24 Julho de 2002) que, em fiscalização concreta, julgou inconstitucional o art. 496.º por violar o direito a constituir família (art. 36.º CRP) e o princípio da proporcionalidade (art. 18.º CRP). Todavia, dada a ausência de eficácia geral e abstracta dessa decisão (art. 281.º, n.º 3 CRP), o STJ continuou a não conceder indemnização, entre outros, no Ac. STJ, 4/11/2003 (Azevedo Ramos). Na doutrina, FRANÇA PITÃO, *União de Facto no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 30, defendia o direito à indemnização por parte do companheiro na união de facto. Reflectindo sobre as influências no Direito das “Novas Famílias”, vide Luísa NETO, *Novos Direitos...*, p. 105 ss.

³⁹⁵ Guilherme de OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Revista Portuguesa de Direito da Família – Lex Familiae*, 2011, p. 149.

³⁹⁶ Para ROGERS, “Death and Non-pecuniary Loss,” *cit.*, p. 58 esta é uma situação paradoxal. Pela nossa parte, entendemos que o exercício do direito comparado exige contenção e cautela na apreciação de aspetos jurídicos muito correlacionados com a cultura e a religião de cada país, desde que essas influências culturais não afetem os Direitos Humanos, tal como se encontram plasmados na DUDH de 1948.

Law e o *Study Group on a European Civil Code*) aceitam que a indemnização por morte do parceiro seja concedida também no domínio da união de facto. Vejamos.

Os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, no Art. 10:301 (1) prescrevem: “*Nos casos de morte e de lesão corporal muito grave, pode igualmente ser atribuída uma compensação pelo dano não-patrimonial às pessoas que tenham uma relação de grande proximidade com o lesado.*”³⁹⁷

Assim, os Princípios revelam-se mais generosos na concessão de compensações a familiares da vítima do que o direito português. Nas palavras do *European Group of Tort Law*: “we are satisfied that a de facto cohabitation comparable to that of husband and wife would nowadays clearly attract such damages; it may be the same is true of a comparable same-sex relationship (...). What we have in mind is a relationship which bears at least some resemblance to a “family” one.”³⁹⁸

À mesma solução chega o *Study Group on a European Civil Code* nos seus *Principles of European Law concerning Liability for Damages*:³⁹⁹ Article 2:202: Loss Suffered by Third Persons as a Result of Another’s Personal Injury or Death: “(1) *Non-economic loss caused to a natural person as a result of another’s personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.*”

Assim, diversos sistemas legais e os modernos projetos científicos europeus aceitam que em caso de morte indevida (“*wrongful death*”), os familiares próximos, incluindo as “novas famílias” (união de facto, casamento de pessoas do mesmo sexo) possam receber uma compensação pelos danos morais decorrentes do falecimento do seu ente querido.⁴⁰⁰ Pelo

³⁹⁷ Tradução de Jorge SINDE MONTEIRO e André DIAS PEREIRA, em EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *European Principles on Tort Law*, Springer, 2005, p. 257.

³⁹⁸ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *European Principles on Tort Law*, 2005, p. 175.

³⁹⁹ PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: Von BAR (prepared by), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, p. 389 ss., (doravante: Von BAR, *Lia. Dam.*).

⁴⁰⁰ Já a tutela das famílias recombinadas não obtém expressão legal no direito português. Enteados, padrastos e madrastas, de direito (relação de afinidade resultante do casamento), ou de facto (em virtude das uniões de facto) não gozam ainda, entre nós, de legitimidade para pedir uma indemnização pelo dano moral causado pela morte desse ente querido.

que, a evolução registada em Portugal nos últimos anos vem ao encontro da dinâmica social e jurídica a que se assiste também na Europa.

17. O fim de vida; o direito a morrer com dignidade

O direito à vida, na sua específica relação com a medicina, conduz-nos a um breve apontamento acerca do enquadramento jurídico do fim de vida em condições de dignidade e ainda, na medida do possível, de desenvolvimento da personalidade. Nas páginas seguintes procuraremos deixar um início de caminho que se impõe (também) ao Direito Civil da Medicina, em torno do direito a uma morte digna.

17.1. O “direito de morrer (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida)”

Na Índia, para os devotos do hinduísmo, a boa morte é aquela a que o indivíduo se sujeita voluntariamente. “O ideal é a pessoa gravemente doente ser levada para a cidade sagrada de Benares (Vanarasi) para aí morrer. Tendo previamente dado a conhecer a data em que deixaria a vida, renuncia a todos os alimentos e reúne os filhos à sua volta. Depois, por meio de concentração, abandona a vida.” Também “entre os Dinka do Sul do Sudão, a morte ideal de um mestre idoso (o líder religioso da tribo) consiste em ele próprio, ainda vivo, presidir aos seus próprios serviços fúnebres – este procedimento rouba à morte o seu poder arbitrário e aumenta a fertilidade e prosperidade da comunidade.”⁴⁰¹

Mais perto de nós, em Paris, Marie de Hennezel, escreve: “Escondemos a morte como se ela fosse vergonhosa e suja. Vemos nela apenas horror, absurdo, sofrimento inútil e penoso, escândalo insuportável, conquanto ela seja o momento culminante da nossa vida, o seu coroamento, o que lhe confere sentido e valor.”⁴⁰²

Por sua vez, os projetos europeus parecem ser abertos a essa possibilidade. Assim, Von BAR, *Liab. Dam.*, p. 391: “Included are persons who stand in a particularly close personal relationship either formally in law (spouse, children, parents) or de facto (co-habiting partner, *step-parents*).”

⁴⁰¹ AA.VV., *O Homem no Mundo. Os povos de todo o Mundo: suas origens, culturas e crenças*, Verbo.

⁴⁰² Marie de HENNEZEL, *Diálogo com a Morte*, Editorial Notícias.

Esta pequena incursão na Antropologia gera-nos o espanto, a dúvida e a angústia sobre o nosso posicionamento cultural face à morte.

Na época do “Terramoto Geracional”,⁴⁰³ à grande diminuição da natalidade junta-se o extraordinário aumento da esperança de vida. A ciência médica levou a que a *esperança média de vida à nascença* atingisse, em Portugal, no ano de 2010, os 76,4 anos para os homens e os 82,3 anos para as mulheres.⁴⁰⁴ Desde 1997, 15,1% da população tem mais de 65 anos, da qual 59% são mulheres.⁴⁰⁵ Em 2008, com uma população de 10 627 250, 18% da população tinha mais de 65 anos, com uma maioria de mulheres.⁴⁰⁶ Isto significa uma dupla vulnerabilidade: de *género* e de *idade*. Com efeito, as mulheres idosas, em regra, obtêm um rendimento mais baixo e encontram-se frequentemente numa situação de dependência económica;⁴⁰⁷ donde, a população idosa reforçará a sua importância relativa e a sua tendência de *envelhecimento e feminização*.⁴⁰⁸

Na Europa, mais de 4% dos óbitos já ocorrem com indivíduos com mais de 90 anos e mais de 23% verificam-se em indivíduos com mais de 80 anos⁴⁰⁹. O *Século Biotech*⁴¹⁰ promete-nos grandes avanços no conhecimento da nossa genética e melhorias extraordinárias na qualidade de vida e longevidade. Assim, uma em cada duas meninas chegará aos 100 anos de idade.

⁴⁰³ Título do livro de Paul WALLACE, edições Europa-América, 2001.

⁴⁰⁴ Fonte: Pordata.

⁴⁰⁵ Cf. www.pordata.pt e www.ine.pt.

⁴⁰⁶ Nessa data, havia 1 622 991 pessoas com menos de 15 anos e 1 874 209 com mais de 65 anos, dos quais 782 521 eram homens e 1 091 688 mulheres.

⁴⁰⁷ Paula SANTANA, “Ageing in Portugal: regional inequities in health and health care”, *Social Science & Medicine* 50, 2000, p. 1025-1036, afirma: “the main trend in ageing in developed countries is the increase of the “oldest old”, those 85 year and older. Although women are the largest group of the “oldest old”, they constitute only a small fraction of the total population of developed countries. They will, however, require access to a wide range of health and long-term care services.”

⁴⁰⁸ Maria João Valente ROSA/ Paulo CHITAS, *O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa*, Lisboa, FFMS, 2010.

⁴⁰⁹ LOPES DE BRITO/ LOPES RIJO, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2000, p.12.

⁴¹⁰ Jeremy RIFKIN, *O Século Biotech*, Edições Europa-América, 2001.

Se a humanidade e a medicina vão alcançando estas vitórias, tanto acarreta um final de vida muitas vezes bastante prolongado e sofrido. Assiste-se a um certo esbatimento das fronteiras entre a vida e a morte e à desapropriação pelo moribundo da sua própria morte.

O mundo ocidental entra no século XXI com a morte hospitalizada. Mais de 70% das pessoas em França e 80% nos Estados Unidos⁴¹¹ conhecem o ómega da sua vida entre quatro paredes brancas, rodeados de uma parafernália de tecnologia, intoxicados em produtos farmacêuticos e muitas vezes afastados dos seus familiares e amigos próximos.⁴¹² Por outro lado, os próprios rituais da morte, como o luto, começam a desvanecer-se: a morte é um tabu! A sociedade da beleza e do consumo⁴¹³ não aprecia a debilidade do doente e do moribundo.

Os avanços da medicina e da farmácia permitem hoje prolongar a vida muito além daquilo que acontecia em gerações anteriores. Felizmente, o progresso da humanidade, através do uso da razão e da ciência, tem permitido melhorar muitos índices da vida humana, pelo menos no “*Norte Global*” (Sousa Santos). Esta mesma hodierna realidade da medicina permite um diagnóstico mais precoce de certas patologias, bem como o traçar de um prognóstico mais ou menos seguro da evolução da doença. Com o envelhecimento da sociedade e a medicalização da ancianidade, o número de pessoas que podem prever vir a necessitar de uma intervenção médica numa altura em que já estejam incapazes de decidir tem tendência a aumentar,⁴¹⁴

⁴¹¹ LOPES BRITO/ LOPES RIJO, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, p. 19 afirmam que 90% da população, nas sociedades ocidentais, morre em hospitais. DUPONT / BERGOIGNAN-ESPER / PAIRE, *Droit hospitalier*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 657 afirmam que, em França, essa percentagem subiu de 30% em 1960 para mis de 70%, sendo ainda maior nas grandes cidades.

⁴¹² Segundo Isabel BORGES MOREIRA, *O Doente Terminal em Contexto Familiar*, Coimbra, Formasau: Formação e Saúde Lda., 2001, p. 13, cerca de 70 a 80% dos doentes em fase terminal morrem em meio hospitalar.

⁴¹³ Neste sentido, vide J. BAUDRILLARD, *The consumer society: myths and structures*, Sage, 2005 e Gilles LIPOVETSKY, *Le Crépuscule du devoir*, Paris, Gallimard, 1992.

⁴¹⁴ See Elisabeth RYNNING, “The Ageing Populations of Europe – Implications for Health Systems and Patients’ Rights”, *EJHL* 15, 2008, p. 297-306.

designadamente no âmbito das chamadas doenças neurodegenerativas, designadamente o Alzheimer.⁴¹⁵

Os problemas éticos e jurídicos no final de vida continuam a ser daqueles que causam maior dissenso na nossa sociedade e mereceriam uma investigação autónoma. Apenas deixaremos aqui um breve registo de alguns dos problemas que tal domínio levanta. Dentro de uma certa ordenação racional do debate, consideramos que há áreas onde se registam alguns consensos e outras onde se observam divergências assinaláveis.

Quanto às áreas de consenso, sinalizamos as seguintes:

i) A proibição da distanásia

Há um consenso no sentido da proibição da distanásia. Assim, quando o *tratamento é considerado inútil ou desproporcionado*, é boa prática clínica a suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento quando estes sejam comprovadamente ineficazes. Se estamos perante um doente terminal, espera-se o recurso a uma medicina paliativa, admitindo-se a utilização de fármacos que, visando minorar a dor, acabam por ter como efeito secundário o encurtamento da vida do paciente. Fala a doutrina jurídica, expressivamente, de um “*direito de morrer (direito a não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida)*,” como um direito especial de personalidade.⁴¹⁶

ii) Aceitação da doutrina do duplo efeito

Em segundo lugar, tem-se gerado um consenso em torno da aceitação da doutrina do duplo efeito. Assim, a Igreja católica, desde a alocução de Pio XII de 1957 aos médicos, aceita a possibilidade de que a vida possa ser encurtada como efeito colateral (e não intencional) da utilização de drogas para diminuir o sofrimento de pacientes com dores insuportáveis. A intenção é diminuir a dor, porém o efeito colateral do tratamento pode ser a aceleração da morte do paciente. Confirmando a doutrina exposta, João Paulo II publicou em 1980 a *Declaração sobre Eutanásia*,⁴¹⁷ onde admite o

⁴¹⁵ Segundo Jean-Pierre DUPRAT, “Le consentement anticipé aux soins pour malades graves, un aspect de la protection des personnes âgées dépendants”, *JCP*, n.º 50, 12 décembre 2001, p. 2289, 300.000 pessoas em França padecem de uma demência ligada à velhice.

⁴¹⁶ LEITE de CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, 1991, p. 185.

⁴¹⁷ Congregação para a Doutrina da Fé. *Declaração sobre Eutanásia*, Vaticano, 5 de maio de 1980.

tratamento de duplo efeito e a suspensão ou redução de esforços extraordinários para prolongar a vida de pacientes terminais, nomeadamente quando o tratamento passa a ser considerado inútil (terapia fútil).

iii) *O direito aos cuidados paliativos*

A promoção dos cuidados continuados em geral e dos cuidados paliativos em particular é uma marca de água de um sistema de saúde de qualidade.⁴¹⁸ Para além da criação das instalações, dos recursos humanos e do funcionamento destes cuidados, impõe-se uma revisão da legislação laboral no sentido de permitir que os familiares e pessoas próximas possam acompanhar a pessoa doente na fase final da sua vida.⁴¹⁹ O acesso aos cuidados paliativos, porém, não substitui

⁴¹⁸ Cf. Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro – *Lei de Bases dos Cuidados Paliativos*: A presente lei consagra o direito e regula o acesso dos cidadãos aos cuidados paliativos, define a responsabilidade do Estado em matéria de cuidados paliativos e cria a Rede Nacional de Cuidados Paliativos (RNCP), a funcionar sob tutela do Ministério da Saúde.

⁴¹⁹ Assim acontece em França. Em fevereiro de 2010, a Assembleia Nacional adotou um diploma que prevê que « l'aidant », qui accompagne à domicile son parent mourant, recevra une *allocation congé d'accompagnement de fin de vie*. A lei francesa reconhece ainda o papel dos *voluntários* no acompanhamento à pessoa doente, cf. article 1110-11: *Rôle des bénévoles* (introduzido pela Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002). A República francesa ainda apresenta um enquadramento diversificado para fazer face aos desafios do fim de vida. Assim, como “un certain nombre de pratiques médicales, alternatives à l'euthanasie, existent et font l'objet désormais d'une transparence normative : *les procédures de limitation et d'arrêt des traitements* (LAT), instituées par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 et ses décrets d'application, améliorées par le décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010; les *soins palliatifs*, développés effectivement depuis la loi n° 99-477 du 9 juin 1999 et qui n'ont cessé de s'étoffer en particulier grâce au Programme national de développement des soins palliatifs 2008-2012 mais aussi par la création de *l'allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie* (loi n° 2010-209 du 2 mars 2010); *la sédation*, introduite par le décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010. Par ailleurs, le décret n° 2010-158 du 19 février 2010 a mis en place l'Observatoire national de la fin de vie qui participe de la volonté des pouvoirs publics de parfaire les besoins relatifs aux conditions de la fin de vie et des pratiques médicales qui s'y rapportent” – Bérengère LEGROS, *Euthanasie, arrêt de traitement, soins palliatifs et sédation: L'encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie*, Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2011.

o debate sobre a eutanásia, pois visam doentes diferentes e não se substituem.⁴²⁰

Quanto aos pontos de divergência, assinalamos os seguintes:

i) *O direito à continuação indefinida de tratamentos?*

Problema diferente – e que coloca as maiores dúvidas – é o colocado pelos pacientes que tendo perdido irremediavelmente a consciência, embora não sejam doentes terminais, desejam um prolongamento artificial da vida. Alguns autores, invocando o respeito pelas minorias e pelas vozes discordantes, defendem a prossecução dos cuidados, num *prolongamento distanásico da vida*, dado ser esta a vontade do paciente.⁴²¹ Noutro sentido, João Loureiro entende que não se poderá alicerçar um direito a prestações que não corresponda ao *telos* da prática médica tal como ela é, profissional e socialmente, entendida. A “idolatria médica” (McCormick), fruto da crença na quase onipotência da Medicina ou, no outro extremo, a atitude religiosa que confia na possibilidade de uma intervenção miraculosa de Deus, contra toda a esperança, devendo ser respeitada, não pode obrigar, moral e legalmente, o médico à prossecução do tratamento⁴²², nem fundar uma pretensão do cidadão contra o Estado-Comunidade que forneça os recursos para a manutenção dessa condição. Do mesmo modo, nos casos de existência de um seguro de saúde, salvo estipulação em contrário, ter-se-á de entender que os outros segurados não devem ser onerados por este desejo.”⁴²³

⁴²⁰ Gilles GENICOT, *Droit médical et biomédical*, p. 46. O Autor escreve no contexto do seu país, a Bélgica, onde, para além de uma rede de cuidados paliativos de qualidade, a lei regulamenta a eutanásia.

⁴²¹ Cf. LOPES CARDOSO, “Alguns Aspectos da Eutanásia”, *BMJ*, 401, 1990, p. 21, considerando ser *ilícita* a interrupção dos atos médicos; já FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, 2012, antes do art. 131.º, p. 22, não vê razões para distinguir a *não realização de um tratamento* ou a sua *interrupção*, tese que seguimos.

⁴²² Também com análise crítica face à filosofia *vitalista*, Cf. Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 115-127; cf., ainda, Paula RIBEIRO FARIA, *Aspectos...*, p. 91.

⁴²³ João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 49-50. Dado o potencial de conflitualidade que aqui se aflora e que o pensamento médico, da sua prática, bem conhece, vão surgindo algumas sugestões de recurso a instâncias mediadoras. *Vide* Rui NUNES, “Humanização na Doença Terminal”, *Comissões de Ética*, p. 137: “Se a decisão couber a um familiar, espera-se que este se ponha no lugar do doente, decidindo de acordo com aquilo que se sabe ser a sua vontade. Quando existir desacordo óbvio entre a

ii) *O direito ao suicídio assistido e à eutanásia?*

Este é um dos pontos de maior dissenso. Alguns países já regulamentaram a ‘morte assistida’,⁴²⁴ seja através da descriminalização do suicídio assistido (Suíça e Estado de Oregon),⁴²⁵ seja mesmo pela legalização da eutanásia (Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo).⁴²⁶ Todavia, a maior parte dos ordenamentos jurídicos criminaliza estas condutas.⁴²⁷

Tem-se vindo a densificar o direito a cada indivíduo de se “*réappropriar sa mort*”;⁴²⁸ Daí o desenvolvimento, na última década, dos aspetos jurídicos ligados aos cuidados paliativos, o debate em torno da eutanásia e a consagração do direito a nomear procuradores de cuidados de saúde e a escrever um testamento vital com instruções que venham a ser respeitadas.⁴²⁹

equipa médica e o representante legal, entendemos ser o melhor curso dos acontecimentos, a consulta de entidades responsáveis intra-institucionais, muito em particular à Comissão de Ética hospitalar.”

⁴²⁴ Para mais desenvolvimentos, cf. Sophie PARICARD, “L’encadrement de la volonté de mourir des personnes en fin de vie,” in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 41-56.

⁴²⁵ Cf. Vera RAPOSO, “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida,” *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2011, p. 171 ss.

⁴²⁶ No Uruguai e na Colômbia também se verifica uma descriminalização do homicídio piedoso.

⁴²⁷ No contexto desta obra, Dissertação em ciências jurídico-civilísticas, não se justifica desenvolver este debate da maior complexidade. Já em André DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 518 ss. deixámos algumas pistas de reflexão e deve consultar-se, sobretudo, o trabalho de fôlego de FÁRIA COSTA, “O Fim de Vida e O Direito Penal,” in COSTA ANDRADE/ FÁRIA COSTA/ Anabela MIRANDA RODRIGUES/ Maria João ANTUNES (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 759-807. O Autor defende a não punibilidade da eutanásia activa reunidos os seguintes pressupostos: i) ser praticada por médico; ii) ter na sua base um pedido atual, instante, sério e expresso; iii) encontrar-se a pessoa na fase terminal de uma doença incurável e sujeita a intenso sofrimento; iv) ser a pessoa maior de idade e capaz. O ato de pôr fim à vida de alguém nestas condições constituiu, para o autor, ainda um acto medico.

⁴²⁸ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE: *Avis sur Fin de vie, arrêt de vie, euthanasia*, N°63 –27 Janvier 2000.

⁴²⁹ Cf. Laura FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?*, Sextante, 2010.

Verificam-se evoluções legislativas a propósito do problema do fim de vida em países de horizonte cultural próximo do nosso que merecem uma atenção especial.

Assim, em França, a *loi Leonetti, loi du 22 avril 2005*, veio conferir uma proteção acrescida aos doentes em fase terminal. A lei mantém a interdição de causar deliberadamente a morte a outra pessoa (eutanásia). Contudo, a lei proíbe a “*obstination déraisonnable*” (L. 1110-5 CSP alinéa 2). Considera-se como irrazoável a administração de tratamentos inúteis, desproporcionados ou sem qualquer outro efeito que não a manutenção artificial da vida. Em terceiro lugar, a lei promove o respeito pela vontade dos pacientes: é o doente que aprecia se um determinado tratamento é irrazoável, desde que esteja em condições de exprimir a sua vontade. Caso contrário, é o médico que toma a decisão, depois de ter investigado qual teria sido a vontade do paciente (através da consulta de *directivas antecipadas*, da consulta do procurador de cuidados de saúde, ou da *família e pessoas próximas*) e sempre após um *procedimento colegial*.

A lei visa ainda a preservação da dignidade das pessoas doentes e cria a obrigação de dispensa de cuidados paliativos; logo que os tratamentos considerados como obstinação irrazoável cessem ou sejam limitados, a lei obriga o médico a fazer o alívio da dor e a respeitar a honorabilidade do paciente e de acompanhar as pessoas próximas. Com o respeito por estes procedimentos visa-se a proteção dos diferentes atores (doente, família, pessoas próximas, equipa de profissionais de saúde).⁴³⁰

Por seu turno, no sentido de garantir maior autonomia da pessoa no fim da vida, a Andaluzia aprovou em 2010 a Ley 2/2010, de 8 de abril, *de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte*,⁴³¹ que consagra o direito à sedação terminal.

Também na Argentina foi aprovada, em maio de 2012, a *Lei da morte digna*. Esta lei modifica vários dispositivos da ley 26.529 *Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*, quer em sede de direito à recusa de tratamento, de direito à informação e de

⁴³⁰ Cf. José COELHO, *Les droits du malade en fin de vie*, Brodeuaux, Les Études Hospitalières, 2007; DUPONT / BERGOIGNAN-ESPER / PAIRE, *Droit hospitalier*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 650 ss..

⁴³¹ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, Boletín número 88 de 07/05/2010. Para uma leitura crítica deste diploma, vide Andrés OLLERO, “*Reflexiones Sobre El Anteproyecto De Ley Reguladora De Los Derechos De La Persona Ante El Proceso Final De La Vida*”, 2011.

diretivas antecipadas de vontade, por forma a abranger a possibilidade de exercício da autodeterminação em caso de doença irreversível, incurável ou que se o paciente se encontrar em estágio terminal, ou que tenha sofrido lesões que o coloquem em igual situação.

Podemos observar destas diversas experiências do direito comparado que a dignidade e a autonomia no fim de vida contém várias dimensões, não se resumindo ao estereotipado debate em torno da eutanásia, mas também não pode ignorar esse debate. Por outro lado, compete ao Direito Civil da Medicina intervir na definição do estatuto da pessoa doente, designadamente do incapaz, da sua relação com a família e a equipa prestadora de cuidados de saúde e, na definição do regime das diretivas antecipadas de vontade.⁴³²

17.2. A Pessoa em estado terminal

O aproximar da morte não retira direitos às pessoas; a diminuição das capacidades físicas não limita a capacidade jurídica. Até ao último suspiro, até ao último raio de luz no encéfalo,⁴³³ a pessoa humana é! E porque é, goza de *dignidade*, estatuto qualitativo e não gradativo, pelo qual os membros da comunidade juridicamente organizada se reveem no outro. Daqui resulta que a pessoa em estado terminal é titular *plena* de direitos fundamentais e, no plano juscivilístico, de direitos de personalidade.⁴³⁴ O progresso do espírito humano apartou-nos do Direito de Roma, em que só tinha plena capacidade jurídica quem possuísse os três *status: familiae, civitatis e libertatis*, variando os direitos das demais pessoas em função do peso específico do seu *status*, com as inerentes *capitis*

⁴³² Cf. Parecer n.º P/20/APB/10 *Guidelines* sobre Sedação em Doentes Terminais (Relatores: RUI NUNES, GUILHERMINA REGO), em que a Associação Portuguesa de Bioética propõe *Guidelines sobre a Sedação Paliativa Contínua até à inconsciência em doentes terminais*.

⁴³³ A definição de morte cerebral foi proposta pela primeira vez em 1968: “A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *JAMA*, 1968 Aug 5; 205(6), p. 337-40. Em Portugal, Os critérios da morte na *Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994* que estabelece os Critérios de Morte Cerebral. Esta Declaração, prevista no art. 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, foi publicada no DR, I-B, n.º 235/94, de 11 de Outubro de 1994.

⁴³⁴ Para a distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 581.

deminutiones.⁴³⁵ Mas a revisão da lição romanista permite reequacionar alguns dos pré-juízos de facto e de direito que atravessam toda a narrativa em torno da *pessoa moribunda*. Com efeito, revela-se necessária a reafirmação de que a pessoa em estado terminal não perdeu a sua personalidade e a sua capacidade, ou seja, não se *reificou*, nem mesmo se *objetivou*; que não é um *estrangeiro* na sua própria cidade; e que é senhor do seu destino e não objeto de tutela da família ou de outros poderes de facto.

É esta a consequência de levarmos a sério o princípio personalista inscrito no art. 1.º CRP, que eleva à categoria de *axioma-fundamento* da nossa organização político-social e existencial: a *dignidade* da pessoa humana.⁴³⁶ Por conseguinte, não podemos deixar que a pessoa em estado terminal caia numa situação de “alegalidade”, no sentido *sartriano*.

A pessoa adquire personalidade jurídica no momento do seu nascimento completo e com vida. A partir desse instante, independentemente das capacidades em concreto reveladas, a pessoa detém a necessária idoneidade para ser titular autónomo ou sujeito de relações jurídicas. Isto confere e assegura à pessoa aptidão de ser ela própria, por si, a determinar os objectivos e os fins da sua atuação. Consagra-se expressamente o personalismo ético, significando que apenas se pode limitar a liberdade de ação pessoal nos limites impostos pelo interesse público.⁴³⁷

Orlando de Carvalho defende que a condição de pessoa, na sua *autonomia ética*, conduz a uma personalidade jurídica com capacidade plena, o que implica a verificação de uma “ilimitabilidade das prerrogativas jurídicas que se ligam ao

⁴³⁵ Cf. BRAGA DA CRUZ/ ALMEIDA COSTA, *Lições de Direito Romano*, I, p. 355 ss. e 442 ss. *apud* CAPELO DE SOUSA, *Teoria...*, Volume I, p. 50.

⁴³⁶ A dignidade da pessoa humana representa uma “capacidade abstracta e potencial de autodeterminação, *independentemente da capacidade ou vontade concreta da sua realização que pode mesmo nem sequer existir faticamente*, como acontece quando se reconhece necessariamente a dignidade da pessoa humana dos doentes mentais.” – Jorge REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 59.

⁴³⁷ Cf. Karl LARENZ/ Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.º edição, Verlag C. H. Beck, 2004, p. 24. Cf. Geraldo RIBEIRO, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14 (2010), p. 106.

simples facto de cada homem ser homem.”⁴³⁸ Daqui se induz a existência do *princípio da plenitude da capacidade jurídica humana*: “a dignidade da pessoa humana postula uma plenitude da capacidade jurídica de qualquer homem.”⁴³⁹ E essa plenitude mantém-se até à morte! Exceção feita ao caso de o doente se encontrar numa situação de *incapacidade*. “A tutela da personalidade humana individual implica a proteção da vida humana pós-natal, não só do apogeu físico e racional da vida de um indivíduo mas também do seu decaimento em situações de vida humana dita vegetativa.”⁴⁴⁰ A este propósito, será importante realçar os direitos previstos na *Carta dos Direitos do Doente Internado* da Direção Geral de Saúde, especialmente no seu n.º 8 respeitante ao consentimento, onde, uma vez mais, se reforça o princípio do respeito pela autonomia pessoal, devendo o médico ter sempre em conta a opinião do doente, ainda que se trate de um *adulto legalmente incapaz*.

Como ensina Rui Nunes, “na aceção generalizada “doente terminal” refere-se aquele paciente em que a doença não responde a nenhuma terapêutica conhecida e, conseqüentemente, entrou num processo que conduz irreversivelmente à morte. Doença terminal deve, contudo, ser distinguida de agonia terminal (doente moribundo). Neste contexto, de acordo com a Associação Portuguesa de Cuidados Paliativos, deve entender-se por “doente terminal” aquele doente que tem, em média, 3 a 6 meses de vida, sendo que esta avaliação deve estar alicerçada em conjuntos de critérios de objetivação de prognóstico.”⁴⁴¹

Afirmámos que *a pessoa doente em estado terminal continua a ser titular pleno de direitos fundamentais*. Com todas as consequências que tal implica, ao nível do respeito

⁴³⁸ Orlando de CARVALHO, *Os direitos do Homem no Direito Civil*, policopiado, Vértice, 1973, p. 25.

⁴³⁹ CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, p. 49.

⁴⁴⁰ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 204.

⁴⁴¹ Rui NUNES, ESTUDO N.º E/17/APB/10 sobre Testamento Vital.

A lei portuguesa não define o que seja o “estado terminal”. Porém, o Projeto de Lei n.º 428/XI, apresentado pelo PSD à Assembleia da República, no art. 2. Al. c) define “*Doença terminal*” como “*a condição de saúde irreversível, incurável, avançada e progressiva, causada, designadamente por uma doença ou traumatismo físico, em que a morte ocorrerá num período de tempo relativamente curto, salvo se à pessoa forem administrados tratamentos artificiais de sustentação das funções vitais.*”

pela sua integridade pessoal, privacidade e demais direitos fundamentais, incluindo os direitos económicos, sociais e culturais. Não obstante, urge reconhecê-lo, a pessoa doente em estado terminal encontra-se numa situação de *vulnerabilidade*⁴⁴² – “vulnus” esta que afecta a capacidade para consentir, a sua liberdade e a possibilidade de esclarecimento em doentes em estado terminal, podendo intensificar a dúvida ética relativa ao direito à recusa de tratamento. Assim afirma a bioeticista Ana Sofia Carvalho: “a etapa final do percurso terreno é especialmente atreita a agressões, angústias e até maus tratos.”⁴⁴³

Julgamos que se está a formar um consenso segundo o qual a mera sobrevivência, independentemente das condições e da qualidade de vida do paciente, não é um objectivo em si.⁴⁴⁴ Pela nossa parte, aliás, subscrevemos o pensamento de Fernando Araújo que afirma: “a sacralização do simples suporte biológico que determina a pertença à nossa espécie, se é um critério tão intuitivo como nobre, revela a sua insuficiência perante aquelas situações extremas em que a escassez dita a necessidade de escolha: ela é, insistamos, um atavismo de uma época pré-tecnológica em que, com maior impotência da medicina, era mais difícil nascer e mais fácil morrer, e em que, portanto, era maior a coincidência entre a vida que sobrevivia e o conceito de vida “com qualidade”. Ou, dito de outro modo, quando inventámos métodos para instrumentalizar os sinais de vida para além dos limites da vida com qualidade — da vida com personalidade — perdemos colectivamente o direito de vivermos de acordo com um código moral mais simples.”⁴⁴⁵

Exige-se – portanto – uma refundamentação do princípio da autonomia, que atenda ao ser humano global e ao longo de todo o seu percurso de vida. As situações limite, isoladamente consideradas, que vêm sendo o ponto de debate

⁴⁴² Como vimos na Parte I, este conceito foi introduzido pela Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, em 2005, no art. 8: *respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal*.

⁴⁴³ Ana Sofia CARVALHO, *Bioética e Vulnerabilidade*, Coimbra, Almedina, 2008.

⁴⁴⁴ Cf. o pensamento provocador de Joseph RAZ, *Valor, Respeito e Apego*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 94 ss. “Existem argumentos sólidos que sustentem a tese de que a vida não tem valor intrínseco para a pessoa a quem ela pertence? Continuar a viver é bom para todas as pessoas?”

⁴⁴⁵ Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 174.

jurídico e ético, devem ser inseridas numa concepção holística da doença prolongada e do idoso.⁴⁴⁶

O Conselho da Europa produziu documentos normativos de grande importância relativos aos doentes em estado terminal, designadamente a já referida *Recomendação 779 (1976) sobre os direitos dos doentes e dos moribundos*,⁴⁴⁷

Posteriormente, a *Recomendação 1418 (1999)*⁴⁴⁸ *sobre a proteção dos direitos do homem e a dignidade dos doentes incuráveis e dos moribundos* indica que deve ficar plenamente garantido que *nenhum doente terminal ou moribundo seja tratado contra a sua vontade*, garantindo que esta não seja limitada por pressões económicas, e respeitando a *recusa* a um tratamento específico recolhido nas *diretivas antecipadas ou testamento de vida* destes pacientes.⁴⁴⁹ Este documento normativo realça que (7: v): “a atenção e o apoio insuficiente conferidos aos familiares e aos amigos dos doentes incuráveis e moribundos que, se feito de outro modo, *aligeiraria o sofrimento humano em todas as suas dimensões*.” Ou seja, impõe-se uma visão mais englobante do estado terminal, abrangendo os aspectos sociais e familiares da pessoa doente, que respeite o seu quadro de valores e referentes existenciais, nesses “momentos fortes” da existência.

⁴⁴⁶ Neste sentido, vide George AGICH, *Autonomy and Long-Term Care*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1993, *passim*.

⁴⁴⁷ Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na sua XXVII Sessão Ordinária.

⁴⁴⁸ Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 25 de Junho de 1999.

⁴⁴⁹ A *Recomendação 779/1976* da Assembleia do Conselho da Europa sobre os direitos dos doentes e dos moribundos, afirmava já os seguintes direitos: a) direito ao respeito da vontade do paciente acerca do tratamento; b) direito do doente à dignidade e à integridade; c) direito à informação; d) direito à cura apropriada; e) direito a não sofrer inutilmente. Cf. Lucilla IAPICHINO, *Testamento Biologico e Direttive Anticipate – Le Disposizioni in Previsione dell’Incapacità*, IPSOA, 2000, p. 20. Cf. sobre os direitos das pessoas no fim de vida, cf. o estudo de Helena PEREIRA DE MELO, “O Direito a Morrer com Dignidade”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, 2006, p. 69 ss. e João Carlos MACEDO, “A Morte Adiada”, Manuel CURADO/ Nuno OLIVEIRA (org.), *Pessoas Transparentes*, *cit.*, p. 195 ss.

Os *Princípios de Ética Médica Europeia* apontam caminhos no que respeita à assistência aos moribundos. Afirma o art. 12 que o médico pode, em caso de doença incurável e em fase terminal, limitar-se a atenuar o sofrimento físico e moral do paciente, fornecendo-lhe os tratamentos apropriados e conservando o mais possível a sua qualidade de vida. Estes Princípios foram aprovados em 1987 pela Conferência internacional das ordens dos médicos e de organismos com atribuições similares.

Três pilares erguem o edifício do consentimento informado: 1) a capacidade para consentir; 2) a informação adequada à pessoa doente (ou a um seu representante); e 3) o direito a consentir ou a recusar um tratamento. A pessoa em estado terminal coloca redobradas dificuldades na sedimentação de cada uma destas estruturas. Porém, a estrutura e o princípio do direito à informação e ao consentimento mantém-se, na medida em que a pessoa tenha capacidade. E se a já não tiver, deve dar-se especial valor à nomeação de um procurador de cuidados de saúde e/ ou a redação de um testamento vital.⁴⁵⁰

17.3. O papel da família e das pessoas próximas

A medicalização do fim de vida, já assinalada, associada à profunda transformação na estrutura familiar ocorrida nas últimas décadas, obrigam a repensar qual o papel da família e das pessoas próximas na atenção ao doente em fim de vida. A urbanização, o reconhecimento das “*novas famílias*”, o aumento das “*famílias recombinadas*”, um sistema social e económico que afasta as pessoas da sua família de origem e que isola gerações, em virtude da busca pelo trabalho noutras cidades e mesmo noutros países, novos valores morais e a “soberania do indivíduo”, o envelhecimento da sociedade, entre outros factores, operam uma transformação na dinâmica social e familiar e os problemas de fim de vida e o papel dos “próximos” vem mudando radicalmente.

O sangue e o casamento não são mais as únicas fontes de *proximidade existencial*.⁴⁵¹ O direito português vem acompanhando as reivindicações da sociedade no sentido de reconhecer os casais de pessoas do mesmo sexo (mesmo o casamento após a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio), o papel das pessoas próximas (familiares ou não) no

⁴⁵⁰ Como advoga o Conselho da Europa: *vide a Recomendação do Comité de Ministros (2009) 11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*; está em fase de conclusão a aprovação da *Resolução* da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa: Resolução 1859 (2012) –*Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients*.

⁴⁵¹ Cf. as reflexões de Guilherme de OLIVEIRA, “O O Sangue e o Direito –Entre o Ser e o Pertencer”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a edição, 2005, p. 87-104 e Guilherme de OLIVEIRA, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I –*Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

acompanhamento das pessoas em fim de vida de vida (Lei n.º 106/2009, de 14 de setembro), e a consagração das diretivas antecipadas de vontade e da nomeação de procuradores de cuidados de saúde (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho) que permitem uma *decisão* conforme aos valores da pessoa doente em fim de vida.

Sobre a família, mais especificamente sobre o cônjuge e sobre os filhos ou pais, impende um dever e um direito de *assistência* e de *socorro*.⁴⁵² Todavia, no plano específico do direito à informação e a consentir ou recusar um determinado tratamento, o ordenamento jurídico *não* estatui normas legitimadoras para que os familiares se substituam ao paciente na tomada de decisões, nem sequer para os representar em caso de incapacidade deste.⁴⁵³

Temos defendido, porém, que o papel da família consiste, por um lado, em ajudar a apurar a *vontade hipotética* do doente, *acompanhar* o doente e *cuidar* do doente.

Em vários países europeus, uma lei, normalmente uma lei sobre os direitos dos pacientes ou sobre o consentimento informado, atribui aos familiares (cônjuge, companheiro, filhos, pais, etc.) o direito de representar a pessoa que se encontra em estado de incapacidade. Assim se verifica em Espanha⁴⁵⁴, na França⁴⁵⁵ e na Bélgica.⁴⁵⁶

O paciente tem, pois, o direito a ser informado, a fazer uma *escolha esclarecida* em relação ao tratamento e a consentir ou a recusar um tratamento proposto. Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do princípio da autonomia que marca a Bioética dos nossos dias.⁴⁵⁷

⁴⁵² Cf. o art. 1674.º respeitante aos *cônjuges* e o art. 1874.º respeitante aos *pais* e aos *filhos*.

⁴⁵³ Cf. O n.º 3 da Base XIV da Lei de Bases da Saúde que ainda aguarda regulamentação. O Projeto de Lei n.º 788/X (2009) e o seu sucessor, o Projeto de Lei n.º 413/XI/2.^a (2010) *Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado* visava colmatar esta lacuna nos seus arts. 11.º e 12.º. Mas algumas limitações no debate público que foi travado conduziu ao seu congelamento.

⁴⁵⁴ 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.

⁴⁵⁵ Loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁴⁵⁶ Loi relative aux droits du patient, du 22 août 2002.

⁴⁵⁷ Cf. Ainda um importante trabalho de direito comparado realizado pelo *Study Group on a European Civil Code*, que apresenta uma

Contudo, a importância da família nos cuidados de saúde tem vindo a ser descurada. Já em 1976 a Resolução 613 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa afirmava “o que os pacientes mais desejam é morrer em conforto e com o apoio da sua família e amigos. Mais tarde, a Recomendação 1418 (1999) viria a reconhecer a importância do apoio aos familiares e amigos do doente em estado terminal ou do moribundo. Vejamos com mais pormenor o ponto da situação à luz do direito português.

17.3.1. Direitos de visita e de companhia

O direito de acompanhamento familiar em internamento hospitalar encontra-se regulado pela Lei n.º 106/2009, de 14 de setembro.⁴⁵⁸ As pessoas deficientes ou em situação de dependência, as pessoas com doença incurável em estado avançado e as pessoas em estado final de vida, internadas em hospital ou unidade de saúde, têm direito ao acompanhamento permanente de ascendente, de descendente, do cônjuge ou equiparado e, na ausência ou impedimento destes ou por sua vontade, de *pessoa por si designada* (art. 3.º, n.º1). Os afetos podem, assim, sobrepor-se aos laços familiares formais e o Direito da Medicina acolhe a vontade da pessoa doente.

Já a Lei n.º 33/2009, de 14 de julho, consagra o direito de acompanhamento dos utentes dos serviços de urgência do Serviço Nacional de Saúde. Todo o cidadão admitido num serviço de urgência tem direito a ser acompanhado por uma *pessoa por si indicada* e deve ser informado desse direito na admissão pelo serviço. O acompanhante tem direito a informação adequada e em tempo razoável sobre o doente, nas diferentes fases do atendimento, salvo se houver indicação expressa em contrário do doente ou se se tratar de matéria reservada por segredo clínico. Também aqui o direito de acompanhamento está aberto a respeitar a autonomia do doente, na medida em que é este que indica quem o pode visitar e receber informações sobre si e não se aplica uma quadro institucional tradicional. É portanto legítimo que o doente

proposta para um hipotético Código Civil europeu, incluindo um contrato de cuidados de saúde – BARENDRECHT/ JANSEN/ LOOS/ PINNA/ CASCÃO/ VAN GULIJK, *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Service Contracts*, Chapter 7, Sellier, 2007, p. 781 ss.

⁴⁵⁸ Esta lei estabelece o regime do acompanhamento familiar de crianças, pessoas com deficiência, pessoas em situação de dependência e pessoas com doença incurável em estado avançado e em estado final de vida em hospital ou unidade de saúde.

queira receber a visita de um amigo e não de um familiar (ex: pai ou cônjuge).

No mesmo sentido, encontramos o n.º1 do art. 54.º do CDOM: “O médico respeitará o desejo do doente de fazer-se acompanhar por alguém da sua confiança, excepto quando tal possa interferir com o normal desenvolvimento do ato médico.”

Este regime legal merece ser devidamente tomado em consideração, porque o seu significado dogmático é assinalável. A legislação em torno da pessoa doente dá relevância jurídica à *amizade*. Recordemos que a amizade, normalmente, não é uma fonte de qualquer relação jurídica, muito menos uma fonte de Direito de Família. Mas obteve reconhecimento legal no Direito da Medicina! A autonomia deste novo ramo do Direito é, assim, claramente reafirmada.

17.3.2. Decisão e adulto incapaz

Um dos pilares do Direito médico contemporâneo é que cada paciente competente tem o direito de aceitar ou rejeitar qualquer intervenção. Porém, se o paciente for incapaz, podemos distinguir três sistemas diferentes.⁴⁵⁹

(1) Na maioria dos países (por exemplo, na Espanha, França, Bélgica, Holanda), a família decide, quando o paciente é incapaz. Nestes países da Europa Continental, a lei fornece uma lista de parentes e / ou pessoas próximas que podem receber informações e decidir pelo paciente (pessoa previamente designada, cônjuge, companheiro, filhos, pais, irmãos, etc.).⁴⁶⁰ Isso não significa que essas pessoas possam impor seus próprios valores; na verdade, eles deveriam exprimir os valores do paciente previamente competente.⁴⁶¹

(2) A *Common Law* seguia tradicionalmente a doutrina “*best interest of the patient*”, que na forma pura levava em conta critérios médicos objetivos. No entanto, após o *Mental Capacity Act 2005*, os “melhores interesses” operam dentro de um novo quadro legislativo, ou seja, a pessoa incapaz deve participar no processo de determinação de seus melhores interesses e a lei considera as crenças e valores do doente que teriam sido susceptíveis de influenciar a sua decisão, se ela

⁴⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, vide André DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 214-288.

⁴⁶⁰ Para mais detalhes, vide <http://europatientrights.eu>

⁴⁶¹ E. KLUGE, *Incompetent Patients, Substitute Decision Making, and Quality of Life: Some Ethical Considerations*, *Medscape J Med.* 2008; 10(10): 237.

tivesse capacidade. Portanto, este procedimento de decisão está a tornar-se semelhante à teoria do consentimento presumido.

(3) Em outros países, como Portugal e a Alemanha, aplica-se o instituto do consentimento presumido, pelo que o familiar apenas tem um papel *consultivo*. Trata-se de um instituto que parte ainda da *autonomia do doente*, visto que a decisão deve estar de acordo com a vontade presumida do paciente (art. 340.º CC, art. 39.º CP e art. 46.º, n.º 4, CDOM). Mas, isso não significa que a família seja irrelevante: há um *dever de consultar* os familiares e pessoas próximas.⁴⁶²

Todavia, a participação das pessoas queridas na decisão médica cria um conflito com o dever de sigilo médico, pelo que “o diagnóstico e prognóstico não pode ser revelado a terceiros, nomeadamente os familiares, a menos que haja consentimento do paciente.... *exceto se for menor ou incapaz*” (art. 50.º, n.º 4 CDOM). Impõe-se, portanto, uma análise muito cuidadosa⁴⁶³ da incompetência do paciente e o tipo de informação que divulgam à família deve ser feito pelo médico e tal decisão ética deve ser registada no processo clínico.⁴⁶⁴

Assim, os familiares podem ser chamados a *colaborar* com a equipa médica na tomada de decisões, no âmbito de um processo de consentimento informado, caso o doente se encontre incapaz. Podem ainda ter o direito de *acompanhar* e de *visitar* o seu ente querido, inclusivamente na fase terminal. E – como vimos acima – a lei expande essas faculdades às *pessoas designadas* pelo próprio paciente.

Nenhuma lei – repetimos – confere aos familiares ou aos próximos o poder de *representar* ou mesmo de *assistir* a

⁴⁶² No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, “A terminalidade da vida”, in OLIVEIRA ASCENSÃO (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. IV, Almedina, 2012, p. 159: “Cabe ao médico procurar quanto possível a colaboração da família (...).” Contudo, “a família não se pode substituir ao doente.” A família não representa o doente.

⁴⁶³ No direito francês, DUPONT / BERGOIGNAN-ESPER / PAIRE, *Droit hospitalier*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 668 defendem « prudence et précaution », porque « la confidentialité est en effet la règle ».

⁴⁶⁴ Com a possibilidade de designação de um procurador de cuidados de saúde, torna-se mais fácil saber quem toma a decisão. Como afirma KLUGE, “Incompetent Patients, Substitute Decision Making, and Quality of Life: Some Ethical Considerations”, *Medscape J Med.* 2008; 10(10): p. 237: “ideally, the now-incompetent person will have previously appointed a substitute decision maker through an advance directive – in which case substitute decision making really presents no problem. By making that advance directive the individual will have clearly identified who, in her estimation, would respect her values and make substitute decisions on that basis.”

pessoa doente. Contudo, com a publicação da Lei n.º 25/2012 a pessoa tem a possibilidade de nomear de um *procurador de cuidados de saúde*. Para outros casos, está aberto o expediente da nomeação de um *tutor* (incluindo um *tutor provisório*) que represente o *interdito* por anomalia psíquica. Segundo o art. 142.º CC: “Pode também ser decretada a interdição provisória, se houver necessidade urgente de providenciar quanto à *pessoa* e bens do interditando.” Mas é preciso que se prove a existência de “anomalia psíquica” (art. 138.º) e que nesse conceito se incluam as demências e os estados comatosos, o que não estará isento de dúvidas.⁴⁶⁵

Em regra, portanto, o papel dos familiares (e eventualmente de outras pessoas próximas) é apenas de *consulta*. A decisão médica deverá ser uma *decisão partilhada* que tome em consideração a opinião que o doente teria se se pudesse exprimir, uma opinião que respeite o seu sistema de valores, as suas convicções, a sua biografia.

Um instrumento da maior utilidade no sentido de apurar a vontade hipotética da pessoa em estado de incapacidade é o *testamento de paciente*, se existir. E por isso também importará consagrar especial atenção, em lugar próprio deste trabalho, às declarações antecipadas de vontade.

Em nossa opinião, deveremos alcançar um equilíbrio dinâmico entre a titularidade dos direitos e a proteção das pessoas em situação de vulnerabilidade, pelo que se deve advogar quer a recusa de um *solipsismo radical*, quer da perda da subjetividade da decisão. Donde, numa palavra, o direito ao consentimento informado no estado terminal deve ser respeitado; deve ser protegido o direito à informação, o direito ao consentimento e o direito à recusa de tratamento.

E os *próximos*, em especial os *familiares*, serão especiais portadores de uma *relação de cuidado*. O cuidado é “uma constituição ontológica” sempre subjacente “a tudo o que o ser humano empreende, projeta e faz.” (Martin Heidegger, *O Ser e Tempo*). E nestas horas fortes do estado terminal, a *Sorge* emerge na sua plenitude.

⁴⁶⁵ Cf. Ac. STJ, 22/01/2009. Os artigos 944.º ss. do CPC regulam os aspectos processuais.

17.4.O paciente em estado vegetativo persistente

Quando a pessoa se encontra em estado vegetativo crónico levantam-se de forma especialmente crítica alguns problemas relativos à autonomia do indivíduo no final da vida. Ponto de partida, para a doutrina dominante, é assumir que “o paciente em estado vegetativo crónico está vivo⁴⁶⁶, gozando de tutela constitucional e legal⁴⁶⁷, não estando ferido de qualquer *capitis deminutio*.”⁴⁶⁸ Assim, “a tutela da personalidade humana individual implica a proteção não só no apogeu físico e racional da vida de um indivíduo mas também do seu decaimento em situações de vida humana dita “vegetativa”⁴⁶⁹.

Todavia, em vários países tem-se colocado a hipótese de deixar morrer os pacientes em *estado vegetativo crónico*, tendo para tanto vindo a ser apontados fundamentalmente os seguintes caminhos. No caso *Cruzan* (EUA, 1990), o tribunal permitiu a suspensão da respiração e/ou nutrição artificial de acordo com o *living will* deixado pelo paciente ou de acordo com a vontade manifestada perante pessoas íntimas.⁴⁷⁰ No caso *Bland* (1993), o tribunal efetuou um juízo de substituição de acordo com os melhores interesses (*best interests*) do paciente em estado vegetativo crónico.

Finalmente, outros alegam os interesses públicos de boa distribuição dos recursos, sendo tal perspectiva com frequência legalmente vedada.⁴⁷¹ Joga aqui um papel preponderante, o

⁴⁶⁶ Afastam-se assim as teses de autores como ENGLEHARDT (*The Foundations of Bioethics*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1986), que considera que os indivíduos cujos centros cerebrais superiores estejam mortos não têm vida mental, não sendo, por isso, *sujeitos morais* e muito menos *pessoas*.

⁴⁶⁷ Paula FARIA, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 101: "O médico que, no intuito de proceder a uma colheita de órgãos, faz recuar a fronteira da morte em relação a um determinado paciente, ainda que terminal, afirmando a sua ocorrência com base num critério de morte cerebral parcial, comete jurídico-penalmente um homicídio".

⁴⁶⁸ João LOUREIRO, "Metáfora do Vegetal", *cit.*, p. 34.

⁴⁶⁹ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 204.

⁴⁷⁰ A favor da suspensão da alimentação por tubos na fase avançada de demência, em respeito pelo valor ético do respeito pelo processo de morrer e contra a obstinação terapêutica, GASTMANS, "Tube feeding in Patients with advanced dementia; A clinical ethical approach", 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p.66. Ao longo das últimas décadas alguns casos famosos se têm sucedido: o caso de Karen Ann Quinlan, Terry Schiavo e, na Itália, o caso Eluana Englaro.

⁴⁷¹ *Airedale NHS Trust v. Bland*, 1 All ER p 821, 1993. Neste caso *Bland*, o Lord GOFF lançou mão do documento da BMA (*British Medical Association*) sobre 'treatment of patient in Persistent Vegetative State' que

princípio do respeito pela vulnerabilidade, como um dos recentes princípios da bioética europeia, que vem colocar alguns limites ao exercício da autonomia e reconhece a importância da beneficência na atuação clínica.⁴⁷²

Uma das matérias mais controversas da ética em final de vida é o do tratamento/ recusa de tratamento das pessoas em estado vegetativo persistente, designadamente a recusa de hidratação e nutrição. Registaremos aqui apenas duas breves notas.

Se, por um lado, o *Parecer sobre o Estado Vegetativo Persistente* (45/CNECV/2005) aponta no sentido de permitir a prova de um consentimento presumido no sentido de recusa de tratamentos médicos, incluindo a hidratação e nutrição, o art. 59.º, n.º5 CDOM vem contrariar esse parecer.

Porém, a recente Lei n.º 25/2012 vem admitir a diretiva antecipada de vontade que que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante a “Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte.”

A divergência e o debate atingem várias latitudes e longitudes. Desde o caso *Nancy Cruzan* (1990) no Supremo Tribunal dos Estados Unidos ao caso *Terri Schiavo* no Supremo Tribunal da Florida (2005), até ao mais recente caso italiano da *Eluana Englaro* decidido pela *Corte Suprema di Cassazione*, em 13/11/2008. Após complexos e polémicos processos em todos os tribunais superiores referidos aceitou-se o instituto do consentimento presumido, mais exatamente da recusa presumida para tratamentos médicos, incluindo a hidratação e nutrição da pessoa em EVP.

exige as seguintes condições antes de suspender os meios de suporte vital: (1) devem ser realizados todos os esforços de reabilitação pelo menos durante 6 meses após a agressão; (2) o diagnóstico de PVS irreversível não deve ser declarado antes de 12 meses após a agressão, com o efeito de que qualquer decisão de suspender os meios de suporte vital não terá lugar antes desse período; (3) o diagnóstico deve ser confirmado por outros dois médicos; (4) geralmente, os desejos da família próxima do paciente terão grande peso.

⁴⁷² Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 122. Sobre os chamados “Princípios Kemp”, vide João LOUREIRO, “The Kemp Principles: a Bio-legal perspective”, *BFD* 75 (1999), p. 575-589.

Se este direito à recusa antecipada já parece consensual,⁴⁷³ a polémica em torno da recusa de hidratação e nutrição instalou-se e parece estar longe de um consenso alargado no Direito e na Bioética.

⁴⁷³ No Brasil continua a ser um tema pouco consensual. Assim, Maria Helena DINIZ, *O estado actual do Biodireito*, Editora Saraiva, 2002, p. 358 conclui: “É direito do médico, pelo art. 28 do Código de Ética Médica, recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames da sua consciência. Logo, pelo bom-senso, deve o profissional da saúde concluir, sempre que o tratamento for indispensável, estando em jogo o interesse do seu paciente, pela prática de todos os atos terapêuticos que sua ciência e consciência impuserem. Trata-se do direito à objeção de consciência, que, baseado no princípio da autonomia da pessoa, implica, por motivo de foro íntimo, a isenção de um dever geral e a recusa a uma ordem ou comportamento imposto.” Pela nossa parte, não sufragamos esta tese, de que a objeção de consciência possa justificar um comportamento positivo sobre um corpo de terceiro que recusa certo tratamento. O que pode permitir é que o médico peça a substituição por outro colega, que aceite as convicções do doente.

Entretanto, deu-se uma mudança no direito brasileiro: o Conselho Federal de Medicina aprovou e fez publicar no Diário Oficial da União, em 28 de novembro de 2006, a Resolução CFM n.º 1.805/ 2006, que afirma, em sumário: “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido *ao médico* limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, *respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal*”.

Eduardo DANTAS, *Direito Médico*, Rio de Janeiro, RZ, 2009, p. 207 ss. entende que esta Resolução é inválida, em virtude da incompetência do Conselho Federal de Medicina, visto estar este a deliberar em matéria objecto de legislação penal. Entretanto, esta Resolução foi suspensa por decisão liminar do M. Juíz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal. Depreende-se, assim, que as questões do início e do fim de vida são motivo de intenso debate político e luta judicial nesse país Continental e plural que é o Brasil. Também OLIVEIRA ASCENSÃO, “A terminalidade da vida”, in OLIVEIRA ASCENSÃO (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. IV, Almedina, 2012, p. 161 ss., concordando embora com o fundo (ou seja, com a possibilidade de cessar tratamentos extraordinários que prolonguem a vida do doente em fase terminal), questiona a falta de competência constitucional do Conselho Federal de Medicina para realizar esta “paralegislação” sobre matérias estruturantes, mas sobretudo a *falta de controlo procedimental da decisão* sobre a cessação de tratamentos. “*Tem de haver um sistema de controlo*”. Com este exemplo constata-se a importância de um procedimento plural e transparente (normalmente não judicial) que permita chegar à decisão bioética do caso concreto, uma das marcas do Direito da Medicina.

17.5. O fim da vida na jurisprudência de Estrasburgo

Também se questiona se o art. 2.º da CEDH protege, de algum modo, o fim da vida. A primeira questão a colocar é a de saber se a norma protege a *vida em si* ou o *direito à vida*. No primeiro caso, a vida humana terá de ser protegida sempre e a todo o custo; no segundo caso poderá admitir-se que o Estado ceda à vontade daquele que, por motivos de doença, pede para não continuar vivo.

Da perspectiva do médico tal poderá supor uma atitude meramente passiva, de deixar a doença prosseguir de modo natural até à morte, ou requerer um comportamento ativo cujo resultado será a morte. São diferentes as exigências consoante o paciente se encontre ou não em condições de formular um pedido e, mesmo quando tal seja possível, os pedidos podem variar entre o não prolongamento artificial da vida e a administração de medicamentos aceleradores da morte.

Todos estes comportamentos se distinguem da assistência ao suicídio, que se caracteriza pela colocação à disponibilidade do paciente dos meios necessários para que o próprio coloque fim à sua vida.

No caso *Widmer vs. Suíça*, um idoso em estado terminal faleceu, porque os médicos, sem consultarem a família, desligaram as máquinas. A filha intenta ação contra o Estado por negligência, por não ter criado as normas necessárias a impedir este comportamento dos médicos. Uma vez que a Suíça punia o homicídio por negligência, o TEDH entendeu que a responsabilidade pelo comportamento não poderia ser imputada ao Estado.

No caso *Pretty vs Reino Unido*, a doente neurodegenerativa solicita autorização do TEDH para que o seu marido lhe auxilie o suicídio, invocando o art. 2.º – direito à vida – enquanto *direito a não ser forçado a viver*, o direito à integridade física (visto que o tratamento seria muito degradante), a liberdade de pensamento e consciência e, ainda, o direito a um tratamento igual ao dos capazes de cometerem suicídio por si próprios. O TEDH rejeitou todos os argumentos, alegando que o direito à vida deve ser protegido, seja qual for o grau ou qualidade da vida.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Vera Lúcia RAPOSO: “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril – Junho 2007, p. 83 ss.

Assim, não se pode afirmar que o TEDH interprete a Convenção Europeia dos Direitos Humanos no sentido de este *impor* a descriminalização da eutanásia ou do suicídio assistido. Trata-se de uma área em que o *livre espaço de apreciação* dos Estados se assume com grande alcance.

18. O direito à integridade pessoal

A doutrina moderna entende que a meio caminho entre o direito à vida e o direito à integridade física e moral se encontra, gozando aliás de arrimo constitucional, o *direito à integridade pessoal* (Faria Costa).⁴⁷⁵

Assim, o penalista de Coimbra apresentou no Congresso “Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico” a defesa deste novo *bem jurídico*. Tradicionalmente, o direito (penal) opera(va) com o postulado de que “a máxima violação da integridade física determina um salto qualitativo: é ofendida a vida.”⁴⁷⁶ Todavia a ciência médica alterou este estado de coisas, tendo atirado para “patamares impensáveis não só o prolongamento da vida como, do mesmo passo, permite que ataques (...) à vida não determinem a morte da vítima.”⁴⁷⁷

Nesse sentido, Faria Costa propõe a autonomização de um novo bem jurídico-penal: *a integridade pessoal (da pessoa autónoma)*⁴⁷⁸ que visa tutelar situações como, por exemplo, a ilícita causação de um estado vegetativo persistente. Esta situação configura algo de diferente de uma mera ofensa à integridade física, mas não é ainda a ofensa à vida. Nas palavras do Autor: “um pedaço do seu ser foi tocado, foi violado, que se não pode confundir com a integridade física.”

Sufragamos esta tese e, enquanto civilistas, libertos das amarras do *princípio da legalidade criminal* (art. 1.º do Código Penal), ancorados nas normas abertas do art. 70.º e do art. 483.º CC, julgamos que se abre aqui uma avenida dogmática que compete à doutrina e à jurisprudência enriquecer, reconhecendo montantes de compensação muito superiores à ofensa à integridade física (ainda que grave) Julgamos que o discernir deste diverso e autónomo bem jurídico permitirá fundamentar, com argumentos racionais e jurídicos, compensações mais

⁴⁷⁵ FARIA COSTA, “Vida e morte em Direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico),” *RPCC*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 171-194.

⁴⁷⁶ FARIA COSTA, “Vida e morte em Direito penal...”, *cit.*, p. 185.

⁴⁷⁷ FARIA COSTA, Vida e morte em Direito penal, *cit.*, p. 185.

⁴⁷⁸ FARIA COSTA, Vida e morte em Direito penal, *cit.*, p. 189.

elevadas do que as que ordinariamente se concedem. É este um caminho que importa explorar.⁴⁷⁹

Como sempre, os problemas de fronteira irão inquietar o jurista mais receoso. Não será fácil discernir o que separa a violação da integridade física grave da violação do direito à integridade pessoal. Contudo, *topoi* como a *capacidade de vida em relação*, a *capacidade de comunicação exterior*, a *autonomia para a realização de funções vitais* permitirão separar os casos. Assim, tendencialmente, a pessoa que fique tetraplégica sofre uma violação grave da sua integridade física, mas não da sua integridade pessoal, visto que mantém um domínio sobre a sua pessoa espiritual e a capacidade de relação e comunicação. Já face a uma pessoa que, em virtude de uma *lesão cerebral* (provocada por acidente, anoxia ou outra situação), ainda que mantenha as funções vitais autónomas, poder-se-á considerar ter sido lesada a sua *integridade pessoal*, se perder a capacidade de compreender e de interagir com o mundo que a rodeia e se ficar carente de assistência permanente de terceiros. O arquétipo da violação do bem jurídico *integridade pessoal* será o caso do estado vegetativo persistente, mas não se deve limitar a este caso extremo.

Em sentido semelhante, Capelo de Sousa⁴⁸⁰ defende que, numa ponderação juscivilística de um pedido de indemnização ou de providências adequadas nesses casos, se deve ultrapassar a mera concepção de ofensas à integridade física, *pois o núcleo essencial da vida foi parcialmente atingido*.

Este bem jurídico permite ainda reforçar a tese segundo a qual o estado vegetativo permanente ou o estado de coma é um dano em si, e deve ser inserido na categoria dos danos não patrimoniais. O seu conteúdo traduz-se no dano de não ter gozado a vida durante o período que esteve em coma, para além da violação do bem jurídico *integridade pessoal*. Por

⁴⁷⁹ Merece, a este propósito, referência – com a nossa concordância – a Sentença de 14/1/2011 da 8.ª Vara Cível de Lisboa (Isabel Imaginário) que condenou o médico e a seguradora ao pagamento de uma compensação por danos não patrimoniais, no montante de € 300.000, à criança vítima de gravíssimas lesões derivadas de um prolongado período de anoxia durante o parto e que a conduziram a uma vida meramente vegetativa durante cerca de quatro anos. Sem identificar este dano como um dano à integridade pessoal, a Juíza Isabel Imaginário ordenou o pagamento de uma compensação de um valor extraordinário, muito distante das ofensas à integridade física, mesmo as mais graves (tetraplegia).

⁴⁸⁰ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 208, nota 404.

outro lado, se a pessoa ainda está em coma, parece que a natureza mista da responsabilidade civil (ressarcitória e sancionatória) justifica que um representante do lesado exerça, em seu nome, o direito à compensação.⁴⁸¹

18.1.Ofensa à integridade pessoal e indemnização a terceiros

Em alguns países concede-se uma compensação aos familiares próximos não apenas pelo dano moral da *morte* do ente querido, mas também quando este fica numa condição de existência de tal modo grave que esteja afetada a vida de relação – *lesão corporal grave*.

Assim acontece nas propostas dos *Principles of European Tort Law*,⁴⁸² no art. 2:202 do *Study Group on a European Civil Code*⁴⁸³ e no *Anteprojeto suíço de Direito das Obrigações* de 2000.⁴⁸⁴ Também na jurisprudência portuguesa vamos encontrando decisões que conferem a familiares próximos o chamado dano “*par ricochet*”.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Uma certa orientação advoga que só quando a vítima sente dores, angústias ou outros sofrimentos físicos ou psíquicos deveria haver lugar à compensação por danos. Os ordenamentos jurídicos alemão, holandês e os escandinavos, em geral, são muito cautelosos na atribuição do dano moral e normalmente exigem um dano psiquiatricamente comprovado. Mas um ordenamento jurídico que aceita o dano da morte terá que aceitar o dano (não patrimonial) de viver em coma ou em estado de demência profundo.

⁴⁸² Art. 10:301. Danos não patrimoniais (1) Tomando em consideração o seu âmbito de proteção (Art. 2:102), a violação de um interesse poderá justificar a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais, em especial nos casos de danos pessoais ou de ofensa à dignidade humana, à liberdade ou a outros direitos de personalidade. Nos casos de morte e de *lesão corporal muito grave*, pode igualmente ser atribuída uma compensação pelo dano não-patrimonial às pessoas que tenham uma relação de grande proximidade com o lesado.

⁴⁸³ (1) Non-economic loss caused to a natural person as a result of *another's personal injury* or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.”

⁴⁸⁴ Art. 45 e (Tort moral) 3 –En cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral.

⁴⁸⁵ Cf., na doutrina, VAZ SERRA, *RLJ*, ano 104.º, p. 14, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. 1.º, p. 491, nota 2, Américo MARCELINO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 6.ª ed., p. 380, ABRANTES GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil*, II, p. 9-90, e em “Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiro em caso de lesão corporal”, em *Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Inocêncio Galvão Teles*, IV, 263 e ss (onde se defendeu uma interpretação atualista da

A compensação dos danos não patrimoniais dos familiares em caso de graves lesões causadas à vítima direta (*dano de afeição*) é tradicionalmente negada pela jurisprudência⁴⁸⁶ e pela doutrina⁴⁸⁷ portuguesas. Porém, uma corrente minoritária vem defendendo essa possibilidade. Assim, o Ac. do STJ, de 25/11/98 (Herculano Lima)⁴⁸⁸ compensou os danos morais dos pais resultantes de o seu filho, um bebé de 7 meses, ter sofrido grave desfiguração e lesões nas mãos, apontando como fundamento o poder paternal (e o art. 69º CRP). Assim, defende a decisão que o progenitor, titular do poder paternal, tem não só o dever de garantir a segurança e a saúde do filho, como também o *direito de o ver crescer e desenvolver-se com saúde*, por força do art. 68º, n.º1 CRP. “Se

lei no sentido de a lei permitir a ressarcibilidade daquele tipo de danos) e SOUSA DINIS, “Dano Corporal em acidentes de viação”, *CJ*, ano IX, tomo I, p.11 e 12.

⁴⁸⁶ A jurisprudência tradicional era no sentido da inadmissibilidade da ressarcibilidade dos chamados danos reflexos ou indiretos. Seguindo a tese tradicional, o Ac. do STJ, 21/3/2000 (Ribeiro Coelho), contrariando a decisão da Relação de Lisboa, recusou a indemnização aos pais de um jovem que sofreu graves ferimentos em acidente com uma mota de água. No mesmo sentido se podem apontar, ainda, por exemplo, os Acórdãos: STJ, 13/1/1970 (Joaquim de Melo), STJ, 25/11/98, STJ, 26/02/2004, STJ, 31/10/2006 e STJ, 01/03/2007; Ac. Relação do Porto, 4/4/1991 (Sampaio da Nóvoa); Ac. Relação de Coimbra, 26/10/1993 (Eduardo Antunes); Ac. Relação do Porto, 25/6/1997 (Moura Pereira); Ac. Relação de Lisboa, 6/5/1999 (Urbano Dias).

⁴⁸⁷ A doutrina tradicional não admite tal ressarcimento senão nos casos excepcionais previstos no art. 494º, n.º 2 do Cód. Civil – cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, vol. , da 9ª ed., p. 644-645; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., p. 527-529 e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2º vol., 1986, p. 291-292.

A favor da indemnização de familiares de pessoas vítimas de graves lesões corporais, a tese defendida por VAZ SERRA, *RLJ*, ano 104.º, p. 14; RIBEIRO FARIA, *Direito das Obrigações*, p. 491, nota 2; Américo MARCELINO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 6.ª ed., p. 380; ABRANTES GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil, II, Indemnização dos Danos Reflexos*, Coimbra, Almedina, 2005. p. 9-90 e ABRANTES GERALDES, “Ressarcibilidade dos Danos não Patrimoniais de Terceiros em Caso de Lesão Corporal,” *Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, 2003, p. 63 e ss; SOUSA DINIS “Dano Corporal em acidentes de viação”, *CJ*, ano IX, tomo I, p.11 e 12.

Sobre a matéria, cf. ainda João Álvaro DIAS, “Consequências Não Pecuniárias de Lesões Não Letais – Algumas Considerações,” *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, p. 753–778 e Rosa Maria FERNANDES, *Ressarcibilidade dos Danos Não Patrimoniais a Familiares de Lesados Profundos*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2004.

⁴⁸⁸ No mesmo sentido, vide Ac. STJ, 8/3/2005.

esse direito, como direito absoluto, é violado diretamente pela ação ou pela omissão geradora de danos pessoais para o menor, tal violação pode implicar indemnização por danos não patrimoniais, ao abrigo do nº1 do art. 496º CC. Ou seja, o direito de indemnização resulta da violação de um direito próprio desses terceiros.” De igual modo, o Ac. STA, 29/6/2005 (Costa Reis), decidindo um caso de operação ao rim errado, condena numa indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais de €40.000 à criança e de €15.000 aos pais “pelo sofrimento de ter a criança doente”.

Revelando o debate que se continua a fazer sentir no seio do próprio Supremo Tribunal de Justiça, o Ac. do STJ de 17/09/2009 (João Camilo), toma a decisão por maioria com 2 votos de vencido (Salreta Pereira⁴⁸⁹ e Salazar Casanova) no sentido tradicional ou restritivo, ou seja, “*Não são, assim, indemnizáveis os danos vulgarmente chamados “reflexos” ou indiretos que, fora dos casos previstos nos referidos arts. 495º e 496º, sejam indiretamente causados a terceiros.*” Os argumentos fundamentais passam, sobretudo, pelo princípio da *separação de poderes*.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Que afirma na declaração de voto: “O puro subjetivismo histórico, como teoria interpretativa, há muito se encontra abandonado, defendendo-se hoje o seu tempero com o objectivismo atualista, o que, aliás, já resulta do artº. 9º do CC.” Cf. sobre a matéria Alexandre L. DIAS PEREIRA, (2004) ‘Da equidade (fragmentos)’, *BFD LXXX*, p. 347-402.

⁴⁹⁰ Segundo o aresto, “temos, obviamente, de reconhecer que tais danos, embora revestindo a natureza reflexa ou indireta, se mostram, com alguma frequência, com uma gravidade muito superior à maioria dos danos diretos que as vítimas sofrem na generalidade dos acidentes de viação que chegam aos tribunais. *Porém, como simples intérpretes da lei, temos de respeitar as regras legais com que o nosso legislador nos contemplou.*” Afirma o Ac.: “conforme se pode ver no Boletim do Ministério da Justiça, nº 101, pág. 138 e segs., o Prof. Vaz Serra que interveio ativamente nos trabalhos preparatórios do Cód. Civil de 1966, formulou uma norma que previa clara e diretamente a ressarcibilidade daquele tipo de danos, no § 5 da proposta de redação oferecida para o art. 759.º da parte do Direito das Obrigações daquele código, preceito este que não passou para o texto final por ter essa pretensão sido rejeitada. Por outro lado, tendo o legislador regulamentado os familiares que têm direito a serem indemnizados em caso de morte da vítima, não o fez para o caso de a mesma não haver falecido, o que também aponta para a interpretação no sentido da não ter querido admitir a ressarcibilidade deste tipo de danos.

Foi assim uma opção consciente do legislador que pode ser discutível e que o tempo pode ter tornado ainda mais discutível, mas que temos de respeitar sob pena de o intérprete estar a invadir o campo de atuação do legislador, violando o princípio constitucional da separação dos poderes soberanos. Neste entendimento, só excepcionalmente os danos

Mais do que uma questão metodológica pura, de um debate entre o subjetivismo e o objetivismo, a interpretação histórica e a interpretação atualista, importa ter a coragem de assumir que se trata de um debate de *teoria crítica da responsabilidade civil*: queremos aumentar o espectro dos danos ressarcíveis ou queremos controlar e limitar esse mesmo campo? Estar-se-á a assistir a uma banalização do dano moral? E se abrimos a porta à compensação de danos *par ricochet*, onde se traçar o seu limite? Na família direta? Nas pessoas próximas?

Relembremos que a responsabilidade civil delitual tem a sua origem no *dano*. É este o facto gerador de uma relação jurídica obrigacional, a qual, em regra, se estabelece entre uma parte ativa e uma parte passiva; tem uma estrutura bilateral e nem é oponível a terceiros, nem deve abranger no seu âmbito de proteção, em regra, terceiros. O lesado por um acidente de viação (ou por má prática médica) merece a proteção delitual; já terceiros (e quais terceiros?) não deverão ser incluídos nesta relação jurídica, sob pena de aumentarmos em demasia o potencial indemnizatório e assim afetarmos outro princípio de Direito que é a *liberdade de ação*.

Julgamos pois que uma deriva, de influência gaulesa, no sentido de abranger o dano “*par ricochet*” (ou o “dano por rebote” que vem ganhando terreno em Espanha), não é um caminho que ofereça segurança jurídica. A tese dominante na doutrina e no Supremo Tribunal de Justiça parece pois fazer jus aos critérios de *prudentia* na autónoma constituição normativa⁴⁹¹ ou no desenvolvimento transsistemático do Direito.⁴⁹²

Concordamos, porém, que há algum campo de desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial em casos especiais, designadamente (1) quando se consiga provar a *lesão imediata de um direito de personalidade do terceiro lesado* (ex: dano à vida sexual); ou (2) quando se cause um dano psicológico/ psiquiátrico ao familiar da vítima.

sofridos por terceiros serão indemnizáveis, tendo sido para assegurar esse objectivo que foram introduzidos os dispositivos do n.º 2 do art. 495.º e o n.º 2 do art. 496.º já mencionados.”

⁴⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 214 ss.

⁴⁹² Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 957 a 967 e Fernando BRONZE, “Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2006, Vol. II ; *A Parte Geral do Código e a Teoria do Direito Civil*. 2006.

i. *O caso da lesão corporal que gera impotência ou incapacidade sexual*

No caso de lesão corporal que gera impotência, Sousa Dinis defende que não apenas o lesado tem direito a indemnização, mas também *a própria mulher*. Argumenta o Autor que, no direito português, a relação matrimonial é fonte do ‘débito conjugal’, a que corresponde um direito do cônjuge a ter com o outro um relacionamento sexual normal. “Logo, a sexualidade, pelo menos dentro do casamento, pode ser encarada como um direito de personalidade.”⁴⁹³ Esta tese tem vindo a obter acolhimento na jurisprudência, incluindo no STJ.⁴⁹⁴ E não só a mulher merece compensação, mas também o marido, no caso de a esposa ficar incapaz do exercício da sexualidade, como decidiu o Ac. STJ de 8/9/2009 (Nuno Cameira).⁴⁹⁵

ii) *Danos psíquicos causados pelo choque de ver ou de ter conhecimento da lesão*

Pensamos, nesta segunda hipótese, nos casos de direta afetação psiquiátrica ou psicológica do parente próximo por ter visualizado a causação da lesão ou por ter tomado conhecimento dos factos de forma especialmente violenta. Assim, no direito alemão, o “dano do choque” que cause transtorno psiquiátrico merece compensação por dano não patrimonial.

⁴⁹³ SOUSA DINIS, “Dano Corporal em Acidentes de Viação”, *CJ (STJ)*, Ano IX, 2001, Tomo I, p. 12. O débito conjugal – enquanto expressão do direito à liberdade sexual positiva – ganha assim uma eficácia externa.

⁴⁹⁴ Cf. Ac. do STJ de 26/5/ 2010 (*CJ-STJ*, II, p. 77–81). A favor: Ac. Relação do Porto de 26/6/2003; Ac. da Relação de Coimbra de 25/5/2004. Contra: Ac. do STJ de 8/3/2005. Cf. ainda André DIAS PEREIRA, “Portugal”, H. KOZIOL/ B. STEININGER (eds), *European Tort Law 2005*, Springer, 2006, p. 492 ss.

⁴⁹⁵ Afirma este último aresto, em sumário: “I –São indemnizáveis os danos morais diretos ou reflexos que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, tenha o facto lesivo causado ou não a morte da vítima (art. 496.º do CC). II –São concretamente ressarcíveis os danos morais sofridos pelo *autor* em consequência do acidente de viação que *vitimou a autora, sua mulher*, e do qual resultaram para esta lesões e sequelas várias que comprometeram gravemente os *direitos de coabitação* (no qual se inclui o *débito conjugal*), *cooperação* e *assistência* de que o autor é titular enquanto membro da sociedade conjugal formada com a autora. III –Nesta perspectiva, tais danos são *directos*, e não reflexos ou causados a terceiros, na medida em que atingem concomitantemente ambos os autores, enquanto pessoas casadas entre si.”

Julgamos que o exemplo do direito austríaco⁴⁹⁶ –que também aqui lança mão do “sistema móvel” de Wilburg – deveria merecer a atenção futura da nossa doutrina e jurisprudência. Aí, os ‘danos morais’ causados aos familiares

⁴⁹⁶ Cf. o estudo de direito comparado coordenado por von BAR (prepared by), *PEL Liab. Dam.*, Vol. 7, p. 396 ss. Num rápido resumo, vemos que os familiares e pessoas próximas podem receber uma compensação no caso de grave lesão corporal do acidentado nos países latinos; assim, em França (com uma extrema abertura à indemnização do *préjudice moral*, onde em média 2,6 pessoas são compensadas no caso de lesão grave e 5 em caso de morte de uma pessoa!) e, embora de forma um pouco menos liberal, na Bélgica, na Espanha, na Itália (que aceita o *danno da lesione del rapporto laborale*). Também aceitando compensações a terceiros, encontramos países como a Hungria e de forma já mais restritiva a Polónia.

A Alemanha, a Áustria, a Holanda e a Inglaterra encontram-se no polo oposto. No primeiro país, o dano moral de um familiar ou de uma pessoa próxima apenas pode ser ressarcido no caso de esta pessoa sofrer danos na sua saúde, em resultado de ter sido informado da morte ou das lesões graves de uma pessoa próxima. Por exemplo, foi arbitrada uma compensação a crianças que viram a sua mãe ser morte em frente delas (OLG Nuremberga, 27/2/1998, NJW 1998, p. 2293); às crianças cuja mãe morreu na sequência de negligência médica (OLG Frankfurt am Main, 15/12/1998, FamRZ 1999, p. 1064); pais e irmãos de uma criança que se afogou numa piscina pública (OLG Koblenz 22/11/2000, NJW-RR 2001, p. 318); ou um pai que sofreu de um choque nervoso em consequência da morte da sua filha (OLG Oldenburg, 1/12/1998, NJW-RR, 1999, p. 820). Os requisitos constantes a todos estes casos são: (1) o de que haja uma confirmação ou atestado médico de que a notícia ou visualização da morte do familiar causou uma lesão à saúde da pessoa que reclama uma compensação e (2) que esses danos excedam claramente o que tipo e a severidade dos efeitos adversos normais neste tipo de casos. Por exemplo, foi negada compensação a uma mãe, cujo filho morreu 36 horas após um espancamento brutal, e que ficou psicologicamente perturbada com uma morte sem sentido (OLG Naumburg de 7/3/2005, NJW-RR 2005, p. 900).

Também nos Países Baixos e na Inglaterra a orientação é muito restritiva. Destarte, as puras emoções não merecem indemnização, mas apenas uma doença medicamente diagnosticada causada pela morte ou lesão corporal grave da vítima primária.

No direito inglês, os “damages for secondary victims” em regra são negados. Contudo, contam com duas importantes exceções: (i) quando o queixoso testemunhou o que aconteceu ao seu familiar pode demandar uma compensação por danos morais, mas apenas quando o acidente tenha sido “exceptionally horrifying”. Assim acontece na hipótese de o marido assistir à mulher a gritar de dores por ter acordado durante uma cesariana por negligência do anestesista (HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 55); (ii) se o familiar tiver conhecimento dos factos de uma forma especialmente imprudente e vier a sofrer de trauma psicológico por causa disso. Por exemplo: o médico revela ao pai, de forma grosseira ou boçal, que o seu filho morreu na mesa de operações. Ou seja, o familiar aparece aqui como uma vítima direta da negligência do médico.

apenas são ressarcíveis se a morte ou a lesão grave do vítima primária causar *efeitos adversos psicológicos, medicamente diagnosticáveis*.

Em segundo lugar, se apenas se verificar um *sofrimento moral*, que não constitua uma doença medicamente diagnosticável, este pode ser ressarcido, desde a decisão do OGH de 16/5/2001, se o caso cumprir os seguintes três critérios cumulativos:

- (i) se houver culpa grave do causador do dano (dolo ou negligência grosseira);
- (ii) se a pessoa afetada for um familiar próximo da vítima primária e
- (iii) se se verificar uma relação pessoal forte entre as duas pessoas em questão, sendo que existe uma presunção ilidível de que essa relação é muito próxima no caso de pais e filhos, cônjuges e companheiros, mas em todos os outros casos têm que ser provados.

Temos para nós que o Código Civil português está especialmente bem apetrechado para a aplicação de um sistema móvel de responsabilidade civil. Com efeito, o art. 494.º oferece uma grande potencialidade heurística e para esta norma remete expressamente a primeira parte do n.º 4 do art. 496.º relativo aos danos não patrimoniais. Acresce que – em casos relativos a danos patrimoniais, o art. 566.º, n.º3 permite o cálculo da indemnização pela *equidade*, pelo que deixa grande abertura para soluções adequadas ao caso concreto.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ Um caso de grande interesse é o decidido pelo STJ, em 2/3/2011 (Nuno Cameira). Na sequência da queda de uma árvore sobre o veículo em que a vítima era transportada esta, uma jovem de 19 anos de idade, que, por força do embate de uma árvore na viatura onde seguia, ficou com diversas e muito graves lesões, de entre as quais se salienta a fractura de vértebras, com instalação irreversível de *tetraplegia*, sofrendo de diminuição acentuada da função respiratória e de *incapacidade funcional permanente de 95%*, com *incapacidade total e permanente para o trabalho*; a partir da data do sinistro e *durante cerca de um ano foi alimentada através de um tubo gástrico introduzido pelas narinas e, na sequência de gastrotomia a que teve de ser submetida em resultado de uma fístula esofágica alta que sobreveio a uma intervenção cirúrgica, alimentada através de uma sonda introduzida no corte cirúrgico, na zona do estômago*; foi submetida a várias intervenções cirúrgicas e ficou com múltiplas e extensas cicatrizes deformantes; as lesões sofridas, os seus tratamentos e suas sequelas provocaram *dores lancinantes; desloca-se em cadeira de rodas e necessita de assistência permanente de pessoa nos atos da vida diária, sendo que, para certos atos (tais como, tomar banho e defecar) carece da ajuda de mais uma pessoa; perdeu todos os movimentos e*

19. O direito à integridade física e moral

19.1. O direito à integridade física e moral e o sentido holístico do corpo

Normalmente distingue-se o direito à integridade física e psíquica⁴⁹⁸ do direito à saúde,⁴⁹⁹ este último está previsto no

sensibilidade do pescoço para baixo (com exceção dos ombros), designadamente nos órgãos sexuais, nos esfíncteres, no ânus, no recto, nos intestinos, no estômago, no aparelho urinário, no respiratório e nos membros inferiores e superiores; corre o risco sério de vir a sofrer graves lesões renais; tem a sua expectativa de vida encurtada; não pode ter relações sexuais nem procriar. O STJ arbitrou uma indemnização no montante de €400.000 e aos progenitores foi também atribuída uma indemnização por danos morais no valor de €130.000 e €80.000. Neste caso, o STJ segue aqui a doutrina mais aberta à arbitragem de compensação por danos morais aos familiares próximos da vítima primária de graves lesões corporais. Note-se que ficou provado que os pais sofreram consequências diretas na sua saúde psíquica. Assim, afirma o STJ: “Mostra-se adequado atribuir uma indemnização de € 80 000 ao 2.º autor e de € 130 000 à 3.ª autora, por danos morais, considerando que são os pais da lesada e que, desde a data da alta, lhe têm prestado assistência, tendo a assistência permanente sido assegurada pela sua mãe, que passa todo o tempo consigo, e, quando necessário e possível, pelo seu pai, passando ambos a carecer de apoio médico regular, designadamente psiquiátrico, em consequência das lesões sofridas pela filha; desde o começo de 2006, a 3.ª autora passou a ter acompanhamento médico e medicamentoso constante, por causa do seu estado de depressão ansiosa; tem dificuldade em dormir e constantes pesadelos, agravados pelo facto de ter de se levantar, de 3 em 3 horas, para mudar a filha de posição, sob pena de esta vir a ter ainda mais escaras no corpo; sofre de inquietação permanente, desconcentração, desconforto emocional e físico, desinteresse pelo relacionamento social, fadiga persistente mesmo sem esforço físico, desatenção para consigo própria e enorme ansiedade; tem dificuldade em pensar, reflectir e tomar decisões; sofre de distúrbios psico-somáticos, como perturbações gástricas, dores no corpo, febre, cefaleias intensas, cansaço e perda de energia; também o 2.º autor sofre de distúrbios, embora de forma menos intensa; ambos vivem em estado de permanente tristeza profunda, melancolia, desconforto emocional e físico.”

Por outro lado, uma compensação tão elevada parece indicar que o STJ pressente que neste caso o bem jurídico afetado está para lá da integridade física e terá tocado mesmo nesse bem jurídico que é a *integridade pessoal*.

⁴⁹⁸ Sobre os problemas da saúde mental, *vide* João LOUREIRO, “Pessoa e doença mental”, *BFD* 81 (2005), p. 145-187.

⁴⁹⁹ VAZ SERRA, Requisitos da Responsabilidade Civil, *BMJ* 92.º, p. 88 e ss, adoptando uma compreensão dualística, entendia que a *saúde* não surge incluída no direito à integridade *corporal*, já que abrange também o equilíbrio espiritual.

art. 64º CRP⁵⁰⁰ constando do catálogo de direitos sociais, económicos e culturais e dirige-se, sobretudo, contra o Estado. Já o primeiro é considerado como um clássico direito de personalidade,⁵⁰¹ com sede no art. 70º, n.º 1 e no art. 25º CRP, e que consiste na pretensão de *não ver alterado para pior o seu estado físico-psíquico prévio por intromissões ilícitas de terceiros*.⁵⁰²

Porém, o direito à saúde⁵⁰³ também pode ser juscivilisticamente compreendido como um direito de

⁵⁰⁰ Cf. João LOUREIRO, “Direito à (Proteção da) saúde”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006, p. 657-692.

⁵⁰¹ Adriano de CUPIS, *I diritti della Personalità*, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1950, p. 58 ss.

⁵⁰² Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993, p. 138, define a saúde como “o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias.”

⁵⁰³ O direito à saúde ganhou o estatuto de *direito humano*. Ao nível das normas internacionais, destaca-se o art. 25.º da DUDH, o art. 12.º do PIDESC, o art. 5.º da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, os artigos 11.º, n.º1, e 12.º da Convenção de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, o art. 24.º da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, art. 16.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 e no art. 10.º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos no Domínio dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1988. No direito europeu, temos ao nível da União Europeia o art. 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da EU. O Conselho da Europa adoptou a Carta Social Europeia revista, de 1996, cujo art. 11.º – *Direito à proteção da saúde*.

Os cânones internacionais do direito à proteção da saúde têm vindo a ser definidos pelo Comentário Geral 14, elaborado pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Por seu turno a Organização Mundial de Saúde, criada em 1948, é a primeira agência especializada da ONU e conta já com 193 Estados membros. “Nos últimos anos, à medida que se torna evidente a estreita relação entre globalização, direitos humanos e saúde pública planetária, a OMS, por via do importante acervo de *soft law* produzido, tem vindo a assumir um maior relevo na governança global, na área da saúde, associando este direito a outros temas importantes, como a promoção dos direitos humanos, a redução de armas nucleares, químicas e bacteriológicas, o desenvolvimento económico e social, a proteção do ambiente e o combate a pandemias (NOVOTNY, 2007, p. 19 ss, *apud* Jónatas MACHADO/ Vera RAPOSO, *Direito à Saúde e Qualidade dos Medicamentos: Proteção dos dados de ensaios clínicos numa perspectiva de direito brasileiro, comparado e internacional*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 18).

Por seu turno, o TEDH tem sublinhado a íntima relação que existe entre o direito ao ambiente e o direito à saúde (*Fadeya v. Rússia*, 2005), bem como com o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8.º

personalidade. Neste sentido, Remédio Marques entende que “o direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito ao ambiente e ao direito de propriedade, ou seja, direito personalisticamente caracterizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será, tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também a psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspeto dinâmico (que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial) enquanto situado equilíbrio reflexivo ou de bem-estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral, consignada no art. 70º, nº1, do Código Civil de 66.”⁵⁰⁴ Concordamos com esta visão do direito à saúde, enquanto direito de personalidade, mais amplo que a mera integridade física e moral, e a fundamentar que alguma utilização mais atual que se faz da medicina, enquanto medicina de melhoramento, cirurgia estética, intervenções *d’agrément* se situam ainda no hemisfério da concretização do direito à saúde. Sem com isso se querer negar que o regime – *maxime* no domínio do dever de informação, e do consentimento – para as intervenções médico-cirúrgicas não terapêuticas se apresenta mais rigoroso. Assim, no direito à saúde podemos ser mais exigentes e consideramos que a pessoa não está limitada na sua pretensão à saúde em razão do seu “*estado físico-psíquico prévio*”. Donde, uma pessoa que nasce com uma incapacidade não passa a ser saudável, apenas pelo facto de ter nascido com tais características.⁵⁰⁵

CEDH) – Cf. Jónatas MACHADO/ Vera RAPOSO, *Direito à Saúde e Qualidade dos Medicamentos*, p. 20.

⁵⁰⁴ REMÉDIO MARQUES, *Mudança de Sexo, O Critério Jurídico (O Problema do “Paradigma Corporal” Da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra, 1991, p. 280 ss.

⁵⁰⁵ Von BAR, *Lib. Dam.*, p. 366: alguns países (Alemanha, Estónia, Hungria, Polónia e Eslovénia) usam esta distinção entre direito à saúde e direito à integridade física, embora noutros ela seja irrelevante (Bélgica, França, Itália, etc.). Nos primeiros, entende-se que “injury to body is understood as an (outwardly apparent) violation of bodily integrity; “injury to health includes ‘any inducement of a state, which varies – in an adverse way – with that of the body’s normal functioning; i tis consequential whether a condition of pain comes about or a drastic change of one’s existential occurs” (BGH 15 June 2005, VersR 2005, 1238).” Contudo esta distinção não tem, em regra, quaisquer consequências práticas.

O Renascimento – de que se destaca o papel de Leonardo da Vinci – permitiu que as elites artísticas e intelectuais do espaço europeu retomassem a genuína tradição greco-latina da admiração do corpo, mas é nas últimas décadas que a população das sociedades ocidentais se vem desinibindo na busca do seu corpo. Talvez pelo choque do holocausto ou pelos crimes de Hiroxima e Nagasaki, quiçá impulsionados pela revolução antibiótica⁵⁰⁶ e pela riqueza dos estados de bem-estar, certamente pelos avanços das ciências da saúde e pelo alcançar de metas de esperança de vida sempre crescentes, por estas e muitas outras razões, as sociedades atuais, incluindo a portuguesa, atribuem uma importância capital ao corpo.

Assim se reconhece, no art. 25.º da Constituição, que a “*integridade física e moral das pessoas é inviolável.*” Por seu turno, os artigos 142.º e ss. do Código Penal punem as ofensas *ao corpo e à saúde* de outrem.⁵⁰⁷

O culto do corpo revela-se em várias vertentes, de que se destacam duas manifestações de suprema relevância nas sociedades hodiernas:⁵⁰⁸ o desporto⁵⁰⁹ e as ciências da saúde,

⁵⁰⁶ A *pax* antibiótica, conjuntamente com os anticoncepcionais orais contribuíram para uma mudança nos pressupostos da vida sexual no mundo ocidental, até ao irromper da Sida, nos anos 80, como a “nova peste.”

⁵⁰⁷ Cf. Paula RIBEIRO de FARIA, “Anotação ao art. 143.º”, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, Vol. I, 2.ª Ed., 2012, p. 304 ss., distingue *ofensa no corpo* de *ofensa na saúde*.

⁵⁰⁸ As sociedades europeias contemporâneas veem-se confrontadas com culturas muito distintas, em que certas intervenções sobre o corpo conduzem a um dissenso radical, entre a cultura de acolhimento e a comunidade imigrante. Somos de parecer que algumas práticas rituais de culturas africanas, como a excisão feminina (nas suas diversas formas) violam os *bons costumes* e a *ordem pública*, visto que não respeitam o princípio da *não maleficência* e constituem um abuso do poder de representação dos pais relativamente às suas filhas ainda crianças. Sobre esta matéria, Cf. Christine E. GUDORF, “Gender and Culture in the Globalization of Bioethics”, *Saint Louis University Public Law Review*, 16, p. 331-51, in Colectânea de textos de Susan SHERWIN/ Barbara PARISH, *Women, Medicine, Ethics and the Law*, 2002. Cf. ainda Alexis FITZJEAN Ó COBHATHAIGH/ Allane MADANAMOOHOO, Anne-Marie DUGUET, “L’excision sanctionnée comme une mutilation par le droit Français peut-elle se justifier par la coutume et les traditions?” in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 181-189.

Mais polémica é a decisão do Tribunal Regional de Colónia de 26/6/2012 que determinou que a circuncisão de meninos por motivos puramente religiosos é uma *lesão corporal* e, portanto, crime (*ofensa à integridade física grave*), mesmo quando realizada com consentimento dos

sendo sobretudo nesta última que se fazem sentir os dilemas éticos e jurídicos mais profundos e intensos.

Neste trilho que percorremos, neste leito do rio que estamos descendo, encontraremos duas margens: de um lado, o estudo dos direitos de personalidade mais estritamente relacionados com o corpo, do outro, a reflexão sobre os mecanismos jurídicos de reparação dos danos perante a lesão do corpo. O corpo entendido não em termos cartesianos, mas antes, na senda de Damásio, como uma complexa unidade física e psíquica⁵¹⁰ ou, com o jurista Menezes Cordeiro, “Os

pais. No entender do tribunal, o consentimento não atende aos interesses da criança, que tem seu corpo “modificado permanentemente e irreparavelmente” pela operação, que é parte dos rituais islâmicos e judaicos. A decisão encerrou o julgamento em segunda instância de um médico que havia operado um menino muçulmano de 4 anos de idade, que sofreu complicações pós-operatórias. Segundo a *Deutsche Welle*, de 12.7.2012, os Rabinos europeus criticaram decisão de um tribunal alemão, que classificou como lesão corporal a circuncisão religiosa, tendo os religiosos afirmado que é pior ataque à comunidade judaica alemã desde era nazi.

Embora os argumentos a favor criminalização da circuncisão masculina (enquanto ofensa à integridade física não consentida) sejam fortes, devemos tomar em consideração não apenas os tradicionais argumentos que se prendem com o direito à integridade física e moral da criança e sua eventual indisponibilidade por parte dos representantes legais e o conflito com a liberdade de culto e de religião, mas ainda considerações de *saúde pública*. Resumindo os contornos do debate, assumindo que as comunidades judaicas e muçulmanas dificilmente deixarão de praticar este ritual religioso, será melhor que este seja feito legalmente por médicos e com condições de higiene, ou na sombra da clandestinidade com os riscos para a saúde da criança que isso acarreta? Por outro lado, a lesão corporal causada ao menino é incomparável com as lesões causadas com a excisão genital feminina; acresce que a mutilação genital feminina não tem qualquer base religiosa, tratando-se apenas de um ritual costumeiro que tem por escopo minorizar o direito à sexualidade feminina e o rebaixamento, mais exatamente, a humilhação da condição feminina. Por seu turno, a circuncisão é largamente praticada no mundo, independentemente de razões religiosas, e pode ter a seu favor indicações terapêuticas, pois evita a propagação de doenças sexualmente transmissíveis, incluindo o VIH.

Entretanto, o governo alemão apresentou, em 10/10/2012, um projeto de lei que visa permitir e regulamentar a circuncisão por motivos religiosos, aguardando-se aprovação pelo Parlamento. Os pressupostos da licitude são que as regras da arte médica sejam respeitadas, que os pais sejam esclarecidos acerca dos riscos e que o bem estar da criança não seja colocado em perigo.

⁵⁰⁹ Cf. Manuel SÉRGIO, *Algumas Teses Sobre o Desporto*, 2.^a edição, Educação Física e Desporto, Compendium, 2003.

⁵¹⁰ Escreve António DAMÁSIO, *O Sentimento de Si. O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*. Publicações Europa-América,

apelos à natureza espiritual do ser humano, quando desgarrados, amputam-no da sua riqueza biológica e psíquica, representada pelo cérebro, ele próprio dependente do conjunto do corpo.”⁵¹¹

A proteção da integridade física e psíquica são reconhecidos pelo art. 70.º como direitos basilares da pessoa doente. Trata-se de uma norma jurídica que protege o corpo, a mente... e o espírito. Por isso, a dimensão espiritual, incluindo a religiosa, mas também a espiritualidade laica ou mesmo ateuista, é objeto de proteção e regulamentação no âmbito do direito da saúde.⁵¹²

Ao nível da medicina, impõe-se a superação do modelo ou paradigma cartesiano, que assume uma visão simplista e mecanicista do corpo humano enquanto *máquina*. A doença não é uma avaria de um mecanismo determinável causalmente, mas a resposta de um sistema vivo.⁵¹³ Com Descartes operou-se uma divisão entre o corpo (*res extensa*) e o espírito (*res cogitans*), que com Damásio se começa a ultrapassar. O Direito

2000, p. 161-162: “De súbito, as coisas ficaram mais claras, a consciência passou a consistir numa construção de conhecimento, acerca de dois factos – o facto de que o organismo está envolvido numa relação com o objecto e o facto de que o objecto nessa relação está a causar a modificação no organismo.” “A neurociência tem feito um esforço considerável para compreender a base neural da representação do objecto. Estudos sobre percepção, aprendizagem e memória, e linguagem deixam-nos antever como o cérebro processa um objecto, em termos sensoriais e motores, e dão-nos uma ideia sobre como o conhecimento de um objecto pode ser memorizado, categorizado, em termos conceptuais e linguísticos e recuperado, através do recordar e do reconhecer.”

⁵¹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral – Pessoas*, 3.ª Edição, Almedina, 2011, p. 29, que se apoia também em António DAMÁSIO, *O Erro de Descartes/ Emoção, Razão e Cérebro*, 1994.

⁵¹² Manuel SÉRGIO, *Alguns Olhares sobre o Corpo*, Instituto Piaget, Epistemologia e Sociedade, 2003, p. 15: “O espírito nasce, no meu modesto entender, da complexidade humana.”

O Decreto-Lei n.º 253/2009, de 23 de Setembro estabelece a regulamentação da assistência espiritual e religiosa nos hospitais e outros estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde (SNS) concretizando o disposto no art. 18.º da Concordata de 18 de Maio de 2004, celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa, e, quanto às demais confissões religiosas, o art. 13.º da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho). O Plano Nacional de Saúde 2004-2010 confere à especial importância do acesso à assistência espiritual e religiosa nos estabelecimentos de saúde.

⁵¹³ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 53.

e a Ética Médica – em especial o *princípio da integridade*⁵¹⁴ – podem ter aqui um papel relevante a desempenhar.

19.2.O dano corporal

A lesão do direito à integridade física e psíquica tem vindo a ser objeto de algum estudo por parte da doutrina nacional,⁵¹⁵ mas sobretudo de desenvolvimento normativo autónomo pela jurisprudência portuguesa.

Em termos estatísticos, é o direito rodoviário o grande “motor” da casuística que vai permitindo criar parâmetros de comparação e padrões de *equidade*, conforme o estabelecido no art. 496.º, n.º 4, 1.ª parte, que remete para o art. 494.º.

Julgamos que a compensação por danos não patrimoniais, designadamente os derivados da lesão à integridade física e psíquica devem considerar: o princípio da igualdade (enquanto dimensão estrutural do Estado de Direito – art. 13.º CRP);⁵¹⁶ a gravidade da lesão (art. 496.º, n.º1); o grau de culpabilidade do agente (art. 494.º); a situação económica do agente e do lesado e demais circunstâncias do caso (art. 494.º).⁵¹⁷

Como ensina Vaz Serra: “a satisfação ou compensação dos danos morais não é uma verdadeira indemnização, no sentido de um equivalente do dano, isto é, de um valor que reponha as coisas no seu estado anterior à lesão. Trata-se de dar ao lesado uma satisfação ou compensação do dano sofrido, uma vez que este, sendo ofensa moral, não é suscetível de equivalente.”⁵¹⁸ Mas a componente punitiva da compensação

⁵¹⁴ Jacob Dahl RENDTORFF, *Basic Principles in Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Paideia, 2007: “Integrity is a philosophical concept that is closely connected with autonomy and dignity. It concerns the integrity of the human person, and the personality. The human person has a private sphere which can be described as the sphere of integrity. This sphere of integrity has at the same time a spiritual and a corporeal dimension: the psychical and physical integrity. “

⁵¹⁵ Cf. Geraldo Rocha MENDES RIBEIRO, “Ressarcimento dos Danos Corporais nos Grandes Incapacitados”, *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 4, 2005.

⁵¹⁶ Também assim, para o Direito suíço, Franz WERRO, *La responsabilité civile*, Berne, Stämpfli, 2011.

⁵¹⁷ Os critérios de ponderação previstos no art. 494.º são semelhantes aos que constavam do § 2 do art. 34.º do Código de Processo Penal de 1929: “O quantitativo da indemnização será determinado segundo o prudente arbítrio do legislador, que atenderá à gravidade da infração, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infrator”.

⁵¹⁸ Nesse sentido VAZ SERRA, *BMJ*, 83/83:

por danos não patrimoniais também tem sido destacada pela doutrina nacional.⁵¹⁹

O Direito Civil tem preferência pelo dano em concreto, isto é, pela avaliação concreta do dano, de forma a olhar ao cidadão particular. Nesse sentido, o Ac. do STJ de 25/11/2009 afirma que, segundo os “arts. 496.º e 566.º, n.º 3, do Código Civil, o tribunal resolverá o litígio *ex aequo et bono* e não *ex jure stricto*. Em causa está conceito relacionado com justiça natural, igualdade, imparcialidade, justiça.” No mesmo sentido,

⁵¹⁹ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2º vol, Lisboa, AAFDL, 1999, p. 288 ensina que “a cominação de uma obrigação de indemnizar danos morais representa sempre um sofrimento para o obrigado; nessa medida, a indemnização por danos morais reveste uma certa função punitiva, à semelhança aliás de qualquer indemnização”. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, p. 387, sustenta que “a indemnização por danos não patrimoniais é uma “*pena privada*, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado”. PINTO MONTEIRO, “Sobre a Reparação dos Danos Morais”, *RPDC*, n.º1, 1º ano, Setembro, 1992, p. 21, de igual modo, sustenta que, a obrigação de indemnizar é “uma sanção pelo dano provocado”, um “castigo”, uma “pena para o lesante”. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 299 realça a índole ressarcitória/punitiva, da reparação por danos morais quando escreve: “assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, de forma a desagravá-la do comportamento do lesante”. Júlio GOMES, *O Conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 795 (nota 1249) considera que a dimensão preventiva-punitiva, a conduzir a um “enriquecimento” do lesado não repugna admitir em caso de condutas dolosas ou gravemente culposas de intromissão na esfera jurídica alheia, uma vez que o autor de tais condutas poucas vezes atuará após “ponderação racional” dos custos e benefícios das mesmas. Rui SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 223 assinala que a marca preventiva-punitiva da responsabilidade civil está presente na doutrina e jurisprudência portuguesa. De facto, os critérios propostos pelo art. 496.º, n.º4, 1.ª parte e pelo art. 494.º assumem o significado de que à “finalidade de reparação do dano da responsabilidade civil, cujo fundamento reside no princípio *suum cuique tribuere*, se pode agregar uma outra, que com aquela concorre e àquela se subordina, de natureza complementar e relativa ao problema do *quantum* indemnizatório: uma finalidade preventiva-punitiva.” O Autor conclui ainda que, “Enquanto que para os danos patrimoniais os critérios do art. 494.º só são de aplicar quando for “equitativo atenuar a responsabilidade do agente”, *no caso dos danos não patrimoniais a equidade pode, em razão desses critérios, impor uma fixação da indemnização em moldes superiores aos que resultariam da sua não consideração.*” Cf. ainda Paula MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

alguma doutrina tradicional mostra grandes reservas a estas tabelas, ou, pelo menos, aos montantes “razoáveis” propostos.⁵²⁰

Ao contrário do que acontece noutros países, designadamente em França e na Alemanha, só agora se tem realizado, entre nós, um trabalho de análise e de atualização dos montantes arbitrados pelos tribunais. Compilação e sistematização que permitiria manter critérios de igualdade e de justiça⁵²¹ na determinação do montante da indemnização por lesão corporal.⁵²²

19.3.As tabelas do dano corporal

A Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro. Estas tabelas visam servir de critério orientador para as seguradoras de responsabilidade civil automóvel, face à sua obrigação de realizar uma proposta razoável. Na verdade, com a transposição da Diretiva sobre a responsabilidade civil automóvel, o art. 38.º, n.º3 do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto⁵²³ penaliza, a nível de juros,

⁵²⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado... IV – Parte Geral – Pessoas*, p. 178 critica a iniciativa de criar tabelas do dano corporal, em especial, por conferirem indemnizações mais baixas do que as que alguns tribunais já haviam concedido.

⁵²¹ No mesmo sentido, SOUSA DINIS, “A baremização do dano corporal na responsabilidade civil (excluídos os acidentes laborais)”, *RPDC*, n.º14, 2005, p. 9-18.

⁵²² O Ac. do STJ de 26/01/2012 recorda alguns exemplos de compensação do dano corporal nos anos mais recentes. A título de mero exemplo de casos decididos em 2011, *vide* o Ac. STJ, 06/10/2011 que arbitra compensação por danos não patrimoniais de €25.000; O Ac. STJ, 07/06/2011 concede uma compensação por danos não patrimoniais de €25.000; o Ac. STJ, 13/10/2011 atribui o montante de €50.000; o Ac. STJ, 16/03/2011 (Hélder Roque): €120.000. Já no Ac. STJ, 07/06/2011 (Azevedo Ramos), na sequência de acidente de viação que causa as seguintes graves lesões (traumatismos vários; estado de coma durante três semanas; paraplegia, impotência; ficará para sempre dependente de uma cadeira de rodas; perde o controle dos esfíncteres e tem de usar fralda; quantum doloris de 6/7 e um dano estético de 6/7 foi atribuída a compensação de €250.000, com redução de 30%, correspondente à culpa do autor, de que resulta, a final, €175.000.

⁵²³ Aprova o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel e transpõe parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, que altera as Diretivas n.ºs 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE e 90/232/CEE, do Conselho, e a Diretiva n.º

as companhias seguradoras que, chamadas a cobrir os danos de um acidente, não apresentem uma “proposta razoável” ou indiquem um montante “manifestamente insuficiente”; nessa sequência foram criadas as tabelas do dano corporal.⁵²⁴

Salvaguardado que os montantes abstratamente fixados são *meramente indicativos*, concordamos com aqueles que advogam que o dano tabelado, o “*baremo*” é muito útil nos *danos em massa*,⁵²⁵ porque a existência estas tabelas vem trazer maior previsibilidade ao montante da indemnização,⁵²⁶ o que favorece o recurso à resolução do conflito por *transação* e permite criar *maior objetividade e igualdade na arbitragem de indemnizações por lesões corporais*, com os consequentes

2000/26/CE, relativas ao seguro de responsabilidade civil resultante da circulação de veículos automóveis.

⁵²⁴ Art. 39.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, (...), são aplicáveis os critérios e valores orientadores constantes de portaria aprovada pelos Ministros das Finanças e da Justiça, sob proposta do Instituto de Seguros de Portugal. Cf. Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, depois alterada pela Portaria n.º 679/2009, de 25 de junho, com tabelas relativas à indemnização a arbitrar em caso de morte e por danos corporais, que deve ser interpretada em conjugação com o Anexo II (Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil) ao Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro.

⁵²⁵ ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, p. 164 e ss afirma: Em defesa das tabelas “podem invocar-se exigências constitucionais de segurança jurídica e de igualdade de tratamento de situações equiparáveis, tendo sempre bem presente a hercúlea dificuldade de, com seriedade e rigor intelectual, quantificar o ressarcimento de bens que pela sua pessoalíssima natureza se encontram de alguma forma fora dos mecanismos e das regras de mercado.” Por outro lado, as tabelas de danos corporais conduzem à facilidade de “conseguir acordos extrajudiciais entre as partes envolvidas, com a inerente diminuição da sobrecarga e gastos judiciais de toda a ordem. Acresce que a parametrização e previsibilidade decorrentes de tal estado de coisas permitem às entidades reguladoras de sinistros proceder a uma gestão fiável, sem pôr em causa a sua própria solvência, assegurando assim o cumprimento escrupuloso das obrigações assumidas.”

⁵²⁶ Joga-se aqui a permanente tensão, o permanente conflito entre a justiça e a segurança; entre a equidade e a eficácia. Como veremos na parte desta obra relativa aos sistemas escandinavos, as ordens jurídicas de países seguramente não menos avançados no plano do respeito pelos direitos humanos e da consagração de uma sociedade de bem-estar optam por mecanismos que privilegiam a eficácia, a rapidez e a segurança, em prejuízo do tradicional conflito argumentativo e processual. Sobre este problema *vide*: Michel PINAULT: “Incertitude et sécurité juridique” in *Le Traitement Juridique et Judiciaire de l’incertitude*, Paris, Éditions Dalloz, 2008, p. 8; CASTANHEIRA NEVES: *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 e Fernando José BRONZE: “A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito (quatro variações sobre o tema)” *BFD*, 2008, p. 85.

danos patrimoniais e não patrimoniais. Nas palavras de Luísa Neto, trata-se de “uma via de racionalização da avaliação do dano corporal (...) que representa de segurança e determinabilidade.”⁵²⁷

A existência de tabelas em matéria de avaliação de danos corporais (essencialmente quando tenham caráter vinculativo), a par do reforço da importância dos relatórios periciais médicos, teria como consequência uma sedimentação e uma previsibilidade indemnizatórias tais que acabariam por relegar para plano secundário o papel dos advogados das partes.⁵²⁸ O número significativo, nalguns países, de transações ou composições (judiciais e extrajudiciais) obtidas em matéria de reparação de danos corporais evidencia bem como a transparência das “regras do jogo (ressarcitório)” são essenciais para seguradoras e lesados.

Os valores propostos por estas tabelas do dano corporal⁵²⁹ não constituem uma *revolução* no Direito Civil.

⁵²⁷ Luísa NETO, “A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado,” in Vítor DUQUE/ André PEREIRA, *A Infecção VIH e o Direito*, 2010,

⁵²⁸ Mariano MEDINA CRESPO, *Da Valoración del Daño Corporal (Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95)*, Dykinson, 1997, p. 135-148, *apud* ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, p. 164.

⁵²⁹ O Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de Outubro, contém o Anexo II – Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, que – ao contrário do Direito do Trabalho – se baseia no *princípio da reparação integral do dano* em Direito Civil. O legislador visou a criação de um instrumento adequado de avaliação neste domínio específico do direito, consubstanciado na aplicação de uma tabela médica com *valor indicativo*, destinada à avaliação e pontuação das incapacidades resultantes de alterações na integridade psico-física. Este sistema insere-se na progressiva autonomização da *avaliação do dano corporal* em direito civil que vem tendo lugar nas legislações de diversos países, as quais, identificando esses danos, os avaliam e pontuam por recurso a tabelas próprias. Para os danos de que sejam vítimas os funcionários da União Europeia é utilizada a tabela intitulada «*Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique e psychique*».

No plano da avaliação do dano corporal em direito civil, o legislador reservou a especialistas essa tarefa. Como se afirma no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 352/2007: “esta nova Tabela Nacional para o direito civil destina-se a ser utilizada exclusivamente por *médicos especialistas em Medicina legal* ou por *especialistas médicos de outras áreas com específica competência na avaliação do dano corporal*, isto é, por peritos conhecedores dos princípios da avaliação médico-legal no âmbito do direito civil e das respectivas regras, desde os problemas decorrentes de um eventual estado anterior, à problemática das sequelas múltiplas, constituindo assim um elemento auxiliar que se reputa de grande utilidade prática para a

Estas tabelas não oferecem mais do que (1) um *valor orientador*, (2) para efeitos da *proposta razoável da seguradora* (e não para ser imposta aos tribunais) e (3) apenas para lesões decorrentes de *acidentes de automóvel*, e não, por exemplo, para a responsabilidade médica.

Todavia, estas tabelas começam a ganhar importância e prestígio junto dos tribunais. Nesse sentido, por exemplo, o Ac. do STJ, de 18/3/2010 (Santos Carvalho) afirma: “Tendo em conta os critérios e valores orientadores da “proposta razoável de indemnização” em acidente de viação, definidos na Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio (anexo II-A), que não são obrigatórias, mas que *representam uma linha orientadora para a jurisprudência*, chegamos logo a um resultado um pouco superior ao fixado no Ac. recorrido.”

Neste caso concreto, as tabelas permitiram ao Supremo Tribunal de Justiça fundamentar um aumento do montante indemnizatório, em linha com o pedido pelo lesado e alterando a decisão da Relação. Donde talvez seja apressado o juízo de censura crítico – formulado por alguns juristas – sobre o suposto baixo valor dos montantes compensatórios previstos nas tabelas.

Parte significativa das soluções adotadas nesta portaria baseia-se em estudos sobre a sinistralidade automóvel do mercado segurador e do Fundo de Garantia Automóvel e na experiência partilhada por este e pelas seguradoras representadas pela Associação Portuguesa de Seguradores, no domínio da regularização de processos de sinistros. Uma mudança significativa consiste em que os danos patrimoniais ficam dependentes da declaração fiscal, ou seja, o cálculo das indemnizações por prejuízo patrimonial, tanto emergente como futuro, passa a ter por base, para efeitos de proposta razoável, os *rendimentos declarados à administração fiscal pelos lesados*.

Outra novidade desta tabela é a consagração do *dano biológico (ofensa à integridade física e psíquica)* como “complemento” aos danos futuros. Este “dano não patrimonial” resultante de danos corporais passa a ser *avaliado de forma mais uniforme* e não em função dos rendimentos da vítima, como vinha acontecendo. Com efeito a jurisprudência

uniformização de critérios e procedimentos.” Para uma análise científica do problema, vide Teresa MAGALHÃES, *Estudo Tridimensional do Dano Corporal: Lesão, Função e Situação (sua aplicação médico-legal)*, Coimbra, Almedina, 1998.

portuguesa havia autonomizado o “dano corporal” mas aplicava uma equação que considerava as “percentagens” de incapacidade, a idade da vítima e os seus rendimentos, o que se afigurava manifestamente injusto e iníquo.⁵³⁰ A aplicação das tabelas do dano corporal permite pôr fim à situação de indemnizar danos não patrimoniais de forma diferente em função dos rendimentos.

A correta distinção entre dano patrimonial futuro e dano biológico passa por compreender que só há lugar a uma indemnização por dano patrimonial futuro quando a situação incapacitante do lesado o *impeça* de prosseguir a sua atividade habitual. Assim, ainda que não tenha direito à indemnização por dano patrimonial futuro, em situação de incapacidade permanente parcial, o lesado terá direito à indemnização pelo seu *dano biológico*, entendido este como ofensa à integridade física ou psíquica. Mas há direito à indemnização pelo seu *dano biológico*, mesmo que haja *dano patrimonial futuro*.⁵³¹

Segundo Alvarez Quintero, as tabelas aproximam os valores da proposta razoável de países europeus próximos, designadamente a Espanha. Os danos patrimoniais são calculados caso a caso, nos termos gerais do Código Civil. Já os danos não patrimoniais e os danos biológicos são calculados em função de valores de referência que permitem indemnizar

⁵³⁰ Chegou-se ao extremo de se transformar um dano moral em dano patrimonial... Por exemplo, o Ac. STJ, 28/10/1999 (Duarte Soares) afirmou: “a disfunção psicosssexual corresponde à perturbação ou inibição da excitação sexual e inibição do orgasmo que se traduz numa “incapacidade funcional” da vítima, constituindo um “dano patrimonial.” (!) Já crítico dessa jurisprudência, ver Ac. STJ, 30/11/2006 (João Bernardo). Outros arestos promoveram uma duplicação de indemnizações. Assim, no Ac. STJ, 19/05/2009, uma mulher reformada que fazia a lide doméstica recebe 40.000€ por “perda da capacidade de ganho” e mais €40.000 por ajuda de terceira pessoa...

⁵³¹ Interessante é a norma proposta pelo Anteprojecto suíço do ano 2000 de revisão e unificação da responsabilidade civil (Revision et Unification du droit de la responsabilité civile Avant-projet de loi fédérale, dirigido pelos Profs. Pierre WIDMER e Pierre WESSNER), cujo art. 45 b) prevê: „En cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais, notamment ceux de traitement, ainsi que le *manque à gagner* ou *toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail* et de *l'atteinte à l'avenir économique*.”

Para um estudo sobre a distinção entre os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais, vide Rolf JUNGBECKER, *Abgrenzung materieller und immaterieller Schaden, Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?*, Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. Herausgeber, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009, p. 45 ss.

de forma igual o que é igual (princípio da igualdade) e diferente o que é diferente (princípio da diversidade).⁵³²

O sistema instituído pelas tabelas do dano corporal redistribui as indemnizações a favor dos lesados mais graves, atribuindo valores mais elevados às vítimas com lesões mais graves, designadamente quando não possam exercer qualquer profissão ou não possam exercer a sua profissão habitual.⁵³³ Em segundo lugar, permite uma relação de transparência entre seguradoras e segurados. Em terceiro lugar, valoriza a função do médico perito e – acrescentamos – reconhece a importância da Medicina Legal, na sua especialização de Avaliação do Dano Corporal ao serviço do Direito, de um Direito da Responsabilidade Civil mais justo, mais célere e mais eficiente e que coloca a proteção da pessoa humana e do seu corpo, em sentido holístico, como o cerne da tutela jurídica.⁵³⁴

⁵³² Cf. José ALVAREZ QUINTERO/ Duarte Nuno VIEIRA, *Aspectos práticos da avaliação do dano corporal em Direito Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2008.

⁵³³ O Ac. do STJ 18/03/2010 supra-referido faz o interessante exercício de comparar a decisão do Tribunal da Relação, com o valor que seria atribuído se fosse aplicada a tabela, sendo este último o valor mais elevado.

⁵³⁴ O direito italiano desenvolveu a figura do *dano biologico*, como forma de ultrapassar as amarras do Art. 2059 do Codice que afirma: “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).” Esta figura foi reconhecida pela sentença 184/86 do Tribunal Constitucional italiano, o qual, em interpretação dos artigos 32.º da Constituição e 2043.º do Código Civil, o considerou como um *tertium genus* a demandar indemnização por si, independentemente dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que lhe estejam associados.

Tal não é o caso do direito português, que goza de uma cláusula geral no art. 496.º CC, bem como de uma compreensão lata de dano patrimonial futuro (art. 564.º, n.º2). Ainda assim, a terminologia “dano biológico” tem vindo a ser usada pela doutrina e pela jurisprudência, mas num sentido mais semântico do que dogmático. Assim o explica o Ac. do STJ de 26/01/2012 (João Bernardo): “1. O dano biológico merece, logo porque tem lugar, tutela indemnizatória, compensatória ou ambas; 2. A extrema amplitude que o nosso legislador confere ao conceito de incapacidade para o trabalho, aliada à orientação sedimentada da jurisprudência de que é de indemnizar, quer esta leve a diminuição de proventos laborais, quer não leve, já o contempla indemnizatoriamente, ainda que noutra plano; 3. Do mesmo modo a relevância que a nossa lei confere aos danos não patrimoniais também aliada à amplitude deste conceito que a jurisprudência vem acolhendo – englobando, nomeadamente os prejuízos estéticos, os sociais, os derivados da não possibilidade de desenvolvimento de atividades agradáveis e outros – já o contempla neste domínio. 4 . *Pelo que a conceptualização do dano biológico não veio “tirar*

No entanto, podemos dirigir críticas fortes a esta legislação.

Em primeiro lugar, o uso de Portaria para regular matéria tão importante pode estar a violar, por inconstitucionalidade formal, o *direito à justa indemnização*.⁵³⁵ Regular uma matéria com esta importância por Portaria confere pouca transparência e publicidade, visto que nem sequer é decidida em Conselho de Ministros. Nem se invoque que um ato normativo de mais elevado grau hierárquico levaria à rápida desatualização dos valores, visto que o procedimento legislativo seria mais demorado. Por um lado, vivemos em tempos de baixa inflação.⁵³⁶ Por outro, bastaria que uma *lei* da compensação do dano corporal estabelecesse valores flexíveis, por exemplo, ajustados ao *indexante dos apoios sociais*,⁵³⁷ para que automaticamente os montantes propostos fossem sendo atualizados.

Em segundo lugar, estas tabelas podem colocar em risco o desenvolvimento do direito dos danos. Designadamente,

nem pôr” ao que, em termos práticos, já vinha sendo decidido pelos tribunais, quanto a indemnização pelos danos patrimoniais de carácter pessoal ou compensação pelos danos não patrimoniais. 5. Onde releva é na fundamentação para se chegar a tal indemnização, afastando as dúvidas que poderiam surgir perante a não diminuição efetiva de proventos apesar da fixação da IPP ou, em casos de verificação muito rara, como aqueles em que o lesado já estava totalmente incapacitado para o trabalho antes do evento danoso ou até, no que respeita aos danos não patrimoniais, em que ficou definitivamente incapacitado para ter consciência e sofrer com a sua situação. (...)”

⁵³⁵ Parece-nos mais apropriado que a criação de tabelas de danos não patrimoniais passe pelo crivo formal de um Decreto-Lei autorizado, visto que se está a limitar direitos, liberdades e garantias, designadamente o *direito à justa indemnização* (art. 165.º, n.º1, al. b) CRP). Se é verdade que o art. 39.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, legitima os Ministros das Finanças e da Justiça, sob proposta do Instituto de Seguros de Portugal, a aprovar uma Portaria que regulamente estes montantes de indemnização, temos dúvidas que um Decreto-Lei possa deixar uma margem de discricionariedade tão grande ao Executivo para “regular” o conteúdo de um direito fundamental. O direito à justa indemnização tem fundamento no art. 20.º CRP. Ver GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.ª edição, 2007, p. 408 ss. No plano da biomedicina, a *Convenção de Oviedo* consagra expressamente (art. 24.º) o direito à reparação de dano injustificado.

⁵³⁶ Cf. o estudo (escrito num tempo de elevada inflação) e que analisa as consequências desse fenómeno no Direito Civil, PINTO MONTEIRO, “A Inflação e o Direito Civil,” in *Estudos em Homebnagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, Coimbra, 1989, p. 881 ss.

⁵³⁷ A Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro (criou novas regras de atualização de diversas prestações sociais).

algumas categorias que se encontram em ebulição, como os *danos de terceiros por lesão grave à vítima direta ou primária*, podem vir a ser coartados pela aplicação positivista da dogmática subjacente a estas tabelas.⁵³⁸ Num outro plano, o dano sexual e o prejuízo de afirmação pessoal não estão contemplados nestas tabelas, mas tal não deve obstar a que a jurisprudência justificadamente aplique estas figuras oriundas da ciência da avaliação do dano corporal, isto é, da Medicina Legal.

Corrigidas dos vícios apontados, as tabelas do dano corporal podem ser úteis, particularmente para o domínio da responsabilidade médica. Com efeito, essas tabelas permitiriam simplificar os processos e favorecer as transações, salvaguardando a relação de confiança médico-paciente, num ambiente de maior serenidade e de estudo do erro médico, e não de litigiosidade e de conflito que caracteriza um sistema jurídico que favorece a interposição de recursos e uma certa imprevisibilidade na compensação do dano não patrimonial.

Somos ainda da opinião que a jurisprudência portuguesa, por exemplo o Centro de Estudos Judiciários, poderia organizar uma estrutura de permanente atualização dos montantes arbitrados, semelhante ao que acontece na Alemanha com as *Schmerzensgeldtabelle*.⁵³⁹

19.4. A lesão corporal na responsabilidade médica

A análise, mesmo que breve, do dano corporal no âmbito de ações de responsabilidade civil médica parece-nos pertinente. Neste domínio não têm aplicação (direta) as tabelas de compensação do dano corporal que foram criadas para o direito rodoviário. Ainda assim, não deixarão de ter alguma influência nas decisões judiciais.

Seguindo o princípio da *justiça comutativa*, o montante das indemnizações por danos patrimoniais varia em função dos *danos emergentes* e dos *lucros cessantes* do lesado, os quais são calculados em função dos seus rendimentos previsíveis, que

⁵³⁸ O exemplo mais paradigmático será o caso da indemnização à mulher de homem que ficou impotente – cf. o bem fundamentado Ac. do STJ 26/05/2009 (Paulo Sá). Cf. supra o que se escreveu sobre esta matéria.

⁵³⁹ Cf. von HACKS, RING, BÖHM: *SchmerzensgeldBeträge – Schnupperrecherche*, CD-ROM; Andreas SLIZYK, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, Verlag C.H.Beck, 6., überarbeitete Auflage, 2010. A Noruega introduziu em 2011 as novas “Standardised personal injury awards”.

por sua vez se sustentam nos rendimentos auferidos nos anos anteriores de atividade.⁵⁴⁰

A compensação por danos não patrimoniais é arbitrada perante os danos que, “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.” Vários fatores podem influir aqui, tais como: a idade da vítima, o grau de culpa do agente, e sobretudo o relatório de dano corporal realizado por um médico perito. Por seu turno, os fatores mais relevantes de avaliação do dano corporal são, para além da incapacidade (temporária ou permanente), o *quantum doloris*, o prejuízo estético, o prejuízo de afirmação pessoal e o prejuízo sexual.⁵⁴¹

A leitura das decisões dos tribunais superiores permite avançar com algumas tendências. Por um lado, denota-se um esforço de harmonização das compensações por danos não patrimoniais, embora devesse ser mais intenso, sendo também tarefa da doutrina dinamizar a discussão e o confronto crítico dos montantes atribuídos.

Com efeito, encontramos alguma diversidade de critérios de ponderação, senão mesmo uma relevante disparidade os montantes compensatórios arbitrados. Assim, se o Supremo Tribunal Administrativo (Ac. de 1/5/2005) condenou um Hospital a pagar €30.000 um doente que ficou infetado com o VIH na sequência de uma transfusão com sangue contaminado, já o Supremo Tribunal de Justiça (Ac. de 4/3/2008) condenou um médico anatomopatologista a pagar uma compensação por danos não patrimoniais de €224.459 a um paciente, ao tempo com quase 59 anos, que, em virtude de má prática médica ficou numa situação de impotência sexual e incontinente.⁵⁴²

Esta decisão é também importante pelo facto de conceder um montante de danos não patrimoniais muito alto, se compararmos com a tradição jurídica portuguesa. Estas

⁵⁴⁰ A justiça distributiva tem lugar apropriado no direito da segurança social ou no direito fiscal.

⁵⁴¹ Cf. PINTO MONTEIRO, “Sobre a Reparação dos Danos Morais”, *RPDC*, ano I, n.º 1, Coimbra, 1992.

⁵⁴² O caso da condenação do anatomopatologista por ter causado (ou dado origem a um processo causal adequado que conduziu à) impotência e incontinência a um doente urológico –Ac. do STJ de 04/03/2008 (Fonseca Ramos) – é um exemplo da ausência de critérios claros de ressarcimento do dano não patrimonial dos tribunais portugueses. Repare-se que na 1.ª instância se concedeu uma indemnização de € 99.759,58, na Relação de Lisboa arbitrou-se uma compensação de € 299.278,7 e finalmente no Supremo Tribunal de Justiça avaliou-se o dano moral em € 224.459.

discrepâncias nem sempre são fáceis de compreender e há um longo caminho doutrinal e jurisprudencial a percorrer no sentido de *racionalizar* e objetivar os critérios que nos permitem chegar a estas decisões.

Não criticamos o valor elevado da compensação neste caso concreto; apenas entendemos que este deveria ser um *leading case* no sentido do aumento das quantias a ressarcir em sede de responsabilidade civil por lesões corporais. E, com efeito, este caso assume a natureza de precedente na fixação de elevados montantes de compensação por danos não patrimoniais na responsabilidade médica. Assim, na Sentença de 14/1/2011 da 8.^a Vara Cível de Lisboa, a Juíza Isabel Imaginário faz a seguinte comparação: se para compensar a impotência e incontinência de um homem de mais de 60 anos o STJ condenou no montante de de €224,459,05, então para uma criança que foi privada do gozo pleno da sua vida e que morreu após uma tormenta de alguns anos de vida, arbitrou a compensação de €300.000.

Algo que merece ainda a nossa reflexão crítica é a *abertura* dos tribunais superiores para modificar – normalmente diminuindo – os montantes das compensações concedidas pelos juízes de primeira instância.⁵⁴³ Esta prática

⁵⁴³ A título de mero exemplo, veja-se: o Ac. da Relação de Coimbra 6/5/2008 (Jaime Ferreira) diminuiu o montante da indemnização de €37.500 para €25.000 (considerou-se ilícita e culposa a omissão do médico e da clínica de não terem retirado um pano na sequência de uma cirurgia e que causou graves danos e incómodos a uma senhora durante vários anos), mas não houve qualquer referência às dores e sofrimentos concretamente sofridos pela Autora, por forma a justificar uma diminuição em cerca de 50% do montante atribuído pela 1.^a instância, pelo juiz que estava mais perto dos factos, da vítima e do lesado; nenhum estudo comparativo com outro caso análogo, qualquer referência a um estudo sobre dano corporal que justificasse aquela diminuição da indemnização.

Da mesma forma o Ac. STA, 28/1/2009 (Angelina Domingues), num caso de provada culpa médica que causou graves lesões ao paciente (“o Autor, devido à negligência do agente do Réu, foi submetido a oito cirurgias, sofreu dores intensas, padeceu angústia, tristeza, sofrimento e depressão, por se ver incapacitado e dependente devido à degradação do seu estado de saúde, ficando com sequelas gravíssimas para o resto da vida”...), decide baixar a indemnização de €100.000 para €60.000 sem apresentar um estudo comparando outros casos análogos ou razões convincentes para “deslegitimar” o tribunal inferior. Ademais, segundo o STA, entre as razões para baixar a indemnização estará a “situação económica do Hospital Réu”... o que não deixa de ser estranho! Com efeito, no contexto de um orçamento de um Hospital, o valor de €40.000 não pode ser considerado como muito significativo... Também, o Ac. STA, 7/10/2010 (José António Freitas Carvalho) baixa uma indemnização de €100.000 para €65.000,

jurisprudencial, por um lado, oferece um prémio ao Réu que promove o litígio e a luta judicial sem tréguas, pois a indemnização por vezes baixa, sem se descortinar uma razão forte para a mudança; (2) desautoriza e desprimitiva a sentença da primeira instância, o tribunal que esteve mais próximo dos factos e em que faz sentido o *princípio da imediação* (3) promove o abuso dos recursos, visto que o Advogado diligente se sentirá sempre na obrigação de “tentar” o recurso para baixar o montante da indemnização mesmo que saiba que não conseguirá a absolvição.

Um sistema que favorece a prolação das ações até às instâncias superiores conduz a um desperdício de recursos, e acarreta graves perturbações no domínio da relação médico-paciente. O paciente acaba por terminar o processo com uma sensação de exaustão, após vários anos de batalha judicial; o médico sofre o ónus (profissional, social e pessoal) de estar envolvido num processo durante muitos anos. Finalmente, com diferenças tão marcadas, como podem as seguradoras prever os prémios de seguro?

Com esta leitura crítica da avaliação dos danos não patrimoniais na jurisprudência procuramos sustentar as seguintes razões: (1) urge intensificar o estudo jurídico e médico-legal de comparação das indemnizações por lesões corporais que permitam uma boa fundamentação das decisões e organizar um sistema de permanente atualização e comparação de decisões; (2) no plano da política jurídica, discordamos da “facilidade” com que os tribunais superiores – concordando embora com todos os pressupostos da responsabilidade civil apurados na primeira instância – diminuem (ou aumentam) o montante das indemnizações arbitradas pelos juizes da primeira instância (ou da Relação), os quais estando na base da hierarquia judicial estão mais próximos dos factos e das pessoas concretas. Os tribunais superiores ao alterarem o valor das indemnizações estão a dar incentivos a todos os Advogados

embora neste caso tenha remetido para outros Acórdãos de tribunais superiores, embora sem demonstrar que haveria analogia dos danos. Igualmente, no Ac. STJ de 3/12/2009 (Isabel Pais Martins) baixou-se o montante de indemnização para cada progenitor em €17.500 para cada um, ao passo que a Relação havia condenado no pagamento de €25.000 para cada um dos assistentes.

Noutro sentido, o Ac. STA, 25/5/2005 decidiu aumentar a compensação dos danos morais resultantes da torção do testículo do paciente na sequência de uma intervenção negligente de €25.000.00 para €40.000.00

para recorrerem das decisões, mesmo que sem fortes argumentos para as contestar.

Donde, o conceito de *judicial self-restraint*, tão conhecido no domínio do Direito Constitucional (americano)⁵⁴⁴ e, em termos semelhantes, do Direito Europeu dos Direitos Humanos, deveria ser introduzido, com as necessárias adaptações, no domínio do direito dos danos, em nome de razões de eficácia e celeridade, bem como do prestígio que se impõe afirmar da primeira instância dos tribunais portugueses.⁵⁴⁵ A *autocontenção* (conceito que aqui nos parece mais adequado) dos tribunais superiores deve entender-se no sentido de que estando estes mais distantes dos sujeitos processuais, dos factos e da prova, devem conceder uma presunção de razoabilidade às decisões dos tribunais de primeira instância, salvo se – numa análise fundamentada com casos paralelos ou análogos – se puder afirmar que a compensação foi divergente da devida norma jurisprudencial.

20. As partes destacadas do corpo humano e o material biológico humano – breve alusão

A doutrina tem referido o direito a certas partes do corpo, suscetíveis de serem separadas sem detrimento do mesmo. Assim aconteceria com os cabelos, por exemplo, ou mesmo sobre os órgãos para transplante. “Ainda que possam funcionar como objeto de situações jurídicas, estas realidades pertencem à ordem das *peçoas*, e não à ordem dos bens. O seu regime há-de procurar-se atendendo à circunstância de serem ou terem sido substrato da personalidade e à consideração muito especial que isso impõe. Mas não está dependente de nenhuma analogia que se estabeleça com os bens” – afirma Oliveira Ascensão.⁵⁴⁶

Uma posição intermédia, rejeitando o reductionismo dicotómico entre “peçoas” e “coisas”, é advogada por Olinda

⁵⁴⁴ Para uma análise deste conceito no direito constitucional americano, *vide* Richard A. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, 100 *Cal. L. Rev.* 519 (2012), p. 520-556.

⁵⁴⁵ É toda uma cultura oposta à cultura jurídica anglo-saxónica, a qual não sendo isenta de reparos, tem a vantagem de ter uma justiça mais célere, com menos litigância e com maior autoridade do Juiz, designadamente do Juiz de primeira instância, que deve ser o pilar onde assenta todo o edifício da Justiça, como ensina o Prof. David Pugsley (Curso de Direito Privado Europeu, na Faculdade de Direito de Salzburg).

⁵⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *DC – TG*, Vol. I, p. 349-350. Cf. ainda Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, p. 439 ss.

Garcia, afirmando que há um espaço aberto para a criação de novas figuras jurídicas. Assim, por exemplo, as células (estaminais) humanas apenas podem ser tomadas como “coisas” caso se adote um conceito muito amplo de coisa e⁵⁴⁷ esse conceito amplo vai ao encontro ao art. 202.º CC.⁵⁴⁸

Devemos – ao analisar as partes destacáveis do corpo humano – distinguir situações biológica, axiológica e historicamente diferentes. Assim, se podemos considerar que o cabelo é verdadeira *res* passível de fazer parte do comércio jurídico, se o aleitamento pode ser encarado no âmbito do *consentimento vinculante* (Orlando de Carvalho) e sujeito às regras de uma prestação de serviços *sui generis*, já elementos como o material reprodutivo (os ovócitos e o sémen), os órgãos não regeneráveis, órgãos regeneráveis, incluindo o sangue gozam de uma dimensão *axiológica* que não admite *reificação*. Devem, pois, estes elementos destacados do corpo humano ter um estatuto especial, mais próximo da proteção dos bens de personalidade do que das coisas. Nesse sentido se deve compreender e dar conteúdo normativo útil ao art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais e ao art. 21.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Maria Olinda GARCIA, “A Criopreservação Privada de Células Estaminais. Um Contrato de Depósito,” *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 40. Em sentido semelhante, Vera Lúcia RAPOSO, “Vende-se Gâmeta em bom estado de conservação”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 12, 2009, p. 50 e Ana Amélia RIBEIRO SALES, “O incumprimento de contratos de doação de gâmeta”, in Maria Olinda GARCIA (Org.), *Estudos sobre o Incumprimento do Contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 88.

Para o problema especial do patenteamento de genes humanos, *vide* REMÉDIO MARQUES, “Introdução ao problema das invenções biotecnológicas. Algumas considerações”, Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). *Direito Industrial*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2001, p. 177-333; REMÉDIO MARQUES, *Patentes de genes humanos?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Adriana DIAFÉRIA, *Patenteamento de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos*, Lumen Iuris, 2007; Alexandre DIAS PEREIRA, “Human Genes as Corporate Assets? Nature, Morals and the Role of Intellectual Property in Healthcare Innovation”, *BDF*, 2012, p. 213-242, com análise do julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia: *Case C-34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V.*

⁵⁴⁸ No direito inglês, defende-se que a pessoa tem “some limited property in their bodies...” –assim Stephen MUNZER, *A Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990. Para mais desenvolvimentos, Emily JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, Materials*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 30.

⁵⁴⁹ No direito comparado, destaca-se o art. 16-1 do Code civil que prescreve: “Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est

A investigação biomédica, cada vez mais, lança mão de bancos de produtos biológicos.⁵⁵⁰ O tema justificaria uma investigação aprofundada, que não constitui o objeto desta dissertação, pelo que apenas registamos a necessidade de o Direito Civil da Medicina regulamentar, em termos que respeitem os princípios da *proibição do lucro* e da *não discriminação*, estes elementos oriundos do corpo humano, ainda e sempre em respeito para com a Pessoa Humana.

inviolable. *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.*”

⁵⁵⁰ Cf. art. 19.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, que regula os Bancos de DNA e de outros produtos biológicos.

CAPÍTULO 2 – A VIDA HUMANA PRÉ-NATAL

21. A fase pré-concepcional e pré-natal

A moderna medicina lança desafios antropológicos ainda na fase pré-concepcional. O desejo de uma melhor descendência, de evitar doenças hereditárias é algo que hoje se faz sentir com grande acuidade. Temos consultas de planeamento familiar, aconselhamento genético pré-concepcional e as técnicas de PMA,⁵⁵¹ designadamente o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI). Por outro lado, como correlato desta nova medicina, temos que o Direito se confronta com as desafiantes ações de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.

Porque a vida humana relevante para o Direito da Medicina se assume nesta dimensão ampla, com forte relevância no período pré-natal, iremos dedicar alguma atenção à regulamentação jurídica destas matérias.

21.1. O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI)

A legislação portuguesa revela-se atenta às mais modernas técnicas de PMA e prevê um regime aberto à evolução da ciência, aceitando e regulando o DGPI. Esta técnica “destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência” – art. 29.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (PMA).

O DGPI envolve questões eticamente sensíveis.⁵⁵² Perante esses desafios, o legislador, ao invés de consagrar

⁵⁵¹ Entre nós, a literatura relativa aos aspetos jurídicos relativos à procriação assistida é já muito abundante, donde apenas remetemos para os diversos estudos – facilmente acessíveis – de Luís ARCHER, Guilherme de OLIVEIRA, Fernando ARAÚJO, João LOUREIRO e Vera RAPOSO.

⁵⁵² Cf. Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (51/CNECV/07): Parecer Sobre “Diagnóstico Genético Pré-Implantação”.

A Alemanha, país com legislação tradicionalmente restritiva nas matérias ligadas à proteção do embrião, admite agora o DGPI. A discussão intensificou-se após uma decisão do BGH de 6/7/2010 que considerou não punível a prática do DGPI, desde que para investigar de doenças genéticas graves. Seguidamente, o Conselho de Ética alemão pronunciou-se sobre o Präimplantationsdiagnostik em março de 2011, tendo sido aprovado por maioria, com um voto contra, a tese segundo a qual esta prática deveria ser proibida. Todavia, a *Gesetz zum Schutz von Embryonen*

soluções gerais e abstratas para esses problemas, optou por remeter para o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) o traçar do rumo futuro em matéria de DGPI. Tal delegação configura um caso de valorização da *justiça procedimental* e de um *consenso prático e casuístico*. Mais do que o afirmar de imperativos categóricos abstratos no sentido da proibição ou da permissão de um determinado comportamento tecnicamente possível, mas eticamente controverso, a lei remete para uma entidade com credibilidade científica e ética, composta por personalidades escolhidas de forma plural (art. 31.º da Lei n.º 32/2006), mas reconhecidas pelos seus pares como capazes de uma *argumentação racional* fundada em *pressupostos narrativos*⁵⁵³ que assentam na multiplicidade das partes do contrato social bioético. Onde, este Conselho é chamado a pronunciar-se sobre os assuntos para os quais o legislador, no momento histórico de 2006, ainda não conseguira um consenso razoável ou para a resolução de problemas para os quais só uma análise casuística resulta adequada (cf. art. 30.º da Lei n.º 32/2006).

(Embryonenschutzgesetz –ESchG) de 13 de dezembro de 12 de 1990 foi alterada em 21 de novembro de 2011, introduzindo o §3A que admite em casos excepcionais e sob regras procedimentais exigentes o DGPI. Assim, no caso de doenças genéticas graves, ou no caso de, previsivelmente, em caso de implantação, a gestação não chegar ao término devido a malformação do embrião, esta prática é admitida.

No mundo anglo-saxónico (Reino Unido, EUA, Canadá, África do Sul) ou a lei não se pronuncia sobre a matéria, relegando para as boas práticas profissionais, ou tem uma postura aberta à utilização desta técnica.

Em França, esta prática é permitida desde 1994, estando em vigor a lei de 6 de agosto de 2004 (que cria a Agência para a Bioética), e tem sido objeto de atentos Pareceres do COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE: os *Pareceres* (Avis) n.º 8, 19, 60, 72 e 107.

Cf. tb. O Parecer do COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE: *l'avis n.º 49 du 20 avril 2009 relatif à l'utilisation du diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) pour détecter les porteurs sains d'une mutation causant une affection héréditaire grave qui peut entraîner un risque élevé pour les descendants*.

⁵⁵³ Vide Robert ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2001, *passim*. Em síntese, o projeto iluminista kantiano deve prosseguir num sentido crítico-dialético, discursivo (argumentativo) e racional procedural. O Direito da Medicina é um dos campos, por excelência, do exercício desse projeto, onde a dimensão do consenso democrático-prático procedimentalizado ganha foro.

Trata-se aqui de reconhecer a importância de uma *justiça bioética procedimentalizada*.⁵⁵⁴ Assim, compete-lhe estabelecer orientações relacionadas com a DGPI (art. 30.º, n.º 2, al. f)) e deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de PMA para seleção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave (art. 30.º, n.º 2, al. q)).⁵⁵⁵

O DGPI tem como objetivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave (art. 28.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006). Segundo o mesmo artigo, é permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA e a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves.

No plano técnico-científico, a lei impõe que “os centros de PMA que desejem aplicar técnicas de DGPI devem possuir ou articular-se com equipa multidisciplinar que inclua especialistas em Medicina da reprodução, embriologistas, médicos geneticistas, citogeneticistas e geneticistas moleculares” (art. 28.º, n.º4 da Lei da PMA).

O incumprimento dos deveres de cuidado relativos ao DGPI pode gerar responsabilidade civil, contratual ou extracontratual (se realizado em instituições públicas ou em caso de ausência ou invalidade do contrato), designadamente no âmbito de *wrongful life* e *wrongful birth*. Assim acontecerá, por exemplo, se for escolhido um embrião portador da doença genética que se visava evitar.

Ainda antes da implantação, a lei regulamenta o destino do embrião, com uma preocupação terapêutica, seja para evitar

⁵⁵⁴ Sobre a entrada em cena dos novos atores, das comissões técnicas às comissões de ética, *vide* João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, Vol I, p. 955 ss.:

⁵⁵⁵ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Um caso de selecção de embriões”, *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 7-13. Os casos Nash, Hashmi e Whitaker são um exemplo concreto da aplicação do diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) que revelam as dificuldades éticas que esta técnica vem colocar à sociedade.

o nascimento de uma criança com uma grave doença ou, de forma muito controversa, para admitir a gestação do chamado “bebé-medicamento”. Apesar desta abertura, o princípio é o de que o embrião *in vitro* – como vida humana que é – merece já o *respeito* e a *tutela* da ordem jurídica.

21.2. O diagnóstico pré-natal

O diagnóstico pré-natal (DPN) é “o conjunto de procedimentos com o objetivo de avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita.”⁵⁵⁶ Insere-se no âmbito mais geral da medicina pré-natal, a qual visa assegurar que o desenvolvimento fetal ocorre de acordo com os parâmetros normais de saúde e desenvolvimento.

No âmbito do DPN,⁵⁵⁷ questiona-se se o consentimento deve ser prestado apenas pela grávida ou também pelo pai da criança. Ambos os progenitores são os representantes legais do nascituro (art. 1878º CC), porém esta intervenção implica uma lesão da integridade física da mulher, pelo que se entende que compete à mulher (grávida) dar o seu consentimento. Embora a participação de ambos os cônjuges deva ser encorajada, como advoga a *Recomendação 13 (1990) sobre o Diagnóstico Genético Pré-natal e o respectivo Aconselhamento Genético*, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 21 de Junho de 1990, é a opinião da mulher que, em último termo, deve prevalecer, como prescreve o Despacho n.º 5541/97.⁵⁵⁸

Perante a verificação de uma anomalia grave, a ciência médica permite em alguns casos uma intervenção terapêutica, após o consentimento informado da mãe. Muitas vezes, porém, a medicina ainda não consegue ‘corrigir’ ou alterar para melhor a saúde do feto, pelo que, desde 1984, a mulher grávida pode consentir numa interrupção voluntária da gravidez, de acordo com o art. 142.º, al. c) do CP. Ou seja, não é punível a

⁵⁵⁶ Despacho da Ministra da Saúde n.º 5541/97, de 6 de Agosto (DR II.ª Série).

⁵⁵⁷ O n.º 5 do art. 10.º da Lei n.º 12/2005 define os testes pré-natais como “todos aqueles executados antes ou durante uma gravidez, com a finalidade de obtenção de informação genética sobre o embrião ou o feto, considerando-se assim como caso particular destes o diagnóstico pré-implantatório”.

⁵⁵⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide* Luís Duarte MANSO, “O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 135-157.

interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, se houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.⁵⁵⁹

Em ordem a manter um controlo procedimental desta delicada intervenção, a lei exige que a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez seja certificada em *atestado médico*, “escrito e assinado antes da intervenção por *médico diferente* daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada” (art. 142.º, n.º2).

O consentimento para a IVG é prestado por escrito pela *mulher grávida*. Tem sido discutido na doutrina o papel do (presumível) pai do nascituro, defendendo alguns Autores que este deveria gozar de alguma proteção da sua vontade, seja no sentido de impedir a IVG⁵⁶⁰, seja no intuito de impor a sua opinião, pelo menos visando afastar qualquer responsabilidade jurídica pelo filho que vier a nascer.

Quanto à primeira tese, podemos lembrar que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem decidiu na Petição n.º 8416/76 que “o potencial marido-pai não tem o direito a ser consultado e recorrer ao Tribunal a propósito do aborto que a sua esposa pensa fazer na sua pessoa [...] porque é a mulher a principal interessada na continuação ou interrupção da gravidez”.⁵⁶¹ Na mesma linha, o Supremo Tribunal Americano decidiu que o pai não tem sequer o direito a ser informado de que a mulher está grávida e pretende levar a cabo um aborto.⁵⁶² Por último, a questão foi analisada e decidida – em posição que também subscrevemos – no sentido da sua *não*

⁵⁵⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, anotação ao art. 142.º do CP, FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, I, 2012, p. 287.

⁵⁶⁰ Problematizando a questão, PAIS DE VASCONCELOS, *O Direito de Personalidade*, p. 69.

⁵⁶¹ Trata-se de um recurso de uma decisão semelhante no caso inglês *Paton v. Trustees of BPAS and Paton* de 1978. Em 1987 os tribunais ingleses seguiram a mesma linha de raciocínio no caso 'C v.S'.

⁵⁶² Cf. *Planned Parenthood of SE Pennsylvania v. Casey* [1992] 112 S Ct 2791 (US Sup Ct). Sobre este importante caso, em que o Supremo Tribunal norte-americano reafirmou a linha de raciocínio dominante de *Roe v. Wade*, vide DWORKIN, *Life's Dominion*, p. 144, 146 e 152-54.

inconstitucionalidade pelo Ac. do TC n.º 75/2010, de 23 de fevereiro (Sousa Ribeiro).

A segunda tese (afastar qualquer responsabilidade jurídica pelo filho que vier a nascer) parece-nos em contradição com a natureza de normas de ordem e interesse público que caracterizam o *status* da filiação, nos termos do qual a autonomia da vontade está fortemente comprimida. Desta feita, somos de parecer que tal solução se afigura *nula* (art. 294.º e 280.º CC) por violação da ordem pública do Direito da Filiação.

21.3. Eugenismo e Higienismo

O DGPI e o DPN têm antecedentes históricos. A aspiração de melhorar a descendência lançando mão da Medicina data já de antanho. *Eugenismo* ecoa aos ouvidos de muitos como um conceito da primeira metade do século passado. Com raízes na cultura grega, cientificado pelo positivismo naturalista de oitocentos, ardeu na “fogueira da História” com os horrores dos Nazis na Alemanha e com a perfídia médica de sociedades tecnocráticas do pós-guerra nos países do norte da Europa e da América.⁵⁶³

Durante décadas, o legislador procurou influenciar a descendência e a procriação através da legislação matrimonial;⁵⁶⁴ daí resultou a construção e a evolução da doutrina dos impedimentos matrimoniais, onde a influência da Medicina pré-antibiótica se fez fortemente sentir.⁵⁶⁵ Hoje,

⁵⁶³ Para mais desenvolvimentos, *vide* Helena MELO, *Manual de Biodireito*, p. 15 ss.

⁵⁶⁴ Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 266 a 278.

⁵⁶⁵ Aparentemente, após os horrores da segunda guerra mundial, a saúde deixou de ter o papel que crescentemente ia alcançando em matéria de impedimentos matrimoniais nos países ocidentais. Tal facto ficar-se-á a dever, pensamos, em grande medida, não apenas à ideologia dos direitos humanos, mas também às grandes vitórias da Medicina, nomeadamente com a “*pax antibiótica*”. Na realidade, a gripe, a tuberculose, o tifo, a sífilis e as múltiplas doenças venéreas que afligiam a Europa de inícios do século, foram extraordinariamente combatidas pelas vacinas e medicamentos e pela melhoria das condições de higiene e de alimentação. A verdade é que o povo não ficou “*raquítico*” (expressão típica dos escritos médicos de inícios de novecentos), antes pelo contrário...

Por outro lado, entre o Código de 1867 e o de 1966 há uma grande diferença: a demência notória é hoje, e não o era até 1910, impedimento dirimente do casamento! Para além disso, impede-se a aplicação dos benefícios da Lei da União de Facto, se tal incapacidade já existia no

porém, verifica-se uma dissociação entre o casamento e a descendência e mesmo entre o sexo e a procriação. Estas facetas da existência humana encontram-se compartimentadas numa amálgama pluriforme de vivências sociais.

Por outro lado, as ciências da saúde não só nos trouxeram os antibióticos, como ainda se desenvolveram as técnicas de controlo da natalidade e de procriação medicamente assistida, o que permitiu deslocar o centro de gravidade do “governo da descendência” dos ‘Homens das Leis’, para a livre e responsável autorregulação dos projetos parentais dos indivíduos e dos casais e para os ‘Senhores da Medicina’.

Há cem anos, negava-se a alguns o direito a casar, tendo como objetivo último impedi-los de se reproduzir, porque a medicina não solucionava os seus problemas de saúde; hoje discute-se se deverá impedir-se outros de procriar, embora a medicina lhes ofereça meios técnicos para tanto (fertilização *in vitro*, mãe hospedeira, um dia talvez a clonagem).

As leis do casamento de novecentos eram rígidas e de forte disciplina social, em grande parte por influência da comunidade médica; hoje, as legislações parecem ir reduzindo os impedimentos matrimoniais, ganhando o charme de mais liberais ou tolerantes, mas tal – quiçá – só vai sendo possível graças aos testes pré-natais e ao diagnóstico genético pré-implantatório.

Não só o casamento deixou de ser o espaço de afirmação da eugenia, como a própria união de facto se vem revelando mais aberta à diferença. Assim, a *união de facto* assume-se hoje como uma outra forma de constituir família,⁵⁶⁶

momento em que a União começou. Este impedimento eugénico enraizou-se e é hoje praticamente inquestionado.

Entretanto, a problemática do atestado pré-nupcial obrigatório recupera novo fôlego com o flagelo da SIDA e, sobretudo, com o avanço do conhecimento do genoma humano surge a pergunta: se podemos prevenir malformações ou doenças de origem genética ainda antes de os nubentes contraírem casamento, por que razão se não aposta nessa medida? Em primeiro lugar, como vimos, o casamento já não tem a força institucional que lhe estava reservada até há bem pouco tempo; em segundo lugar, porque os genes não decidem tudo: a esmagadora maioria das doenças são multifatoriais; as doenças de raiz exclusivamente genética são uma minoria, sem expressão populacional bastante para conduzir o legislador a impor um exame genético aos nubentes. Sobre o assunto, *vide* Stela BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra, Almedina, 2007.

⁵⁶⁶ No plano dogmático, há porém ainda grande divergência na doutrina sobre se se trata de uma nova fonte de relações familiares. PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 59

gozando de proteção nos termos da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio. O art. 2.º, al. b) desta lei impedia a aplicação do regime da união de facto nos casos de “demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica.” Em 2010, alterou-se esta norma, prescrevendo agora a al. b): “Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, salvo se a demência se manifestar ou a anomalia se verificar em momento posterior ao do início da união de facto”. Ora, isto significa que o legislador de 2010 admite conceder efeitos jurídicos a uma relação de comunhão de leito, teto e mesa entre duas pessoas em que, uma delas (ou mesmo as duas) sofre de demência notória, ou foi sujeita a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica. Importante é que essa demência ou essa anomalia se verifiquem em momento posterior ao do início da união de facto. Trata-se de equiparar este regime ao do casamento. Com efeito, nada impede que duas pessoas *supervenientemente dementes* ou *com anomalia psíquica* se mantenham casadas.⁵⁶⁷ Não se veja nesta alteração qualquer movimento anti-eugenista ou de incentivo à união de facto de pessoas com demência ou com anomalia psíquica. Sendo a lei da união de facto uma ‘invasão’ da lei na esfera da liberdade pessoal dos cidadãos, visando sobretudo a *proteção da parte mais débil* na relação existencial estabelecida, compreende-se que a união de facto se mantenha e os direitos que a lei concede se façam valer mesmo que – e sobretudo se – um dos companheiros vier a padecer de demência ou de anomalia psíquica.⁵⁶⁸

Esta norma vai também no sentido do movimento que vimos assinalando: com vista à criação de uma descendência mais saudável, a lei recorre cada vez menos ao casamento (ou à

colocam em evidência que cada ramo do direito tem a sua própria concepção de família, sendo o direito da segurança social distinto do direito do arrendamento e este do direito da família. Até à terceira edição os Autores classificaram a união de facto como uma *relação para-familiar*.

⁵⁶⁷ O impedimento dirimente absoluto constante da al. b) do art. 1601.º deve ser verificado no momento do casamento. Uma vez ultrapassada essa data, o casamento é válido mesmo que um dos cônjuges ou ambos se tornem dementes, designadamente interditos ou inabilitados por anomalia psíquica.

⁵⁶⁸ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Revista Portuguesa de Direito da Família –Lex Familae*, 2011, p. 139-154, em especial p. 142, afirma: “não parecia justo determinar que a demência ou a anomalia psíquica manifestadas ou verificadas após o início da união de facto fossem impeditivas da produção de efeitos favoráveis de tal união.”

união de facto), isto é, ao Direito da Família, remetendo para o Direito da Medicina a regulamentação dos instrumentos que permitem evitar uma descendência doente, designadamente a medicina reprodutiva e as consultas pré-concepcionais, o regime da IVG,⁵⁶⁹ o DGPI e o DPN (diagnóstico pré-natal), as técnicas de PMA e a esterilização.

A *pax antibiótica* que trouxe a possibilidade de um eficaz combate às doenças sexualmente transmissíveis, por um lado, e as mudanças na mentalidade e na sociedade que levaram a uma dissociação entre o casamento e a procriação (em 2010, 42,8% das crianças portuguesas nasceram *fora do casamento* (31,9% com coabitação dos pais e 10,9% sem coabitação dos pais),⁵⁷⁰ por outro, vieram colocar em evidência o facto de o *direito matrimonial* não ser mais o instrumento adequado para a implementação de políticas eugenistas. Assim, a tutela da pessoa humana no seu contato com as modernas ciências biomédicas passou a estar sob a alçada do Direito Médico e não tanto do Direito Matrimonial.

O desenvolvimento da genética, da medicina pré-natal e a liberalização da legislação referente à interrupção voluntária da gravidez vieram colocar a jusante a questão eugénica. Já não no momento da celebração do casamento, mas sim no momento da gravidez (DPN) ou antes da implantação (no caso do DGPI), ou mesmo antes da concepção (consultas de medicina reprodutiva e de genética e o recurso a testes genéticos de heterozigotia).⁵⁷¹

Atualmente, a evolução da medicina do embrião acena com a possibilidade de se poder subir um pouco o rio e

⁵⁶⁹ Designadamente a interrupção da gravidez por motivos fetopáticos, justificada no art. 142.º, n.º 1, al. c) do Código Penal. Veja-se ainda o Capítulo V da Portaria n.º 741-A/2007 de 21 de junho, que regula a *Interrupção da gravidez por grave doença ou malformação congénita do feto ou fetos inviáveis*; afirma o art. 20.º (Comissões técnicas de certificação): 1 — A certificação da situação prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal compete à *comissão técnica*, criada em cada estabelecimento de saúde oficial que realize interrupções da gravidez. 2 — Cada comissão técnica é composta por três ou cinco médicos como membros efetivos e dois suplentes, a nomear pelo conselho de administração do estabelecimento oficial de saúde pelo período de um ano, renovável.”

⁵⁷⁰ Fonte: Pordata.

⁵⁷¹ Cf. art. 10.º, n.º1, da Lei n.º 12/2005. Expediente muito útil utilizado no Chipre para reduzir o número de pessoas com talassemia – cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano.”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição, p. 115 ss.

recolocar a ‘escolha’ numa frase pré-gravidez, mas pós-concepcional, através do diagnóstico genético pré-implantação e mesmo da terapia génica. Todavia, esta última só é permitida na linha somática, sendo proibida na linha germinal (art. 8.º da Lei n.º 12/2005).

Por outro lado, assiste-se a uma promoção da mulher como titular autónoma de autodeterminação da política de natalidade e de procriação na sociedade, denotando-se um claro recuo do Estado na determinação das soluções nesta matéria, passando-se de uma eugenia pública para uma eugenia privada, a qual onera/ responsabiliza sobretudo as mulheres, numa sociedade de consumo que quase transforma a criança a nascer num ‘produto’ que se quer sem ‘defeitos’.

Donde, pode colocar-se em evidência a pressão social e psicológica – com reflexos jurídicos – a que a mulher está sujeita, em especial com o advento das modernas técnicas de diagnóstico pré-natal, o que conduz a uma certa degradação do corpo da mulher. Em suma, dá-se o fenómeno, afirma Abby Lipmann, da “genetização” da vida humana, da “uterização” da mulher⁵⁷² e o conseqüente incremento das desigualdades sociais no acesso aos cuidados de saúde. Trata-se de aspetos muito relevantes a que o jurista comprometido com a realidade do seu tempo não pode ficar alheio.

Paradoxalmente, uma sociedade profundamente envelhecida e com uma taxa de natalidade cada vez mais reduzida, goza de meios de procriação e de controlo da saúde pré-natal inimagináveis há poucas décadas atrás. O planeamento familiar, a utilização de anticoncepcionais e mesmo o acesso à esterilização são hoje um dado assente no Direito e na sociedade portuguesa. Assim, a Lei n.º 3/84, de 24 de março de 1984, sobre *educação sexual e acesso ao planeamento familiar* permite a esterilização pura ou voluntária. Para tanto basta que a pessoa tenha mais de 25 anos.⁵⁷³ A *capacidade de gozo de direitos* só se atinge com essa idade, configurando uma “maioridade especial”, sendo que a

⁵⁷² Abby LIPPMAN, Prenatal Genetic Testing and Screening: Constructing Needs and Reinforcing Inequities, *American Journal of Law & Medicine*, VOL XVII NOS. 1&2 1991, in Susan SHERWIN/ Barbara PARISH, *Women, Medicine, Ethics and the Law*, Ashgate, Dartmouth, 2002.

⁵⁷³ Ver ainda a Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/98, de 21 de outubro (aprova o relatório e a o plano de ação integrado para a educação sexual e planeamento familiar) e a Lei n.º 12/2001, 29 de maio (que regulamenta a utilização da pílula do dia seguinte).

correspetiva menoridade não admite representação, nem legal, nem voluntária.⁵⁷⁴ Dentro do domínio da saúde reprodutiva, o acesso aos testes pré-natais e a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez por indicação fetopática estão também assegurados.

Por seu turno, a CDHBio apenas dedica um artigo à problemática da medicina da reprodução: o art. 14.º, segundo o qual: “Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, *salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.*” Deste texto resultam duas normas. A primeira proíbe a escolha do sexo da criança através das técnicas de PMA; a outra, *implícita*, consiste na afirmação da legitimidade de “evitar graves doenças hereditárias através das técnicas de procriação medicamente assistida.”

Em suma, a decisão eugénica passou agora das mãos do Estado-legislador para a Sociedade e para as Famílias. Estas têm hoje acesso a técnicas médicas de consulta pré-concepcional, de diagnóstico pré-implantatório e pré-natal que lhes permitem evitar o nascimento de descendência com doenças graves. Ou seja, do eugenismo público passou-se ao *eugenismo privado*⁵⁷⁵ e este poderá ser bem mais profundo...

A medicina oferece meios de evitar o sofrimento e a “vida sem qualidade.” A sociedade aceita e *reclama* este direito

⁵⁷⁴ Lei n.º 3/84 – art. 10.º: “1. A esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma, bem como a identidade e a assinatura do médico solicitado a intervir. 2. A exigência do limite de idade constante do n.º 1 é dispensada nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica.”

O anterior Código deontológico estava em contradição com a lei, tendo causados graves danos a algumas pessoas, sobretudo mulheres, que sendo casadas e querendo a esterilização, eram impedidas de o fazer pelo facto de alguns diretores de serviço em hospitais públicos imporem ilegalmente as suas convicções ideológicas, segundo as quais a mulher deveria ter a autorização do marido para levar cabo a esterilização. Corretamente, o Código Deontológico em vigor permite (art. 66.º, n.º1) essa intervenção “*a pedido do próprio e com o seu expresso e explícito consentimento pleno.*”

⁵⁷⁵ Cf. Jean-Noël MISSA/ Charles SUSANNE (Éds.), *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, Bruxelles, De Boeck, 2001. Cf. ainda Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, 2006 e Luísa NETO, *Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o Direito*, Universidade do Porto, 2010, p. 36.

ao controlo da saúde da descendência. O Direito acompanha e enquadra, com dificuldades e debates éticos difíceis, esta realidade.

É neste quadro de fundo – é perante esta “consciência jurídica geral” – em que os casais contam com o apoio logístico e financeiro da sociedade (vejam-se as consultas de DPN), que o jurista deve olhar para as desafiantes ‘ações relativas ao nascimento’.

22. As ações de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*

O Direito da Medicina tem no direito à *reparação pelo dano injustificado* uma das suas expressões fortes.⁵⁷⁶ Neste quadro, o surgir de ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva vem sendo um dos desafios mais importantes para os juristas do nosso tempo. Debrucemos agora a nossa atenção sobre esse tema.⁵⁷⁷

22.1. Wrongful Conception e Wrongful Birth

As ações de *wrongful conception* e de *wrongful birth* têm um aspeto em comum: em ambas os *progenitores* são os Autores do processo (ao contrário das ações de *wrongful life*, em que é a criança nascida a Autora). Os Réus são os médicos (obstetras, médicos de família, geneticistas, imagiologistas, ou outros envolvidos na medicina pré-natal ou pré-concepcional)

⁵⁷⁶ Art. 24.º da Convenção de Oviedo: “A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.” Este artigo deve ser mobilizado em sede de responsabilidade civil por atividade médica, designadamente no âmbito do *wrongful life*, segundo Ewoud HONDIUS, “The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment.” in GEVERS/HONDIUS/ HUBBEN, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005, p. 105 ss.

⁵⁷⁷ Segundo as informações de direito comparado constantes em Von BAR, *Lia. Dam.*, p. 347-355, regra geral, os danos resultantes de *wrongful conception* são ressarcidos no direito continental, com a exceção de decisões dos tribunais da Hungria e, na Áustria, a decisão do OGH 14/9/2006 (JBI 2007, 171). Já na Common Law, tem-se assistido a alguma resistência a estas ações. Relativamente aos casos de *wrongful birth*, há uma grande variedade de orientações, mas uma tendência geral de ressarcibilidade dos danos, especialmente das despesas extraordinárias de uma criança deficiente e pelos danos morais da lesão da autonomia reprodutiva. Finalmente, no que respeita ao *wrongful life*, as divergências entre países e mesmo dentro do mesmo país são muito profundas, mas prevalece a tese que nega o direito à indemnização.

ou mesmo a indústria farmacêutica ou de dispositivos médicos, no caso de concepção indesejada.

Todavia, nas primeiras, o filho nasce saudável, mas a concepção não fora desejada e, como tal, o nascimento também não. Nestes casos, os progenitores demandam o médico em virtude do nascimento de uma criança sã na sequência, por exemplo, de uma esterilização falhada. Estes casos relacionam-se com o problema da revelação dos riscos em operações *d'agrément* (vasectomia, laqueação de trompas), face às quais existe um alargado dever de esclarecer os riscos, designadamente do risco de ineficácia da esterilização. A violação do direito à autodeterminação da maternidade, a função sancionatória da responsabilidade civil e a teoria da diferença (art. 562º CC) justificam que os pais tenham o direito a exigir uma indemnização pelos danos. Há, pois, um crescente consenso de que as demandas dos pais relativas a uma criança nascida após uma *concepção indesejada* devem obter procedência,⁵⁷⁸ ao menos numa certa medida.

Nas acções de *wrongful birth*,⁵⁷⁹ a concepção é desejada; contudo o nascimento é indesejado pelo facto de a criança ser portadora de deficiências ou malformações graves. Nestes casos, portanto, nasce uma criança com graves deficiências ou severas malformações e os pais foram impedidos de exercer a faculdade de interromper a gravidez. *Rectius*, em virtude de falta de informação sobre o diagnóstico pré-natal, dá-se o nascimento de uma criança deficiente, que de outro modo não nasceria, porque a mãe teria exercido a

⁵⁷⁸ Os tribunais ingleses aceitam a responsabilidade por *wrongful conception*: em *Eyre v. Measday* [1986] 1 All ER 488 (CA); *Thake v. Maurice*, [1986] 1 All ER 497 (CA); *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1984] 3 All ER 1044 (CA) e *Walkin v. South Manchester Health Authority*, [1995] 4 All ER, 132 (CA). Neste último caso, onde Auld, LJ afirma: “The question is whether the negligence causing the unwanted pregnancy, gave rise to a claim for damages, i.e. *the costs of bearing the child*. In my view, it clearly did.”

Na Alemanha, o BGH, na decisão de 25/03/2003 (AZ: VI ZR 131/02) indemnizou o pai – não casado com a mulher grávida – pelos danos decorrentes de uma falha na esterilização da sua namorada. Este progenitor está assim no âmbito de protecção dos deveres contratuais assumidos pelo médico com a sua paciente.

⁵⁷⁹ “Nascimento indevido” na terminologia de Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, p. 84. A nomenclatura em língua alemã (*Schaden der Eltern*) é a nosso ver mais expressiva –cf. Sabine HAUBERICH, *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Springer, 2000; HIRSCH, *Arzthaftung bei Fehlgeschlagener Familienplanung*, Manz, Wien, 2002, p. 7.

faculdade de interromper a gravidez, com base na indicação fetopática.⁵⁸⁰ Os danos que se alegam em tal tipo de ações incluem danos patrimoniais e danos não patrimoniais.⁵⁸¹

Estes pedidos têm vindo a merecer acolhimento por parte dos tribunais em vários países europeus e da América do Norte,⁵⁸² embora a natureza do dano e os danos indemnizáveis sejam ainda bastante discutíveis.⁵⁸³

A doutrina e a jurisprudência nacionais inclinam-se para aceitar estas demandas.⁵⁸⁴ Assim, o Ac. STA, 26/6/2009 (Pais Borges) decide um caso de *wrongful conception*, tendo mantido a condenação da primeira instância no valor de €5000 pelo dano de a mulher ter suportado uma gravidez, um aborto espontâneo e subsequente raspagem uterina.⁵⁸⁵ O STA coloca

⁵⁸⁰ Art. 142.º, n. 1, al. c) do Código Penal.

⁵⁸¹ Na terminologia inglesa: “pain and suffering”, “emotional distress”, “loss of consortium”, “loss of wages”, “medical expenses e “costs of raising a child.” Cf. ainda KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 1553. ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 381.

⁵⁸² As ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* têm como pressuposto a possibilidade de interrupção da gravidez não punível, por indicação fetopática. Em países, como o Brasil, em que tal prática é criminalizada, não se pode obter ganho de causa. Aí, a medicina pré-natal (ecografias, análises clínicas, testes genéticos, etc.), a ser realizada, apenas tem como escopo informar os pais acerca das características da criança e, em casos contados, proceder a intervenções terapêuticas sobre o feto. A opção de interromper a gravidez não se coloca.

⁵⁸³ Cf. Barbara STEININGER, “Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions”, *JETL*. Volume 1, Issue 2, p. 125–155; Anastasios MORAITIS: “When Childbirth Becomes Damage: A comparative Overview of “Wrongful birth” and “Wrongful life” Claims, *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 37-58; Albert RUDA: “I Didn't Ask to be Born': Wrongful Life from a Comparative Perspective”, *JETL*, vol. 2, no. 2, 2010, p. 204-241.

⁵⁸⁴ Cf. na bibliografia nacional mais recente: Carlos MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 218; PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer?”, *RLJ*, ano 134.º, n.º 3933, Paulo MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, 2008, p. 738 ss., nota 2095, em especial p. 747-748; Manuel CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano?,” *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2008, Ano 68 –Vol. I –Jan. 2008; Vera RAPOSO, “As Wrong Actions no Início da Vida (*Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life*) e a Responsabilidade Médica, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010, p. 61-101; Luís Duarte MANSO, *O Consentimento Informado no Diagnóstico Pré-Natal*, polic., FDUC, 2011.

⁵⁸⁵ Após ter sido aconselhada a realizar uma esterilização durante a cesariana e ter dado o seu consentimento escrito para a mesma intervenção, os médicos decidiram não proceder à dita esterilização. Mas nunca informaram a lesada de que haviam optado por não realizar a esterilização. Consequentemente, a lesada veio a engravidar novamente alguns meses depois.

em evidência os danos à *personalidade da mãe* (o seu direito à informação, o direito à autodeterminação da maternidade e o dano à integridade física causado pela gestação, pelo aborto espontâneo e consequente operação de raspagem uterina) e não um eventual dano da existência (ainda que em mera fase intrauterina) da criança ou do feto. Parece-nos uma decisão bem fundamentada e conforme ao sistema jurídico. Com efeito, a doutrina dominante aceita as ações de “concepção indevida”, advogando a indemnização quer dos danos patrimoniais resultantes da educação de uma criança cuja concepção não foi desejada, quer mesmo os *danos não patrimoniais* da lesão do direito à *autodeterminação (negativa) da maternidade*.

Por seu turno, o Ac. da Relação de Lisboa, de 10/1/2012 (Rui Vouga) concede uma indemnização por *wrongful birth*. Aí se afirma que “sendo o Réu o médico especialista de ginecologia-obstetrícia que efetuou as quatro ecografias obstétricas à Autora, mas cujos relatórios nunca referiram qualquer das malformações detetadas após o nascimento da respetiva filha, nem sequer a ausência nesta do membro inferior esquerdo, e tudo isto apesar de, quer as malformações, quer a ausência de membro inferior esquerdo, serem suscetíveis de ser detetadas (segundo o estado de evolução da medicina e com recurso aos equipamentos médicos disponíveis) nas ecografias obstétricas efetuadas pelo Réu à Autora, tal obriga a concluir que o Réu/médico atuou com *negligência, não observando, como podia e devia, o dever objetivo de cuidado que sobre ele impendia*, em violação das *leges artis* por que se regem os médicos, sensatos, razoáveis e competentes.” Em segundo lugar, o tribunal considerou existir “*nexo de causalidade* entre a *conduta ilícita e culposa do Réu/médico ao omitir a detecção*, nos quatro exames ecográficos que efetuou à Autora, durante a gravidez desta que culminou no nascimento, com vida, da Autora C, da inexistência, no feto, do membro inferior esquerdo e ao omitir a consequente prestação desta informação clínica aos pais do nascituro – e o *dano moral sofrido pelos Autores/Apelados ao verem-se inesperadamente confrontados, no momento do parto, com uma filha nascida sem o membro inferior esquerdo*.”

Conclui o aresto que, “desde que a lei penal vigente no país autorizava os pais da criança a interromper a gravidez, ante a previsão segura de que ela iria nascer sem uma perna, não pode deixar de concluir-se que o médico ecografista que, com violação das *leges artis*, não detetou essa malformação congénita incurável e, como tal, não informou tempestivamente

os pais desse facto, assim obstando a que eles exercessem o seu indeclinável direito de fazer cessar aquela gravidez, *está constituído na obrigação de indemnizar os pais de todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial que eles não teriam sofrido se tivessem logrado obstar ao nascimento com vida da sua filha.*”⁵⁸⁶

O Tribunal da Relação de Lisboa vai ainda mais longe e – extravasando o caso *sub judice*, ou seja, em *obiter dicta* – defende que os danos patrimoniais também são ressarcíveis, bem como o dano moral de ver a filha limitada para o resto da sua vida.⁵⁸⁷

Assim, o tribunal parece associar-se à doutrina que defende a compensação dos danos reflexos ou danos *par ricochet*, que explicámos *supra*. Segundo, parece estar implícito nesta afirmação do Tribunal da Relação de Lisboa um juízo de valor negativo sobre a vida ou sobre a qualidade de vida desta criança, o que nos parece atentar contra a *dignidade da pessoa humana deficiente*.

⁵⁸⁶ No mesmo sentido, o Ac. Relação do Porto, 1/3/2012 (Filipe Carço) condenou um médico radiologista pelos danos derivados do nascimento de uma criança com graves malformações, considerando que *o médico teve culpa na execução do exame radiológico*. Em sumário escreveu: “V –Age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto às 12 e 19 semanas de gestação e elabora os correspondentes relatórios fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer, às 38 semanas, com síndrome polimalformativa e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal. VI –O erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu *direito à autodeterminação*, enquanto *direito de personalidade*, pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes.”

⁵⁸⁷ Afirma o Ac.: “caso os AA. não tivessem deixado deserto o recurso subordinado que chegaram a interpor da sentença, certo que o Tribunal da Relação condenaria o R. a indemnizar os AA./Apelados de todos os prejuízos de *índole patrimonial* e atribuiria a estes uma indemnização por *danos não patrimoniais* de montante muito superior à arbitrada na sentença recorrida (apenas de €7.500 a cada autor), cujos parâmetros se circunscreveram, exclusivamente, *ao dano não patrimonial consubstanciado no choque psicológico causado pelo facto de os AA. terem sido surpreendidos, só no momento do parto*, com o facto inesperado de a sua filha não ter membro inferior esquerdo, *descurando, indevidamente, aquela outra dimensão do dano moral traduzida na dor sofrida pelos Autores A e B devido ao facto de a filha ficar limitada para o resto da sua vida em vários aspetos.*”

A nosso ver, no plano do dano não patrimonial dos pais, apenas se deverá atender à compensação pelas dores e incómodos causados pela gravidez e pelo parto e pelo “*choque*” do nascimento de um bebé com características diferentes das esperadas. Nenhum dano moral deve ser atribuído pela existência de uma pessoa deficiente, pois esse dano – embora possa existir no plano *psicológico* – não “merece a tutela do direito” (art. 496.º, n.º1 CC). Com efeito, uma solução que afirmasse o desvalor da vida deficiente estaria em contradição com toda uma panóplia de legislação, incluindo a Convenções das Nações Unidas – *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* – com vista à proteção da pessoa deficiente e o combate à sua discriminação...⁵⁸⁸

Expondo com mais detalhe o nosso pensamento sobre a compensação de danos não patrimoniais em sede das ações de *wrongful conception* e de *wrongful birth*:

A sociedade moderna afirmou o direito à autodeterminação da maternidade, quer promovendo os métodos de controlo da natalidade, quer descriminalizando a interrupção da gravidez. Ainda assim, é indubitável que pertence à *ordem pública* do direito português, o princípio da dignidade humana e o dever de proteção da vida humana, incluindo a vida intrauterina.

Sendo sabido que o direito à vida, previsto no art. 25.º CRP, não consagra uma imposição de criminalização da interrupção da gravidez, no caso de o abortamento ser feito a pedido da mulher, sem exigência de qualquer indicação (adoção do modelo dos prazos, pela Lei n.º 16/2007, de 17 de

⁵⁸⁸ Portugal depositou, na sede das Nações Unidas, os instrumentos de ratificação da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Opcional* no passado dia 23 de setembro de 2009. Com este depósito Portugal passa a ser Estado Parte da Convenção e a integrar o conjunto de países que se comprometem a aplicar a Convenção e a ser avaliado pelo Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Este é um passo muito importante para garantir às pessoas com deficiência o pleno gozo e exercício dos seus direitos e a sua participação na sociedade. A Convenção é também um programa de ação para *combater a discriminação com base na deficiência*.

Para mais desenvolvimentos, *vide* Helena PEREIRA DE MELO, *Implicações jurídicas...*, p. 156 ss. Concordamos com a conclusão da Autora, no sentido de – na esteira de Dworkin – “considerarmos dever o Estado adotar medidas que permitam compensar a situação de desfavor em que se encontram alguns cidadãos por serem portadores de características que não escolheram nem por vezes podem alterar e que são negativamente valoradas pela sociedade a que pertencem.”

abril),⁵⁸⁹ resulta também claro que compete ao Direito acarinhar a infância, a maternidade e a paternidade (arts. 68.º e 69.º CRP).⁵⁹⁰

Daqui resulta que a compensação por “*danos morais*” pelo facto de *ter um filho* saudável (ou deficiente) deve ser *rejeitada*,⁵⁹¹ por não “*merecer a tutela do direito*” – requisito legalmente consagrado no art. 496.º, n.º 1 CC.⁵⁹²

É importante reforçar este aspeto. O Direito (dos danos não patrimoniais) mantém a sua autonomia face à Sociologia e à Psicologia. Isto é, o sofrimento psicológico é um *requisito necessário* para que o Direito conceda uma compensação, mas não é um *requisito suficiente*. Há ainda que realizar uma ponderação axiológica que compete ao Direito e que deve considerar o sistema jurídico na sua globalidade (princípio da unidade do sistema jurídico), incluindo os comandos constitucionais e as vinculações internacionais, o que significa que o combate contra a discriminação das pessoas com deficiência também passa pela interpretação do art. 496.º, n.º 1 CC,⁵⁹³ significa, por outro lado, que o juízo ético-jurídico sobre o valor da vida humana passa também por afirmar que o

⁵⁸⁹ Cf. os Ac. TC n.º 25/84 (Guilherme da Fonseca); Ac. TC n.º 85/85 (Vital Moreira); Ac. TC n.º 288/98 (Luís Nunes de Almeida); o Ac. TC n.º 617/2006 (Fernanda Palma) e, sobretudo, pronunciando-se, de forma muito fundamentada, sobre a *não inconstitucionalidade* da Lei da IVG agora em vigor, o Ac. n.º 75/2010, de 23/2/2010 (Sousa Ribeiro).

⁵⁹⁰ Afirma o n.º 2 do art. 68.º: “A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”

⁵⁹¹ No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional alemão considerou que à face da lei fundamental *a existência de uma criança não pode ser qualificada como um dano* –Cf. João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, Vol. II, p. 815.

⁵⁹² Em sentido próximo, SOARES PEREIRA, *A responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*, p. 299, afirma: “se é indubitável que o nascimento de uma criança comporta alterações no equilíbrio e no estilo de vida dos progenitores, também o normal é que tal nascimento consubstancie uma ocasião de alegria na própria família. É certo que os progenitores têm direito a uma paternidade consciente e responsável. Mas repugna a consideração do nascimento de um filho como dano, *especialmente como não patrimonial*.”

⁵⁹³ Paulo MOTA PINTO, *Interesse...*, p. 751 apenas exclui o direito à compensação por danos não patrimoniais, no caso do nascimento de uma *criança saudável*. Esta distinção, esta *discriminação* entre crianças saudáveis e crianças deficientes, podendo embora ter boa fundamentação sociológica e psicológica, repugna do ponto de vista axiológico e jurídico, pelo que não merece o nosso acolhimento. Antes, toda a vida humana nascida goza de *dignidade plena* e a sua existência não pode ser, em si mesma, considerada um dano.

nascimento de uma criança saudável não constitui um prejuízo moral.⁵⁹⁴

O que pode *merecer a tutela do direito* é a violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, designadamente o direito a ser informada(o) de que o método anticoncepcional não é absolutamente eficaz (seja uma vasectomia, uma ligadura de trompas, contraceção oral ou outro método), ou da impossibilidade de exercer a faculdade de interromper a gravidez,⁵⁹⁵ nos casos previstos na lei.

Ou seja, aceitamos uma ação por *wrongful conception* ou por *wrongful birth* mas os danos têm que estar intimamente ligados com a *personalidade dos progenitores*⁵⁹⁶ e não com a

⁵⁹⁴ Sem que isso contradiga a faculdade de interromper a gravidez a pedido da mulher grávida até às 10 semanas.

⁵⁹⁵ A Polónia foi condenada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por tratamento cruel e desumano num caso que envolveu uma recusa, de facto, de levar a cabo o aborto por malformação do feto, dentro dos prazos previstos na lei (Application no. 27617/04). Cf. Filomena GALLO, *ECHR condemns Poland for treating a woman inhumanely by denying her a prompt diagnosis and abortion*. A cidadã polaca, após fazer testes pré-natais que revelavam a existência de malformações, procurou instituições hospitalares para fazer uma amniocentese. Vários médicos recusaram esse procedimento favorecendo alternativas inadequadas. Quando finalmente conseguiu fazer a amniocentese e pôde verificar que o feto era portador de síndrome de Turner, já tinha passado o prazo legal (24 semanas) para interromper a gravidez por malformações, tendo, portanto, a gravidez sido levada até ao fim. A cidadã recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, alegando a violação dos artigos 3.º, 8.º e 13.º da CEDH. O tribunal considera que a Polónia (através do seu sistema de saúde) levou a cabo uma violação do art. 3.º (tratamentos desumano e degradantes) e 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar). O Tribunal de Estrasburgo afirmou: “[member] states are obliged to guarantee unhindered access to antenatal information and tests, and that the doctors in question caused this vulnerable woman “prolonged and painful anxiety” with regard to her baby’s health, “humiliating [and] treating her unkindly”.

Cf. ainda Magdalena KANCLER, *To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context: Recent Polish and Irish Case law Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception*, vol. 13.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2009), <<http://www.ejcl.org/131/art133-5.pdf>>.; no mesmo sentido, Anne MORRIS / Severine SAINTIER, “To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions”, *Medical Law Review*, Oxford, vol. 11, no 2, Summer 2003, p. 167-193.

⁵⁹⁶ Elena BARGELLI “Italy”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2010*, De Gruyter, 2011, p. 311 informa-nos que a Cassazione a 4 de janeiro de 2010 (n.13) decidiu um caso de wrongful birth. No plano das indemnizações concedidas figura, €200 por mês para os pais (dano patrimonial) até a criança atingir os 30 anos, a que acresce a quantia de €30.000 para cada pai pelo sofrimento e €200.000 para cada progenitor

existência do filho, pois tais danos não “merecem a proteção do direito” (art. 496.º, n.º1 CC), no sentido em que tal compensação seria uma afronta à ordem pública portuguesa.⁵⁹⁷

Mais concretamente, julgamos ressarcível, pelo lado dos pais, o “dano não patrimonial da falta de autodeterminação da maternidade”, mas já não é sustentável a ordem jurídica premiar um juízo de valor como o que está ínsito no suposto “dano não patrimonial resultante do facto de o descendente sofrer da deficiência”. E não nos parece que se possam confundir.

Já os *danos patrimoniais* devem ser compensados nos termos gerais do direito civil, isto é, seguindo a *teoria da diferença*, consagrada no art. 566.º, n.º 2 CC. Assim, seguindo a síntese de Ulrich Magnus, a maioria das opiniões nos diversos países vai no sentido de que as ações de *wrongful birth* o autor deveria ter o direito a receber uma compensação pelo sustento (*full maintenance*), incluindo os custos adicionais de educar uma criança deficiente.⁵⁹⁸

Não estamos isolados na preocupação em discernir com exatidão quais os danos que se podem indemnizar. Para tanto vemos a evolução da jurisprudência na Polónia e na Áustria.

Na Polónia gerou-se um forte debate em torno do *wrongful birth* e *wrongful life*. Num caso, a mulher foi violada e engravidou, mas foi-lhe ilegitimamente recusada a prática de um aborto pelo seu hospital e acabaria por dar à luz uma criança saudável. Em casos anteriores, o Supremo Tribunal

pelo “dano esistenziale”, e ainda um montante de €100.000 pela perda de rendimentos. Temos dúvidas em subscrever a qualidade e o montante do referido ‘dano esistenziale’, se este indiciar uma valoração negativa sobre a existência do filho (com deficiência). Já o admitiríamos, embora não num valor tão elevado, se visasse ressarcir o dano da violação de um direito ancorado na personalidade dos progenitores.

⁵⁹⁷ Cf. art. 81.º, n.º 1, e art. 280.º, n.º2 (este último embora previsto para o objeto do negócio jurídico se deve entender aplicável, com as necessárias adaptações, a outros domínios do Direito Civil, designadamente à responsabilidade civil).

⁵⁹⁸ Ulrich MAGNUS, “Comparative Report”, in Ulrich MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer, 2001, p. 206-207.

No caso de *wrongful birth* (*Salih v. Enfield HA* [1991]3 All ER 400 (CA)) o juiz Butler-Sloss LJ afirmou: “The consequences of the birth of the child are permanent disability for the child and a major burden on the shoulders of the parents. There can be no doubt that they love their child dearly but he presents for the whole family problems, which they did not choose and would have preferred not to be faced with. *The defendants have to compensate the parents for the costs of the special needs of the child.*” Ou seja, condenou no pagamento de danos patrimoniais.

polaco havia já afirmado que uma criança saudável não tem direito a receber qualquer indemnização mas *reconhecia à mãe o direito de receber uma indemnização por danos patrimoniais* resultantes da recusa ilegítima da prática do aborto.⁵⁹⁹ O caso voltou ao Supremo Tribunal para determinar o montante dos danos indemnizáveis e em particular se os danos deveriam incluir um montante que representasse o valor de “alimentos” que o pai biológico (incontactável e não conhecido) deveria pagar caso fosse detetado. O tribunal decidiu que o réu é responsável pelos custos de educação da criança na medida em que a mãe não os possa suportar. *A argumentação do tribunal sugere que o dano não é o nascimento em si, relativamente aos quais a queixa natural seria da criança, mas os custos económicos de criar e educar a criança que os pais têm que suportar.*⁶⁰⁰

Alguns autores têm vindo a chamar à atenção – nos casos típicos de *wrongful birth/ life* em que a criança nasce com deficiências – que é um erro pensar no dano da “vida deficiente”, mas que se deveria falar dos “custos da deficiência”. Com efeito, este caso mostra à evidência que é esse raciocínio que prevalece quer a criança nasça com deficiência, quer não. O dano em ambos os cenários é simplesmente o *custo da vida*, não a vida em si mesma.⁶⁰¹ É exatamente nesta linha de pensamento doutrinal que nos inserimos!

⁵⁹⁹ Ewa BAGIŃSKA, “Poland”, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law* 2004, p. 462.

⁶⁰⁰ Num primeiro caso de 2005, o Tribunal de Cassação polaco cassou a decisão do Tribunal de Apelação e pela primeira vez aceitou um pedido de *wrongful birth*, baseado no direito dos pais a planearem a sua família. A mãe havia visto recusado um aborto que poderia legalmente levar a cabo, em virtude de doença congénita do feto. Não se concedeu uma indemnização pelo nascimento da criança, mas sim pelo *custo adicional de educar e criar a criança deficiente*. Entendeu-se que a criança não tem direito a não nascer e portanto não tem direito a uma indemnização por danos patrimoniais. Assim, embora o Supremo Tribunal não tivesse que se pronunciar diretamente com uma demanda proposta pela criança, a sua argumentação parecia diminuir a probabilidade de os tribunais polacos aceitarem, no futuro, um pedido de *wrongful life*. –Cf. Ewa BAGIŃSKA, Poland, *European Tort Law* 2005, p. 457; Ewa BAGIŃSKA, Poland, *European Tort Law* 2006, p. 384 e ainda Ewa BAGIŃSKA, “The liability for wrongful conception and wrongful birth in Polish law”, *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 10, 2008.

⁶⁰¹ Cf. Barbara STEININGER, “Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions”, *JETL – Journal of European Tort Law*. Volume 1, Issue 2, p. 125–155.

Tal argumentação poderá explicar por que razão, num outro caso de *wrongful birth*, desta vez envolvendo uma criança deficiente, o Supremo Tribunal austríaco (OGH 7/3/2006) concedeu uma indemnização à mãe relativamente a *todos os custos de educação da criança* e não apenas os custos adicionais derivados da deficiência da criança.

Ainda em 2006, na Áustria, o *Oberster Gerichtshof* (OGH) considerou pela primeira vez o caso dos custos de educação de uma criança saudável nascida após uma esterilização mal sucedida.⁶⁰² Concluiu que *o nascimento de uma criança saudável, embora indesejada, não pode ser considerado como um dano*, embora o tribunal pudesse, por hipótese, conceder uma indemnização pelos custos de manutenção da criança que resultassem num *peso financeiro extraordinário* para os pais, o que não acontecia no caso *sub judice*.⁶⁰³

E em 2011, vem acentuar esta tese, considerando que, embora o nascimento de uma criança (saudável) não possa ser visto como um dano, a indemnização pelos *danos patrimoniais* decorrentes da educação de (neste caso duas crianças) não conflitua com a ordem pública, uma vez que *essa indemnização vai providenciar uma melhor vida para a criança e para a família*.⁶⁰⁴

⁶⁰² Barbara STEININGER, Austria, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law* 2006, p. 74.

⁶⁰³ Finalmente, escreve STEININGER, *Wrongful Birth and Wrongful Life, JETL*, o outro lado da moeda, sobretudo para quem veja estes casos como uma aplicação dos princípios da autonomia reprodutiva, pode ser detetado num caso que foi decidido pelo Supremo Tribunal da República Checa, relativo à deterioração de esperma congelado. O esperma foi danificado e o dador já não tinha capacidade para conceber, pelo que o tribunal concedeu uma indemnização pela violação do direito à *capacidade reprodutiva*. Ao contrário dos casos de *wrongful conception* em que a mãe concebe sem querer, aqui o casal quer procriar e não pode. Trata-se do mesmo interesse – a autonomia reprodutiva – que é infringido. (Nejvší soud České republiky, 22/06/2006. Cf. J. HRÁDEK, Czech Republic, *European Tort Law* 2006, 140).

⁶⁰⁴ Barbara STEININGER, Austria, Ken OLIPHANT/ BARBARA STEININGER, *European Tort Law* 2011, p. 37 ss..

22.2. As ações de Wrongful life ou (*diminished life*)

As “*wrongful life actions*” (*Schaden des Kindes*)⁶⁰⁵ são intentadas pela *criança* que demanda o médico pedindo uma indemnização por danos emergentes do seu nascimento, com o fundamento de que se não tivesse havido uma atuação negligente do demandado não teria nascido, pois a sua mãe teria recorrido à interrupção voluntária da gravidez.

Trata-se de casos de crianças nascidas com deficiências mentais ou físicas graves que tornariam, à luz da lei portuguesa e da maioria dos países europeus e da América do Norte, justificada a interrupção da gravidez por *indicação fetopática*. O médico não causa a malformação, antes *não informa* (a mãe) das malformações.⁶⁰⁶ Isto pode acontecer de três modos: primeiro, o médico não informou (ou informou deficientemente) os progenitores da possibilidade de a criança vir a padecer de uma doença congénita grave; segundo, pode haver negligência na seleção de um embrião para implantação no processo de procriação assistida (diagnóstico pré-implantação); e terceiro, o médico não avisa a mãe de que o feto sofre de uma malformação grave.⁶⁰⁷

Quando confrontados com estas inquietantes demandas, que entendemos melhor compreendidas pela expressão *diminished life*⁶⁰⁸, os tribunais ingleses⁶⁰⁹, alemães⁶¹⁰ e

⁶⁰⁵ Cf. HIRSCH, *Arzthaftung bei Fehlgeschlagener Familienplanung*, p. 219.

⁶⁰⁶ Distinto é o caso de danos causados ao feto na fase pré-natal, a que já nos referimos *supra*. Podemos ainda refletir sobre ações propostas por uma *criança clonada* – cf. Fernando ARAÚJO, *A Procriação assistida...*, p. 98 e João LOUREIRO, “Protocolo Adicional – Comentários Finais”, in: *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003 p. 198.

⁶⁰⁷ KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 1530.

⁶⁰⁸ Na feliz expressão de J.K. MASON/ G.T. LAURIE, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 8th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 358. Com efeito, como procuraremos fundamentar, partilhamos da opinião segundo a qual não está tanto em causa indemnizar uma vida (que poderia não ter nascido), mas antes compensar o sofrimento que uma vida com dores, sofrimentos e necessidades de cuidados médicos permanentes acarreta. Os autores consideram que a tese tradicional que nega a indemnização por *wrongful life* está enviesada por raciocínios formalísticos que desprezam o sentido de justiça e aderem (p. 363) à tese mais moderna que aceita a indemnização pelos danos causados pela “*diminished life*”. Afirmam os autores (p. 367): “We favour abandoning the principle of wrongful life in favour of “*diminished life*”, that is, the actual suffering that has been caused. Uma outra autora inglesa, Emily JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, Materials*, Second Edition, Oxford: Oxford

americanos e franceses tendiam, em regra, a rejeitar a pretensão indenizatória – apresentada pela criança contra o médico⁶¹¹ –

University Press, 2010, p. 759 entende que a jurisprudência inglesa poderá evoluir no sentido de aceitar as ações de *wrongful life*.

⁶⁰⁹ Cf., desenvolvidamente, KENNEDY/ GRUBB, *Medical Law*, p. 1535 ss. No que respeita ao não ressarcimento dos danos de *wrongful life*, veja-se a decisão do caso *McKay v. Essex AHA* [1982] 2 All ER 771 (CA), na qual Ackner LJ afirma: “I cannot accept that the common law duty of care to a person can involve, without specific legislation to achieve this end, the legal obligation to that person, whether or not in utero, to terminate his existence. The disabilities were caused by the rubella, not by the doctor and the complaint is that she was allowed to be born at all, given the existence of her prenatal injuries. The compensation must be based on a comparison between the value of non-existence and the value of her existence in a disabled state. *No comparison is possible* and therefore no damage can be established.”

⁶¹⁰ Os casos em que o feto sofre de doenças ou de deformações congénitas, e em que a criança acaba por nascer, uma vez que não se recorreu à interrupção lícita da gravidez, têm sido decididas pelos tribunais alemães nos seguintes moldes: a criança nascida *não* tem direito a indemnização com o fundamento da “*wrongful life*”; neste sentido, BGH *NJW* 1983, 1379 (*Rötelfall*) e *NJW* 1984, 658 (*Mongoloidenfall*). Contudo, o BGH admitiu um direito à indemnização dos pais, na medida em que tiverem obrigações alimentares superiores às normais por virtude das diminuições da criança, para os casos em que o médico, culposamente, não se apercebeu do estado do feto e, por isso, não deu aos pais a possibilidade de se decidirem a favor da interrupção da gravidez. Nos casos de *wrongful birth*, devido a esterilização falhada, devida a negligência médica, os tribunais alemães também têm concedido uma indemnização pelas obrigações alimentares a que os pais ficam sujeitos (HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 301, em nota).

⁶¹¹ Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, p. 84, dá conta ainda de ações interpostas pelo filho contra um ou ambos os progenitores, “com fundamento numa procriação levada a cabo contra a indicação médica ou contra o aconselhamento genético, ou com fundamento em negligência, quer durante a gravidez – por exemplo, pelo facto de a mãe se ter drogado durante aquele período ou mesmo antes dele, invocando-se a “*actio libera in causa*”, ou por ter recusado tratamentos médicos indispensáveis, ou por ter corrido os riscos de prosseguir numa medicação potencialmente teratogénica, causando lesões no feto, transmitindo ao recém-nascido as sequelas da toxicod dependência ou sintomas de abstinência, falta de peso, problemas de desenvolvimento, aumento de risco de morte infantil – quer por ocasião do parto (por exemplo, pelo facto de a mãe, contra as indicações médicas se ter oposto ao parto por cesariana, invocando motivos religiosos), sendo que algumas ordens jurídicas têm apresentado, em alternativa a este procedimento indemnizatório ou cumulativamente com ele, as soluções do procedimento criminal, da terapia da droga ou da retirada da custódia do menor.” Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 187, entende que pesa a favor dos pais o exercício de um direito (*direito à liberdade sexual positiva*), argumento que nós subscrevemos sem reservas. No mesmo sentido, Paulo MOTA PINTO,

pelo dano pessoal da criança ter nascido (deficiente) (*diminished life*).

Para alguma doutrina, as demandas propostas pela criança segundo as quais ela não deveria ter nascido, tendo em conta as graves deficiências que tornam a sua vida muito difícil são quase universalmente rejeitadas, dada a repugnância moral inerente a efetuar um julgamento sobre a qualidade de vida de outra pessoa.⁶¹²

Ulrich Magnus afirma que as ações propostas pela própria criança por danos patrimoniais e não patrimoniais não devem proceder, sendo que o argumento principal: “*is that the child cannot base its claim for damages on the ground that it would not have existed had the doctor carefully acted*”. Com efeito, o médico não causou a deficiência, mas apenas não esclareceu os pais da possibilidade de se pôr fim à (sua) vida pré-natal.^{613 614}

Interesse..., p. 745: “apesar de a lei penal admitir em certas hipóteses a interrupção da gravidez, repugna a aceitação de um dever, ou mesmo tão-só de um ónus, de destruição da vida humana em formação.”

Em França, após o *Arrêt Perruche* François TERRÉ, “Le prix de la vie”, *JCP*, n.º 50, 13 décembre 2000, p. 2267, questiona: “Suponhamos que os pais – devidamente informados da malformação do feto – desejam que a criança nasça. *On ne voit plus pourquoi celui-ci ne pourrait pas se retourner contre eux, comme s’ils lui avaient donné la vie alors qu’il ne leur avait rien demandé de tel.*” Gérard MÉMETEAU, “L’action de vie dommageable”, *JCP*, n.º 50 13 décembre 2000, p. 2277, responde que esta interpretação transforma a faculdade de abortar em *obrigação*.

Trata-se de uma matéria muito complexa e que aqui não iremos tratar porque vai para lá do domínio da relação médico-doente e se relaciona com a teoria dos direitos fundamentais (incluindo o direito a constituir família (art. 36.º CRP)) e dos *deveres fundamentais*, sendo esse um tema de Direito da Família e de Direito Constitucional. Sempre diremos, contudo, que – como em muitas áreas da vida social que se relacionam com as situações de marginalidade e de exclusão – que o caminho mais adequado e que tem demonstrado melhores resultados é da via humanista da integração, do apoio social, da criação de incentivos positivos – como a atribuição de subsídios de maternidade dependentes de certas prestações por parte da mulher grávida, a oferta (sem custos para a mulher) da medicina pré-natal e do acesso livre e não discriminatório aos cuidados da maternidade – e não a via da punição ou da sanção, ainda que civil. Não podemos negar, porém, que, em certos casos, as regras da responsabilidade civil não podem deixar de ser aplicadas.

⁶¹² Cf. Bénédicte WINIGER, Helmut KOZIOL, Bernhard A KOCH, Reinhard ZIMMERMANN (ED.), *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Damage*, 2011, p. 958-960, que são críticos da compensação por *wrongful life*.

⁶¹³ Ulrich MAGNUS, “Comparative Report”, in Ulrich MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer, 2001, p. 206-207.

E, contudo, não estará esta linha argumentativa a esquecer a responsabilidade por omissões, prevista no art. 486.º CC? E não estará a obnubilar que os pais *não quiseram assumir esses riscos* e recorreram, em devido tempo, aos serviços da medicina pré-natal?

Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador das *leges artis*) e censurável (negligente), não detectar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador [que não foi “causado” pelo médico] – desenvolve-se e conduz à morte do paciente. Pode o Direito deixar de responsabilizar o comportamento ilícito, culposo e causador do dano morte... *apesar de o médico não ter estado na origem do cancro?* Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico.

A analogia das situações (a omissão do diagnóstico de cancro e a omissão do diagnóstico de malformação fetal) não pode ser obnubilada por formalismos conceptualistas, nem por uma visão cândida que pretende esquecer o movimento de ‘eugenia privada’ que – digamo-lo sem reboço – os casais exigem e que a sociedade apoia.

Neste sentido, e salvo melhor opinião, não procede o argumento de que o médico não pode ser responsabilizado por uma pré-condição do feto. É com vista a obter informação sobre a condição de saúde, incluindo genética, do feto que a ciência tem investido (enormes) recursos na medicina pré-natal! Pelo que, parafraseando Fernando Araújo, certas evoluções da medicina obrigam-nos a assumir consequências no plano do pensamento jurídico. Não mais podemos relegar ao *fado* situações que são controláveis pela medicina pré-natal. Por isso a sociedade investe um esforço considerável nessa especialidade médica; e a mesma sociedade – a “consciência jurídica geral” – reclama que ela seja eficaz. Trata-se, portanto,

⁶¹⁴ Em sentido próximo, *vide* CARNEIRO DA FRADA, A própria vida como dano?, *ROA*, Ano 2008, Ano 68 –Vol. I –Jan. 2008. “a vida deficiente, reitera-se, não radica num qualquer comportamento do médico, mas antes num facto natural (doença, contaminação genética), a que o médico é alheio. (...) Quem apenas não afastou um perigo que ele próprio não ocasionou não lhe pode ser equiparado. *A responsabilidade do médico não pode substituir, nem teórica nem praticamente, a responsabilidade dos pais, nem nivelar-se-lhe.* Não pode transferir-se para o médico aquilo que corresponde à liberdade reprodutiva dos pais e aos seus riscos próprios.”

de uma omissão do dever de cuidado (logo ilícita) e em que se pode assacar um juízo de culpa ao agente médico.

Poderemos agora discutir se os danos patrimoniais e não patrimoniais merecem ou não a tutela do Direito. Mas considerar irrelevante para o Direito a omissão do comportamento devido por um médico especialista, não está conforme às exigências de juridicidade de uma sociedade que promove o avanço científico, o desenvolvimento tecnológico e que glorifica a ‘medicina de ponta.’

Os *danos patrimoniais* vão ter o obstáculo de ultrapassar a visão clássica da teoria da diferença, ou seja, fazer a comparação entre a situação (económica) da criança hoje (despesas de enfermagem, medicina e farmácia; incapacidade para trabalhar e ter um sustento autónomo, apoio de terceira pessoa, etc.) e a situação (económica) em que estaria se não tivesse ocorrido o facto (omissivo) ilícito (o ginecologista ou o radiologista não ter detectado a malformação), ao que se seguiria (presumivelmente) o abortamento por parte da mulher grávida.

Reconhecemos essa dificuldade, a qual não é porém irresolúvel: este é um caso em que se justifica realizar um *juízo de equidade*. Assim, com Paulo Mota Pinto,⁶¹⁵ defendemos que é legítimo comparar as condições vida da criança Autora na ação e as condições de vida de uma criança “normal”. Aí residirá a *diferença*: as despesas *extraordinárias* de educação e sustento da criança deficiente devem ser compensadas; e apenas estas, visto que o custo normal de educação e sustento da criança deve ser imposto sobre os progenitores, que têm obrigações familiares, de acordo com o Código Civil (dever de alimentos aos filhos menores).⁶¹⁶

Vejamus com um pouco mais de pormenor a apaixonante discussão que se vem travando na Europa e entre nós sobre esta matéria.

⁶¹⁵ Paulo MOTA PINTO, *Interesse...* , p. 738 ss., nota 2095, em especial p. 747-748.

⁶¹⁶ Este raciocínio que coloca em equação uma realidade que conhecemos e uma realidade eventual que ficcionamos é realizado diariamente pelos operadores do Direito: assim se calcula o dano futuro, o lucro cessante e o interesse contratual positivo na mais tradicional responsabilidade patrimonial. Com base em expectativas e no normal acontecer da vida em sociedade.

22.3.O ‘*affaire Perruche*’ e a lei anti-*Perruche*

A *Cour de Cassation* (no *Arrêt* de 26/3/1996) veio romper com o entendimento tradicional, ao decidir que “os erros cometidos por um laboratório na pesquisa de anticorpos da rubéola para uma mulher grávida, e pelo médico que não cumpriu a sua obrigação de prestar cuidados atentos e diligentes e ao seu dever de informação e de conselho, estão em *relação causal* com o dano sofrido pela *criança*, que sofre de sequelas neurológicas derivadas da rubéola contraída durante o período intrauterino. Concluiu o Tribunal que *a criança deve ser indemnizada do seu prejuízo.*”⁶¹⁷

Neste mesmo processo, num novo recurso posterior à recusa do Tribunal de Apelação em aplicar esta doutrina, o Tribunal da Cassação, reunido em assembleia plenária (*Cass. Fr., plén.*, 17 novembre 2000), fez jurisprudência que se tornaria histórica, ao afirmar que o Autor (criança com malformações causadas pela rubéola não diagnosticada) « *peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.* » O *Arrêt Perruche* permitiu pela primeira vez, na Europa,⁶¹⁸ ao nível de um tribunal superior a indemnização por *wrongful life*.⁶¹⁹

Este caso deu azo a uma viva discussão no seio da sociedade⁶²⁰ e da ciência jurídica francesas (bem como por toda a Europa),⁶²¹ levantando as questões do eugenismo, do estatuto

⁶¹⁷ Para uma sùmula da matéria de facto, Cf. Catherine PALEY-VINCENT, *La responsabilité du médecin*, 2002, p. 98-100.

⁶¹⁸ Já antes em Israel (no caso *Zeitzoff vs. Katz*) os tribunais haviam concedido uma indemnização à criança pelos danos que sofria em virtude da sua condição de saúde decorrente de um erro culposo no domínio do aconselhamento genético – Cf. J LEVI, “Wrongful life in Israel” 1987, 6 *Med Law*, p. 373 ss. e Amos SHAPIRA, “‘Wrongful life’ lawsuits for faulty genetic counseling: should the impaired newborn be entitled to sue?” (1998), 24 *J Med Ethics* 369 ss.

⁶¹⁹ Cf. Olivier MASSOT, France, in KOZIOL/ STEININGER (Ed.), *European Tort Law 2001*, Springer, 2002, p. 191; Anne-Marie DUGUET, “Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions”, *EJHL*, vol. 9, June 2002, p. 139-149.

⁶²⁰ Cf. Geneviève VINEY, “Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion”, *JCP*, n.º 2, 1 janvier 2001, p. 65 ss. As associações de deficientes viram nesta decisão uma afronta aos seus direitos e uma clara discriminação, constituindo ainda uma pressão social em favor do abortamento dos fetos com deficiências.

⁶²¹ *Vide*, por exemplo, Basil MARKESINIS, “Rélexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche”, *Revue trimestrelle de droit civil*, 2001, p. 77 ss. Cf. ainda as anotações de Espanha, Portugal (por Pinto Monteiro), Grécia e Holanda ao Ac. da *Cour de cassation* de 13 de

das pessoas deficientes e, de algum modo, fazendo repensar o papel e os riscos do diagnóstico pré-natal e a problemática do aborto, sem esquecer a dificuldade, que se começou a notar, em segurar a responsabilidade dos médicos obstetras e especialistas em diagnóstico pré-natal.

Para alguns autores não existe *nexo de causalidade* entre o erro médico e a deficiência, visto que esta resulta da rubéola de que a mãe sofria e não do erro de diagnóstico. Todavia, esta objeção não procede. “O direito civil não exige a demonstração de uma causalidade direta e imediata entre o facto e o dano; basta uma causalidade indireta ou imediata. (...) Mais concretamente, e a título de exemplo: se o médico executa mal o DPN, produz um resultado negativo falso e a grávida leva até ao fim uma gravidez que teria podido interromper – e que teria provavelmente interrompido – pode dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada.”⁶²²

Outros criticam a decisão relativamente ao pressuposto da responsabilidade civil – *dano*; o erro médico impediu a mãe de recorrer à interrupção voluntária da gravidez permitindo o nascimento da criança: o dano “*préjudice de vivre*” afigura-se jurídica e eticamente contestável.

No sentido contrário, alguns autores consideram que o Arrêt tem equidade e não merece qualquer crítica quanto à utilização do art. 1165 do *Code civil* que permite a um terceiro reclamar uma indemnização pela *inexecução de um contrato*⁶²³, nem quanto à aplicação das condições da responsabilidade civil. Estas são, de acordo com a tradição francesa, definidas pela jurisprudência e sob controlo da *Cour de cassation* e, portanto, sujeitas a variações perante a emergência de questões socioeconómicas novas.⁶²⁴ Mas a Cassação assumiria esta

Julho de 2001, in *European Review of Private Law*, vol. 11, 2003, p. 201-234.

⁶²² Guilherme de OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*,² p. 230.

⁶²³ No direito português, poderíamos lançar mão da figura do contrato com eficácia de Proteção para terceiros. Sobre a figura, em geral, vide SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por Informações Face a Terceiros”, *BFD* 73 (1997), 35-60; para uma proposta de aplicação desta figura a este caso particular, vide PINTO MONTEIRO, *European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º 2, 2003, p. 220 ss.

⁶²⁴ Pierre-Yves GAUTIER, “‘Les distances du juge’, à propos d’un débat étique sur la responsabilité civile”, *JCP*, n.º 2, 1 janvier 2001, p. 66 ss, entende que a existência do dano é clara: “Le dommage, l’enfant est gravement handicapé et le restera sa vie durant. C’est un dommage certain,

orientação, reafirmando a sua *jurisprudência* “Perruche” em alguns casos subsequentes.⁶²⁵

i) *A lei anti-Perruche*

Este entendimento foi afastado por lei no ano seguinte (*loi du 4 mars 2002*).⁶²⁶ O legislador francês pretendeu estancar as ações de *wrongful life* e remeter para o Direito Social e para a Solidariedade Nacional o apoio a *todos* os cidadãos deficientes. Assim, o novo regime prescrito pelo legislador francês caracteriza-se pelos seguintes comandos⁶²⁷: O prejuízo de viver não pode ser indemnizado. A criança só pode ser indemnizada se a culpa do médico está *diretamente* na origem do seu prejuízo, o agravou ou não permitiu que se tomassem as medidas para o atenuar.⁶²⁸

Em caso de culpa que não tenha causado o dano da criança mas que tenha impedido de o *diagnosticar*, só o *dano moral dos pais* pode ser indemnizado.⁶²⁹ Assim, esta

actuel, dont il souffre *effectivement*; toute discussion sur la perte d’une chance, celle de n’être pas né, semble inutile.”

⁶²⁵ *Cour de Cassation*, 13 de Julho de 2001 e de 28 de Novembro de 2001. Cf. PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 105-106; François CHABAS, “Responsabilité des médecins en cas de naissance d’enfants handicapés: la Cour de cassation confirme sa jurisprudence”, *JCP*, n.º 5, 30 janvier 2002, p. 243; Cf. ainda o *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies, notes d’actualisation*: p. 7433; que refere as decisões da *Cour Cassation*, de 13 de Julho de 2001, e na p. 7399, a decisão do Tribunal de Apelação de Bordéus, de 18 de Setembro de 2001.

⁶²⁶ P. BRUN, France, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law 2002*, 179.

⁶²⁷ Seguimos aqui PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 108.

⁶²⁸ Distingue-se assim o chamado dano pré-natal (*pre-natal injury*, segundo a doutrina inglesa) que merece tutela delitual, do “dano da vida indevida” (*wrongful life*) cuja tutela é legalmente afastada.

⁶²⁹ Esta segunda alínea apenas serve para lembrar que um médico, de acordo com os princípios da responsabilidade civil, é responsável, face à pessoa que nasceu com uma deficiência, de reparar o prejuízo desta, provocado por culpa sua, desde que tenha provocado diretamente a deficiência ou a agravou, ou não tenha permitido que se tomassem as medidas susceptíveis de a atenuar. Assim, por exemplo, um médico que realize uma intervenção cirúrgica ou farmacológica sobre uma mulher grávida e que provoque, por culpa sua, danos que causem deficiência na criança aquando do seu nascimento, fica sujeito ao dever de reparar os prejuízos causados à criança. Todavia, ninguém jamais contestou que o prejuízo resultante de uma negligência do médico que diretamente causou os danos.

A terceira alínea refere-se aos danos dos pais. Evita que se contorne a proibição face à criança dando uma indemnização aos pais. Assim só podem ter uma indemnização resultante do seu próprio prejuízo; esse

indemnização não incluirá as despesas de sustento, resultantes da deficiência, ao longo de toda a vida da criança.⁶³⁰ A compensação destes danos fica a cargo da solidariedade nacional: «*La solidarité nationale assumera le coût des charges liées au handicap de l'enfant.*»⁶³¹

Apesar da visão generosa e solidária que fundamenta esta solução “*social*”, podemos interrogar-nos por que razão se estabelece um regime mais favorável para esta área da medicina.⁶³²

Por outro lado, esta lei estará a violar o direito de acesso aos tribunais, previsto a Convenção Europeia dos Direitos do Homem? Já em *Reeve v. the United Kingdom* uma mulher inglesa alegava que o seu país violaria o direito de acesso aos tribunais (art. 6.º da CEDH), visto que não concedeu indemnização *por wrongful life*. Tal pretensão não foi acolhida, visto que a possibilidade de obter uma indemnização pelos danos típicos do *wrongful birth* (“the mother could claim damages for the loss of earnings, cost of care, etc., resulting from having a handicapped child”) foi considerado suficiente pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem.⁶³³

22.4. *Wrongful life* nos Países Baixos e em Espanha

No dia 16/3/2005, em pleno ambiente intelectual anti-Perruche, a *Cour van cassatie* dos Países Baixos condena os médicos a pagar uma indemnização à criança que nasce com graves deficiências (caso *Baby Kelly Molenaar*).⁶³⁴

O Tribunal Superior considerou que havia responsabilidade contratual e que a criança era uma parte protegida pelo contrato, embora também tenha deixado a porta

prejuízo (*o dano moral*) não inclui os custos de educar a criança ao longo da sua vida – tais prejuízos ficam a cargo da solidariedade nacional. Cf. *Dictionnaire Permanent: Bioéthique et Biotechnologies*, p. 7301 (5 mars 2002), “*La jurisprudence “Perruche” “cassée” par la loi!*”

⁶³⁰ Como acertadamente constata J.K. MASON/ G.T. LAURIE, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*⁸, p. 364 a loi du 4 mars 2002 impossibilita não apenas as ações de *wrongful life*, mas também de *wrongful birth*.

⁶³¹ O art.º1 da Lei 4 de março 2002 foi revogado pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005. O mesmo texto figura agora no art.º L 114-5, do *Code de l'action sociale et des familles*.

⁶³² Cf. PALEY-VINCENT, *ob. cit.*, p. 108 e Olivier MORETEAU, France, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law* 2006, p. 199.

⁶³³ Cf. Douwe KORF, *The right to Life*, *cit.*, p. 12.

⁶³⁴ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606.

aberta para um dever geral de conduta (extracontratual) de proteção da criança como estando implícito no cumprimento das *leges artis* da medicina pré-natal.⁶³⁵

Com a *Sentencia* de 18/5/2006, o *Tribunal Supremo* de Espanha juntou-se a este grupo de tribunais que aceitam a indemnização por *wrongful life*.⁶³⁶ O caso envolvia dois factos típicos: uma mulher grávida levou a cabo um diagnóstico pré-natal com vista a detetar se o feto seria portador de síndrome de Down; o diagnóstico foi levado a cabo negligentemente, e a mãe acabaria por dar à luz uma criança com esse síndrome. O tribunal entendeu que os profissionais haviam sido negligentes, pelo que seriam responsáveis perante os pais (*wrongful birth*) e perante a criança (*wrongful life*).⁶³⁷

⁶³⁵ Para mais desenvolvimentos, vide M. FAURE/ T. HARLIEF, The Netherlands, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law* 2005, p. 414 ; Ewoud HONDIUS, The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment”, in J. GEVERS / E. HONDIUS/ J. HUBBEN, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention, Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, 2005, p.105-116 ; Herman NYS/ Jos DUTE, “A wrongful existence in the Netherlands” (2004) 30 *J Med Ethics*, p. 393 ss.

⁶³⁶ Todavia, esta linha jurisprudencial não veio a ter continuidade, visto que as últimas decisões (Sentencias do Tribunal Supremo de 23/11/2007, de 6/7/2007 e 24/10/2008) têm considerado que os pais são as únicas vítimas. Cf. Albert RUDA: “I Didn't Ask to be Born!: Wrongful Life from a Comparative Perspective”, *JETL*, vol. 2, no. 2, , 2010, p. 238

⁶³⁷ Cf. Albert RUDA, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law* 2006, Spain, p. 441. A favor da ressarcibilidade dos danos em ações quer de *wrongful birth* quer de *wrongful life*, na doutrina espanhola, Andrea MACÍA MORILLO, *La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 144. Cf. ainda, na doutrina espanhola, analisando as sentenças de 18/12/2003 e a de 18/5/2006, Carmen GONZÁLEZ LEÓN, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º12, 2009, págs. 30 e 31; Miquel MARTÍN CASALS/ Josep SOLÉ FELIU, “Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 73, Janeiro-Abril 2007, págs. 517-542.

Por outro lado, o Tribunal Supremo concedeu também uma indemnização à *irmã* da criança nascida! Não se consegue descortinar com exatidão que direito ou que interesse juridicamente protegido da irmã teria sido violado? Curiosamente, já antes na doutrina europeia (C. van DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006) havia previsto uma situação similar (*wrongful conception*) e apontava para que o nascimento de uma criança indesejada poderia constituir uma possível interferência no direito à “intimidade da vida privada e familiar”... Trata-se de uma posição doutrinária (de C. van Dam) e de uma decisão (do Tribunal Supremo) realmente surpreendente. Uma tese que nos faz refletir sobre os caminhos que se estão a trilhar na Europa do século XXI. Caminhos que apontam para

22.5. Direito Português

Entre nós, o Ac. STJ de 19/6/2001 (Fernando Pinto Monteiro)⁶³⁸ foi chamado a confrontar-se com um caso de *wrongful life*. A matéria de facto é a típica destas ações.⁶³⁹ O menor (e apenas este), representado pelos seus pais, pede uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais que a conduta dos réus (médico e clínica de radiologia) lhe terão causado, tendo o STJ recusado quer a indemnização por danos morais, quer pelos custos financeiros acrescidos que o sustento de uma pessoa deficiente acarreta.

Quanto ao não ressarcimento dos *danos morais* da criança (deficiente), a sua decisão filia-se na resposta clássica, que vimos ser dada pelos tribunais estrangeiros. Todavia, introduz uma *nuance*: entende o tribunal português que só o filho, “quando maior, poderá, eventualmente, concluir se devia ou não existir e só então poderá ser avaliado se tal é merecedor da tutela jurídica e de possível indemnização”, já que o poder paternal não é bastante para “os pais, em nome dos filhos, decidirem sobre o direito que este possa, eventualmente, ter à não existência.” Assim “tais ações só poderão ser intentadas pelos filhos quando a lei vigente lhe conceder o poder de pleitearem por si próprios.”

Não partilhamos desta perspectiva.⁶⁴⁰ Com efeito, entendemos que cabe no âmbito dos *poderes-deveres* do

uma hiper-utilização da responsabilidade civil e para um desvalor do sentido da vida humana. À face da luz portuguesa, defendemos que tal pretensão seria de rejeitar, visto que os “danos reflexos” que os irmãos possam sofrer não merecem a tutela do Direito, sob pena de o âmbito da responsabilidade se tornar incontrolável. Por outro lado, há uma razão de substância: que a irmã possa ter um interesse em não ter um irmão deficiente, a Psicologia pode entender, mas o Direito não deve acolher tal pretensão.

⁶³⁸ In *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933, p. 371 ss. (com anotação de António PINTO MONTEIRO).

⁶³⁹ A mãe tinha uma gravidez de risco, mas, apesar disso, o médico foi *negligente* na análise das radiografias não detectando as malformações do feto. O autor veio a nascer com graves e irreversíveis malformações nas duas pernas e ainda na mão direita. A mãe do autor, se tivesse sido devidamente informada da existência de graves malformações no feto, poderia ter abortado. Não fosse a má *praxis* profissional do 1º réu e do comissário da 2ª ré e ter-se-ia evitado o nascimento de uma pessoa marcada e inferiorizada para o resto da sua vida. A locomoção do autor está para sempre dependente de terceiros assim como a funcionalidade da sua mão direita é residual.

⁶⁴⁰ Já assim, André DIAS PEREIRA, Portugal, in H. KOZIOL/ B. STEININGER (Ed.), *European Tort Law 2002*, Springer, 2003, p. 350-351.

representante legal pedir uma compensação por danos não patrimoniais sofridos pelo seu representado. Em alguns casos, aliás, se a deficiência for muito grave (v.g., anomalia psíquica profunda), o filho provavelmente virá a estar sujeito ao regime de interdição, ou de qualquer modo, ele não conseguirá efetuar ou exprimir um juízo de valor sobre a sua existência, pelo que não poderá vir a fazer valer esse direito, nem por si próprio, nem através do seu representante legal.

Quanto aos *danos patrimoniais*, o STJ entendeu que se verifica uma desconformidade entre o *pedido* e a *causa de pedir*, já que “o autor invoca os danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais).” Assim, “o direito à indemnização, que se poderá discutir, situar-se-á sempre na titularidade dos *pais*, que não do autor.”

Contudo, esta orientação, segundo a qual, os pais poderiam ter direito a uma indemnização (*wrongful birth*), mas, pelo contrário, a criança (*wrongful life*) não o poderia, contém em si algum antagonismo prático-normativo.

Geneviève Viney afirma que há um certo paradoxo em aceitar uma indemnização para os pais e já não para o filho: “*Quant à la dignité de la personne humaine, elle ne me paraît ni plus ni moins menacée par l’indemnisation de l’enfant que par celle des parents. En effet, pour admettre l’une comme l’autre, il faut, de toutes façons, affirmer que la vie handicapée est dommageable (pour l’enfant dans un cas, pour les parents dans l’autre).*”⁶⁴¹

Também em Portugal a doutrina vem chamando a atenção para essa contradição.⁶⁴² Com efeito, a atribuição de uma indemnização aos pais não garante que esse dinheiro seja efetivamente utilizado em benefício da criança deficiente. Já a atribuição da indemnização à criança garantiria – através do controlo das responsabilidades parentais ou tutoriais exercido pelo Ministério Público e pelos tribunais – que esse montante seria gerido em benefício do portador das lesões.

Em suma, apesar de o STJ ter tomado uma posição restritiva em 2001, a literatura jurídica portuguesa tem continuado a versar sobre este tema. Alguns autores continuam

⁶⁴¹ Geneviève VINEY, “Brèves Remarques...”, *cit.*

⁶⁴² António PINTO MONTEIRO, *Anotação...*, *RLJ*, p. 383 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, 1/3, p. 331, Paulo MOTA PINTO, *Interesse...*, p. 746.

a negar o direito a uma indemnização por *wrongful life*.⁶⁴³ Outros, e cada vez mais, defendem a ressarcibilidade dos danos sofridos pela criança nascida.⁶⁴⁴

22.6. Posição adotada

Pensamos que é necessário manter a bússola orientada para o problema jurídico que se depara. Para tanto, proponho que se acompanhe o pensamento de Fernando Araújo. O Autor

⁶⁴³ António PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer? Anotação ao Ac. STJ de 19/06/2001”, *RLJ*, ano 134, n.º 3933, 2002, p. 377-38; Fernando PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II. A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, p. 131-13; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, p. 91; CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in LEITE DE CAMPOS/ ABREU CHINELLATO, *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 259-294; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I/3, p. 331 ss; Marta VICENTE, “Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a Jurisprudência Perruche”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11, 2009, embora com argumentos muito próprios e que não nos parecem conclusivos e a monografia de Luís Duarte MANSO, *O consentimento informado no diagnóstico pré-natal*, Coimbra, FDUC, polic., 2011.

⁶⁴⁴ Guilherme de OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, p. 216 Fernando ARAÚJO, *Procriação Assistida...*, p. 96 ss.; Paulo MOTA PINTO, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*””, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 7, 2007, p. 20 e na sua Dissertação de Doutoramento (*Interesse...*, p. 747 ss.) e ainda em Paulo MOTA PINTO, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*””, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 915-946.; Vanessa CARDOSO OLIVEIRA, “Wrongful life action – Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ*, 2004, p. 128 ss; Vanessa CARDOSO CORREIA, “Wrongful birth e wrongful life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar”, *Sub Judice*, n.º 38, Janeiro-Março de 2007, p. 101-108 e Fernando DIAS SIMÕES, “Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhne*, 2010, Vol VIII, n.º 13, p. 187-203; Vera RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life)”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Dez 2010, Ano XIX, n.º 21, p. 61-100; Lusa CORREIA DE PAIVA, *Pretensões de Wrongful Life: Uma Alternativa aos Quadros Tradicionais da Responsabilidade Civil?*, Universidade Católica Portuguesa Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, polic., 2011 (pelo menos nos casos em que seja possível lançar mão da figura do *contrato com eficácia de proteção para terceiros*). Também a favor da indemnização por *wrongful life*, MENEZES LEITÃO (Conferência dos Cadernos de Direito Privado, em maio de 2012).

propõe uma recolocação da questão que, a ser aceite, permite defender – devidamente – a justeza destas ações.

Pela negativa, o Autor afasta as seguintes perspectivas do problema: “Não se trata de saber se há um limite (e onde está) para além do qual a vida perde de tal modo o sentido que a sua ocorrência é um dano para quem a experimenta”, pois, “se este tipo de ações pretendessem pôr em causa o respeito tradicional pelo valor intrínseco e absoluto da vida, elas deveriam ser pura e simplesmente banidas.” Estas ações, nestes termos deveriam ser tidas como ilógicas, “visto que esbarrariam com o ‘problema da não identidade’: “quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente posto em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, aquela “*diferença negativa*” em que consiste o dano.”

Por outro lado, não se trata de “apreciar a “qualidade de vida” que é assegurada através do nascimento, o impacto do nascimento na afetação e oneração de recursos escassos, a ponderação do direito a nascer com o direito a viver dos que virão a ver-se obrigados a partilhar meios de sobrevivência escassos com uma nova vida que não se sustenta a ela própria.” “E menos ainda se trata de sustentar a proposição absurda de que a ordem jurídica assegura a alguém o “direito a nascer normal”, a ponto de dizer-se que a negação desse direito envolveria *ipso facto* o mecanismo da indemnização.”

Pela positiva, o Professor de Lisboa propugna pela consideração dos seguintes argumentos: “em primeiro lugar, que a medicina e a genética tornaram possível o surgimento de vida em condições que de outro modo não o permitiriam (...); “em segundo lugar, que a medicina e a genética podem interferir na procriação, e que esta interferência acarreta não só a responsabilidade pelos meios empregues, como mesmo, e até certo ponto, a responsabilidade pelos resultados. Por fim, (...) o que está fundamentalmente em causa é uma questão de justiça com forte incidência económica, que se centra na legitimação de interrogações sobre a eventualidade de ficar impune uma conduta que negligentemente causa despesas extraordinárias a outrem – no sentido de causar danos físicos que requerem tratamentos especiais – ou sobre a possibilidade de, contra a regra jurídica, como *se admitir a irresponsabilidade de*

médicos e cientistas num domínio onde o potencial de dano é tão vasto, e as consequências individuais podem ser tão onerosas como permanentes.” O autor conclui nos seguintes termos: “Postas as questões nestes termos, *fugindo até à área um pouco mais controversa da indemnização dos danos morais*, vemos como a solução se integra facilmente nos quadros tradicionais da responsabilidade civil, nos quais o Direito se preza de dispor de preceitos sedimentados e consagrados há milénios.”⁶⁴⁵

Em suma: julgamos que, à luz do direito português, há condições para responsabilizar civilmente os médicos que, na área da medicina pré-concepcional e pré-natal, negligentemente violem as *leges artis* ou que não cumpram o seu dever de prestar informações e conselhos. Essa responsabilidade deverá abranger, pelo menos, os *danos patrimoniais*⁶⁴⁶ – designadamente, os custos adicionais resultantes da deficiência – causados aos pais (*wrongful birth*) e à criança nascida (*wrongful life* ou *diminished life*).⁶⁴⁷

Não vemos, pois, razão para alterar (substancialmente) a posição vimos defendendo desde 2003.⁶⁴⁸ Pelo contrário. A evolução do pensamento jurídico, o debate dos argumentos, a reflexão que se vem produzindo, quer a nível nacional, quer na experiência do direito comparado europeu,⁶⁴⁹ apontam no sentido de aceitar que a criança que nasceu com uma grave deficiência e que tem grave sofrimento físico e psíquico possa pedir uma indemnização a um agente médico que atuou *ilicitamente*, porque em contrariedade às suas regras de conduta, e com *negligência*, porque com uma diligência

⁶⁴⁵ Fernando ARAÚJO, *A Procriação Assistida...*, p. 96-100.

⁶⁴⁶ André DIAS PEREIRA, “Portuguese Report”, in KOZIOL/STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2005*, Springer, 2006, p. 507.

⁶⁴⁷ Embora com a cautela de não *duplicar* os valores indemnizatórios.

⁶⁴⁸ André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 391.

⁶⁴⁹ Cf., entre muitos outros, Ewoud HONDIUS, “The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment.” in GEVERS/HONDIUS/HUBBEN, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, 2005, p. 105 ss.; Bernhard LOSCH/ Wiltrud Christine RADAU, “Wrongful birth” und “wrongful life”. Probleme der rechtlichen Bewältigung ärztlicher Pflichtverletzung bei der menschlichen Reproduktion, *Ethik Med* (2000) 12:30–43 consideram injusto negar a indemnização por wrongful life; com efeito, a aceitação da ressarcibilidade por *wrongful life* começa a ser a doutrina dominante também na Alemanha, destacando-se DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht...*⁶, p. 277 e 278.

inferior a um médico normalmente competente, zeloso e cuidadoso.

A existência da medicina pré-natal acarreta que o jurista tenha que saber adaptar os institutos jurídicos à realidade e não pode – em nome de um conceptualismo puramente formal – ficar agarrado a ideias fechadas dos pressupostos da responsabilidade civil. E não deve também colocar as perguntas erradas. Vejamos.

Uma pergunta que não sufragamos é a de saber se “alguém tem o direito a não nascer?” Esse não é o problema aqui colocado.⁶⁵⁰ A criança que vai a tribunal demandar o médico negligente e pedir uma indemnização pelos danos que sofre não está a pedir para não nascer, nem a pedir que lhe causem a morte. Apenas pede que lhe seja concedida uma indemnização em dinheiro que lhe permita pagar os tratamentos médicos, os cuidados de enfermagem, os medicamentos, equipamento especial, o cuidado doméstico, uma educação especial e outras despesas necessárias a uma vida condigna na sua condição.⁶⁵¹

Nem se pense que a “redentora segurança social” (solução francesa) irá aliviar as dificuldades económicas que esta pessoa irá atravessar toda a sua vida. O Direito Civil é chamado a dar uma resposta autónoma à questão: quem deve

⁶⁵⁰ Como escreve Fernando DIAS SIMÕES, *Vida Indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana*, *Tekné*, 2010, Vol VIII, nº1, “neste tipo de ações não é a vida, em si mesma, que consubstancia o dano, mas sim a *vida com deficiência*. Entendemos que as ações de *wrongful life* não contendem com a indisponibilidade da vida humana, sendo justamente o respeito pela dignidade da vida humana a impor a atribuição de uma indemnização que assegure uma vida com um mínimo de condições.”

⁶⁵¹ Ao abrigo do art. 562.º CC, o dano é aferido pela ponderação das situações antes e depois do ato que causou o dano. O STJ entendeu que esta avaliação não é possível, uma vez que pondera a existência com a não existência. Mas a solução do *Hoge Raad* apoia-se em juízos de equidade, donde a avaliação do dano não reflete um juízo valorativo sobre a existência da criança deficiente, *a classificação como dano jurídico não depende de um juízo de valor na vida real*. Cf. G. Hildegard KERN, “O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil?”, *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano 4 (2007), p. 86. A Autora entende que o direito a uma indemnização por *wrongful life* “poderá ser fundado na violação do dever contratual de informar a mulher sobre as malformações fetais. O direito penal português relativo ao aborto dá apoio a esta posição, pois prevê que a malformação fetal seja uma indicação para a interrupção da gravidez.”

suportar os danos causados pelo comportamento antijurídico e negligente do médico? O médico negligente ou a vítima?

Num primeiro momento – como atrás referimos – alguns entendiam que não haveria *nexo de causalidade*. Ora, tal ideia não pode ter o nosso acolhimento, pois a falta de informação ou a informação incorreta à mãe foi causa adequada do nascimento de uma criança deficiente. Trata-se de uma *causalidade indireta* (Guilherme de Oliveira) ou de uma causalidade num processo omissivo.

Muitos autores concentram-se na inexistência de *dano*, advogando que *a vida não pode ser vista como um dano*. Mas esta é apenas uma forma mais elegante de colocar uma pergunta errada, já denunciada nas linhas anteriores. Não se trata de considerar a vida um dano, mas antes de atender ao sofrimento, às lesões físico-psíquicas que o Autor apresenta. E o recurso à teoria da diferença pode ser redutor e enganador. Com efeito este método está previsto para os *danos patrimoniais* e deve ser utilizado quando a reconstituição natural não seja possível (art. 566.º, n.º1) e não é imperativo.⁶⁵²

Perante um problema novo que o legislador de 1966 não terá equacionado, em face de lesões corporais que, embora causem, a um tempo, danos patrimoniais e danos não patrimoniais, exige-se mais do intérprete do que uma simples leitura de uma norma pensada para resolver antigos e clássicos problemas de responsabilidade civil.

Com efeito, a par e passo, no âmbito das lesões corporais e da lesão de direitos de personalidade, a lei oferece critérios que são diferentes dos que resultariam da teoria da diferença. Veja-se o art. 495.º que está repleto de normas que se afastam de uma aplicação linear dos cânones dogmáticos. Assim, o lesante tem que pagar as despesas de funeral (art. 495.º, n.º1). Ora, é por demais sabido que qualquer pessoa pelo simples facto de o ser, tem por certo que um dia vai ter um funeral...⁶⁵³ Donde, a teoria da diferença não justifica a solução prevista na lei. Por seu turno, o n.º 3 do art. 495.º converte uma obrigação natural em obrigação civil... Exatamente porque o Direito entende que, em razão do estado de vulnerabilidade da

⁶⁵² O n.º 2 do art. 566 afirma: “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições.”

⁶⁵³ E se assim não fosse, o destino colectivo não seria certamente muito risonho, como bem coloca em evidência José SARAMAGO em *As Intermitências da Morte*, Caminho, 2005. Para uma leitura de direito comparado sobre o debate da ressarcibilidade das despesas de funeral, cf. Von BAR, *Liab. Dam.*, p. 408 ss.

vítima (direta ou indireta), há danos patrimoniais que merecem ser tutelados, mesmo que com prejuízo para os cânones dogmáticos rígidos.

E quando avançamos para o art. 496.º, relativo aos danos não patrimoniais, as incoerências lógicas e dogmáticas são abundantes, como já referimos a propósito do dano da morte, da compensação da pessoa em estado de coma ou a atribuição de uma compensação a um recém-nascido pela morte de seu pai ou da sua mãe, ou seja, em grande medida *fictionando* os danos ou *antecipando* danos futuros.

Queremos com este esforço argumentativo, advogar que, em matéria de danos resultantes de lesões corporais, a teoria da diferença não deve ter uma aplicação rígida e dogmática. Antes se molda às necessidades da vida e à justiça do caso decidendo. Não para destruir ou abdicar do sistema, mas para o reconstruir e reformular numa síntese dialética de desenvolvimento do Direito.

No que respeita à ilicitude, é sabido que a responsabilidade delitual consagrada por Vaz Serra segue a escola germânica, exigindo a lesão de um direito de outrem absoluto (primeira modalidade), pelo que alguns autores repetem, *em petição de princípio*, que não há um “direito a não nascer”... Salvo melhor opinião, o que se afigura necessário é mudar a lupa de análise. A ilicitude resulta aqui da violação de *normas legais de proteção* que visam proteger interesses alheios (*segunda modalidade de ilicitude*). As normas violadas são as regras de conduta médica que se elevam à categoria de normas jurídicas, designadamente através do art. 4.º da Convenção de Oviedo.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ Como ensina Paulo MOTA PINTO, “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life””, *Lex Medicinæ*, p. 5-25, não devemos pensar na violação de *direitos absolutos* (nomeadamente num indefensável “direito à não existência”) – devemos ir pelo caminho da *ilicitude da conduta*: a *violação das leges artis médicas*. Do mesmo passo, não é necessário tomar em consideração a interpretação teleológica do art. 142, n.º 1, al. c) CP já que não estamos à procura de uma norma de proteção da criança: há ilicitude (da conduta), há culpa, o dano é um dado (na expressiva terminologia de Mota Pinto e semelhante à da *Cour de cassation*) e nexó de causalidade. Logo, estão verificados os requisitos da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Não será por acaso que os três tribunais supremos que concederam indemnizações por *wrongful life* são o francês, o holandês e o espanhol: o primeiro julgando no país da *faute* e o segundo e o terceiro de países fortemente influenciados pela responsabilidade delitual napoleónica (em que

A doutrina tradicional entende que a norma de proteção carece de consagração penal. Trata-se de uma visão antiga, que não toma em consideração vários aspetos. Primeiro deu-se um fenómeno de descriminalização, com a criação do direito de mera ordenação social. Segundo, muitas atividades sociais e muitas delas de risco são reguladas pelas corporações profissionais, ou por entidades reguladoras, onde predomina o direito administrativo e o direito “profissional”. Assim, no domínio da medicina, a autorregulação e a autodefinição de parâmetros de conduta, muitas vezes internacionais, oriundos de sociedades científicas, dominam. E, para convivermos com um sistema da ilicitude nesta sociedade hipercomplexa teremos que aceitar que a violação de normas legais (penais ou não) e mesmo de normas infra-legais configuram um comportamento ilícito.

O conceito de ilicitude está aliás em franca reformulação na Ciência do Direito. O European Group on Tort Law, nos seus *Principles*, não apresenta um conceito claro de ilicitude (*wrongfulness*, *rechtswidrigkeit*), antes prefere apresentar uma estrutura que passa pela existência de uma “*imputação jurídica do dano*” (art. 1:101); a existência de um dano ressarcível (art. 2:101) e a enunciação de interesses protegidos (art. 2:102), bem como os requisitos da causalidade (capítulo 3) e a imputação a título de culpa (capítulo 4) ou de responsabilidade objetiva para atividades anormalmente perigosas (capítulo 5).

Não estamos a afirmar que o conceito de ilicitude tenha sido postergado. Como afirma Reinhard Zimmermann: “Although the *Principles* accept the concept of wrongfulness,

tradicionalmente não se buscava a ilicitude e (mesmo após a influência germânica no direito holandês) fica sempre presente o pragmatismo típico deste sistema jurídico).

Sobre a orientação germânica do nosso art. 483.º, vide SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil Português*, Vol. III – *Direito das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005 e Nuno PINTO de OLIVEIRA: “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º do Código Civil”, in: *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*, Associação Jurídica de Braga/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, p. 521-544.

Ewoud Hondius também avança argumentos importantes ligados ao direito à reparação do dano da Convenção dos Direitos do Homem e Biomedicina (Ewoud HONDIUS, *The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment*”, *cit.*, p. 105-116). O título do estudo de Hondius é expressivo do modo prático e correto de colocar o problema: *compensação por dano indevido causado por tratamento incorreto*.

they avoid the use of such “name.”⁶⁵⁵ Mas essa referência mais aberta a interesses protegidos e a concentração no dano, na causalidade e na imputação (a título de culpa ou de responsabilidade objetiva), mostra que o velho paradigma do BGB de 1900 está a tornar-se ultrapassado para fazer face às exigências de tutela da sociedade atual.

Interrelacionado com o requisito anterior, mas a ganhar foros de autonomia, o pressuposto de que só haverá responsabilidade civil se o dano causado se integrar no âmbito de proteção, ou no âmbito de tutela da norma violada tem conduzido alguns Autores⁶⁵⁶ a negar a indemnização por *wrongful life*. Esta tese pergunta se o art. 142.º, n.º1, al. c) do Código Penal, que consagra a *indicação embriopática ou fetopática*, visa proteger os interesses da mulher ou os da criança?

Segundo Figueiredo Dias, “esta indicação *nada* tem a ver com preocupações eugénicas e *tudo* tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo.”⁶⁵⁷ A ser assim, a criança não poderia receber uma indemnização porque a norma violada (a justificação para a IVG) tutela os *interesses da grávida* e não os interesses da criança.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Reinhard ZIMMERMANN, “Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact”, in H. KOZIOL/B.C. STEININGER (eds.), *European Tort Law 2003*, Springer, 2004, p. 12. Cf. ainda Helmut KOZIOL, The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law, in H. KOZIOL/B. STEININGER, *European Tort Law 2002*, Springer, 2003, p. 552 ss.

⁶⁵⁶ Miquel MARTÍN-CASALS/Josep SOLÉ FELIU, Spanish case note, *European Review of Private Law* 2-2003, p. 201–234.

⁶⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, Anotação ao art. 142.º, *Comentário Conimbricense...*, 2012, p. 286.

⁶⁵⁸ É esta a doutrina exposta por MARTÍN-CASALS, / SOLÉ FELIU, “Spanish case note”, *European Review of Private Law*, 2-2003, p.201–234, o art. 142.º, n.º1, al. c) do Código Penal visa proteger os interesses da mulher e não os da criança. Ou seja, o médico, ao não fornecer informações corretas sobre o estado de saúde do feto, impediu a mulher grávida da decisão de abortar, lesando este seu interesse juridicamente protegido. Se a norma visa tutelar interesses da mãe (ou do casal) e não da criança, então esta última não tem fundamento para reclamar uma indemnização.

Embora com nomenclatura e conceitos dogmáticos diferentes, esta tese aproxima-se da argumentação do STJ que faz notar a desconformidade entre a *causa de pedir* e o *pedido*.

Mas, uma vez mais, o prisma porque se faz a pergunta condiciona a resposta. O que entendemos é que o médico viola um conjunto de *normas técnicas* – que ganham foros de normas de conduta conforme ao Direito – e que essas *normas e técnicas da medicina pré-natal* – na medida em que são aceites e reclamadas pela sociedade hodierna visam assegurar que a mãe (ou o casal) possam evitar ter filhos com graves deficiências, quer pelo encargo acrescido que tal importa na sua educação, quer pelo interesse pessoal e social de ter uma “boa descendência” (para usar terminologia dos inícios de novecentos). Esta é a sociedade – a sociedade da *eugenia privada* (apoiada pela consciência jurídica geral) – onde o Direito Civil se insere...

Consequentemente, a ‘norma violada’ é não a al. c), n.º1, do art. 142.º do CP, mas antes o *bloco de normatividade* composto pelas regras da medicina e que visam, só podem visar [se não quisermos cair na pura hipocrisia], permitir que os pais (*rectius*, a mãe) possa obstar ao nascimento de crianças com grave deficiência.⁶⁵⁹

Donde, em conclusão, consideramos – na senda de Autores como Guilherme de Oliveira, Fernando Araújo, Paulo Mota Pinto e Ewoud Hondius – que se verificam todos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual.

Se a relação com o médico for regulada pela responsabilidade contratual, concordamos que se verifica um *contrato com eficácia de proteção em relação a terceiros*, pelo que também por esta via a criança pode ver reparados os danos causados pela má-prática ou pela ilícita omissão de informação do médico.⁶⁶⁰

Debrucemo-nos agora com mais pormenor sobre o problema dos *danos não patrimoniais*.

Quanto ao dano moral da própria criança (*wrongful life*) temos dúvidas de que preencha os pressupostos do art. 496.º, n.º 1 CC. Designadamente porque, embora sejam graves os danos, não nos parece que “*mereçam a tutela do direito.*”

No plano heurístico, não podemos deixar de considerar elementos éticos e sociais na atribuição de danos morais. Do mesmo modo que, em sede de *wrongful conception* e de

⁶⁵⁹ Acompanhamos ainda Paulo MOTA PINTO, *Interesse...*, p. 744 e o seu ensino oral no Curso de Responsabilidade Médica do Centro de Direito Biomédico.

⁶⁶⁰ Abrindo a porta a este caminho, vide PINTO MONTEIRO, *European Review of Private Law*, Vol. 11, n.º 2, 2003, p. 220 ss; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, *Parte Geral*, T. III, p. 332.

wrongful life, nos recusamos a considerar que o nascimento de uma criança possa causar um dano que mereça a tutela do direito, também aqui conceder estes danos a uma pessoa pelo facto de estar viva tem ínsita uma narrativa que coloca um determinado padrão de qualidade de vida heteronomamente determinado como o adequado. E, sobretudo, uma narrativa que promove o *elogio da não existência*.⁶⁶¹

Questão diferente, muito diferente, será a criança alegar e provar que sofre de graves lesões corporais, de deficiências funcionais, passíveis de análise através de uma perícia médico-legal. Isto é, se a criança nascida conseguir demonstrar que sofre de lesão do seu *direito à saúde* somos de parecer que o tribunal pode condenar o réu a pagar uma compensação por danos não patrimoniais.⁶⁶²

E não se objete que a *teoria da diferença* nos obriga a fazer uma equação que tome em conta a vida da criança tal qual é e a vida que não existiria se os médicos tivessem informado os pais das malformações fetais. Entendemos que, quer pelo elemento gramatical, quer pelo elemento sistemático, o art. 566.º apenas se aplica em sede de *danos patrimoniais* e também para esse caso já, em sede própria, ultrapassamos as dificuldades de interpretação. A norma a que devemos prestar obediência é antes ao n.º 1 do art. 496.º, em sede do qual, a dor e o sofrimento causado pelas lesões corporais de que a criança é portadora podem ser *compensadas* desde que os danos não patrimoniais sejam *graves e mereçam a tutela do direito*.

Não se trata, pois, de negar em absoluto uma compensação por alguns danos não patrimoniais. Antes de

⁶⁶¹ O elogio da não existência pode configurar uma atitude filosófica ou existencial respeitável no plano individual. Mas quando um tribunal profere uma decisão não está apenas a fazer justiça para uma pessoa ou no âmbito de uma relação jurídica fechada; ele está a construir um discurso normativo que deve implicar todo o sistema jurídico e tem um potencial de transformação da sociedade. Ora, se uma pessoa ou um casal têm o direito de julgar que ter um filho ou deixar descendência é uma ação intrinsecamente má e anti-ética (considerando os problemas da explosão demográfica, do aquecimento global, etc.), já o tribunal não pode sufragar uma tal tese, visto que esta está em contradição com as regras constitucionais e com as normas legais, as quais, como já afirmámos, protegem a paternidade e a maternidade e assinalam como positivo o nascimento de um ser humano.

⁶⁶² Supra, ponto 19.1. defendemos que o direito à saúde não está limitada pelo “estado físico-psíquico prévio, antes confere uma pretensão a uma medicina de melhoramento

fundamentar uma forte objeção, de caráter ético, a que o dano de *existir* seja ressarcível.⁶⁶³

Em suma, impõe-se neste domínio uma análise muito cuidadosa e uma resposta muito atenta a cada um dos danos concretamente alegados e provados. Vejamos:

(1) O dano moral da privação da autodeterminação da maternidade e da paternidade pode ser alegado pela mãe ou pelos pais, mas não pelo filho. O mesmo se diga relativamente ao dano não patrimonial resultante da gestação e do parto.

(2) Já relativamente às dores, ao sofrimento de viver acamado ou com permanente auxílio médico ou assistencial e o dano corporal em sentido estrito pode a criança reclamar uma compensação por danos não patrimoniais.

(3) No que respeita a um ‘dano moral’ de ter uma existência como deficiente ou de não ter as qualidades de uma criança “normal” entendemos que se deve *rejeitar* esse pedido.⁶⁶⁴ Assim o defendemos tanto para as ações de *wrongful*

⁶⁶³ Neste ponto aproximamo-nos da tese de Fernando PINTO MONTEIRO e de António PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer?”, anot. ao Ac. STJ de 19/6/2001,” in *RLJ*, ano 134º e António PINTO MONTEIRO, “Portuguese case note,” *European Review of Private Law*, vol. 11, nº 2, 2003. Os ilustres Autores, porém, negam de plano estas ações.

⁶⁶⁴ Na Suíça, o *Obergericht des Kantons Bern* (Supremo Tribunal do Cantão de Berna) a 2 de Maio de 2011 negou uma indemnização por *Wrongful Life*. Apesar de a gravidez apresentar risco de uma doença metabólica hereditária, o ginecologista optou por não realizar um diagnóstico pré-natal; a criança veio a nascer com uma doença incurável. A mãe muito provavelmente teria abortado se soubesse que o feto era portador dessa doença. A mãe intenta ação de indemnização em seu nome e em nome da criança. O tribunal de primeira instância confirma a infração dos deveres contratuais de cuidado do ginecologista e condena-o a pagar uma indemnização à mãe, mas não dá procedência ao pedido da criança, decisão que foi mantida pelo *Obergericht de Berna* (não houve recurso pelo que o Tribunal Federal não se pronunciou sobre o caso). Na suma de Peter Loser, o Tribunal afirma que não há um direito à não-existência; a negligência do médico em não requerer o diagnóstico pré-natal não constitui uma infração dos deveres contratuais (de proteção) face à criança, nem é contrário a uma norma legal de proteção. A circunstância de ter nascido (mesmo que com uma doença incapacitante) *não constitui um dano moral*. Esta decisão aproxima-se das decisões dos Supremos Tribunais da Alemanha de 1983 e da Áustria de 1999 e afasta-se da jurisprudência Perruche de 2000. Cf. Peter LOSER, “Switzerland”, in Ken OLIPHANT/ Barbara STEININGER, *European Tort Law 2011*, De Gruyter, 2012, p. 682-684. O Tribunal não se pronuncia sobre os danos patrimoniais da criança, nem sobre os outros danos não patrimoniais (lesão corporal, dores, prejuízo estético), pelo que não podemos afirmar que o tribunal siga uma linha de raciocínio semelhante à nossa. Todavia, no que respeita ao suposto *dano moral de existir*, sufragamos a decisão de Berna.

life, como de *wrongful birth*. Isto é, quer o Autor seja a criança, quer sejam os pais! O dano não patrimonial, – diz-nos o n.º 1 do art. 496.º – para além de *grave*, tem que “*merecer a tutela do direito*.” E neste conceito indeterminado entram, devem entrar, considerações de ordem jus-constitucional e da ordem pública.

Um sistema jurídico, repetimos, que contém múltiplas normas de apoio à deficiência e de combate à discriminação injustificada dos cidadãos deficientes⁶⁶⁵ não poderia aceitar que um órgão de soberania, um tribunal, pela voz de uma sentença decretasse que a vida em condições de deficiência constitui um dano moral ressarcível. Tal seria contrário à ordem pública e à Constituição!

⁶⁶⁵ Art. 71.º CRP e Lei n.º 46/2006 (Lei que proíbe e pune a Discriminação em razão da Deficiência e da Existência de Risco Agravado de Saúde). A nível internacional, cf. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas Deficientes* e respectivo *Protocolo Opcional*, já ratificados por Portugal (Decretos do Presidente da República n.º 71/2009 e n.º 72/2009, de 30 de julho).

23. A tutela jurídica do nascituro

Segundo o art. 66.º, a personalidade jurídica adquire-se com o *nascimento completo e com vida*. O que impõe a definição de 3 pressupostos: (1.º) o facto do nascimento; (2.º) que o nascimento seja completo e (3.º) que o nascimento seja com vida.

Para alguma doutrina, “*separação inteira não significa que também o cordão umbilical deve estar cortado*. Para haver uma separação inteira do corpo da mãe, é suficiente que o feto tenha saído completamente do ventre materno.”⁶⁶⁶ Pela nossa parte, temos dúvidas em sustentar esta posição.

Primeiro, o corte do cordão umbilical permite maior certeza jurídica, maior segurança na determinação de que o nascimento está completo. A separação do ventre materno pode levantar dúvidas, pois pode haver complicações no período expulsivo, sobretudo tratando-se de parto pélvico... Por seu turno, no caso de cesariana, após a abertura do abdómen, qual é o exato momento em que se dá a separação?

Segundo, no decurso de uma *interrupção da gravidez* em estágio avançado, pode acontecer que o feto seja extraído do ventre materno ainda com vida. Deverá preservar-se a sua vida, como se impõe face a uma pessoa já nascida? Ou deverá continuar-se a intervenção de abortamento que deverá culminar com a morte do referido feto? O Parecer n.º 28/CNECV/99⁶⁶⁷ do CNECV seguiu uma via intermédia, que passa por dar o conforto e os cuidados básicos ao feto ‘abortado’, mas não fazer manobras agressivas de manutenção da vida, uma vez que a intencionalidade prévia do procedimento em curso visava a eliminação do feto, seja com malformações graves (até às 24 semanas de gravidez), seja de um feto inviável (a todo o tempo).⁶⁶⁸

Finalmente, ao contrário do previsto no Código Seabra, não se exige o nascimento com figura humana, nem, ao

⁶⁶⁶ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 295; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português: Vol. IV, Parte Geral, Pessoas*, 3.ª ed., 2011, p. 363.

⁶⁶⁷ Parecer n.º 28/CNECV/99: Posição do CNECV Sobre o Procedimento a Adotar em Caso de Fetos Vivos Resultantes de Abortamento, que afirmou: “os médicos que praticaram, em tais condições, o abortamento de acordo com a lei em vigor *devem abster-se de solicitar a colaboração de todo e qualquer profissional de saúde sem intervenção no processo de interrupção e tomar sobre si a responsabilidade ética da omissão de cuidados que ultrapassem os básicos.*”

⁶⁶⁸ Cf. a alínea c) do n.º 1, do art. 142.º CP.

contrário do consagrado no Código civil espanhol, um prazo de viabilidade.⁶⁶⁹

No âmbito do Direito Penal, Figueiredo Dias tem considerado que a vida, para efeitos de delimitação do âmbito de proteção da norma relativa ao homicídio (art. 131.º), começa com *o início do ato do nascimento*.⁶⁷⁰ Em sentido contrário, Maia Gonçalves⁶⁷¹ defende que a vida começa, tal como para o Direito Civil, com “o nascimento completo e com vida”. Esta última tese parece mais conforme ao princípio da unidade do sistema jurídico e, por outro lado, evita uma interpretação *in malam partem*, ao fazer uma interpretação extensiva do conceito de “pessoa”, com mero interesse punitivo,⁶⁷² estando esta interpretação em maior conformidade com o princípio da legalidade (art. 1.º, n.º1 CP e art. 29.º, n.º1 CRP).

⁶⁶⁹ Cf. MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 201-202: o art. 110.º do Código Seabra exigia o nascimento com vida e “com figura humana” e o Código civil espanhol dispõe (art. 30.º): “Para os efeitos civis só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do ventre materno.”

⁶⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, Antes do art. 131.º, p. 8 citando doutrina nacional e alemã concordante. Segundo o ilustre Professor, “o fim de proteção da norma do homicídio impõe que a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um mero aborto.” Um argumento forte é o elemento textual do art. 136.º que pune como *homicídio privilegiado* (não como aborto) a morte dada pela mãe ao seu filho *durante o parto* e, por conseguinte, num momento em que o processo de nascimento não se completou ainda.

⁶⁷¹ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 17.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, Anotação ao art. 131.º, 3.

⁶⁷² Mais do que uma crítica à tese de Figueiredo Dias, apenas queremos juntar a nossa voz à daqueles que têm pugnado pela criação de um tipo legal de crime de aborto por negligência, semelhante ao que existe no Código Penal espanhol, cujo art. 146 prescreve: “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.” Refira-se, porém, que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não condenou a França pela inexistência desse tipo legal de crime (caso *Vo vs. França*, de 8/7/2004). Por outro lado, um tipo legal de crime como este deveria ser redigido com a cautela necessária para não incriminar a mulher grávida por condutas praticadas com negligência leve, pois isso iria bulir gravemente com o seu direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da intimidade da vida privada. Cautela, aliás, evidenciada pelo legislador espanhol.

23.1.A tese da personalidade jurídica do embrião e do feto

O estatuto *jurídico-civil* do nascituro tem vindo a ser objeto de debate doutrinal.⁶⁷³ Se para alguns Autores o nascituro tem *personalidade jurídica*,⁶⁷⁴ para outros doutrinadores, os direitos⁶⁷⁵ que a lei reconhece aos nascituros (e aos nascituros não concedidos) poderiam ser compreendidos na figura dos *direitos sem sujeito*⁶⁷⁶ ou “*estados de vinculação*”.⁶⁷⁷

Outras teses, que podemos classificar como *mitigadas* são a tese da *personalidade retroativa*⁶⁷⁸, a da *personalidade fictícia*⁶⁷⁹, a tese da *obnubilação de sujeitos*⁶⁸⁰ e a tese da *expectativa de aquisição de direitos*.⁶⁸¹

⁶⁷³ Para um estudo monográfico sobre a matéria, *vide* a tese de mestrado de Tiago FIGO, *Tutela juscivilística da vida pré-natal. O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra, FDUC, 2011.

⁶⁷⁴ Cf. Mário Bigotte CHORÃO, *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006, em especial os textos sobre Bioética e Biodireito, em que advoga “*in dubio pro persona*”. *Vide* os textos: “Revolução Biotecnológica e Direito (Uma perspectiva biojurídica personalista)”, e especialmente “O Problema da Natureza e Tutela Jurídica do Embrião Humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito”, “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro” e “Bioética, pessoa e direito (para uma recapitulação do estatuto do embrião humano).”

⁶⁷⁵ Ao nascituro são reconhecidos certos direitos de índole patrimonial: arts. 952.º (doações a nascituros), 1855.º (perfilhação de nascituros), 1878.º (poder paternal quanto a nascituros), 2033.º, n.º1, e n.º 2 al. a) (capacidade sucessória dos nascituros), e 2240.º (administração da herança ou legado a favor do nascituro). Dentro destes casos, os arts. 1855.º e 2033.º, n.º1, pressupõem a existência de nascituros já concebidos. Veremos *infra* como se opera a tutela de direitos não patrimoniais.

⁶⁷⁶ José TAVARES, *Princípios*, I, p. 232 ss.; GALVÃO TELLES, *Sucessões*, p. 34, n. 19; CASTRO MENDES, *Teoria*, I, p. 116 ss, 156 e 159 ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria* I, p. 123 e 199 e *Sucessões*, p. 143.

⁶⁷⁷ Manuel de ANDRADE, *Teoria*, I, p. 34 ss.; MOTA PINTO, *Teoria*, pp 197 ss. que explica: “O objecto possível de um direito não estaria integrado, nessas hipóteses, em nenhuma relação jurídica, mas também não estaria livre; estava a ser objecto de uma tutela jurídica adequada que o reservava para um provável direito futuro.”

⁶⁷⁸ DIAS MARQUES, *Teoria* I, p. 39 ss.; CABRAL DE MONCADA, *Lições*, I, p. 301.

⁶⁷⁹ ORLANDO GOMES, *Introdução*, p. 143 ss.

⁶⁸⁰ Paulo CUNHA, *apud* PAIS VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 112.

⁶⁸¹ ANTUNES VARELA, “A condição jurídica dos nascituros...”, p. 627 e PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, IV, art. 2033, 2, p. 34, segundo os Autores, a atribuição de bens a nascituros integra um complexo processo aquisitivo de poderes, escalonado, por graus

A tese de que o embrião é já titular de *personalidade jurídica* é atualmente defendida por Oliveira Ascensão,⁶⁸² Menezes Cordeiro,⁶⁸³ Paulo Otero,⁶⁸⁴ Pedro Pais de Vasconcelos,⁶⁸⁵ Diogo Leite de Campos⁶⁸⁶, João Loureiro⁶⁸⁷, Stela Barbas⁶⁸⁸ e, ainda que com especificidades argumentativas, Carneiro da Frada.⁶⁸⁹

Esta doutrina deixa-se seduzir pelo alargamento do domínio da subjetividade e dos direitos subjetivos, no que se poderia enquadrar no movimento denunciado por Bobbio como a *Idade dos Direitos*.⁶⁹⁰ Apesar da força persuasiva de alguns argumentos utilizados pelos Autores, temos para nós que a doutrina tradicional ainda não deve ser superada por várias razões fortes.

Em primeiro lugar, a tese de que a personalidade jurídica se adquire (se adquire sempre, mas só se adquire) com o *nascimento completo e com vida* corresponde na perfeição à letra da lei e à intenção do legislador.

ou de graus; ao tempo da atribuição, verifica-se um *direito em formação sucessiva, em estado embrionário*. Também Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 49 ss. se filia nesta orientação. Cf. ainda CUNHA GONÇALVES, *Tratado I*, p. 179; CABRAL DE MONCADA, *Lições*, p. 300 ss.

⁶⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, I, p. 55.; IDEM, Embrião e personalidade jurídica, in *Vida e Direito, Reflexões sobre um referendo*, Cascais, 1998, p. 85.

⁶⁸³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Parte Geral, Pessoas*, 2011, p. 364. Fundando-se no art. 24.º CRP, o Autor defende que o “nascituro é uma pessoa desde a concepção” e tem o “direito à vida”.

⁶⁸⁴ PAULO OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal...*, p. 31 ss, em especial, p. 61 e 62.

⁶⁸⁵ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria...*, p. 79 ss., IDEM, *Direito de Personalidade*, p. 104 ss.

⁶⁸⁶ LEITE DE CAMPOS, *Nós*, p. 75 ss.; IDEM, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica,” *ROA*, Ano 61, 2001, III, p. 1254 ss.; LEITE DE CAMPOS, A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista), in LEITE DE CAMPOS/ SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 49 defende que “é necessário “acabar” com o nascimento” (...) e que “hoje, é difícil negar que esse reconhecimento da vida se opera a partir da concepção.”

⁶⁸⁷ João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, p. 400 ss. e p. 739 ss.

⁶⁸⁸ Stela BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, p. 235 ss.

⁶⁸⁹ CARNEIRO DA FRADA “A Proteção juscivilística...” *ROA*, 2010.

⁶⁹⁰ Norberto BOBBIO, *A Era dos Direitos*, 4.ª reimp., Rio de Janeiro, Campus, 1992.

Em segundo lugar, essa interpretação está em conformidade com os restantes ramos do Direito, desde logo, com o Direito Farmacêutico e com o Direito dos Dispositivos Médicos que *autorizam* métodos de controlo da natalidade pós-concepcionais (v.g., pílula do dia seguinte, dispositivo intrauterino, etc.), mas sobretudo, com o Direito Penal⁶⁹¹, com o Direito Constitucional e com o Direito Europeu dos Direitos Humanos. Donde a não subjetivação do nascituro está mais conforme ao sistema jurídico no seu todo, seja face à interpretação da Constituição repetidamente realizada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos sobre a IVG⁶⁹², seja face

⁶⁹¹ Cf. as lúcidas reflexões de FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário conimbricense*, p. 6-7: “no homicídio e no aborto são jurídico-penalmente distintos os bens jurídicos protegidos e não apenas os objetos do ataque que contra eles se dirija; e isto ainda mesmo quando se deva considerar que ambos constituem “vida humana” (...).” No mesmo sentido, *vide* DAMIÃO DA CUNHA, anotação ao art. 140.º, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, 2012, p. 224.

⁶⁹² Cf. Ac. TC n.º 25/84; Ac. TC n.º 85/85; Ac. TC n.º 288/98, de 17 de Abril e o Ac. TC n.º 617/2006 e, por último, o Ac. do TC N.º 75/2010, de 23/2/2010 (Sousa Ribeiro) que, numa extensa e profunda análise conclui pela não inconstitucionalidade das soluções normativas constantes da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Segundo o Tribunal Constitucional, há um reconhecimento de que a vida humana intra-uterina está também protegida no art. 24.º CRP (na dimensão *objetiva* da norma de direito fundamental), enquanto *bem jurídico e imposição constitucional*, bem como o reconhecimento de que o legislador ordinário está vinculado a estabelecer formas de proteção da vida humana intrauterina. A Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de junho, estabelece algumas normas de proteção à vida intrauterina. Cf. Jorge MIRANDA/ José de MELO ALEXANDRINO, *As Grandes Decisões Dos Tribunais Constitucionais Europeus, Portugal*, polic.

João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, p. 740-741 procura “denunciar o erro daqueles que pensam que reconhecer um estatuto constitucional ao embrião terá como efeito a proibição da interrupção da gravidez.” O Autor procura argumentar que no caso da IVG sempre estaria em causa uma ponderação de interesses envolvidos distinta da que ocorreria no confronto entre experimentação com embriões vs. proteção do embrião. Concordamos com a afirmação, mas não deixa de ser clarificador que o próprio Autor admita que tal concepção (de que o embrião é pessoa e tem personalidade jurídica) poderia levar à proibição da IVG (“embora se possa chegar a esta conclusão”). O Autor, ademais, escrevia em 2003, altura em que o contrato social face à faculdade de a mulher levar a cabo uma IVG era radicalmente distinto do que se regista desde o Referendo de 2007. Donde, em puro esforço hermenêutico-jurídico, mas respeitando a Lei em vigor no ordenamento jurídico, não podemos subscrever a visão otimista de João Loureiro. Pelo contrário, como veremos infra, esta equiparação de pessoas/ personalidades jurídicas nascidas e ainda na fase de nascituro pode ter consequências negativas para a tutela das pessoas mais vulneráveis (em estado de coma, estado vegetativo persistente, doença mental grave, etc.).

à distinção feita pelo Código Penal entre crimes contra a vida e crimes contra a vida intrauterina, seja face às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Assim, segundo a jurisprudência deste Tribunal, a CEDH não é explícita quanto ao momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida, questão que assume especial importância no debate quanto ao aborto e quanto ao estatuto jurídico do embrião *in vitro*.⁶⁹³

De acordo com o Tribunal de Estrasburgo, ainda que se reconheça ao não nascido um ‘direito à vida’, esse *direito não deve ser tomado como absoluto* uma vez que pode colidir com direitos da mãe: integridade física, vida, disposição do corpo e reserva da vida privada. Inicialmente, a Comissão declarou-se incompetente para apreciar normas nacionais quanto ao aborto; mais tarde, alegou ilegitimidade das partes. Entretanto, tem-se sempre furtado a oferecer uma resposta acabada quanto ao quando e ao *quantum* da proteção da vida humana.⁶⁹⁴

O TEDH tendencialmente *não* lança mão do art. 2.º da CEDH para proteger embriões ou fetos, o que é congruente com o alastramento da despenalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras semanas no âmbito europeu. Os casos de aborto por negligência médica são

⁶⁹³ No direito internacional, quer o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 6.º/5) quer a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 4.º/5) proíbem a execução da pena de morte em mulheres grávidas, de onde se depreende um reconhecimento do interesse da vida do não nascido. Por seu turno, a Convenção Interamericana é o único diploma em que é expressa a proteção do direito à vida desde a concepção, único requisito da personalidade.

⁶⁹⁴ Seguimos Vera Lúcia RAPOSO: “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril – Junho 2007, p. 76 ss. Segundo a Autora (p. 81), esta falta de posição é interessada, no sentido em que lhe subjaz prudência em não ferir sensibilidades e entrar em conflito aberto com os Estados.

No que respeita à tutela dos embriões *in vitro*, a única pronúncia do TEDH refere-se ao caso *Evans v. Reino Unido* (Abril 2007): neste caso, um casal recorre a PMA em Julho de 2000; o marido da requerente deu consentimento à utilização do seu esperma, à aplicação reprodutiva dos embriões e à criopreservação dos embriões excedentários pelo período de 10 anos. No processo foram congelados 6 embriões. Em 2002, o casal separou-se e o elemento masculino requereu a destruição dos embriões ao abrigo do previsto na secção 8(2) do Schedule 3 do *Human Fertilization and Embryology Act*. Perante isto, a Senhora Evans, esgotados todos os expedientes internos, recorreu ao TEDH alegando a violação do seu direito à privacidade, proibição da discriminação e violação do direito à vida dos embriões, com base nos arts. 8.º, 14.º e 2.º da CEDH, respectivamente. Todas as pretensões de Evans foram recusadas. Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo...*, p. 82 ss.

resolvidos por recurso aos direitos próprios da mãe (integridade física e reserva da vida privada, essencialmente), entendendo o Tribunal que os Estados não têm, para tal, a obrigação de criar legislação penal nesse sentido, bastando a responsabilidade civil (como decidiu no caso *Vo vs. França*).⁶⁹⁵

Em suma, o Direito Civil não se pode constituir como uma ilha que desatenda aos elementos constitutivos da ordem jurídica. E pretender doutrinar em Direito Civil sem atender às decisões do Tribunal Constitucional, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e ao Direito que a Assembleia da República vem produzindo⁶⁹⁶ não nos parece ser boa Metodologia Jurídica.

Finalmente, a doutrina segundo a qual o nascituro não tem personalidade jurídica mas é um *bem jurídico* que merece a mais elevada proteção é a que permite um enquadramento mais harmonioso da situação jurídica dos nascituros (embriões e fetos *in utero* e *in vitro*) e a sua relação com as pessoas nascidas e titulares de personalidade jurídica. Assim, a tutela do nascituro através do instrumento dos “interesses juridicamente protegidos” ou de “bens jurídicos” parece-nos mais conforme aos elementos da ordem jurídica.⁶⁹⁷

23.2.A tese do nascituro como bem jurídico protegido

⁶⁹⁵ Vera RAPOSO, “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo”, *cit.*, p. 80 e ss; Douwe KORFF, *The right to life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 8, p. 13.

⁶⁹⁶ Pensamos na Lei sobre a Procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que permite, por exemplo, a investigação com embriões (art. 9.º) e o diagnóstico genético pré-implantatório (art. 28.º), bem como a Lei 16/2007, de 17 de abril, sobre a IVG por opção da mulher.

Cf. Ac. do TC n.º 101/2009, de 3/3/2009 (Fernades Cadilha), que declarou a não inconstitucionalidade de várias normas, nas quais o embrião não goza de uma proteção absoluta.

⁶⁹⁷ Para uma análise de Direito Constitucional, *vide* JOÃO LOUREIRO, “Estatuto do embrião”, in: Luís ARCHER/ Jorge BISCAIA/ Walter OSSWALD/ Michel RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, p. 110-121. No plano do direito internacional e do direito holandês, Jozef DORSCHIEDT, *Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection*, *EJHL*, 17 (2010), p. 433-454.

Confrontando o embrião *in vitro* e o embrião *in utero*, Efié KOUNOUGERI-MANOLEDÁKI: “Biomedical progress and the beginning of human life as a civil law problem” in *Revue Hellénique de Droit International*, année 53, n.º 2, 2000, p. 555–563, afirma que o ato da implantação pode conceder uma tutela jurídica mais forte ao nascituro.

A tese dominante entende que o embrião é um *bem jurídico protegido* ou um *interesse juridicamente protegido*.⁶⁹⁸ Acompanhando Orlando de Carvalho, “a subjetividade jurídica (a qualidade de quem é sujeito de direito) supõe no homem a personalidade jurídica, que, por seu turno, supõe a personalidade humana. É porque o homem é pessoa – pessoa humana – que ele se reconhece como pessoa em sentido jurídico e, logo, como sujeito para o Direito.”⁶⁹⁹

Capelo de Sousa admite que “é inegável a existência de *vida humana* no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependentes da mãe. Pelo que, não só ao nível de garantias constitucionais, mas também no âmbito das relações entre os particulares, por força da eficácia civil daquela norma, dever-se-á considerar o ser do nascituro como um *bem juridicamente protegido*, tanto mais que o legislador constitucional não distinguiu, no seu art. 24.º...” da CRP, “...a vida humana extrauterina da intrauterina, aquela depende desta e a razão de ser da lei a ambas abrange, no respeito das correlativas especificidades.”⁷⁰⁰

Seguimos, pois, a doutrina tradicional e ainda maioritária na Academia e na Jurisprudência, e julgamos que o estatuto de pessoa e o atributo da personalidade jurídica apenas se obtém com o *nascimento completo e com vida*. Ser pessoa demanda uma dimensão individual e uma dimensão de *comunitas*. Por um lado, só o ser humano nascido goza de

⁶⁹⁸ Cf., MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 202, Luísa NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, p. 553 ss.. Também no direito germânico Larenz e Wolf afirmam que o embrião é um ser humano em formação e necessita como tal de proteção do ordenamento jurídico, mas isso não significa que seja pessoa jurídica (LARENZ/ WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1997, p. 125). No mesmo sentido, Hans-Martin PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 7., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 81 e 82. No direito inglês, HERRING, *Medical Law...*, p. 244: „English law is clear that a fetus is not a person until it is born“

⁶⁹⁹ Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 161. Cf. tb. Orlando de CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para desmistificação necessária)”, *O homem e o tempo – Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 535 ss., embora não se concorde com a compreensão (biologicamente errada) apresentada de que se trata apenas de “um simples *viscus*, um das *viscera matris*”.

⁷⁰⁰ CAPELO DE SOUSA, DGP, p. 156 ss.

verdadeira autonomia e individualidade, por outro, apenas este vive em comunidade e vivendo a *comunitas*, responde. Acompanhando o ensino de Orlando de Carvalho, “*Porque o homem se conhece, distingue-se: se se distingue opõe-se; quem se opõe resiste; e quem resiste subsiste. O homem, ao encontrar resistência e oposição, encontra os outros que são conformadores da sua personalidade.*”⁷⁰¹

Assim, o embrião (*in vitro* e *in utero*) e o feto, porque são *vida humana* merecem proteção – *proteção forte* – do Direito. Donde qualquer lesão na sua “expectativa” de desenvolvimento e de aceder à vida autónoma deva ser devidamente justificada pela Lei e apenas tendo em vista a salvaguarda de interesses jurídicos constitucionalmente protegidos, num juízo de ‘concordância prática’ em vista a tutelar outros direitos ou bens jurídicos protegidos.⁷⁰² Assim vem acontecendo, na controvérsia do debate democrático, no que respeita à legislação sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez, à experimentação em embriões “supranumerários” ou mesmo na aceitação do diagnóstico genético pré-implantação.

A explicação da existência de alguns *direitos patrimoniais* a favor do nascituro, embora dependentes do seu nascimento, leva a vários entendimentos. Desde a *personalidade jurídica parcial*⁷⁰³ (e necessariamente provisória ou resolúvel), seja à doutrina da retroação da personalidade, seja à admissão dos direitos sem sujeito – sendo direitos que se

⁷⁰¹ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1973 (por Santos Justo), nota 269.

⁷⁰² A vida, a saúde física e psíquica da mãe, a autodeterminação da maternidade, no caso da IVG (art. 142.º do CP); a *investigação científica*, desde que baseada em forte legitimidade científica e ética e apenas com embriões criados no âmbito das técnicas de PMA (art. 9.º e art. 30.º, n.º2, al. g) da Lei n.º 32/2006); a saúde da futura criança (DGPI) (arts. 28.º e 29.º da Lei n.º 32/2006), sendo muito fraco o argumento da tutela da saúde de um irmão (bebé-medicamento) (ainda assim não rejeitado de plano pelo art. 30.º, n.º 2, q).”

⁷⁰³ CAPELO DE SOUSA, DGP, p. 156 ss. e 361 ss. entende que “é necessário reconhecer no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurisdicção, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilisticamente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento e para o esclarecimento de tais efeitos mostra-se ainda mais adequada a construção do concebido como uma *personalidade jurídica parcial*. É claro que ele agirá juridicamente através dos seus representantes legais, mas a atribuição ao concebido da titularidade dos poderes jurídicos sobre o bem geral da sua própria personalidade física e moral poderá ter interesse mesmo face aos seus próprios representantes legais.

referem a um “centro autónomo de relações jurídicas”, que tem lugar na provisão e expectativa da pessoa” (não personalizado) (Santoro-Passarelli)⁷⁰⁴, ou então, “não rompendo com esse prejuízo mas recusando-se à construção de uma personalidade jurídica de funil, negue a existência aqui de autênticos direitos e conceba os “direitos” do nascituro como “meros estados de vinculação” de certos bens.”⁷⁰⁵ Para Orlando de Carvalho, a tese mais realista será – no que respeita aos direitos patrimoniais – a dos *direitos sem sujeito*, isto é, “sem uma personalidade que os ostente” (mas só um “centro de imputação”, um património autónomo).⁷⁰⁶

A proteção jurídica dos *bens não patrimoniais* pode ser compreendida fora do quadro da personalidade jurídica, mas deve ser afirmada para os nascituros concebidos; estes “não são um *nada* humano, são já um embrião, uma firmada “*spes vitae*”. Para tanto, subscrevemos a explicação dogmática de Orlando de Carvalho:

“Há que repor, para os nascituros concebidos, a ideia clássica de que “*nasciturus pro jam natus habetur quotiens de commodis ejus agitur*”, não no sentido de que têm, entretanto, uma personalidade limitada a tudo o que respeite os seus interesses, mas no sentido de que a *personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento* é à medida da respetiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como direitos dessa personalidade, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intrauterina. O que vale sobretudo para os direitos pessoais (designadamente os direitos de indemnização por ataques à sua integridade física praticados nessa fase embrionária, mas ajuda também a dar verdadeiro sentido aos direitos patrimoniais que lhe competem (como ao direito de sucessão legítima e legitimária, inconcebível sem uma autêntica *spes vitae*). Nesta ordem de ideias, *se a personalidade jurídica só nasce com o nascimento, deve considerar-se como*

⁷⁰⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Atlântida, 1967, p. 8.

⁷⁰⁵ Manuel de ANDRADE, I, 34 ss., *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria...*, p. 169.

⁷⁰⁶ Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 171.

integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da concepção.”⁷⁰⁷

Acrescentamos ainda que a personificação do nascituro, embora imbuída de forte generosidade espiritual, pode acarretar, a prazo, o risco de desproteção das pessoas humanas. Isto porque há um conjunto de equilíbrios jurídico-sociais entre os interesses do nascituro e interesses das pessoas nascidas que, transpostas para uma colisão entre pessoas seriam contrários à ordem justa, tal qual nós a conhecemos.

Assim, veja-se a descriminalização do aborto quando este “a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida” (art. 142.º, n.º 1, al. a) CP). Já antes do Código Penal de 1982 se aceitava esta solução; já o Reichsgericht, nos inícios do Século passado⁷⁰⁸, comungava desta perspetiva. Ora, se entendermos que o nascituro tem o mesmo estatuto de subjetividade que uma pessoa (após o nascimento completo e com vida), não estaremos a lançar a rede para que amanhã se venha juridicamente defender a licitude da causação da morte de uma pessoa para *remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica de outra?*

Veja-se ainda o caso de fetos inviáveis, “caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.” A sua equiparação a uma pessoa, designadamente a uma pessoa com graves lesões cerebrais, como um estado vegetativo persistente, não poderá abrir a porta a uma argumentação por analogia e a proposição de que se pode terminar a vida de uma pessoa em EVP, visto que está numa situação “inviável”?

Dir-se-á que o argumento é falacioso e que prova demais. Ou que, pelo contrário, provaria a necessidade de rever a lei da IVG (Lei 16/2007)?⁷⁰⁹ Com a devida vénia, não me

⁷⁰⁷ Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 172 explica: “A personalidade humana não surge no nascimento *ex abrupto*: surge como termo de um processo biológico – há uma formação progressiva da personalidade. O Direito não pode desconhecer tal formação progressiva e deixar de proteger as infraestruturas da personalidade que se vão formando nessa fase embrionária. A *tutela jurídica do embrião* leva ao reconhecimento de direitos pessoais irredutíveis à mera ideia de um património autónomo (e, identicamente, a uma ideia de uma personalidade de funil ou a de uma teoria de estados de vinculação de certos bens).”

⁷⁰⁸ Entscheidung vom 11. März 1927.

⁷⁰⁹ Cf. a análise sábia de FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do art. 142.º, *Comentário Conimbricense*, 2012, p. 251 ss. a que aderimos sem reservas.

parece que a “consciência jurídica geral”⁷¹⁰ pudesse aceitar esse recuo nos *direitos das mulheres* e no reabrir da chaga do aborto clandestino, designadamente em casos por perigo de vida da grávida ou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher.⁷¹¹

Nesse sentido, no sentido da não inconstitucionalidade da lei em vigor, se pronunciou claramente – e com fundamentação convincente – o Tribunal Constitucional no Ac. n.º 75/2010.

Recolocando a discussão: a personificação do nascituro (o entendimento de que este goza de personalidade jurídica) vai trazer para o discurso jurídico inegáveis contradições e dificuldades, podendo mesmo colocar em risco o equilíbrio das soluções e a proteção de pessoas vulneráveis, como as pessoas em EVP ou com outras deficiências graves que tornassem a sua sobrevivência inviável. E tudo isso sem qualquer vantagem tangível no que respeita à proteção dos interesses do embrião e do feto.

Um outro argumento é o de que conceder personalidade jurídica ao nascituro seria sempre uma personalidade limitada, adstrita a determinados fins. Ora, Orlando de Carvalho ensina: “A personalidade jurídica é a projeção no Direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana. Do que resultam os seguintes corolários: 1.º Essencialidade (...); 2.ª Indissolubilidade; 3.º *Ilimitabilidade*. A personalidade jurídica é tão ilimitada como a personalidade humana. O que exclui as chamadas gradações de personalidade (como o sistema de “*capitis deminutiones*” romanas), ou o *numerus clausus* dos direitos de personalidade.”⁷¹²

Donde, a personalidade jurídica do nascituro seria sempre incompleta, conduzindo a diferenciações nesta categoria básica do Direito: passaria a haver entes com

⁷¹⁰ Para um revisão do longo e debatido caminho que a sociedade portuguesa percorreu até chegar à solução da Lei 16/2007, vide FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do art. 142.º, *Comentário Conimbricense*, 2012, p. 243 ss. Não sendo – e nunca podendo ser – uma solução unânime, afigura-se, porém, uma solução que reúne um consenso alargado no ‘auditório’ democrático da República portuguesa.

⁷¹¹ Convém ainda recordar que o Direito Internacional da Saúde pugna pela melhoria da saúde materna, sendo este um dos Objectivos do Milénio. E é sabido que o planeamento familiar e a faculdade de interromper a gravidez com higiene e segurança são um aspeto importante da saúde feminina, independentemente do julgamento ético que se possa fazer sobre o abortamento.

⁷¹² Orlando de CARVALHO, TGDC, p. 163.

personalidade jurídica plena (as pessoas nascidas) e *personalidade jurídica parcial* (os nascituros). Por outro lado, teríamos problemas práticos quase irresolúveis, como o registo civil dos nascituros⁷¹³ e a distinção entre a fase anterior à nidação e posterior à nidação.⁷¹⁴ Problemas esses que são de grande relevo para o Direito Civil, um ramo do Direito fortemente norteado pelo princípio da *segurança jurídica*.

Finalmente, recordamos a lição de Orlando de Carvalho, segundo o qual a ciência jurídica moderna nasceu “como se sabe, com a laicização do Direito, isto é, com a sua autonomização da Teologia.”⁷¹⁵

23.3. Problemas práticos da proteção juscivilista do nascituro

Importa agora abordar, muito brevemente, os principais problemas litigados nos tribunais portugueses que envolvam o problema de proteção dos bens jurídicos de *índole pessoal* reconhecidos ao nascituro, designadamente a possibilidade de indemnizar os danos causados à integridade física e à saúde do feto, o problema da ressarcibilidade do “dano da morte” do feto e ainda da compensação por danos não patrimoniais resultantes da morte do seu pai.

⁷¹³ Cf. art 132.º do Código do Registo Civil (*perfilhação de nascituros*): “1 –O assento de perfilhação de nascituro só pode ser lavrado se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe. 2 –O assento, além dos requisitos gerais, deve conter a indicação do nome completo, data de nascimento, estado, naturalidade, residência habitual e filiação da mãe do perfilhado, época da concepção e data provável do parto.” Sobre a morte fetal com tempo de gestação de 22 semanas ou superior, *vide* o art. 209.º do Código do Registo Civil. Estas normas mostram que o nascituro embora possam ser objeto de um ato de registo o é sempre *por conexão à sua mãe* e não enquanto centro autónomo de imputação de relações jurídicas.

⁷¹⁴ Para efeitos do crime de aborto, o embrião só merece proteção depois da nidação, cf. FIGUEIREDO DIAS/ Nuno BRANDÃO, in *Comentário Conimbricense*, p. 6 e DAMIÃO DA CUNHA, anotação ao art. 140.º, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, 2012, p. 225. Contudo, o art. 40.º da Lei n.º 32/2006 contém um tipo legal de crime que visa proteger o embrião *in vitro*.

⁷¹⁵ Orlando de CARVALHO, *Para um Novo Paradigma Interpretativo: O Projecto Social Global*, Casa da Relação do Porto, 1995, p. 77.

23.3.1. Indemnização por lesões à integridade física e pela lesão do direito à saúde

A *indemnização por lesões à integridade física* (caso venha a nascer) é defendida pela doutrina dominante, designadamente por Antunes Varela,⁷¹⁶ Orlando de Carvalho,⁷¹⁷ Oliveira Ascensão⁷¹⁸, Mota Pinto,⁷¹⁹ Capelo de Sousa,⁷²⁰ Heinrich Hörster⁷²¹ e Carneiro da Frada⁷²² e a que nós aderimos.

Partindo da distinção que fazemos entre direito à integridade física e direito à saúde, sendo este mais amplo e não estando limitado às condições físico-psíquicas prévias, vem dar um grande alcance a esta pretensão indemnizatória, face a agressões físicas, químicas, farmacológicas ou ambientais que

⁷¹⁶ ANTUNES VARELA, *A condição jurídica do embrião*, p. 634.

⁷¹⁷ Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 172.

⁷¹⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 52. O Autor defende a indemnização mas apenas a partir do momento em que já há concepção. Assim, “se alguém contagiar uma mulher com sífilis, antes da concepção, e esta se comunicar depois ao filho, não há nenhum direito de indemnização deste.” Temos dúvidas quanto a este resultado e não nos parece o mais apropriado para os *riscos* criados pelas modernas biotecnologias, a imporem deveres objectivos de cuidado que vão para além das pessoas já existentes (e concebidas). Pensemos nos medicamentos com efeitos teratogénicos nas gerações futuras. Ultrapassados os problemas de causalidade e de prescrição que possam surgir, não vemos como negar a indemnização a uma pessoa que nasce com lesões corporais imputáveis a um medicamento que a sua mãe (ou a sua avó) tomou anos antes da sua concepção. Sobre a responsabilidade por medicamentos – Diana SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, po. 77 ss.

⁷¹⁹ MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 203.

⁷²⁰ CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, p. 270: “um dos direitos legalmente reconhecidos ao nascituro concebido é justamente (...) o direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, nomeadamente, o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e à sua saúde, pois, como vimos, ele, embora não tenha personalidade jurídica plena, é, para efeitos do art. 70.º, um “indivíduo” – e até mais do que isso, uma “pessoa” – e tem uma “personalidade física e moral.”

⁷²¹ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 301. “No momento do nascimento, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade. Nestes termos, ao ter nascido, a criança adquiriu um direito à indemnização e isto em conformidade com a lei que faz depender a personalidade do nascimento completo e com vida, não conhecendo qualquer tipo de personalidade limitada ou com efeitos retroactivos.”

⁷²² CARNEIRO DA FRADA, *A própria vida como dano?*, *ROA*, Ano 68 –Vol. I –Jan. 2008.

um terceiro cause ao recém-nascido, antes ou durante a gestação.⁷²³

23.3.2. Indemnização pela morte do nascituro

Já a indemnização pelo “*dano da morte*” (do embrião e do feto) suscita uma querela doutrinal. Apesar do esforço argumentativo da doutrina favorável à indemnização,⁷²⁴ julgamos que a razão está do lado da jurisprudência e doutrina que nega essa pretensão.⁷²⁵ Com efeito, a indemnização prevista no art. 496.º visa compensar a perda da vida de uma *pessoa nascida*. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. de 09/10/2008 (Bettencourt de Faria),⁷²⁶ decidiu:

“III – Numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica, não é possível adotar um conceito de dignidade humana, de origem metafísica, segundo o qual o ser humano tem uma essência espiritual presente desde o momento da concepção.

IV – O art. 66.º, n.º 1 do C. Civil, ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida, não é incompatível com o art. 24.º, n.º 1 da Constituição, quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa.

V – Assim, *não há lugar à reparação por perda do direito à vida de um feto que faleceu em consequência de acidente de viação.*”

Diferente é o dano que a mulher grávida sofre pela perda do feto, como aliás se prevê na tabela do dano corporal.⁷²⁷ Aqui está em causa a dor, o sofrimento, a angústia

⁷²³ Recordemos que a lei de março de 2002 expressamente previu a manutenção desta pretensão indemnizatória no direito francês.

⁷²⁴ Cf. CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 162/163, PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 110.

⁷²⁵ O Ac. STJ, 25/5/85 reconheceu um direito de indemnização aos pais, face ao n.º 1 do art. 496.º, pelos danos não patrimoniais que a perda do filho, com cerca de nove meses de gestação e que aguardavam, lhes causou, mas já não um direito a indemnização pela supressão da vida do feto à luz dos preceitos dos n.º 2 e 3 do art. 496.º, sob a consideração de que este não era ainda uma pessoa jurídica. Na doutrina, pronunciaram-se *contra* o direito de indemnização pelo *dano da morte* do nascituro Pires de Lima/Antunes Varela, Mota Pinto, Castro Mendes, Dias Marques, Carvalho Fernandes e Heinrich Hörster.

⁷²⁶ Ac. STJ, 09/10/2008 (Bettencourt de Faria).

⁷²⁷ Portaria n.º 679/2009, de 25 de junho: Anexo 2 –Dano moral por perda do feto.

e a tristeza da mulher, que naturalmente merece uma compensação adequada e autónoma da simples lesão da integridade física.

23.3.3. Indemnização pela morte do pai durante a gestação

Um terceiro problema é o de saber se o nascituro poderá receber uma indemnização pela morte do seu pai. Contra essa possibilidade decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. STJ, 17/02/2009. Partindo de uma hermenêutica lógico-formal, entende que o nascituro não goza de personalidade jurídica, e, portanto, não pode reclamar uma indemnização, mesmo depois de nascer.

A tese oposta, seguindo uma perspectiva mais intuitivo-emocional, considera o facto inegável de que a criança irá sofrer toda a sua vida por não beneficiar das alegrias de ser criado e crescer pelo seu pai, mas oblitera o facto irrefutável de que, no momento do acidente, o nascituro não tinha personalidade jurídica.⁷²⁸

A referida decisão do STJ encontra bom fundamento na letra do art. 66.º, n.º 2, segundo a qual o nascituro só terá os direitos reconhecidos pela lei, como é o caso em matéria de doações, sucessões e responsabilidades parentais.⁷²⁹ Nesta interpretação, as referidas normas têm carácter excecional e não podem ser aplicadas por analogia (art. 11.º).

Todavia, o art. 496.º, n.º2, confere a compensação pela morte da pessoa “aos filhos ou outros descendentes”. Ora, terão estes filhos ou outros descendentes de já ser nascidos no momento da morte? No plano gramatical, podemos argumentar que onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir (filhos nascidos e filhos nascituros). Com efeito, o n.º 2 do art. 496.º não distingue os *filhos nascidos* dos *filhos nascituros*, pelo que teremos que atender à teleologia do regime. A lei confere uma compensação pela morte de um familiar próximo a certas pessoas (circulo restrito da *família nuclear*, em regra) por pressupor a orfandade causa dos filhos sofrem danos

⁷²⁸ A favor da indemnização, MENEZES CORDEIRO, *Tratado... Parte Geral, Vol. IV, Pessoas*, 2011, p. 370.

⁷²⁹ Pelo contrário, o Código Civil espanhol conta com uma redação mais aberta, que permite uma interpretação diferente pela doutrina do país vizinho. Segundo o art. 29: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”

morais *graves* que ‘merecem a tutela do direito’. E, com efeito, não se vê que diferença faça distinguir entre a orfandade de um recém-nascido da de um nascituro, pelo que a questão permanece em aberto.

O desejo de ‘travar’ a lista de beneficiários ou “manter os diques fechados” (parafrazeando Jaap Spier),⁷³⁰ ou a intenção de não cair na banalização do dano moral,⁷³¹ também não é prejudicado, pois estes casos são muito raros e podem ser averiguados poucos meses após o falecimento da vítima primária (na medida em que se mantenha a proibição da inseminação *post-mortem*...). Donde tendemos a considerar que a tese que vê o nascituro como beneficiário – *se vier a nascer* (pois só aí adquire personalidade jurídica) – como adequada à resolução deste problema.⁷³²

⁷³⁰ Jaap SPIER, *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, Kluwer, 2000.

⁷³¹ Não resistimos a citar a escrita de W.V.H. ROGERS, “Death and Non-Pecuniary Loss”, in H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, p.57 que comenta um caso da Grécia em que se concede uma compensação a um bebé de dois anos pela morte do seu pai: “I was surprised at the decisions in 2005 that a two year old had not reached the stage of emotional development to feel grief at the death of a relative (and a fortiori that the same was true for someone who was a *foetus* at the time) but I was surprised at the supplementary holding that they could recover damages for the non-pecuniary loss they were bound to suffer in the future.” Com efeito, urge repensar se não caminhamos para uma banalização do dano moral que o pode fazer cair em descrédito.

⁷³² Já uma indemnização pela morte de outras pessoas previstas no art. 496.º, n.º 2, nos parece de afastar, pois não se chegou a desenvolver uma relação afetiva com essas hipotéticas vítimas. Já a figura do pai (ou da mãe, no caso extraordinário de a mãe falecer durante a gestação, conseguindo a medicina manter a mesma gestação até ao nascimento da criança) tem uma representação psicológica deveras importante.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DA 'PERSONALIDADE HUMANA' POST-MORTEM NO DOMÍNIO DA BIOMEDICINA

24. O respeito devido ao cadáver e à memória do defunto

24.1.A Morte como pilar estrutural da Pessoa Humana

Neste tempo de “repressão da morte” (Gadamer),⁷³³ importa reafirmar que o Direito da Medicina regula o contato da vida humana com as Ciências Biomédicas, desde antes da concepção, passando pelo nascimento, percorrendo toda a vida, nas suas diferentes fases (infância, adolescência, idade adulta, terceira e quarta idade, fim de vida) e prolonga a sua regulação mesmo depois da morte.⁷³⁴

O recente *Rapport* da Assembleia nacional francesa sobre a revisão das leis da bioética sublinha que: «*la bioéthique ne saurait être définie comme étant seulement l'éthique du vivant. Elle implique aussi de définir ce que les vivants doivent s'interdire de faire avec les corps des morts, ces dépouilles qui portent la mémoire du défunt*».⁷³⁵

A matéria jurídica em estudo revela-se de enorme complexidade e envolve a análise de alguns conceitos, regulamentações e institutos jurídicos, cujo tratamento doutrinal ainda se encontra numa fase de polémica e incertezas: o estatuto jurídico do cadáver humano, a existência de direitos de personalidade *post-mortem* e a proteção jurídica devida ao cadáver e à memória dos mortos. Assuntos que tocam com o âmago do projeto humano, com convicções éticas, filosóficas e mesmo religiosas de cada cidadão e de cada jurista.⁷³⁶

⁷³³ Hans-Georg GADAMER, *O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Edições 70, 1997, p. 67.

⁷³⁴ O atestado de óbito é de competência médica, segundo o art. 194.º do Código do Registo Civil e do art. 114.º do CDOM. Já a declaração de óbito à conservatória do registo civil está regulada no art. 119.º do Código do Registo Civil. A Lei n.º 15/2012, de 3 de abril, institui o Sistema de Informação dos Certificados de Óbito (SICO).

⁷³⁵ Rapport d'information n.º 2235 de «Révision des lois de bioéthique», *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité* (rapporteur : Jean Léonetti), p. 423, chapitre 8 : Le respect de l'identité et du corps de la personne décédée, 2010.

⁷³⁶ Paula RIBEIRO DE FARIA, *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 126: “a visão teológica da vida depois da morte teve um grande impacto na forma como devia ser encarado o cadáver”, tendo a

A morte, esse “*absoluto opaco*”, nas palavras de Faria Costa, parece estar muitas vezes arredada do discurso jurídico, mas o seu debate e a sua regulação definem eles mesmos a *humanidade do projeto social* em que estamos inseridos.⁷³⁷ Desde a definição legal de morte às práticas médicas e médico-legais a que o cadáver pode estar sujeito, até à determinação do regime que tutela o “respeito devido aos mortos” e a “memória dos defuntos”, todos estes temas marcam o que há de mais intrinsecamente humano: a angustiante, mas libertadora, capacidade de antecipar a morte.⁷³⁸

Acresce que não pode ser esquecida a dimensão *simbólica* do cadáver. É sabido como o este tem sido objeto de

doutrina cristã, neste ponto, um papel determinante no quadro do nosso espaço civilizacional.

⁷³⁷ Afirma João Carlos LOUREIRO, *Transplantações: Um Olhar Constitucional*, Coleção Argumentum/9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 28 – citando HOTTOIS: “[O corpo humano morto] é, por tradição, um objecto de respeito e o sujeito de “mistérios sagrados” para os crentes. Para os seus íntimos, é também o símbolo presente de um ausente que foi amado, e o suporte do luto”.

⁷³⁸ Antecipação da morte que, contudo, segundo a magistral investigação de Philippe ARIÈS, *Sobre a História da Morte no Ocidente desde a Idade Média*, Teorema, 2010, esteve mais presente na cultura ocidental desde a Idade Média até ao Romantismo do que na idade hodierna. Com efeito, o Autor (p. 73) começa por, na Alta Idade Média, “encontrar um sentimento muito antigo e duradouro, e muito generalizado, de familiaridade com a morte, sem temor nem desespero, a meio caminho entre a resignação passiva e a confiança mística. (...) A cerimónia da morte é então, no mínimo, tão importante como a do funeral e do luto. (...) Nos contos populares, os mortos estão tão presentes como os vivos, e os vivos têm tão pouca personalidade como os outros. Uns e outros carecem igualmente de realidade psicológica.” Posteriormente, a morte “converteu-se no lugar em que as particularidades próprias de cada vida, de cada biografia, aparecem à luz clara da consciência, em que tudo é pesado, contado, escrito, em que tudo pode ser mudado, perdido ou salvo. Nesta segunda Idade Média, do século XII ao século XIV, em que são lançadas as bases do que virá a ser a civilização moderna, um sentimento mais pessoal e mais interior da morte, da morte de si mesmo, traduziu o apego violento às coisas da vida e também – é o sentido da iconografia macabra do século XII – o sentimento amargo do fracasso, confundido com a mortalidade (...). Na época moderna, a morte assumiu, pouco a pouco, outra imagem, mais longínqua e no entanto mais dramática e mais tensa (...). No século XIX, parecia estar presente por todo o lado (...), em todo o caso, este eloquente cenário da morte oscilou na nossa época e a morte tornou-se *inominável*. Tudo se passa, a partir de agora, como se nem tu nem aqueles que me são queridos, como se as pessoas, enfim, já não fossem mortais. Tecnicamente, admitimos que podemos morrer, e tomamos providências em vida para preservar os nossos da miséria. Verdadeiramente, porém, no fundo de nós mesmos, não nos sentimos mortais.”

veneração e respeito e como, ao longo dos tempos, a morte surge associada a tradições e crenças que possuem importante sentido ético ou religioso. Por isso, a regulação da morte, dos rituais fúnebres e do respeito devido ao morto são pilares estruturantes de cada civilização.⁷³⁹

Numa perspetiva cultural, de base antropológica, analisando a relação do homem com a morte desde a pré-história, escreve Edgar Morin: “[o] cadáver humano (...) suscita emoções que se socializam em práticas fúnebres e a conservação do cadáver implica um prolongamento da vida. O não abandono dos mortos implica a sua sobrevivência”. E, mais adiante, sintetiza: “A morte é, portanto, à primeira vista, uma espécie de vida, que prolonga, de uma forma ou de outra, a vida individual.” E acrescenta: “A sociedade funciona não apenas apesar da morte e contra a morte, mas também só existe enquanto organização pela morte, com a morte e na morte.”⁷⁴⁰

⁷³⁹ David LE BRETON in «Grefe», in *Le dictionnaire du corps*, sous la direction de Michela Marzano, PUF, 2007, p.417 : «Nulle société humaine ne perçoit le corps comme un cadavre indifférent après la mort».

⁷⁴⁰ *O Homem e a Morte*, 1ª edição portuguesa (tradução da 2ª edição francesa, 1970), Biblioteca Universitária/19, Publicações Europa-América, Lisboa, s/d, p. 24-25.

24.2.O estatuto jurídico do cadáver

Recuperando a linguagem conceptual na qual nos movemos, “*a personalidade jurídica é definida, em fórmula sobre a qual recai largo consenso, como a susceptibilidade de direitos e obrigações (ou da titularidade de direitos e obrigações).*”⁷⁴¹ Por outro lado, segundo o art. 68.º, n.º 1 CC, “*A personalidade cessa com a morte.*”^{742 743}

Perante a linearidade desta disposição legal, afigura-se inequívoco que, no momento da morte, a pessoa perde a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, perde os direitos e deveres da sua esfera jurídica – deixa, em suma, de ser *pessoa*. Certamente por isso, as Declarações de Direitos do Homem não se referem a direitos *post mortem*, porquanto “esses textos visam os direitos do homem e quem está morto deixou de ser homem”.⁷⁴⁴ Nas palavras de Oliveira Ascensão, “Morta a pessoa, resta o cadáver. Este não é seguramente uma pessoa.”⁷⁴⁵ Mas também “não é coisa nem bem, porque indissociável da personalidade de que foi suporte.”⁷⁴⁶

A elaboração doutrinal sobre o *status* do cadáver tem oscilado entre aqueles que ainda veem nele uma *pessoa passada* ou um *resíduo da pessoa do falecido*, de que emergiria uma espécie de personalidade *post mortem*, e os que o

⁷⁴¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 43.

⁷⁴² Os critérios da morte na *Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994* que estabelece os Critérios de Morte Cerebral. Esta Declaração, prevista no art. 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, foi publicada no DR, I-B, n.º 235/94, de 11 de Outubro de 1994.

⁷⁴³ Em alguns países (Holanda, Espanha, Estados Unidos), já se procede à colheita de órgãos em pacientes vítimas de paragem cardíaca, designadamente na fase III dos critérios de Maastricht.

Concordamos com o parecer do CONSEIL CONSULTATIF NATIONAL D’ETIQUE (Avis n.º 115) que recomendou, em Abril de 2011: “6) *Redoubler de prudence* dans l’éventuel débat éthique relatif à la catégorie III de Maastricht : la loi du 22 avril 2005 dite loi Leonetti sur la limitation et les arrêts de traitement tant attendue n’équivaut pas à une autorisation de prélèvement dans cette situation. Seule une compréhension en profondeur de cette loi peut retirer toute suspicion à son égard.»

Também, entre nós, está em estudo na Ordem dos Médicos uma proposta que visa a colheita de órgãos em cadáveres após paragem cardio-respiratória.

⁷⁴⁴ Assim, RICHARD BOUNAMEAU *apud* Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 30/2005, de 2 de Junho de 2005, publicado em Diário da República II.ª Série, de 1/9/2005. Porém, o autor manifesta a sua surpresa pela omissão assinalada.

⁷⁴⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 58.

⁷⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 58.

qualificam como *coisa*, discutindo depois se se trata de *coisa no comércio* ou *fora do comércio*.

Numa visão mais extrema que aproxima o cadáver ao conceito de pessoa, pode ler-se uma sentença de 1ª instância, proferida em Lisboa e datada de 31 de Agosto de 1874, onde se afirma que “os restos mortais de qualquer indivíduo juridicamente não podem ter-se como coisas para as tornar suscetíveis de apropriação e propriedade, (...) mas sim como *pessoa, embora destituída de vida*”.⁷⁴⁷

Numa breve incursão histórica na doutrina nacional, recordamos que, para Cunha Gonçalves, “o cadáver não é coisa,” mas um “*objeto de respeito*.” Para o Autor, “se [pela morte] a personalidade fica extinta, o cadáver, como resíduo ou invólucro dela, é ainda objeto de respeito (...); e certo é que uma simples coisa não tem de ser respeitada”.⁷⁴⁸ Por sua vez, Dias Ferreira argumentava que “o cadáver (...) está indubitavelmente compreendido na categoria das coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade”,⁷⁴⁹ mas coisa *fora do comércio*. Já no outro extremo conceptual, Cabral de Moncada defendia que o cadáver configura uma *coisa no comércio*.⁷⁵⁰

Gomes da Silva, na sua concepção personalista (marcadamente cristã), realça “o valor do corpo humano e do cadáver, em especial – valor que, decerto, não reside neles próprios, senão na dignidade transcendental do homem, mas que, por isso mesmo, é imensa e deve ter-se por merecedora de toda a veneração.”⁷⁵¹ Donde o Autor conclui que “*o cadáver não é tratado como coisa, mas sim como extensão ou acessório da pessoa*.”⁷⁵² Acrescenta o Autor, “o cadáver está subordinado

⁷⁴⁷ RLJ, VII, p. 345.

⁷⁴⁸ Em *Tratado de Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, p. 304 – citado por MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coleção Scientia Iuridica, Livraria Cruz, Braga, 1970, p. 25.

⁷⁴⁹ CUNHA GONÇALVES, *Código Civil Português Anotado*, Volume I, 2ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, p. 6, *apud* GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 25.

⁷⁵⁰ Segundo afirma GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1964, Tomo XIII ss., p. 70

⁷⁵¹ GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1964, Tomo XIII, p. 495

⁷⁵² GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1966, Tomo XV, p. 42-51. O Autor sustentava que «o cadáver não é nem pessoa, nem coisa; mas em atenção ao que foi e ao que há-de vir a ser, por um lado, e aos

aos fins da personalidade, em cuja dignidade participa, mas não tem fins em si mesmo; de *per si* só, destina-se à corrupção e à destruição.”⁷⁵³

Atualmente, a opinião dominante é aquela que considera o cadáver como uma coisa, embora com as características específicas devidas, estando *subtraído ao comércio jurídico*.⁷⁵⁴

24.3. A pós-eficácia dos direitos de personalidade: direitos de personalidade *post mortem* ou bens jurídicos civilmente tutelados?

No direito atual, a discussão deve tomar em consideração o teor do art. 71º CC, segundo o qual “[o]s direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular”, consagrando-se – digamo-lo com Menezes Cordeiro e com uma conotação neutra – a pós-eficácia dos direitos de personalidade.⁷⁵⁵

Uma tese muito difundida entre os Autores portugueses, defende que os direitos a que se refere o art. 71.º seriam, na verdade, direitos próprios dos herdeiros/familiares do falecido

fins da personalidade, sempre subsistente, de que fez parte e aos das outras pessoas que com ela estiveram em relação, *o cadáver está subordinado a fins intrínsecos, próprios das pessoas*, e só pode ser tomado pelo direito como acessório ou extensão das pessoas». –GOMES DA SILVA, *Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coleção Scientia Iuridica, Livraria Cruz, Braga, 1970, p. 25.

⁷⁵³ GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, Tomo XVII, p. 223

⁷⁵⁴ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 307. Também para Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, apontamentos recolhidos nas aulas do ano de 1972/73 (1.ª turma) por António dos Santos Justo, Coimbra, 1973, p. 252, o cadáver é *coisa fora do comércio (res extra commercium)*.

⁷⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado..., Parte Geral, Pessoas*, p. 536. O Autor analisa as diversas teorias que têm vindo a ser propostas, desde (1) a teoria do direito sem sujeito; (2) a teoria da capacidade parcial; (3) a teoria da subjetividade complementadora ou sublimada; (4) a teoria do dever geral de conduta; (5) as teorias processuais; (6) as teorias do alargamento de preceitos paralelos e (7) teorias negativistas.

Ao longo do texto iremos justificar a compreensão dogmática na qual nos revemos e que se aproxima sobretudo da *teoria do dever geral de conduta*, a qual se caracteriza, na síntese de Menezes Cordeiro, nos seguintes termos: “o respeito pelo falecido adviria de um dever geral de conduta e de respeito, não subjetivado em nenhuma concreta pessoa: uma violação contra tal dever protetor da honra seria de reconduzir à norma de proteção do §823 II BGB, equivalente ao art. 483.º, n.º1, *in fine*.”

(cônjuge sobrevivente, descendente, ascendente, irmão, sobrinho, ou herdeiro do falecido).⁷⁵⁶ Resumindo essa teoria, Luísa Neto defende “a opinião da doutrina majoritária, no sentido de que *não pode haver direitos sem sujeito*, nomeadamente quando se trata de direitos fundamentais e/ou de personalidade, que por definição se prendem com a determinação essencial do que seja o conceito de pessoa.” Donde, “o art. 71.º Código Civil atribui um direito *ex novo* às pessoas referidas no seu n.º 2, fundamentado no facto de serem atingidos através de um *interesse indireto ou mediato* [redação nossa] na personalidade moral do falecido.”⁷⁵⁷⁻⁷⁵⁸

Por seu turno, Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁵⁹ defendem que “a proteção dos direitos de personalidade depois da morte constitui um desvio à regra do art. 68.º”. Também Leite de Campos retira dessa norma a ideia de que a “personalidade jurídica prolonga-se, é “empurrada”, para depois da morte”.⁷⁶⁰

Em terceiro lugar, apresentamos a tese dos direitos de personalidade encabeçados na *personalidade humana juscivilisticamente tutelada*. Numa concepção original e diferenciadora do problema em análise, Capelo de Sousa sustenta que “com a morte de uma pessoa física cessa, pelo menos neste mundo, a sua atividade característica e extingue-se, nos termos do n.º 1 do art. 68.º do Código Civil, a sua *personalidade jurídica*, ou seja, a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Porém, isso não impede, desde logo, que haja bens de *personalidade física e moral* do defunto que

⁷⁵⁶ É essa a tese sustentada por Carlos Alberto MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 206 a 213; João de CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Lisboa, 1978 páginas 109 a 111; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, p. 86 e 87 e *Direito de Personalidade*, p. 118 a 123; Também para MENEZES CORDEIRO, *Tratad...*, *Parte Geral, Pessoas*, p. 563, a tutela *post-mortem* é, na realidade, a proteção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória dos seus mortos.

⁷⁵⁷ Luísa NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra Editora, 2004, p. 826.

⁷⁵⁸ Um pouco diferente é a compreensão de Heinrich Hörster: “os familiares, ao reagirem contra uma ofensa a pessoas falecidas, exercem um *direito próprio* (embora no *interesse de outrem: de mortuis nihil nisi bene*, diziam os romanos).” –HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 261.

⁷⁵⁹ PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª ed., p. 105.

⁷⁶⁰ LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, p. 45.

continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo (...) vida privada (...) e demais objetivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha... imprimido a sua marca.”⁷⁶¹ E continua o Civilista: “os direitos de personalidade das pessoas já falecidas respeitam a interesses próprios dessas mesmas pessoas em vida, a instintos, impulsos e aspirações concretas suas de sobrevivência, de continuação de si mesmo e de ultrapassagem da morte, senão mesmo de perpetuação, e a contributos objetivados seus para o desenvolvimento da espécie humana e que autonomamente continuem a atuar enquanto legados para a posteridade. *Não se confundem, pois, tais direitos com os interesses das pessoas a quem a lei atribui capacidade para os exercer, por deterem uma especial afinidade com o morto e os seus valores.*”⁷⁶²

Assim, vê nesse art. 71º o estabelecimento de “uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte”,⁷⁶³ entendendo que o uso na norma do advérbio “igualmente” sugere que “as características dominantes da tutela geral da personalidade do art. 70º do Código Civil sejam aplicáveis, na medida do possível (...), à tutela da personalidade das pessoas falecidas”. O Autor conclui: “após a morte, o corpo humano transforma-se em cadáver, sem que isso deixe de constituir um *bem da personalidade*, na medida em que passa a ser um elemento básico da ideia também jurídica de pessoa falecida, relativamente à qual, e apesar da extinção da respetiva personalidade jurídica, *subsistem direitos de personalidade nos termos do art. 71.º do Código Civil*, nomeadamente no que concerne ao seu corpo sem vida.”⁷⁶⁴

À concepção do Professor de Coimbra, apesar da elegância intelectual que a caracteriza, pode apontar-se uma leve objeção lógica. Se bem entendemos, radicam os direitos subjetivos no conceito de personalidade humana juscivilisticamente tutelada, a qual – não se confundindo com a personalidade jurídica – não é um centro autónomo de imputação de direitos e deveres. Obriga, pois, a aceitar a tese

⁷⁶¹ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 188, 189 e 192.

⁷⁶² CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 193.

⁷⁶³ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 192.

⁷⁶⁴ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 217

da existência de direitos sem sujeito.⁷⁶⁵ Tese que, no caso do cadáver, pode levar a uma certa perplexidade, pois estes direitos – ao contrário dos “direitos do nascituro” – nunca virão a ter sujeito... para além de que se vão extinguindo pelo decurso do tempo e pelo apagamento da memória.

Donde, talvez seja possível uma outra compreensão jurídica da devida tutela do cadáver e do respeito devido aos defuntos que não passe pela *subjetivação* e pela afirmação da existência de direitos subjetivos.

Uma outra tese (a da proteção dos bens jurídicos) é encabeçada por Oliveira Ascensão. O Professor de Lisboa reafirma que a personalidade cessa com a morte, mas “a proteção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte. Prolonga-se, como vimos já, no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa. Pois também tem de se prolongar no que respeita ao espírito.” (...) “Mas chegados a este ponto, já não podemos falar da tutela de direitos de personalidade. *O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido. Banem-se condutas que a possam atingir.*”⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral...*, p. 260-261 aceita a tese seguida por ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria...*, p. 115; CASTRO MENDES, *Teoria...*, p. 165 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria*, III, p. 83 ss. Contra a possibilidade de direitos sem sujeito, optando antes pela tese dos “*meros estados de vinculação de bens*”, em vista da possível superveniência de um titular para eles”, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria...*, I, p. 35 e MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 197.

⁷⁶⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 101. Para o Professor de Lisboa, “O que terá necessariamente por consequência que a tutela dos direitos de personalidade não é em globo aplicável; só temos estas restritas providências destinadas a proteger a memória dos defuntos.” Donde exclui o direito à indemnização, visto que já não há uma função satisfatória ou ressarcitória. Por essa mesma razão, em coerência aliás, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, p. 243 ss., nega a indemnização pelo *dano da morte*.

24.4. Posição adotada

Com efeito, a ordem jurídica tem duas formas de regular a vida em sociedade: através do reconhecimento⁷⁶⁷ ou atribuição de *direitos subjetivos* ou através da proteção (objetiva) de *bens jurídicos*. É nesta segunda via que entendemos dever ser considerada a tutela dos interesses, valores e dimensões espirituais – em suma dos bens jurídicos – ligados ao cadáver e à memória dos defuntos.

Após a morte da pessoa humana, cessa a personalidade jurídica; contudo, algumas dimensões do “respeito devido aos mortos e à sua memória” continuam a ser protegidas pela ordem jurídica, a qual encontra frequentemente nos familiares e noutras pessoas próximas do falecido os agentes com legitimidade processual para garantir esse respeito.

Numa visão integrada do Direito, e considerando o *princípio da unidade do sistema jurídico*, não podemos deixar de atentar na regulamentação que o legislador produziu na esfera do Direito Criminal. E neste campo é elucidativo o enquadramento sistemático dos tipos legais de crime: *Impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre* (art. 253.º) e *Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*” (art. 254.º)^{768 769} no Título IV (*Dos crimes contra a vida em sociedade*), mais

⁷⁶⁷ No caso dos direitos de personalidade trata-se de um reconhecimento, visto que estes são inatos à pessoa humana.

⁷⁶⁸ Art. 254.º CP: “1. Quem: a) sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida; b) Profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida, praticando atos ofensivos do respeito devido aos mortos; ou c) Profanar lugar onde repousa pessoa falecida ou monumento aí erigido em sua memória, praticando atos ofensivos do respeito devido aos mortos; é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”

⁷⁶⁹ Cf. Paula RIBEIRO FARIA, *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, p. 121-140. Tem sido colocada a hipótese de a realização de uma colheita de órgãos em cadáveres (com fins de transplantação) se subsumir no crime de *dano* ou no *crime de profanação de cadáver*. Todavia, tendo em conta que o corpo humano e o cadáver são *res extra commercium*, seria contra a dignidade humana inserir esta conduta nos tipos legais de crime de dano ou furto, uma vez que se trata de crimes contra a propriedade. Paula RIBEIRO FARIA, *Aspetos...*, p. 127 ss., COSTA ANDRADE, in FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, II, Coimbra, 1999, p. 214 e DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, II, Coimbra, 1999, p. 656, defendem que o art. 226º CP (*Profanação de cadáver*) apenas visa proteger a *pietas*. Assim, a colheita de órgãos com finalidade médica está fora do âmbito de proteção deste crime.

concretamente no Capítulo I – *Dos crimes contra a família, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos*.

Trata-se, pois, de um tipo legal de crime que visa proteger um *bem jurídico supra-individual: os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos*. Mais exatamente, seguindo Damiano da Cunha, “o art. 253.º tem por finalidade a proteção do sentimento de piedade para com os mortos.”⁷⁷⁰ Já o art. 254.º visa a proteção dos sentimentos de “piedade” para com defuntos, por parte da coletividade; piedade “no sentido original e latino do mesmo de respeito face a entidades que transcendem a existência singular. Trata-se portanto, de um *bem jurídico imaterial*.”⁷⁷¹

Coloque-se em relevo, ainda, que a tutela do “respeito devido aos mortos” nos artigos 253.º e 254.º do Código Penal se traduz num “dever geral que dispensa subjetivação em algum hipotético detentor de um direito, porque a inobservância daquele respeito constitui *crime público*.”⁷⁷²

A ordem jurídica tutela o bem jurídico supra-individual “respeito devido aos mortos”⁷⁷³ da forma mais intensa: já prevendo o tipo legal de crime e respetiva pena, já prescrevendo o regime dos *crimes públicos*, segundo o qual o Ministério Público deve abrir um inquérito perante a mera notícia do facto criminoso.

Argumentos suficientes que tornam desnecessária – e mesmo contrária a uma interpretação que leve em conta o *elemento sistemático* – a compreensão de uma titularidade de *direitos subjetivos* após a morte. Antes se torna clara a *tutela objetiva* destes interesses e valores socialmente relevantes normativamente cristalizados, destes *bens jurídicos (supra-individuais)*.

⁷⁷⁰ DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, II, Coimbra, 1999, Anotação ao art. 253.º, p. 651.

⁷⁷¹ DAMIÃO DA CUNHA, in FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, II, Coimbra, 1999, Anotação ao art. 254.º, p. 653.

⁷⁷² Cf. Conselheiro JOSÉ LUÍS PAQUIM PEREIRA MOUTINHO na sua declaração de voto junta ao Parecer n.º 53/2007 do Conselho Consultivo da PGR.

⁷⁷³ GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1964, Tomo XIII ss. identificava os seguintes interesses merecedores de tutela jurídica: “O respeito devido ao cadáver e aos sentimentos de piedade dos familiares, e respeitantes ainda ao culto religioso.”

Não se argumente em desabono desta tese com o enquadramento sistemático do art. 185.º *Ofensa à memória de pessoa falecida*, que se encontra no Título I, *Dos crimes contra as pessoas*, mais concretamente no Capítulo VI – *Crimes contra a Honra*. Entendemos que o enquadramento sistemático não é decisivo, antes a concreta elucidação de qual o bem jurídico protegido. E quanto a esta, explica Faria Costa que o bem jurídico protegido pelo art. 185.º do Código Penal consiste num “bem jurídico autónomo, claramente diferenciado da honra.”⁷⁷⁴ Tentando dar conteúdo positivo a este bem jurídico, o penalista afirma que “memória” se traduz aqui “como o património do passado individual, compreendido, especificamente, como matéria operante no âmbito espiritual do presente. Vale por dizer: “memória” é aquele espaço de nós espiritualmente vinculante ligado à nossa existência e que é capaz de ser, depois da morte, ainda pertinente na definição do presente.”⁷⁷⁵

No âmbito da tese que sufragamos – de que *o cadáver e a memória do defunto são bens*⁷⁷⁶ *juridicamente protegidos e*

⁷⁷⁴ FARIA COSTA, Anotação ao art. 185.º, in FIGUEIREDO DIAS (Org.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 954.

⁷⁷⁵ FARIA COSTA, Anotação ao art. 185.º, *cit.*, p. 963.

⁷⁷⁶ Optamos pelo conceito de bem jurídico face ao de interesse juridicamente protegido, embora este último tenha mais tradição na dogmática civilista, em virtude de o Código de 1966 e a doutrina que o vem analisando ser maioritariamente tributária da jurisprudência dos interesses. Com efeito, as insuficiências da noção de *interesse* situam-se, (1) ao nível sociológico, no facto de não compreender situações sociais de interesse jurídico, como as relações de responsabilidade, confiança ou poder; (2) na insuficiência criteriológica, pois não distingue o objecto de valoração do seu fundamento; (3) confunde valores e interesses e (4) na insuficiência relativa à compreensão do sistema jurídico, pois a validade do direito não se fundamenta na existência de interesses –cf. CASTANHEIRA NEVES, “Jurisprudência dos Interesses, *Digesta*, vol 2.º, Coimbra Editora, 1995, p. 222.

Entendemos ser metodologicamente mais apropriado erguer o discurso jurídico com base no conceito de bens jurídicos, carreando os ensinamentos da *jurisprudência das valorações*, da *teoria da argumentação*, da *tópica*, bem como os estudos da *Law & Economics*, do *Direito e Literatura*, da *Antropologia Filosófica*, do *movimento dos direitos humanos*, bem como as *teorias críticas do Direito* e – sobretudo – do *jurisprudencialismo* que nos desvelam que o Direito regula e ordena mais do que simples interesses; – cf. Guy ARCHER, *Filosofia dos Direitos Humanos*, *passim*, e Fernando BRONZE, *Lições...*, p. 581 .

Com efeito, encontramos no mundo da vida humana uma riqueza de *símbolos*, *signos*, *linguagem*, *valores*, *representações culturais*, *significações ideativas* que merecem protecção e que estão muito para além

não se justifica o recurso à categoria dos direitos subjetivos, a acarretar uma extensão da personalidade jurídica – não deixa de ser impressiva a norma do n.º 3 do art. 185.º do Código Penal: “a ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento.” Daqui resulta que não se reconhece um direito subjetivo do falecido – “baseado na projeção do direito geral de personalidade” – à honra; antes a ordem jurídica, o *Direito Objetivo*, entende que deve tutelar a “memória e o respeito devido aos mortos”, mas apenas durante um período de tempo razoável, que se entende ser de 50 anos.⁷⁷⁷ Ora, se o defunto fosse ainda “portador” de um direito geral de personalidade, seria inadmissível – leia-se inconstitucional – limitar a proteção da “honra” do falecido por um período, qualquer que este fosse.

Estamos, pois, noutra sede. Não no domínio dos direitos fundamentais ou dos direitos de personalidade, antes no âmbito da proteção de bens jurídicos, inquestionavelmente valiosos, indubitavelmente relevantes, *radicados no princípio da “dignidade da pessoa humana”* (art. 1.º CRP), mas no campo da *objetividade* e não da *subjetividade*.⁷⁷⁸

do “inter-essere.” Donde, subscrevemos a posição que compreende o Direito como um produto cultural que visa responder às aspirações do *Projeto Social Global* (Orlando de CARVALHO). Donde a ideia de *bem jurídico* se nos afigura simultaneamente mais ampla e mais densa. Assim, o bem jurídico abrange, para além dos interesses, os valores, as aspirações legítimas de uma pessoa, de um grupo ou de uma comunidade, que alcança a sua juridicidade pelo duplo controlo da legitimidade democrática e do respeito pelos direitos humanos.

⁷⁷⁷ FARIA COSTA, Anotação ao art. 185.º, *cit.*, p. 665, critica este prazo de 50 anos, considerando-o *excessivo*, por comparação com o prazo de prescrição do procedimento criminal dos crimes mais graves que é de 15 anos ou mesmo do prazo de prescrição de penas elevadas, que é de 20 anos. Porventura, outros consideram-no curto, por comparação, por exemplo, com o prazo de proteção do direito de autor, que é de 70 anos. E, se bem vemos as coisas, parece-nos que o segundo caso tem mais analogia com a proteção da memória do defunto, do que os prazos de prescrição, que obedecem a uma lógica distinta.

⁷⁷⁸ Num sentido próximo, Leite de Campos afirma, mais recentemente: “tem vindo a descobrir-se a pessoa (jurídica) depois da morte, e a descrever cada vez mais *interesses juridicamente protegidos “post mortem”*. Entre eles, o direito moral de autor, o direito à indemnização pelo dano da morte, o direito ao corpo, à sepultura, ao bom nome e reputação (*da pessoa que era*), etc. Tais direitos só podem ser exercidos pelos parentes próximos, sucessores testamentários ou entidades encarregadas de tutelar os interesses dos ausentes.” Mas fazem-no “por conta do falecido, defendendo os interesses do falecido na “fase da vida” em que se encontra – *ou, se quisermos, em atenção, por conta da pessoa que foi.*” –Diogo LEITE DE

A proteção do respeito devido ao cadáver e ao sentimento de piedade para com os mortos encontra ainda acolhimento no Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho, (regime jurídico da utilização de cadáveres para fins de ensino e investigação) que prevê no art. 20.º sanções penais para quem comercializar cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos.⁷⁷⁹

É nesta compreensão jurídica que se insere também o Acórdão n.º 130/88, do Tribunal Constitucional, que declarou (em sumário):

“IV – A afirmação do art. 68.º do Código Civil segundo a qual a personalidade cessa com a morte vale igualmente no campo do direito constitucional *em conformidade com o carácter eminentemente subjetivo dos direitos fundamentais*, pelo que, cessando a personalidade jurídica, *não poderão reconhecer-se direitos fundamentais ao cadáver* nem admitir-se a transmissibilidade daqueles direitos pessoais para outrem.”

Resta acrescentar que a ordem jurídica não só protege penalmente estes bens jurídicos, como também o direito civil os protege – de forma mais ampla e abrangente – visto que não está sujeito ao princípio da legalidade criminal,⁷⁸⁰ nem ao critério da necessidade (ou da “carência”) de tutela penal.⁷⁸¹

Os limites da proteção destes bens jurídicos imateriais, radicados na dignidade da pessoa humana, passarão pela adequada ponderação dos critérios do art. 496.º, designadamente, as *lesões* (ao cadáver, a partes destacadas, a produtos biológicos ou a informações de saúde do defunto)⁷⁸² terão que ser *graves* e deverão *merecer a tutela do direito*.

CAMPOS, “O Estatuto Jurídica da Pessoa Depois da Morte”, in Diogo LEITE DE CAMPOS/Silmara Juny de ABREU CHINELLATO (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 63

⁷⁷⁹ Art. 20.º: “1–Quem, para os fins previstos no art. 1.º (fins de ensino e de investigação científica), comercializar cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos. 2 –A pena referida no número anterior é agravada nos seus limites mínimo e máximo em um terço, sempre que a dissecação de cadáver ou partes dele e a extração de peças, tecidos ou órgãos seja efectuada em pessoa que tenha manifestado em vida a sua oposição nos termos do art. 5.º.”

⁷⁸⁰ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.º edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 177.

⁷⁸¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 127.

⁷⁸² Cf. art. 2.º da Lei n.º 12/2005 que considera *informação de saúde* (e digna de proteção) a que respeite a pessoa já falecida.

Critérios estes que implicam uma hábil operação de concordância prática ou *otimização* – constitucionalmente fundada – decorrente da ponderação dos bens jurídicos em confronto.

Assim, temas tão complexos como a utilização de material biológico para investigação biomédica não têm necessariamente a mesma resposta, se a “pessoa-fonte” for viva ou se já tiver falecido. Trata-se de uma matéria de grande atualidade e complexidade a exigir uma investigação autónoma, mas sempre deixaremos aqui uma pequena pista. Assim, na primeira hipótese deve, em princípio, obter-se o consentimento informado do paciente, como dispõe o art. 22.º da Convenção de Oviedo⁷⁸³. Já no caso de material biológico de pessoas falecidas,⁷⁸⁴ a lei portuguesa abre a porta à investigação científica, mesmo sem o consentimento das pessoas de quem deriva o material biológico.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Art. 22.º (Utilização de partes colhidas no corpo humano): Sempre que uma parte do corpo humano tenha sido colhida no decurso de uma intervenção, não poderá ser conservada e utilizada para outro fim que não aquele para que foi colhida e apenas em conformidade com os procedimentos de informação e consentimento adequados.

⁷⁸⁴ Mas não só pessoas falecidas, como resulta da interpretação da norma.

⁷⁸⁵ Assim, o n.º 6, do art. 19.º da Lei n.º 12/2005 prescreve: “No caso de uso retrospectivo de amostras ou em situações especiais em que o consentimento das pessoas envolvidas não possa ser obtido devido à quantidade de dados ou de sujeitos, à sua idade ou outra razão comparável, o material e os dados podem ser processados, mas apenas para fins de investigação científica ou obtenção de dados epidemiológicos ou estatísticos.”

24.5.As “providências adequadas” e o direito à indenização por lesão de bens jurídicos *post-mortais*, maxime o respeito devido ao cadáver e à memória do defunto

O Supremo Tribunal de Justiça – designadamente nos Acórdãos de 18/10/2007 e de 4/11/2008⁷⁸⁶ – tem vindo a aceitar a tese, segundo a qual, o art. 71.º, n.º 2 apenas permite às pessoas aí referidas tomar as *providências adequadas* para proteger o respeito devido ao defunto, mas não a pretensão a uma indenização/compensação por danos não patrimoniais visto que estes já não existem.⁷⁸⁷ Esta tese parte da concepção de que já não há a violação de direitos subjetivos (direitos de personalidade *post-mortem*) mas sim a proteção jurídica de bens jurídicos que, tendo por base a “*dignidade da pessoa humana*”, se autonomizaram: a *memória* e o *respeito devido aos mortos*.

Na ausência de um sujeito de direitos, na falta de um *direito subjetivo* violado, seria pura ficção arbitrar uma compensação por danos não patrimoniais. Esta tese reforça assim a dimensão *essencialmente ressarcitória* da responsabilidade civil, em detrimento de uma dimensão preventiva e punitiva ou sancionatória.

Vaz Serra havia proposto solução semelhante no art. 3.º do seu Anteprojeto (Ofensa à memória de pessoa falecida) que previa: “No caso de ofensa à memória de pessoa falecida, podem os seus parentes ou cônjuge reclamar apenas satisfação

⁷⁸⁶ O Ac. STJ, 18/10/2007 (Salvador da Costa) afirma em sumário: “1. Embora a personalidade jurídica das pessoas cesse com a morte, algumas das suas vertentes, como é o caso da honra e consideração, destacam-se e são protegidas para além do decesso. 2. No caso de ofensa à memória dos mortos, as pessoas a que se reporta o n.º 2 do art. 71.º apenas têm legitimidade para requererem judicialmente as providências a que alude o n.º 2 do art. 70.º, ambos do Código Civil. 3. *Essas pessoas não têm direito a indenização, no confronto dos agentes das ofensas, no quadro da responsabilidade civil.*”

Tb. o Ac. STJ, 4/11/2008 (Paulo Sá) decide: “III –As normas conjugadas dos arts. 70.º e 71.º do Código Civil *não conferem aos filhos qualquer direito a serem indemnizados*, por ofensas aos direitos de personalidade de pessoas falecidas. IV –É, pois, inviável o pedido indemnizatório formulado pelos Autores, tendo como causa de pedir a ofensa do bom nome de sua mãe, que não se confunde com a violação de um direito de personalidade próprio (ofensa da sua integridade moral e do seu bom nome, pela imputação de factos desonrosos à sua mãe).”

⁷⁸⁷ Contra o direito à indenização, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 101; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, p. 179 a 181 e HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 259 a 263.

do dano não patrimonial *por eles pessoalmente sofrido.*” Resulta da proposta de Vaz Serra – que não vingou no texto final – que os danos sofridos pelos familiares podem ser compensados, ao passo que ficam fora do âmbito de proteção da obrigação de indemnização as ofensas aos referidos bens jurídicos imateriais. Assim, a memória devida aos defuntos mereceria apenas tutela jurídica através das providências adequadas. Acresce que se – e só se – a ofensa violar direitos de personalidade *dos familiares* designados no art. 71.º podem estes reclamar uma indemnização, em seu próprio nome, nos termos gerais da responsabilidade civil (483.º e 496.º). Já uma compensação que tenha por base a “personalidade” do defunto parece ao ilustre Civilista uma ficção jurídica.⁷⁸⁸

Acompanhando a doutrina nacional que reputamos mais acertada, a jurisprudência do Tribunal Constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, não sufragamos a tese segundo a qual a proteção jurídica do cadáver tem por base uma ideia de um *direito geral de personalidade*, acolhido no art. 26.º, n.º1 da Constituição. Antes, entendemos que há uma proteção *objetiva* dos bens jurídicos “respeito devido aos mortos e à sua memória.”

Contudo, no que respeita aos instrumentos de proteção jurídica destes bens jurídicos, talvez o jurista deva abandonar o conceptualismo e atender às exigências práticas da realização do Direito.

A vida em sociedade parece requerer uma proteção juscivilista, uma sanção indemnizatória, perante o ilícito cometido contra os referidos bens jurídicos. Recordemos que o art. 483.º aceita outras modalidades da ilicitude para além da *violação de direitos absolutos*. Designadamente a *violação de disposições legais de proteção* e a *ofensa dolosa aos bons costumes* (art. 334.º). Donde as condutas que ofendam o cadáver, as partes destacáveis e a informação de saúde relativa ao falecido poderão conduzir não só a uma proteção através das *providências adequadas*, mas também da *responsabilidade civil*, na segunda modalidade da ilicitude. Esta, desde logo, tem por regra a *reparação natural* (art. 566) e apenas se esta for impossível ou excessivamente onerosa a indemnização em dinheiro.

Heinrich Hörster defende que *de jure condendo* tal indemnização deveria reverter em benefício de instituições de

⁷⁸⁸ VAZ SERRA, “Reparação do Dano Não Patrimonial”, *BMJ*, n.º 83, 1959, p. 69-111, em especial p. 108.

solidariedade social, com vista a evitar que as ofensas *post mortem* tenham sanções mais leves que as ofensas a pessoas vivas.⁷⁸⁹ Porém, numa interpretação *de jure condito* não nos parece desajustado que revertam em benefício dos familiares previstos no art. 71.º, n.º2. Os laços familiares e os laços de afeto estendem-se, no mundo da vida, para além da morte. Assim como o Direito aceita a instituição sucessória,⁷⁹⁰ a indemnização do dano da morte, o pagamento de direitos patrimoniais de autor aos herdeiros do criador, poderia também aceitar uma sanção civil – a indemnização – pelas violações de disposições legais de proteção que visam tutelar o respeito e a memória do defunto.

Esta posição vem de encontro à tese dominante na doutrina nacional. A tutela da personalidade do defunto (*rectius* dos bens jurídicos *respeito devido ao cadáver e pela memória dos defuntos*) abrange, para além do recurso às providências adequadas às circunstâncias do caso para evitar a consumação da ofensa ou para atenuar os efeitos da ofensa já cometida, a possibilidade de responsabilidade civil.⁷⁹¹

Nas palavras de Capelo de Sousa: “A indemnização ou a compensação por perdas e danos é um modo igualmente possível e eficaz de tutela da personalidade do defunto, pois a indemnização ou a compensação dirige-se aqui ao dano ocasionado no *bem jurídico* constituído pela *personalidade física e moral do indivíduo*, perfeitamente enquadrável no art. 483º CC, pese embora a falta de personalidade do defunto.”⁷⁹²

Em suma: o respeito devido ao cadáver e à memória do defunto constituem um bem jurídico *criminalmente* tutelado e cuja violação acarreta um *ilícito civil*, na segunda modalidade da ilicitude delitual (art. 483.º, n.º1), nascendo uma obrigação de indemnização a favor dos familiares do defunto (art. 71.º, n.º2 e, como justificaremos *infra*, do companheiro na união de facto).

⁷⁸⁹ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 261.

⁷⁹⁰ MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 168 ss. eleva o fenómeno sucessório a princípio fundamental do Direito Civil português.

⁷⁹¹ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 195; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Parte Geral, Pessoas*, p. 540.

⁷⁹² CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 196. Defendendo também o direito à indemnização, a ser atribuída às pessoas constantes do art. 71.º, n.º2, MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 206 a 213, CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, p. 109 a 111, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I/III, p. 461 a 467 e PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, p. 86 e 87 e *Direito de Personalidade*, p. 118 a 123.

Também assim acontecerá, a título de mero exemplo, nos seguintes casos: (1) colheita ilegal de órgãos ou tecidos (em violação do disposto no RENNDA); (2) realização de uma autópsia anatomoclínica sem autorização dos familiares; (3) dissecação do cadáver sem cumprir os requisitos legais (contra a vontade da família e sem consentimento expresso da pessoa em vida), ou mesmo se for revelada informação de saúde da pessoa falecida, sem causa justificativa; (4) no domínio da investigação biomédica, a utilização de material biológico humano, sem fundamento bastante, pode originar também o recurso, por parte das pessoas previstas no art. 71.º, n.º 2 (e do companheiro na união de facto) às “providências adequadas às circunstâncias do caso, para evitar a consumação da ameaça ou para atenuar os efeitos da ofensa já cometida”, bem como de uma obrigação de *indemnização*.

Por outro lado, se a ofensa lesar simultaneamente direitos de personalidade dos familiares próximos, poderá ser cumulado um pedido autónomo de indemnização, com base nas regras gerais do art. 496.º, n.º1.⁷⁹³

25. A(s) família(s), a *pietas* e o cadáver

O corpo humano morto é, por tradição, um objeto de respeito e o sujeito de mistérios sagrados para os crentes. Para os seus íntimos, é também o símbolo presente de um ausente que foi amado e o suporte do luto.

Como vimos, seguindo a lição de Orlando de Carvalho,⁷⁹⁴ o corpo humano torna-se, após a morte, uma *res “extra commercium”*, pois a comerciabilidade ofenderia a *dignitas* humana.

Larenz e Wolf definem a situação jurídica do cadáver como pertencente aos *objetos jurídicos*, mas negam a sua qualidade de coisa corpórea em virtude de ele ser simultaneamente “resíduo” de uma pessoa. Por outro lado, não

⁷⁹³ Imagine-se a violação da intimidade da vida familiar, a divulgação de informação de saúde genética (partilhada por outros membros da família), a revelação de doença desonrosa e potencialmente contagiosa dos familiares, que afecta não apenas o respeito devido á memória do defunto, mas também diretamente os direitos de personalidade dos familiares vivos.

⁷⁹⁴ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, apontamentos recolhidos nas aulas do ano de 1972/73 (1.ª turma) por António dos Santos Justo, Coimbra, 1973, p. 252

pertence à herança do defunto, e em respeito pela *pietas* está fora do comércio jurídico.⁷⁹⁵

Assim, o cadáver, as partes destacáveis e o material biológico humano (após a morte), sendo um objeto de relações jurídicas, não deve, contudo, ser equiparado a uma coisa *stricto sensu*. Trata-se de um objeto *sui generis*, mais próximo dos bens de personalidade do que dos bens coisificáveis.

Daqui decorrem algumas consequências jurídicas.

Em primeiro lugar, “a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro” (art. 3.º, n.º2, da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e art. 22.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina).⁷⁹⁶ Donde a importância de um artigo como o art. 16 do Código Civil francês que “assure la primauté de la personne et la *non patrimonialité du corps humain*.” Consequentemente, o corpo não será objeto de nenhum tráfico comercial.⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ LARENZ/ WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 385.

⁷⁹⁶ GOMES DA SILVA, Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, Tomo XV, n.ºs 79-80, p. 282, afirma dois princípios fundamentais nesta matéria: c) Ausência de domínio: (...) *o cadáver não pode ser objecto de domínio ou de propriedade plena, ao contrário do que acontece com as coisas, as quais estão normalmente afectas, na generalidade das suas utilidades efetivas ou potenciais, aos fins de pessoas determinadas; ninguém, nem mesmo o Estado ou a família, pode, por conseguinte, arrogar-se a «propriedade» do cadáver.* d) Extracomercialidade: (...) *a impossibilidade de o cadáver ser objecto do comércio, não por ser coisa fora do comércio, mas precisamente por nem sequer ser coisa, nem poder ser objecto de domínio; encontram-se por vezes exceções a este princípio, o que tem feito hesitar a doutrina sobre a natureza jurídica do cadáver, mas, conhecida a identidade profunda entre os direitos sobre este e os direitos para com as pessoas, fácil é ver-se que essas exceções (por exemplo, cessão do cadáver para aproveitamentos terapêuticos ou científicos), tal como a doação de sangue ou leite em vida do dador, representam uma forma de colaboração de uma pessoa, como tal, com outra pessoa, e, portanto, não a disposição de uma coisa, mas sim uma prestação, um serviço susceptível até de ser remunerado, da mesma forma que a cessão mesmo onerosa, de simples energia muscular do homem constitui um serviço, embora, de um ponto de vista materialista, essa energia pudesse equiparar-se à de um animal ou de uma máquina – em todos estes casos a eventual remuneração não representa o preço de uma coisa, mas a retribuição de um serviço, em cuja apreciação pesam acima de tudo aspetos pessoais.*

⁷⁹⁷ Cf. COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE –Avis n° 115:

Em segundo lugar, a inexistência do fenómeno sucessório, enquanto modo de transmissão da propriedade (art. 1317.º CC), relativamente ao cadáver, às partes destacáveis e aos produtos biológicos

Por outro lado, a tutela destes interesses ou bens jurídicos⁷⁹⁸ pode ser realizada por pessoas próximas, mesmo que não sejam herdeiros legítimos ou legitimários, como é o caso do companheiro em união de facto.⁷⁹⁹ Ou seja, a *família dos afetos*, mais do que o quadro da família tradicional ainda presente no Direito das Sucessões, é a que releva neste campo do Direito da Medicina.⁸⁰⁰

25.1.A família e a proteção do cadáver

A ordem jurídica delega ou confia à família um poder decisivo. “O cadáver é objeto de um *direito não patrimonial* de determinar o modo e a forma do seu destino normal, *direito que pertence aos parentes do defunto*, em razão do *sentimento de piedade* que os liga ao morto.”⁸⁰¹

Tal justifica-se, porque a família, afirma João Loureiro, “é protegida como instituição nos termos do art. 67.º da CRP. Este espaço de correspondência culturalmente tecido e biologicamente enraizado apresenta-se como uma comunidade social básica. Fundada nesses laços, a doutrina reconhece que

Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, de abril de 2011.

⁷⁹⁸ “Os interesses legítimos ou interesses juridicamente protegidos pressupõem uma norma jurídica (a norma jurídica pode resultar da analogia ou do espírito do sistema (art. 10.º, n.º 3 CC)) protetora, primacialmente ou em primeira linha, de interesses colectivos mas que inclui, entre os seus vários fins, a satisfação de interesses particulares agregados ou subjacentes, não atribuindo ao titular destes interesses o exercício, e muito menos qualquer disponibilidade, de acionar os seus principais mecanismos coercitivos, porque mais ligados à satisfação de interesses colectivos.” – CAPELO DE SOUSA, *Teoria...*, p. 235. Esta figura também gera responsabilidade civil.

⁷⁹⁹ Mobilize-se em abono desta tese, a aplicação do recente n.º 3 do art. 496.º CC, por analogia.

⁸⁰⁰ Quando analisámos (17.3.) a importância das pessoas próximas no fim de vida, também concluímos que o Direito da Medicina faz uma ordenação autónoma da noção de família, abrindo-a ao espaço da afetividade concreta e aos vínculos humanos existencialmente presentes.

⁸⁰¹ Luísa NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, p. 840. “A projeção do respeito devido à pessoa humana deve-se fazer sentir na utilização que possa ser considerada do próprio cadáver, mantendo o respeito que lhe é devido e à própria *pietas* familiar.”

há um direito autónomo da família em cuidar dos seus mortos (*Totenfürsorgerecht*).⁸⁰²

Também em Espanha, Autores como Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón afirmam: “A falta de disposiciones especiales de última voluntad del fallecido, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de los más próximos parientes (*cónyuge* e *hijos*) para establecer el respectivo destino, siempre igualmente dentro de las coordenadas de la conciencia social y de las buenas costumbres.”⁸⁰³

Todavia, esse “direito de os parentes proverem ao respeito do destino do cadáver tem como pressuposto negativo que a vontade do defunto a respeito de tal destino não se tenha manifestado.”⁸⁰⁴ Ou seja, a lei confia em primeiro lugar à própria pessoa humana a determinação prévia do destino a dar ao cadáver.

Caso tal não se tenha verificado, a lei apela a certas pessoas próximas, designadamente familiares, o cuidado pelo destino a dar ao cadáver e da preservação da sua memória, dentro das regras da lei, da ordem pública e dos bons costumes. O referido crime de *profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*” (art. 254.º CP) estabelece os limites mínimos do respeito devido ao morto. Por outro lado, os familiares têm um poder de dispor do cadáver dentro das alternativas abertas pelo direito mortuário.⁸⁰⁵

A lei revela algumas disparidades no conceito de família, no âmbito dos poderes sobre o cadáver ou sobre os interesses imateriais ligados a este. Tal compreende-se visto que as leis que de seguida referiremos foram emanadas em contextos histórico-sociais diferentes e visam responder a problemas distintos.

Assim, o art. 71.º, n.º 2 e 3 conferem legitimidade para requerer as providências adequadas (e na tese que seguimos

⁸⁰² João LOUREIRO, *Transplantações: um olhar constitucional*, p. 39.

⁸⁰³ Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, Volumen I, 10.ª edición, 2001, p. 332.

⁸⁰⁴ Adriano DE CUPIS, *Direitos de Personalidade*, Livraria Morais Editora, 1961.

⁸⁰⁵ O Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 5/2000, de 29 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de Julho e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, incineração, exumação, transladação e cremação de cadáveres.

pedir a condenação numa indemnização)⁸⁰⁶ ao cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. Todavia, esta norma carece de uma interpretação atualista. Somos de parecer que com a nova redação do art. 496.º, n.º3, resultante da nova Lei da União de Facto de 2010 (Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto), o art. 71.º deve ser objeto de uma *adaptação teleológica*,⁸⁰⁷ acrescentando ao rol acima descrito o companheiro numa união de facto. Com efeito, trata-se de uma lacuna da lei e, dentro do espírito do sistema, o legislador que confere os direitos de compensação por dano da morte ao companheiro na união de facto, também teria conferido legitimidade ativa para requerer as providências necessárias para a proteção da memória do defunto.⁸⁰⁸ Ou seja, por *interpretação atualista*, considerando o sistema jurídico na sua globalidade, reparamos que o companheiro em união de facto goza dos mesmos direitos que as pessoas expressamente previstas no art. 71.º CC.

Também, as normas que seguidamente analisaremos sempre concedem legitimidade ao companheiro para agir no interesse da memória do defunto.

No Código Penal, pelas disposições conjugadas do art. 185.º, 188.º e 113.º, confere-se a titularidade do direito de queixa para o crime de *ofensa à memória de pessoa falecida*: a) ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou à pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e aos adotados e aos ascendentes e aos adoptantes; e, na sua falta b) aos irmãos e seus descendentes.

⁸⁰⁶ Como ensina CAPELO DE SOUSA, a referência ao n.º 2 do art. 70.º é feita em bloco, abrangendo quer as providências adequadas, quer a responsabilidade civil. Tb. MENEZES CORDEIRO, *Tratado..., Parte Geral, Pessoas*, p. 540 defende uma “remissão em bloco” para o n.º 2 do art. 70.º.

⁸⁰⁷ Sobre o conceito de ‘adaptação teleológica’, vide CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 188 ss.

⁸⁰⁸ Colocando a hipótese de uma deixa testamentária, Filipe ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 386, nota 682, afirma: “Ao fazer referência a “herdeiro do falecido”, a nossa lei não circunscreveu o círculo de beneficiários da indemnização por ofensas a pessoas já falecidas, aos herdeiros legítimos e legitimários. Para além destes, podem vir a concorrer à herança do falecido a(s) pessoa(s) que por este tenha(médico) sido beneficiada(s) com uma deixa testamentária./ Desta feita [no art. 71.º], o critério decisivo para atribuição do direito à indemnização não é o do parentesco, mas sim o da proximidade existencial com a pessoa falecida.”

No âmbito do chamado direito mortuário dispõe o art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de setembro:⁸⁰⁹ “Têm legitimidade para requerer a prática de atos regulados no presente decreto-lei, sucessivamente: a) O testamentário, em cumprimento de disposição testamentária; b) O cônjuge sobrevivente; c) *A pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges*; d) Qualquer herdeiro; e) Qualquer familiar; f) Qualquer pessoa ou entidade.”⁸¹⁰

Relativamente ao regime jurídico da utilização de cadáveres para fins de ensino e investigação (Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho), o cadáver pode ser reclamado *no prazo de vinte e quatro horas*, após a tomada de conhecimento do óbito, pelas pessoas com legitimidade para tanto, as quais são, nos termos do n.º1 do art. 4.º: o testamentário, em cumprimento de disposição testamentária; o cônjuge sobrevivente *ou pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges*; os ascendentes, adotantes ou adotados e os parentes até ao 2.º grau da linha colateral.

Daqui se conclui que diversas leis atribuem a pessoas próximas, designadamente familiares, o poder de determinar o destino do cadáver. Esse poder encontra-se limitado seja pelas disposições que, em vida, a pessoa humana haja tomado sobre o seu cadáver, bem como pela lei, pela ordem pública e pelos bons costumes.

⁸⁰⁹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 5/2000, de 29 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de julho e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de julho.

⁸¹⁰ Compreende-se que o direito mortuário, dando embora a primazia à família na destinação do cadáver, não possa deixar de conferir legitimidade, na ausência daquela, a “qualquer pessoa ou entidade” por razões de salubridade e saúde pública.

Leia-se no preâmbulo deste Decreto-Lei: “Por forma a evitar a eventual ocorrência de conflitos negativos de competência nesta área – sempre com consequências funestas – definem-se os procedimentos a adotar quando, não havendo lugar à realização de autópsia médico-legal, não seja possível proceder à entrega imediata do corpo a quem possua legitimidade para requerer a sua inumação ou cremação, prevendo-se a possibilidade de colaboração entre diversas entidades, designadamente as autoridades de polícia e os bombeiros, na resolução de situações com reflexos na saúde pública.”

25.2.O poder sobre o cadáver e os interesses legítimos dos familiares: o exemplo da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro

Se nos casos anteriormente descritos, os familiares gozam de legitimidade para fazer respeitar interesses devidos à memória do defunto, noutras situações a lei protege os interesses próprios dos familiares, permitindo que estes tenham acesso a informação relativa à pessoa falecida.

Algumas normas da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, sobre a informação genética pessoal e informação de saúde, revelam que os *familiares* do defunto podem ser titulares de um direito a obter informações sobre a saúde do falecido (*maxime*, relativa a características genéticas),⁸¹¹ bem como de um “*direito de propriedade*” sobre o seu material biológico.⁸¹² Trata-se do art. 18.º, que prescreve no seu n.º 6: “Em circunstâncias especiais, em que a informação possa ter relevância para o tratamento ou a prevenção da recorrência de uma doença na família, *essa informação pode ser processada e utilizada no contexto de aconselhamento genético*, mesmo que já não seja possível obter o consentimento informado da pessoa a quem pertence.

Estes familiares⁸¹³ não só têm o direito de acesso à informação, como são mesmo “proprietários” do “*material armazenado*” depois da sua morte ou incapacidade do seu titular (art. 18.º, n.º 2).

No mesmo sentido, já antes a Deliberação n.º 94/2001 da CNPD admitia que o médico assistente do familiar possa querer relacionar o estado de saúde do seu paciente com os dados de saúde do falecido, “uma vez que está em causa a proteção de um “interesse vital” do requerente, digno de

⁸¹¹ Cf. Helena MONIZ, “Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética”, *RPCC*, Ano 14, N.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho de 2004, p. 213 ss. que defende tratar-se de uma concretização legal da causa de justificação “prosecução de interesse legítimos”.

⁸¹² A este propósito, ainda, veja-se o art. 22, n.º 3, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Note-se, porém, que essa informação muito dificilmente pode ter relevo para efeitos de saúde, visto que não engloba, normalmente, informação sobre o ADN codificante.

⁸¹³ Art. 18.º, n.º 7: “Todos os parentes em linha direta e do segundo grau da linha colateral podem ter acesso a uma amostra armazenada, desde que necessário para conhecer melhor o seu próprio estatuto genético, mas não para conhecer o estatuto da pessoa a quem a amostra pertence ou de outros familiares.”

proteção legal.” Fica assim justificada a violação da confidencialidade dos dados de saúde do falecido.^{814 815}

Assim, em casos devidamente justificados, é possível quebrar a confidencialidade relativa a informação (designadamente de saúde) sobre o falecido, com vista a salvaguardar interesses de saúde e da vida dos seus familiares.⁸¹⁶

⁸¹⁴ Afirma a CNPD: “Acontecem, por vezes, situações em que o médico assistente do requerente (um dos familiares indicados no art. 71.º, n.º 2, do CC) pretende relacionar a doença do falecido com a sintomatologia apresentada pelo interessado (com objetivo de tomar medidas preventivas ou fazer diagnóstico – vg, doenças hereditárias ou genéticas). Nos termos do art. 7.º, n.º 3, al. a) será legítimo fornecer a documentação clínica – através do «médico assistente» do interessado – uma vez que está em causa a proteção de um «interesse vital» do requerente, digno de proteção legal.”

⁸¹⁵ Mais do que um problema de intimidade/ privacidade, esta é uma verdadeira questão de *confidencialidade*. Com efeito, Autores como OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 102, entendem que o direito à privacidade não goza de tutela civil *post-mortem*. “Não obstante a previsão geral do art. 71.º, os preceitos seguintes remetem para este art. a propósito dos direitos especiais que contempla. Mas com uma exceção: a do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, contemplada no art. 80. “*Isto significa que o legislador entende que o direito à reserva não é susceptível de violação pós-morte, logo as providências não são aplicáveis.*” Também COSTA ANDRADE, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário...*, na interpretação do art. 192.º do Código Penal afirma que a tutela jurídico-penal da privacidade/ intimidade termina com a morte da pessoa.

Note-se, porém, que as pessoas obrigadas a segredo mantêm o dever de guardar sigilo ao abrigo do tipo legal de crime “violação de segredo” (art. 195.º), que – não por acaso – visa proteger um *valor pessoal-individual*, tendencialmente identificado com a *privacidade*, bem como um bem jurídico supra-individual institucional, tendencialmente identificado com a *funcionalidade sistémico-social de determinadas profissões ou ofícios* – (COSTA ANDRADE, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário...*, 2012, p. 1058.) Refira-se ainda que as informações de saúde são *dados sensíveis* e sujeitos ao regime da *confidencialidade*, na óptica da Lei de Proteção de Dados Pessoais: art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

Defendendo também a distinção muito clara entre privacidade e confidencialidade, *vide* Maria do Céu RUEFF, *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 642, quando afirma, na conclusão 28: “*O conceito de privacidade é definitivamente mais amplo que o de confidencialidade, sendo certo que a confidencialidade pressupõe sempre uma relação de confiança, ao passo que a privacidade não o pressupõe necessariamente.*”

⁸¹⁶ No mesmo sentido, o Parecer n.º 58 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre a *Realização de autópsias ou outros exames post mortem a requerimento de particulares*, de Junho de 2010,

26. O poder de a pessoa autodeterminar o destino do seu cadáver

A pessoa tem o direito de autodeterminar o destino do seu cadáver, embora dentro de certos limites. Esta é uma dimensão do *direito à integridade moral* e radica na liberdade de consciência e convicção filosófica (art. 43.º CRP). O pensar a morte, *a própria morte*, é a definição mesma do humano pelo que o respeito pelos desejos da pessoa em vida para depois da morte será um traço fundamental do desenho de um Estado de Direito que respeite a pessoa livre.

Essa autodeterminação pode consistir em diversos aspetos, designadamente sucessórios ou da disposição de direitos de personalidade, como as cartas confidenciais, direitos morais de autor, mas interessa-nos aqui analisar a relação da projeção da pessoa, do seu cadáver ou partes destacáveis para depois da morte.

Donde, analisaremos os seguintes tópicos: (a) Colheita de órgãos e tecidos *post mortem* para transplantação; (b) Utilização de cadáveres, tecidos e peças anatómicas para fins de ensino e experimentação; (c) A exposição de cadáveres humanos; (d) Autópsias médico-legais e (e) Autópsias clínicas (anátomo-patológicas).

Veremos que o legislador português oferece relevância à *vontade* da pessoa mesmo depois da sua morte. Assim se passa relativamente à *recusa* (nos termos legalmente previstos) de ser dador de órgãos e tecidos *post-mortem*, bem como relativamente à dissecação de cadáveres, para fins de ensino e de investigação científica e à extração de peças, tecidos ou órgãos. Todavia, a recusa de o seu cadáver ser sujeito a uma *autópsia médico-legal* é irrelevante. Esta aparente contradição poderá conter algum valor heurístico.

apresenta, nos considerandos 3 e 4, doutrina que deve ter aplicação genérica: “3. Se for conhecida a oposição do defunto à realização de exames *post mortem*, eles só podem ser excepcionalmente realizados quando venham fundamentadamente invocadas estritas e ponderosas necessidades de proteção da saúde dos requerentes ou de terceiros. 4. Em qualquer caso, e ainda que não se possa apurar a vontade real ou presumida do defunto, deve ser preservada a confidencialidade dos dados pessoais, privados ou íntimos, especialmente daqueles que o defunto manteve fora do conhecimento público e dos familiares, só devendo ser revelados os dados cujo conhecimento é estritamente exigível para a satisfação dos fins que justificaram a realização do exame ou da colheita *post mortem*.”

Sabemos também que a pessoa em vida pode fazer disposições de vontade para depois da sua morte. Mas qual a relevância da vontade da pessoa relativamente à integridade *post-mortem* do seu cadáver, nomeadamente no que respeita à ingerência ou exercício do *Poder* por parte da *medicina*, da *ciência* e da *medicina legal* (ou seja, do aparelho de justiça)?

Tendo em conta a alta relevância axiológica e social dos bens jurídicos em questão, a lei portuguesa deve ser especialmente cuidadosa na regulamentação das diversas utilizações de carácter médico, médico-legal, científico ou de ensino de que o cadáver seja objeto. Passaremos em revista algumas normas jurídicas que visam a proteção do respeito devido ao cadáver.

26.1. Colheita *post-mortem* de órgãos e tecidos de origem humana para transplantação

26.1.1. A doação *post mortem* de órgãos e tecidos como elemento de um processo de tratamento de milhares de concidadãos

Símbolo da mais elevada solidariedade humana, a transplantação de órgãos e tecidos tem contribuído para salvar centenas de vidas e conceder novas e prolongadas esperanças a milhares de pessoas e de famílias. Com efeito, 23.381 pessoas viram a sua esperança de vida aumentar e a sua qualidade de vida melhorada graças à medicina transplantacional, até ao ano de 2009, em Portugal.⁸¹⁷

De acordo com um estudo de 2007, 10 europeus morriam por dia na lista de espera para um órgão. O drama de deixar morrer uma pessoa que teria uma hipótese de sobrevivência se houvesse órgãos disponíveis pode levar alguns a caminhos ilegais e criminosos como é o recurso ao tráfico de órgãos.

Um sistema jurídico que contribui para uma menor disponibilidade de órgãos é um sistema que contribui para o mercado do tráfico ilegal de órgãos. Pelo contrário, um sistema legal que favorece a doação de órgãos ou a colheita *post mortem* está a dar um contributo para que mais vidas sejam salvas e para que não se fomente o mercado ilegal.

⁸¹⁷ RELATÓRIO ESTATÍSTICO 2009 – Colheita e Transplantação de Órgãos e Tecidos, Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação, acessível em www.asst.min-saude.pt

As estatísticas de transplantação em Portugal mostram uma forte evolução no sucesso da medicina transplantacional. O nosso país alcançou uma taxa de doação muito positiva, tendo-se registado, em 2008, 283 doações, ou seja, 26,7 doações por milhão de habitantes e, em 2009, chegou aos 329 doadores, ou seja, 31 doadores/ milhão de habitantes, a segunda melhor na Europa, a seguir a Espanha. Este aumento dos últimos anos da década passada deve-se ao valoroso trabalho da Rede Nacional de Colheita de Órgãos, estabelecida em Maio de 2008.⁸¹⁸

Todavia, estes resultados exigiram a resolução de algumas questões difíceis no plano ético e jurídico. Assim, em primeiro lugar, a lei nacional aceita a *morte cerebral*⁸¹⁹ como

⁸¹⁸ Para mais detalhes, Cf. AUTORIDADE PARA OS SERVIÇOS DE SANGUE E TRANSPLANTAÇÃO, *Transplantação de órgãos 2009*. Na Região Centro a taxa de doação atingiu os 42,7/ milhão, mais alta do que em Espanha! Já os anos de 2011 e 2012 foram marcados por alguma instabilidade no sector, o que acarretou a perda de órgãos potenciais.

⁸¹⁹ O processo de certificação da morte está regulamentado pelo Direito. A Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, determina que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. A lei (art. 3.º, n.º 2, da Lei n.º 141/99, e art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93) remete a fixação dos critérios de verificação da morte cerebral para a Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida. Nestes termos a Ordem dos Médicos emitiu a *Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994*. De acordo com o art. 13.º da Lei n.º 12/93, o momento do óbito deverá constar de auto, lavrado em duplicado pela equipa médica encarregada da recolha, assinado por estes e pelo diretor clínico do estabelecimento, e que, a par de outros elementos, deverá fazer menção da identidade do falecido e do dia e hora da ocorrência da morte. Não podem fazer parte desta equipa médicos que intervenham na realização do transplante.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida aceita o conceito de morte cerebral no Parecer 10/CNEVC/95. Recentemente, João de OLIVEIRA GERALDES, “Finis Vitae ou Ficta Mortis”, *ROA*, Ano 70, I/IV, Jan.-Dez. 2010, 625-673 faz uma análise crítica do regime da declaração de morte cerebral, mas com uma argumentação que não nos parece convincente. Sobre o tema cf. tb. Inês Fernandes GODINHO, “Implicações jurídico-penais do critério de morte”, in COSTA; José de Faria/ GODINHO, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal – Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011. Por seu turno, Nuno PINTO OLIVEIRA, “Autonomia, Dignidade e Transplantação de Órgãos,” in Manuel CURADO/ Nuno OLIVEIRA (Orgs.), *Pessoas Transparentes: Questões Actuais de Bioética*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 130, afirma corretamente, criticando Wolfram Höfling, que “O conceito jurídico-constitucional de morte deve ser considerado como um conceito de valor” (...), e, “o estado de morte cerebral inviabiliza, de forma definitiva e inquestionável, o livre

método de diagnóstico de morte⁸²⁰ e conseqüentemente de extinção da personalidade jurídica (art. 67.º CC).

Por outro lado, a opção pelo sistema do *consentimento presumido* favoreceu a disponibilidade de muitos órgãos para doação. Este sistema está em vigor desde as origens do sistema em Portugal e foi continuado com a Lei 12/93, de 22 de abril, agora modificada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de julho.⁸²¹

26.1.2. O regime jurídico de colheita e transplante de órgãos em Portugal

Tendo em conta que Portugal ratificou a Convenção da Biomedicina⁸²², a análise do direito nacional deve partir da Convenção de Oviedo, em especial do Capítulo VI, relativo ao transplante de órgãos e tecidos entre seres humanos, e do Capítulo VII, que contém a *proibição de qualquer lucro financeiro* proveniente da disposição do corpo humano.

O art. 19º da Convenção analisa-se em três princípios: (1) o princípio da *ultima ratio* da medicina transplantacional; (2) o princípio do benefício terapêutico do receptor; e (3) o princípio da subsidiariedade do transplante entre vivos face ao transplante com base em colheita de órgãos em pessoas falecidas. Para além desses, os princípios fundamentais do regime legal das transplantações são a *confidencialidade* (art. 4º) e a *gratuidade* (art. 5º).

O legislador português, no que diz respeito à colheita em cadáveres, optou pelo modelo da oposição ou dissentimento

desenvolvimento da personalidade e exclui, conseqüentemente, a possibilidade de resolver o caso através do princípio *in dubio pro vitae*.”

⁸²⁰ Note-se que morte há só uma! Os meios de a diagnosticar é que podem ser por paragem cardio-respiratória (casos normais) ou por morte cerebral (quando o paciente está com assistência cardio-respiratória).

⁸²¹ A Lei n.º 22/2007, de 29 de junho, transpõe parcialmente para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e altera a Lei n.º 12/93, de 22 de abril, relativa à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

⁸²² O *corpus* normativo internacional em matéria de transplantações de órgãos e tecidos é já bastante denso. A Organização Mundial de Saúde produziu os «Principles Directeurs sur la Transplantation d'Organes Humains» (*Journal de Médecine légale –Droit Médicale*, 1991, p. 508-514). Ao nível do Conselho da Europa, encontramos a Resolução nº78 (1978) e a Resolução nº79 (1979). A CDHBio regula sumariamente a transplantação entre vivos e está também já em vigor na ordem internacional o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina sobre Transplantações; Portugal assinou este Protocolo, mas ainda não o ratificou.

(*opting-out system* – “*enge Widerspruchslösung*”).⁸²³ Trata-se de um modelo em que se reconhece o direito de deduzir oposição a colheitas de órgãos e tecidos. A oposição do defunto não pode ser superada, quer pelo consentimento dos familiares, quer por decisão de qualquer órgão público. Por outro lado, *não se reconhece aos familiares direito de oposição*, no caso de silêncio do *de cuius*.⁸²⁴

Esta solução está de acordo com a solução preconizada pelo Conselho da Europa e pelo Parlamento Europeu. Representa, porém, a sua versão mais radical, visto que a única objeção possível é a que consta do RENNDA, não podendo a família opor-se à colheita do órgão. A falta de oposição equivale, portanto, à possibilidade de colheita de órgãos e tecidos (embora, com limites impostos pela dignidade humana que veda a possibilidade de um cadáver ser visto apenas como um simples banco de órgãos). A oposição deverá ser feita no RENNDA.⁸²⁵

A lei portuguesa apresenta uma concepção *comunitarista*, que se funda numa “lógica de solidariedade”⁸²⁶ que, apesar do mérito dos argumentos da doutrina contrária, temos vindo a defender.

26.1.3. O modelo da oposição ou dissentimento – sua conformidade com a Constituição

O modelo do *opting-out* tem vindo a ser criticado por alguma doutrina. Orlando de Carvalho mostra-se claramente favorável a que quando o próprio não tenha dado o seu consentimento em vida, possam os seus próximos, sobretudo “os que amaram o morto”, “*ex jure amoris*” portanto, prestar essa autorização.⁸²⁷ Faria Costa, entre outros argumentos,

⁸²³ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida pronunciou-se em sentido concordante com a opção do legislador português, cf. *Parecer sobre transplantes de tecidos e órgãos* (1/CNE/91); *Parecer sobre o Registo Nacional de Não Dadores* (RENNDA) (5/CNE/93).

⁸²⁴ Cf. João LOUREIRO, “Transplantações: um olhar constitucional”, *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, Coimbra, 1993, p. 35 e 36. Desenvolvidamente, também, Paula FARIA, *Aspetos Jurídico-Penais...*, p. 192 ss. Cf. ainda, com os detalhes da evolução legislativa até 2001, Luísa NETO, *O Direito Fundamental...*, p. 822 ss.

⁸²⁵ O RENNDA está regulado pelo Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro.

⁸²⁶ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 65.

⁸²⁷ Orlando de CARVALHO, “Transplantações e direitos das pessoas”, in *Transplantações...*, p. 145.

aventa mesmo a hipótese de tal modelo violar o direito fundamental à *liberdade de consciência* (art. 41º CRP). Pois, na verdade, ao criar-se um registo de não dadores o Estado está indiretamente a perguntar sobre as íntimas convicções dos cidadãos.⁸²⁸ Nas palavras do Autor: “Note-se que só o facto de existir esse banco de não dadores e uma legislação consagradora da “solução do dissentimento” faz com que o silêncio tenha consequências jurídicas. Logo, (...) *todos estamos a ser perguntados sobre uma convicção* quando do nosso silêncio se retira um gravíssimo efeito jurídico, qual seja: a justificação para a recolha de órgãos e tecidos.”⁸²⁹

Para Nuno Oliveira, “a norma ínsita no art. 10º da Lei n.º12/93, de 22 de abril, deve considerar-se como materialmente inconstitucional por não exigir, como condição da colheita de órgãos em cadáver, a informação específica e individualizada do dador.” Esta norma estabelece que qualquer cidadão português, apátrida ou estrangeiro legalmente a residir em Portugal é um potencial dador *post-mortem*, desde que não declare no RENNDA a sua vontade de não ser dador. A norma não assegura que o dador estava devidamente informado acerca do regime jurídico vigente, e conseqüentemente pode vir a ser declarado dador contra a sua vontade.⁸³⁰

A doutrina dominante, todavia, admite a constitucionalidade deste regime.⁸³¹ Também o Tribunal

⁸²⁸ FARIA COSTA, “À qui appartient le cadavre, quelques réflexions (in)opportunes”, *Le fait de l'analyse*, Octobre 1999, p. 149-150, afirma: “Nous sommes donc, dans ce contexte, non pas devant un consentement présumé, mais devant une fiction pure.”

Para desenvolvimentos sobre esta matéria, *vide* ANGOITIA GOROSTIAGA, *Extracción y Transplante de Órganos e Tecidos Humanos (Problemática Jurídica)*, Madrid, Marcial Pons, 1996 e Robert CARVAIS / Marilyne SASPORTES, *La greffe humaine (In)certitudes étiqes: du don de soi à la tolerance de l'autre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

⁸²⁹ FARIA COSTA, “O Valor do Silêncio...”, *cit.*, p. 129 ss.

⁸³⁰ Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade...*, 2002, p. 233. Afirmada a inconstitucionalidade surge uma lacuna no sistema jurídico, que se deve integrar por intermédio da única solução não restritiva dos direitos individuais: a solução do consentimento estritamente pessoal.

⁸³¹ Paula FARIA, *Aspectos...*, p. 234; João LOUREIRO, “Transplantações”, *cit.*, p. 26, com críticas relativamente a aspetos processuais da lei anterior; Luísa NETO, *O Direito Fundamental...*, p. 818. No mesmo sentido o Parecer do Provedor de Justiça de 23 de Outubro de 1990. No plano da bioética, *vide* Jorge BISCAIA, “Consentimento”, *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 100; cf. ainda Diana SILVEIRA, “O problema da constitucionalidade da solução do dissentimento: O regime jurídico da

Constitucional considerou que os familiares não têm o direito de se opor à vontade (expressa ou meramente presumida) do defunto.⁸³²

Assim, a nossa Constituição “não impõe nenhuma solução concreta em termos de procedimentos destinados a garantir a vontade do *de cuius*”⁸³³. O mais importante é que, uma vez adotado o modelo do dissentimento se crie um sistema procedimental que garanta o respeito pela vontade dos não-dadores.⁸³⁴

Paula Ribeiro Faria entende “ser de consagrar legislativamente a solução da oposição”. E quanto à conformidade com o referido preceito constitucional, defende que nem todas as posições em matéria de transplantes sejam suscetíveis de ser caracterizadas como convicções, logo eventualmente protegidas pelo art. 41º. Já se se verificar um caráter de tal forma vinculante, sugere a adoção da solução escandinava, onde não é permitida a recolha se, independentemente de uma manifestação em vida (entre nós junto do RENNDA), “esta se mostrar incompatível com as convicções do dador, ou, em certos casos, dos próprios familiares.”⁸³⁵

Concordamos com esta tese⁸³⁶. Com efeito, algumas etnias, como a *roma*, têm uma tradição cultural de não invasão do corpo. Mas desconhecem que deverão dar essa informação por escrito junto do RENNDA. Parece-nos que o senso clínico dos médicos levará a que informem a família e que respeitem a opinião da mesma. Aliás, segundo informações obtidas junto de profissionais desta área, é essa a prática com todas as pessoas.

Em abono da opção do legislador, sempre acrescentaremos que o sistema do consentimento presumido segue as recomendações da Resolução (78) 29 do Conselho da Europa⁸³⁷ e especialmente a Resolução do Parlamento Europeu

colheita de órgãos e tecidos em cadáveres para transplantação”, *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 5, 2006.

⁸³² Ac. do TC n.º 130/88, de 8 de Junho, *BMJ*, n. 378 (Jul. de 1988), p. 158.

⁸³³ João LOUREIRO, “Transplantações...”, *cit.*, p. 43

⁸³⁴ Paula RIBEIRO FARIA, *Aspectos...*, p. 192 ss.

⁸³⁵ Paula RIBEIRO FARIA, *Aspectos...*, p. 234.

⁸³⁶ Já assim nos pronunciámos em André DIAS PEREIRA, “Transplantation of Organs and Tissues and Some Reflections on the “Solidarity” of the Human Cadaver in Portugal”, *EJHL*, 18, 2011, p. 1-9.

⁸³⁷ Resolução (78) 29 sobre a harmonização das legislações dos Estados-parte relativas à colheita e transplantação de substâncias de origem humana.

sobre Bancos de Órgãos de 1979,⁸³⁸ que afirma: *6. advocates strongly the adoption of the 'no objection' formula, on condition that where such a system is introduced in a Member State, the best possible guarantee is provided that individual's wishes will be respected...*⁸³⁹

26.1.4. Normas inconstitucionais

Algumas normas, porém, parecem estar feridas de inconstitucionalidade. Por um lado, o art. 13º, n.º 6, da Lei 12/93 prevê que quando o corpo não é identificável, se presume que se trata de um doador, embora a pessoa possa estar inscrita no RENNDA.⁸⁴⁰ Trata-se, efetivamente, de uma norma verdadeiramente *sinistra*. É mais uma manifestação da “obstinação terapêutica” das sociedades modernas, que leva a que se admita a colheita de órgãos, mesmo quando a pessoa tinha manifestado (de acordo com os trâmites legais) o seu desejo de não ser doador; mas porque por qualquer motivo ficou desfigurado, o Estado atribui-se o direito de violar as suas convicções mais profundas!

Por outro lado, o art. 3º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de setembro, estabelece que a declaração de não-doador apenas produz efeitos 4 dias após ter sido recebida.⁸⁴¹ Efetivamente, estas normas podem violar claramente a vontade

⁸³⁸ JOCE, No C 127, 21 de maio de 1979, p. 71

⁸³⁹ O Protocolo Adicional à Convenção da Biomedicina sobre transplante de órgãos também aceita este sistema. Segundo o *Explanatory Report*: “Organs or tissues shall not be removed from the body of a deceased person unless consent or authorisation required by law has been obtained. The removal shall not be carried out if the deceased person had objected to it.”/ “... *In some States the law permits that if there is no explicit or implicit objection to donation, removal can be carried out. In that case, the law provides means of expressing intention, such as drawing up a register of objections. /In other countries, the law does not prejudge the wishes of those concerned and prescribes enquiries among relatives and friends to establish whether or not the deceased person was in favour of organ donation.*”

⁸⁴⁰ Prescreve essa norma: “Quando não tiver sido possível identificar o cadáver, presume-se a não oposição à dádiva se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais.” Cf. Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade...*, p. 234. Muito crítico face a este regime, já FARIA COSTA, “O Valor do Silêncio...”, in *Transplantações*, p. 131, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 191 e SINDE MONTEIRO/ André DIAS PEREIRA, “Landesbericht Portugal”, in TAUPITZ, *Zivilrechtliche...*, cit., 2000, p. 839, nota 91.

⁸⁴¹ O CNECV recomendou (5/CNE/93), pelo contrário, que a inscrição só produzisse efeitos após a recepção pelo cidadão do cartão de não-doador!

das pessoas que se recusaram a ser dadores *post-mortem*, violando, assim, os princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade*.⁸⁴² Para além de volvidos quase 20 anos se revelar obsoleta, pois os meios informáticos não justificam que os serviços do RENNDA demorem 4 dias a tornar eficaz a declaração.

De facto, é lamentável que o Estado português apenas em 1994 tenha cumprido a sua obrigação de realizar uma campanha de informação pública.⁸⁴³ Desde então, o número de pessoas que se opõe à colheita *post-mortem* tem vindo a reduzir-se de ano para ano. É esta a evolução do registo de não-dadores: em 1994, registaram-se 23 778 inscrições como não-dadores. Em 1995 o número diminuiu para 10 870. Em 1996 houve apenas 947 declarações; em 1998, 490 e em 1999 uns meros 185... E desde então, nos últimos dez a quinze anos, os números de novas inscrições anuais são quase residuais. Ao todo existem 37.541 portugueses que se registaram como não-dadores.⁸⁴⁴

Em bom rigor, poderíamos afirmar que o sistema de *opting-out* ganharia plena legitimidade substancial se o Estado e a Sociedade investissem tanto em divulgação do direito a não ser dador, como investiriam se estivesse em vigor o sistema do *opting-in* em campanha de mobilização para se ser dador de órgãos e tecidos... Donde, é dever de todos os atores, Escolas, Universidades, Centros de Saúde, cultos religiosos, debater e informar acerca do sistema vigente para que cada cidadão tenha tido a oportunidade de se confrontar, em consciência, com o problema e tenha tido a possibilidade de rejeitar ser dador.⁸⁴⁵

⁸⁴² Nuno OLIVEIRA, *O Direito geral de Personalidade...*, p. 234 ss.

⁸⁴³ Afirma o art. 15.º da referida Lei: 1 – O Governo deve promover campanhas de informação sobre o significado, em termos de solidariedade, política de saúde e meios terapêuticos, da colheita de órgãos, tecidos e células e da realização de transplantes. 2 – A campanha de informação deve elucidar igualmente sobre a possibilidade de se manifestar a indisponibilidade para a dádiva *post mortem*, sobre a existência do Registo Nacional dessas decisões e sobre a emissão e uso do cartão individual em que essa menção é feita.”

⁸⁴⁴ Cf. Nuno OLIVEIRA, *O Direito geral de Personalidade...*, p. 227. Estes números revelam que, ou a esmagadora maioria da população portuguesa é vivamente favorável à doação *post-mortem*, ou a população não está minimamente informada do regime jurídico aplicável...

⁸⁴⁵ Por isso, o sistema italiano previsto na lei, embora ainda não aplicado, é aplaudido por muitos. Nesse sistema, a pessoa ao atingir a maioridade receberia informação das autoridades sobre o sistema *opting-out*

26.1.5. Sistema de *opting-out* e cultura

O sucesso do sistema de transplantações não depende – nem depende em primeira linha – do regime jurídico. É fundamental que a opinião pública tenha *confiança* no sistema médico. Assim, a lei assegura que equipas diferentes determinam a morte cerebral e fazem a colheita de órgãos e outra faz a transplantação. Em segundo lugar, estes procedimentos apenas ocorrem em estabelecimentos devidamente regulados e com profissionais com elevada formação ética.

Por outro lado, Gomes da Silva colocou em evidência que o aproveitamento do cadáver para fins terapêuticos e de investigação está conforme ao pensamento católico. Tal foi expressamente reconhecido como lícito pelo Papa Pio XII, no discurso de 13 de Maio de 1956, segundo o qual não contraria o respeito que é devido ao cadáver a sua aplicação a certos fins humanos, entre os quais se conta o de estudo e ensino médicos. De igual modo, o aproveitamento de cadáveres para fins terapêuticos deve ser reputado como lícito. Assim, “o encontro com os outros homens implica a necessidade de os descobrir, compreender e amar, bem como a necessidade de viver os problemas deles e, portanto, de contribuir para lhes minorar o sofrimento e de procurar partilhar com eles as provações, que são património dos homens.”⁸⁴⁶ Concluindo, “a utilização de órgãos e tecidos de cadáveres não ofende nenhum dos fins a cujo cumprimento o defunto tenha direito.”⁸⁴⁷

Se salientamos este Parecer e esta doutrina do Professor de Lisboa – cujo papel foi relevante na legitimação das bases comunitaristas da colheita de órgãos e tecidos para transplante, bem como para a manutenção de um *regime aberto* à investigação em cadáveres, que provinha já dos estatutos

(capo II, Legge 1 aprile 1999, n. 91). Entretanto mantém-se em vigor o sistema do consentimento expresso: faltando uma declaração expressa em vida, os familiares (cônjuge não separado ou companheiro em união de facto, filhos maiores ou os pais) podem apresentar oposição escrita à colheita de órgãos durante o período de certificação da morte.

⁸⁴⁶ GOMES DA SILVA, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, Tomo XVII, n.º 90, p. 221.

⁸⁴⁷ GOMES DA SILVA, *Ibidem*, p. 224. O Autor acrescenta ainda, “a utilização terapêutica de tecidos e órgãos do cadáver não contraria a *dignidade deste*, desde que se destine ao tratamento de outros homens e a satisfazer uma necessidade social, e não a meros objectivos fúteis ou indecorosos.”

pombalinos –, é porque defendemos a tese segundo a qual há um fundo de inspiração católica nos regimes de *opting-out* que vigoram no sul da Europa.

Não será por acaso que o regime do *opting-out* ou do consentimento presumido está em vigor, embora com diferentes matizes que não cabe agora aprofundar, precisamente, em Portugal, na Espanha, em França,⁸⁴⁸ na Itália, na Áustria, na Bélgica, entre outros países...

Já os países anglo-saxónicos e germânicos, de tradição protestante, de maior valoração do individualismo e do consentimento expresso, mesmo para utilizações do cadáver, adotam, em regra, sistemas de *opting-in*. Assim acontece no Reino Unido,⁸⁴⁹ na Alemanha,⁸⁵⁰ nos Estados Unidos⁸⁵¹ e em alguns países escandinavos.

⁸⁴⁸ Neste país, afirmou o COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, Avis n° 115 : *Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation*, 2011 : «Notons que le corps n'est ni une batterie d'organes, ni un pourvoyeur d'organes. La réussite des transplantations n'implique pas nécessairement une vision mécaniste du corps, corps qui ne serait qu'un ensemble de pièces détachées. *Le don d'organes reste, comme on l'a dit, une question de lien social où se joue la transmission de ce qui ne peut faire l'objet d'un partage: le corps.* »

⁸⁴⁹ *Human Tissue Act* 2004, que abrange a Inglaterra, Gales e Irlanda do Norte; para a Escócia, *Human Tissue Act* 2006. Quem queira ser dador deverá registar-se no *Organ Donation Register*, uma base de dados nacional. Recentemente o Reino Unido discutiu a mudança de sistema, considerando o sucesso de outros países e a abrupta quebra de doações. Na doutrina, Emily JACKSON, *Medical Law, Text, Cases, Materials*, 2010, p. 619: a autora inglesa revela desconforto com a regra do *opting-in*. Destes debates resultou, em junho de 2012, que Gales publicou uma lei que adotou o sistema do *opting-in* que irá entrar em vigor em 2015.

⁸⁵⁰ A Alemanha, país tradicionalmente vinculado ao pressuposto do *opt-in*, começa a mudar de orientação. O Conselho Nacional de Ética em 2007 publicou um relatório recomendando a adoção do sistema *opt-out* após uma ampla e intensa campanha de informação. Cfr: DEUTSCHER ETHIKRAT, *Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland*, 2007; cf. ainda A. TUFFS, “German ethics council demands opt-out system for transplants,” *BMJ*, 2007 May 12; 334(7601): p. 973. Na Alemanha há 12000 pacientes em lista de espera para transplante e em cada ano falecem 3000 pessoas sem verem a possibilidade de aceder a este tratamento médico. Dois terços da população é a favor da doação de órgãos, mas apenas 14% têm um cartão de dador.

⁸⁵¹ Nos Estados Unidos, a doação de órgãos é regulada pelo direito estadual, dentro das barreiras impostas pelo *Uniform Determination of Death Act*, o *National Organ Transplant Act* of 1984, e o *United Network for Organ Sharing* (UNOS). Muitos Estados procuram encorajar a doação

Devemos, contudo, ter presente que a dicotomia entre os sistemas puros de *opting-out* e os sistemas puros de *opting-in* constitui uma *simplificação* e não reconhece as *nuances* com as quais os sistemas funcionam na prática. Normalmente, os sistemas permitem o envolvimento dos familiares, quer no sentido de que eles podem agir como representantes ou dar um consentimento por substituição se a pessoa falecida o não havia feito, nos sistemas de *opting-in*, ou no sentido de que eles podem objetar mesmo que o falecido não tenha registado a recusa durante a sua vida, nos sistemas de *opting-out*.⁸⁵²

Embora o sistema legal não seja a condição mais importante,⁸⁵³ visto que a confiança na medicina, e um bom sistema de colheita de órgãos desempenham um papel maior, arriscamos afirmar que o sistema de *opting-out* favorece a maior disponibilidade de órgãos para transplante e assim um maior sucesso na medicina transplantacional.

Com efeito, países com o sistema de *opting-out* têm bons resultados na colheita de doação de órgãos *post-mortem*. A Espanha é líder mundial com 34 dadores por milhão de habitantes; a Áustria conta com 21 dadores por milhão de habitante.⁸⁵⁴ Confronte-se com países com o sistema de *opting-in* e com um sistema de saúde avançado como a Alemanha e baixamos para 16 dadores por milhão de habitantes ou mesmo

de órgãos permitindo que o consentimento seja feito na carta de condução, para além da existência de registos de doadores. Podemos resumir e afirmar que nos EUA vigora o sistema de consentimento expresso.

⁸⁵² GEVERS/ JANSSEN/ FRIEL, “Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe”, *EJHL*, 11, 2004, Nr. 2, p. 175-186.

⁸⁵³ Cf. STEF GEVERS et al, *EJHL*, 11, 2004, p. 175-186. Escrevem os Autores: “the dichotomy between ‘pure’ opting in and opting out systems represents an oversimplification that fails to recognise the nuances with which these systems function in practice. Usually, consent systems provide for involvement by relatives, either in the sense that they can act as a surrogate and give vicarious consent if the deceased person has not done so himself (opting in systems), or in the sense that they may object even if the deceased person has not registered an objection during his life (opting out systems).”

⁸⁵⁴ O número de dadores de órgãos em Espanha baixou de 34,4 por milhão de habitantes em 2009 para 32 em 2010. O número de transplantações igualmente diminuiu passando de 4028 em 2009 para 3773 em 2010. A principal razão desta diminuição é a diminuição do número de mortes cerebrais nos serviços de reanimação, ela mesmo consequência da diminuição do número de acidentes de viação. Outro fator é a diminuição da mortalidade dos pacientes em fase aguda dos acidentes vasculares cerebrais. A Espanha continua ainda assim líder no número de transplantes por milhão de habitantes, que é de apenas 18,3 na União Europeia e de 25,2 nos Estados Unidos, segundo informa o *British Medical Journal*, 2011; 341: d242.

a Grécia com 6 dadores/ milhão. Por outro lado, a Suécia, com um sistema de *opting-out*, também tem uma taxa baixa de doação (15 dadores/milhão), mas trata-se de um país com uma baixíssima taxa de acidentes rodoviários.

Dentro da União Europeia,⁸⁵⁵ em 2010, 24 países tinham uma das formas de consentimento presumido (*opt-out*). Os países com sistema de *opt-out* têm as taxas mais elevadas de colheita e transplante: Espanha, Áustria, Bélgica e Portugal.

Em jeito de conclusão, é legítimo afirmar que o nosso modelo de transplantes *post-mortem* (o *modelo do dissentimento*) se afigura materialmente constitucional⁸⁵⁶ e jurídica e socialmente recomendável, embora devesse sofrer as correções legais referidas e o Estado e a Sociedade devessem ter um papel muito mais ativo na divulgação do sistema e da importância da doação de órgãos *post-mortem*.

26.1.6. Um argumento a favor do sistema *opting-out*: o carácter obrigatório das autópsias médico-legais

Não é frequente a doutrina confrontar o regime jurídico das transplantações com o das autópsias médico-legais. Parece-nos, porém, que tal operação poderá ter valor heurístico no sentido de carrear mais um argumento para justificar o sistema do *opting-out*.

Com efeito, as autópsias médico-legais são obrigatórias, mesmo que o cidadão, em vida, haja recusado a sua realização. Se bem compreendemos as razões que podem levar à recusa de doação de órgãos e tecidos para transplante, elas reconduzem-se essencialmente a duas: o desejo de preservar a integridade do cadáver (antes da inumação ou cremação) e o desejo de não ter uma parte do seu corpo (órgão ou tecido) no corpo de outra pessoa, mesmo depois da morte.

As autópsias médico-legais afetam o primeiro interesse (o de manter a integridade do cadáver antes da inumação ou cremação). De facto, numa perspetiva empírica, essas autópsias

⁸⁵⁵ Em 2008, o Parlamento Europeu votou a favor da introdução de um Cartão de Doador Europeu com vista a estimular a doação de órgãos na Europa.

⁸⁵⁶ Embora fosse preferível introduzir algumas modificações, no sentido de o aproximar do regime italiano. Este último é aliás o aconselhado pelo Grupo de Peritos do FALCONE PROJECT JHA/2001/FAL..., *Trade in Human Organs*. Cf. tb. Nuno OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade...*, p. 229.

ofendem o corpo humano e violam, de forma impressiva, a integridade do cadáver.

As autópsias médico-legais são obrigatórias e o consentimento ou recusa da pessoa em vida é irrelevante. Acresce que as autópsias visam sobretudo a realização de interesses de justiça penal, direito laboral, direito dos seguros ou direito civil, em geral.⁸⁵⁷

Parece-nos que, num plano de hierarquia de bens jurídicos, os referentes à *realização da justiça* não são superiores ao interesse da *preservação da vida e da qualidade de vida* dos futuros transplantados. Antes pelo contrário.⁸⁵⁸ Por outro lado, um apego irreduzível ao princípio da autonomia pode configurar mais uma expressão – ainda que sibilina e tantas vezes inconsciente – de uma *ética da convicção* do que o verdadeiro empenho numa *ética da responsabilidade*.⁸⁵⁹

26.2. Utilização de cadáveres, tecidos e peças anatómicas para fins de ensino e experimentação

O Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho, regula a colheita *post-mortem* de órgãos e tecidos para fins de ensino e investigação científica. Neste regime procuram compatibilizar-se dois interesses contrapostos.

⁸⁵⁷ A Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, impõe que a autópsia médico-legal tenha lugar “em situações de morte violenta ou de causa ignorada, salvo se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime, admitindo-se, neste caso, a possibilidade da dispensa de autópsia.” (art. 18.º, n.º1) Tal dispensa nunca se poderá verificar em situações de morte violenta atribuível a acidente de trabalho ou acidente de viação dos quais tenha resultado morte imediata.”

⁸⁵⁸ Um dos princípios explanados por Gomes da Silva é o da “f) *Necessidade de hierarquização e coordenação em concreto*: precisamente porque esses direitos são em princípio independentes uns dos outros, eles têm de ser hierarquizados e coordenados em concreto – todos se dirigem, por hipótese, a fins intrínsecos, mas estes podem ter valor desigual e, mesmo quando de valor inferior ao de outros, podem merecer, em concreto, maior proteção do que outros ou reclamar um mínimo de proteção que satisfaça ao respeito que lhes é devido; daí a necessidade de o regime jurídico do cadáver ter consciência da hierarquia desses fins e de procurar conciliá-los pela melhor forma possível.” – GOMES DA SILVA, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, Tomo XV, n.ºs 79-80, p. 282.

⁸⁵⁹ Sobre este princípio cf. Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. *Vide*, sobretudo, o Capítulo 20 – *O princípio da tolerância. A Filosofia do Direito na Sociedade Pluralista de Risco*.

Por um lado, o interesse em promover a investigação científica e em utilizar cadáveres para fins de ensino, que, mediatemente, vão reverter para a melhoria da prestação de cuidados de saúde da população em geral, visto que os médicos e os cirurgiões se encontrarão melhor preparados.⁸⁶⁰

Por outro lado, é absolutamente necessário defender a vontade que a pessoa manifestou em vida, garantir o respeito que é devido ao cadáver e os sentimentos dos familiares e amigos de veneração dentro da *praxis* cívica e religiosa da comunidade.

Os cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que venham a falecer no nosso país podem potencialmente ser sujeitos aos atos previstos na lei, salvo se tiverem manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição⁸⁶¹, ou, não existindo manifestação de oposição, se a tal não se opuserem as pessoas a quem, para tanto, é conferida legitimidade.

Com efeito, é permitida a *dissecação de cadáveres*, para fins de ensino e de investigação científica, quando a pessoa tenha *expressamente declarado* em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e de investigação científica (art. 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 274/99),⁸⁶² ou quando a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição e a entrega do corpo não seja, por qualquer forma, reclamada no prazo de vinte e quatro

⁸⁶⁰ Cf. exposição de motivos Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho. Cf. ainda o *Parecer sobre utilização de cadáveres humanos para fins de ensino médico e a sua necessidade, pertinência e legitimidade* (2/CNE/92) que abriu as portas, no plano ético, a uma solução comunitarista; cf. ainda o *Parecer sobre o projecto de proposta de lei que visa regular as situações em que é lícita a dissecação de cadáveres humanos ou de parte deles, após a morte cárdio-respiratória, bem como a extracção de peças, tecidos e órgãos para fins de ensino e de investigação científica* (8/CNE/94).

⁸⁶¹ Essa oposição faz-se perante o RENNDA, em processo semelhante ao que vale para a rejeição da condição de dador de órgãos ou tecidos – Cf. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho.

⁸⁶² Infelizmente não está ainda regulamentado o processo pelo qual o cidadão pode autorizar a dissecação do seu cadáver. Perante esse vazio legal, somos de parecer que a pessoa deve redigir junto de um Notário o seu testamento e entregar cópia desse documento na Faculdade de Medicina ou Instituto de Medicina Legal a que queira “doar” o seu cadáver. Competirá ao testamentário dar cumprimento a esta última vontade.

horas, após a tomada de conhecimento do óbito, pelas pessoas com legitimidade para tanto⁸⁶³ (art. 3.º, n.º2).

Quanto à *extração de peças, tecidos ou órgãos*, apenas a *expressa oposição em vida*, junto do Ministério da Saúde, exclui essa possibilidade (art. 3.º, n.º3).⁸⁶⁴

Este regime distingue-se do da colheita *mortis causa* de órgãos e tecidos para transplantação, na medida em que admite a *oposição de familiares*, no prazo de 24 horas, mas apenas para a dissecação do cadáver. Adota-se, pois, o sistema de *opting-out* mitigado.

O legislador realizou um juízo de perequação na ponderação dos equilíbrios de *concordância prática* que realiza. Na verdade, enquanto na colheita de órgãos ou tecidos para fins de transplantação se encontra do outro lado da balança a possibilidade de salvar, de forma imediata, uma vida concreta ou a melhoria da saúde de outra pessoa – o que justifica uma forte restrição ao interesse jurídico de respeito pela vontade da pessoa, ao ponto de a única possibilidade de não ser considerado dador ser a sua inscrição no RENNDA – já no caso de dissecação de cadáveres ou extração de peças ou tecidos para fins de ensino ou de investigação, os benefícios que daí derivam são de natureza *mediata ou indireta* e não urgente,

⁸⁶³ Nos termos do art. 4.º, n.º1, têm legitimidade para reclamar o corpo: o testamenteiro, em cumprimento de disposição testamentária; o cônjuge sobrevivente ou pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges; os ascendentes, adoptantes ou adotados e os parentes até ao 2.º grau da linha colateral.

⁸⁶⁴ Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho, art. 3.º (Atos permitidos): “1 – É permitida a realização dos atos previstos no art. 1.º quando a pessoa falecida tenha expressamente declarado em vida a vontade de que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino e investigação científica. Esta declaração de vontade é revogável, a todo o tempo, pelo próprio. 2 – Fora dos casos previstos no número anterior, é permitida a dissecação de cadáveres ou de parte deles, para os fins previstos no artigo 1.º [*ensino e investigação científica*], desde que: a) a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde, a sua oposição; e b) A entrega do corpo não seja, por qualquer forma, reclamada no prazo de vinte e quatro horas, após a tomada de conhecimento do óbito,” *pelos familiares*. 3 – É, ainda, permitida a extração de peças, tecidos ou órgãos, para os fins previstos no artigo 1.º [*ensino e investigação científica*], desde que a pessoa não tenha manifestado em vida, junto do Ministério da Saúde a sua oposição. Esta norma é sintomática da forte “*comunitarização*” do cadáver, por um lado, e revela ainda que o INMLCF, I.P. e os gabinetes médico-legais são entidades que assentam não apenas no pilar de “*coadjuvar os tribunais na administração da justiça*”, mas também – e de forma muito enfática – no *pilar do ensino e da investigação*.

pelo que o legislador admitiu aqui a *reclamação do corpo* por parte do testamentário ou de familiares próximos.

Ainda assim, esta lei permite, em termos razoáveis, a utilização de cadáveres para fins de ensino e investigação. Sob a égide desta legislação, Vesálio⁸⁶⁵ teria podido desenvolver com mais serenidade as suas investigações...⁸⁶⁶

26.3. A exposição de cadáveres humanos: o pelourinho *post mortem*?

Em Portugal, a exposição *Bodies revealed* esteve patente ao público durante largos meses e não se gerou forte controvérsia. Porém, noutros países houve batalhas jurídicas e em alguns foi proibida, como, por exemplo, em França.

O Parecer do Conselho Nacional de Ética francês desaconselhou a exposição pública dos cadáveres. Estes são em grande parte condenados pela pena capital e explorados para fins de *exibição comercial*, tornando-se num mero *objeto anonimizado*, sujeito a um tratamento técnico-industrial. Nas palavras do *Conseil National*: «Le défunt devient un cadavre passe-partout.»

A finalidade pedagógica e científica desta exposição de cadáveres encontra-se obscurecida pela *intenção lucrativa*. Assim, o princípio da *não-patrimonialidade* do corpo não é respeitado pelo escopo lucrativo desta exibição. Mesmo que se entendesse haver um interesse de a população em geral ver os cadáveres, tal não justificaria que disso se fizesse uma atividade comercial.⁸⁶⁷ O mesmo se pode afirmar à luz do

⁸⁶⁵ Segundo Jacques LE GOFF/ Nicolas TRUONG, *Uma História do Corpo na Idade Média*, teorema, 2005, p. 104, o respeito pelo corpo retardou durante muito tempo as práticas de dissecação, tendo as primeiras surgido no ensino médico no primeiro quartel do século XII em Bolonha, por volta de 1340 em Montpellier em 1407 em Paris, onde passam a ser regulares a partir de 1477. Todavia, “a Igreja nunca proibiu explicitamente a dissecação dos corpos. Só as violações de sepulturas e os roubos de cadáveres eram condenados. Não eram bem os anatomistas os visados pelos interditos eclesiásticos – nomeadamente pelo decreto promulgado pelo papa Bonifácio VIII, em 1299 – mas a moda que consistia em repartir os despojos do defunto distribuídos por vários lugares da sepultura.”

⁸⁶⁶ Para uma análise crítica do regime em vigor, cf. VAZ RODRIGUES, “Utilização de cadáveres para ensino e investigação: uma consulta,” *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 43-54.

⁸⁶⁷ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, Avis n.º 111: *Avis sur les problèmes éthiques posés par l’utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d’exposition muséale*; Relatores: Jean-Claude AMEISEN e Pierre LE COZ.

direito português, onde o art. 230.º do Código Comercial prevê: “Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou colectivas, que se propuserem: 4.º *Explorar quaisquer espetáculos públicos.*”

E no que respeita à suposta existência de consentimento em vida para participar na exibição, após a morte, o Parecer do Conselho Nacional de Ética francês conclui:

“Le consentement d’une personne à donner son corps à la science après son décès (pour des raisons anatomiques et pédagogiques) ne saurait être confondu avec un cautionnement de sa mise en scène *post-mortem* à des fins commerciales. Il n’y a pas d’éthique sans consentement mais le consentement ne suffit pas à donner à une action sa légitimité éthique. *La dignité du défunt vaut d’être prise en considération.*”

No plano jurídico, a *Cour de cassation*, a 16 de setembro de 2010, proibiu a exibição por entender que esta era «*indécente, et à ce titre illégale*» confirmando assim a interdição, decidida pelos tribunais inferiores, da exposição anatómica: “*Our Body, à corps ouvert*”. Como escreveu a suprema instância jurisdicional francesa: “les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence”,⁸⁶⁸ “or l’exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence”.

Também à luz do direito português, somos de parecer que a exposição comercial de cadáveres humanos viola o art. 1.º e o art. 21.º da Convenção de Oviedo.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ *Article 16-1-1, al. 2, Code civil* (disposição introduzida pela Lei nº 2008-1350 relativa à legislação funerária).

⁸⁶⁹ No mesmo sentido, o jurista letão Ronalds ROZKALNS, “Bodies Revealed: The Interaction Among Human Rights and Commercial Interests,” Third European Conference on Health Law, *Book of Abstracts*, 2011. Na Letónia a exposição também foi alvo de forte contestação.

Recordemos, em abono desta orientação, a lição de Gomes da Silva que explica o *Princípio da Destinação a Fins Intrínsecos*: “estes direitos [direitos sobre o cadáver] só se justificam quando concedidos para *fins intrínsecos*, isto é, quando separada ou simultaneamente tenham fins cuja consecução é necessária para se realizar a personalidade do próprio sujeito passivo e fins cujo cumprimento é devido por este sujeito passivo ao bem comum da comunidade a que ele pertence ou pertenceu; não são admissíveis, portanto, quando se destinem a proporcionar meras utilidades suscetíveis de serem atingidas por meios sujeitos ao domínio do homem (por exemplo, a colheita de matérias-primas destinadas à indústria) ou tenham fins imorais ou fúteis (por exemplo, aproveitamentos contrários à dignidade e ao pudor ou determinados por mero interesse estético).” –

Em suma, havendo fundadas dúvidas sobre a liberdade do consentimento prestado em vida; considerando o caráter comercial da exposição e o questionável valor pedagógico para o público em geral⁸⁷⁰ de uma exposição deste jaez, somos da opinião que o ónus da argumentação da sua licitude impende sobre os organizadores e que as autoridades públicas devem ter a máxima cautela em autorizar tal manifestação do “Poder médico” sobre a Sociedade, que, mais uma vez, vai afetar sobretudo os mais frágeis da nossa Humanidade, neste caso, os condenados à morte da República Popular da China...

26.4. Exames e perícias no âmbito da tanatologia forense

A Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, regula, no art. 18.º, a autópsia médico-legal, impondo a realização da autópsia médico-legal em situações de *morte violenta* ou de *causa ignorada*.⁸⁷¹ Pode pedir-se a dispensa da autópsia se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime, admitindo-se, neste caso, a possibilidade da dispensa de autópsia. Todavia, tal dispensa “nunca se poderá verificar em situações de morte violenta atribuível a *acidente de trabalho* ou *acidente de viação* dos quais tenha resultado a morte imediata.”

O consentimento ou a recusa de intervenção é totalmente irrelevante neste caso; a autópsia médico-legal é *obrigatória* nos casos previstos na lei. Assim, o poder de autodeterminação do destino do cadáver é limitado por exigências de realização da justiça.⁸⁷²

GOMES DA SILVA, “Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, Tomo XV, n.ºs 79-80, p. 282.

⁸⁷⁰ Somos de parecer que se há *intenção pedagógica* na exposição de cadáveres, então esta deve ser feita em visitas guiadas, com acompanhamento de professores ou monitores que expliquem o “objeto” da exibição, em princípio limitado a pessoas maiores, ou seja, ao ensino superior ou equiparado. Nesse sentido, aplaudimos a decisão do Conselho Diretivo do INMLCF, IP de apenas autorizar a visita às autópsias médico-legais a estudantes de Medicina, Direito, Enfermagem e outros casos especialmente justificados (informação gentilmente prestada pelo Prof. Doutor Francisco Corte-Real, Diretor da Delegação Centro do INMLCF, I.P.).

⁸⁷¹ Cf. o art. 28.º do Decreto-Lei n.º 96/2001, de 26 de março, relativo à competência do serviço de tanatologia forense.

⁸⁷² A própria *exumação* do cadáver tem vindo a ser aceite pelo Supremo Tribunal de Justiça, designadamente com vista ao respeito pelo

26.5. Autópsias anátomo-clínicas

Em primeiro lugar, impõe-se distinguir a *autópsia médico-legal* da *autópsia clínica* de carácter científico ou didático – as quais apresentam diferenças quanto ao seu objetivo e quanto à respetiva técnica.

A *autópsia médico-legal*⁸⁷³ visa particularmente: “pesquisar a causa médica da morte e os estados patológicos existentes; determinar a forma médico-legal do facto judiciário – homicídio, suicídio, acidente, morte natural; fixar no tempo a data e a hora aproximada da morte; enfim, identificar o cadáver, se necessário”⁸⁷⁴.

A *autópsia clínica* tem lugar em situações fora do âmbito judiciário e em casos em que houve lugar a dispensa de autópsia médico-legal,⁸⁷⁵ e tem finalidades médicas e científicas, debruçando-se a maior parte das vezes apenas sobre alguns órgãos concretos.⁸⁷⁶ Os objectivos da autópsia clínica

direito de investigar a maternidade e a paternidade. Cf. Ac. do STJ de 24/5/2012 (Serra Baptista).

⁸⁷³ A alínea c), do n.º 2 do art. 8.º do referido Decreto-Lei prevê a distinção entre *autópsia médico-legal* e *autópsia clínica*. A distinção entre estes dois tipos de autópsias é aliás aceite sem controvérsia. Cf. por exemplo, Elisabete MATOS, “*Autópsias Médico-legais e Autópsias Clínicas*”, datado de 22-12-2003, disponível no sítio da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa; Cf. tb. o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 30/2005.

⁸⁷⁴ Nestes termos, Richard BOUNAMEAU, *L’Autopsie: acte médico-légal et acte scientifique. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, 1988, p. 17, *apud* Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 30/2005.

⁸⁷⁵ O INMLCF, I.P. pode realizar autópsias clínicas a pedido de particulares. Foi esse o entendimento do Parecer do Conselho Médico-Legal, de 14 de Maio de 2010, e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer n.º 58 sobre a Realização de autópsias ou outros exames post mortem a requerimento de particulares, de junho de 2010.

⁸⁷⁶ Todavia, “pode haver interesse (por parte dos familiares/sucessíveis do falecido) na realização de autópsia com vista ao esclarecimento de circunstâncias do surgimento da morte, traduzindo-se, designadamente, no apuramento da causa da morte em casos de *morte de causa ignorada mas não violenta*, ou no diagnóstico diferencial entre *acidente e suicídio*, em casos de *morte violenta*, ou ainda no apuramento das concretas formas do acidente ou do suicídio já previamente determinados através das diligências investigatórias realizadas. Não estaremos em tais casos na presença de uma autópsia médico-legal, no sentido definido pelo art. 18.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, mas de uma *autópsia que implica a utilização de conhecimentos médico-legais*.” – escreve-se no Parecer do Gabinete Jurídico do INMLCF, I.P. (Diogo Pinto da Costa) (Coimbra, inédito).

são: (1) o melhor conhecimento do estado patológico do paciente falecido; (2) precisar novas causas que contribuíram para a morte, ajudando ao aperfeiçoamento, à pesquisa e ao controlo do diagnóstico clínico. Por outro lado, as autópsias clínicas podem ser realizadas mesmo com a *causa de morte já identificada*, de forma a obter mais informação sobre o estado de saúde do defunto ou o processo patológico que conduziu à morte, quer quando a *causa da morte já esteja indeterminada*, com vista a esclarecer a causa da morte.

Regista-se a ausência de apropriada regulamentação legal das autópsias anátomo-clínicas.⁸⁷⁷ Contudo, tem sido aceite que a autópsia pode ser requerida quer pela equipa médica que prestou assistência ao defunto, quer pela sua família.

Tendo havido dúvidas sobre se essa autópsia carecia de um prazo de espera de 24 horas após a morte, o *Conselho Médico-Legal*, em 21 de dezembro de 2005, bem como o (entretanto extinto) *Conselho Nacional de Medicina Legal*, na sua reunião de abril de 2006, deram Parecer no sentido de que *não havia fundamento técnico, nem científico, nem legal para aguardar as referidas 24 horas, podendo realizar-se, logo que obtida a concordância dos familiares.*⁸⁷⁸

Com efeito, ‘a realidade vai sempre à frente da lei’ e as autópsias anátomo-clínicas têm vindo a ser realizadas em

⁸⁷⁷ O vazio legal não é, porém, total. O Despacho n.º 13832/2007, do Secretário de Estado da Saúde (DR, 2.ª Série, n.º 124, de 29-6-2007), aprova, para unidades privadas de saúde e laboratórios privados o *Manual de Boas Práticas Laboratoriais de Anatomia Patológica*, que abrange exame anátomo-patológico em indivíduos vivos e em cadáveres. Aí se descreve que “a anatomia patológica engloba as seguintes valências: histopatologia (biópsias, peças cirúrgicas e exames pré-operatórios), citopatologia (esfoliativa e aspirativa), autópsias clínicas e técnicas complementares do diagnóstico morfológico.”

Sobre a matéria, cf. Parecer n.º 53/2007 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Concordamos que seria útil que fosse publicada legislação que regulasse as autópsias anátomo-clínicas no que respeita a aspetos como, por exemplo: critérios técnicos de licenciamento dos centros de realização de autópsias; critérios de competência profissional dos agentes envolvidos nessas práticas e a legitimidade e pressupostos para requerer uma autópsia e outros exames *post-mortem*.

⁸⁷⁸ Como então escrevemos (enquanto Conselheiro da referida entidade), a aplicação do prazo de 24 horas após o óbito, por analogia com o Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho, poderia ser considerado, mas “nunca este prazo deveria ser visto como um termo suspensivo do direito de levar a cabo essa autópsia, mas antes um prazo de caducidade do direito de os familiares se oporem à realização dessa mesma autópsia.”

Portugal e revestem-se de grande importância. Importância que se revela em diversas facetas. Desde logo, para acautelar *fins públicos*, designadamente: a evolução da própria ciência médica ou para assegurar a qualidade da medicina prestada numa determinada instituição de saúde.⁸⁷⁹ Em segundo lugar, pode satisfazer *fins privados*, tais como: (1) determinar, com maior exatidão, a causa da morte e a evolução dos processos patológicos, ou (2) permitir recolher prova que leve a fundamentar uma pretensão jurídica (no domínio do direito dos seguros ou do direito da responsabilidade).

O cadáver não deve, em regra, ser inumado antes de decorridas vinte e quatro horas sobre o óbito (art. 8.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de dezembro, com atualizações)⁸⁸⁰. Por outro lado, se tiver havido autópsia médico-legal ou clínica, o cadáver deve ser inumado no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo da mesma (art. 8.º, n.º3, al. c)). Isto significa que a lei não apenas admite como exige um *hiato temporal* entre o óbito e o destino a dar ao cadáver, seja a inumação, seja a cremação, seja a inumação em jazigo (encerramento em caixão de zinco) (art. 12.º do Decreto-Lei n.º 411/98).

Em suma, no decurso desse hiato temporal pode haver lugar a uma autópsia clínica, a pedido da família, ou com autorização desta. Todavia, a vontade séria manifestada em vida pela pessoa contrária à realização da autópsia clínica deve ser respeitada, não devendo meros interesses científicos

⁸⁷⁹ Elizabeth C. BURTON/ Peter N. NEMETZ, *Medical Error and Outcomes Measures: Where Have All the Autopsies Gone?*, *Medscape General Medicine*, 2000; 2: “physicians have convinced themselves and their patients that new medical technology has reached such a high level of diagnostic accuracy that the autopsy is obsolete. The truth is that when the final outcome is death, *the autopsy still remains the best available tool for evaluating diagnostic accuracy*. Thus, *when properly used, autopsy data have enormous potential for the identification of correctable systematic errors (both methodologic and human) in diagnostic processes*.” Acrescentam ainda: “the Institute of Medicine, the Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations, the Health Care Financing Administration, and various other organizations recognize the autopsy as an important component of medical care and proclaim a commitment to accurate performance and outcomes measures, (...)”

⁸⁸⁰ O Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 5/2000, de 29 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de julho e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de julho estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, incineração, exumação, transladação e cremação de cadáveres.

sobrepôr-se ao respeito devido à memória dos mortos e à preservação do cadáver.

26.6. Ponderação global

O legislador português oferece relevância à *vontade* da pessoa, mesmo depois da sua morte. Assim se passa relativamente à *recusa* de ser dador de órgãos e tecidos *post-mortem*, bem como relativamente à dissecação de cadáveres, para fins de ensino e de investigação científica e à extração de peças, tecidos ou órgãos. Já a vontade expressa no sentido de negar que o seu cadáver seja sujeito a uma autópsia médico-legal é irrelevante.

Verifica-se, assim, que a lei atribui um valor superior à realização de certos interesses de justiça – e não apenas a justiça criminal, mas também o cabal esclarecimento dos acidentes de trabalho e dos acidentes de viação, entre outros – do que ao tratamento de outras vidas humanas através da transplantação de órgãos e tecidos e do que à investigação e ensino da medicina, através da dissecação de cadáveres ou à extração de peças, tecidos ou órgãos.

A irrelevância da recusa de sujeição a uma autópsia médico-legal reforça a justeza do regime do dissentimento que vigora em matéria de colheita e transplante de órgãos de origem humana, bem como da dissecação de cadáveres e da extração de peças e tecidos *post-mortem*.

O direito português, postergando embora qualquer tentação de socializar ou nacionalizar o cadáver, revela uma concepção “comunitarista” do respeito devido ao cadáver, estabelecendo um regime bastante “aberto” de utilização do cadáver, quer para a *colheita de órgãos e tecidos para fins de transplantação*, quer para a *extração de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e investigação*. Mostra-se mais cauteloso no que diz respeito à dissecação de cadáveres, mas ainda assim admite este procedimento desde que o cadáver não seja reclamado pelos familiares ou não tenha havido uma expressa oposição em vida.

Ou seja, ao contrário de outros horizontes culturais e de outras épocas históricas, a intervenção sobre o cadáver para fins científicos ou com finalidades de acudir à saúde de terceiros é regulada com bastante ‘*generosidade*.’

Com efeito, o direito português, pelo menos desde os Estatutos Pombalinos, sempre deu primazia à dimensão comunitarista, ligada à investigação e ao ensino, sobre um

individualismo da pessoa ou da família sobre o cadáver. Assim, o Compêndio Histórico de 1772 conferia uma quase expropriação do cadáver, em benefício dos interesses científicos e didáticos.⁸⁸¹

27. PMA *post mortem*: vida para além da morte ou a radical quebra ontoantropológica do *a priori* da finitude?

O estatuto do defunto passa ainda pela análise do regime jurídico do acesso a técnicas de PMA com recurso a sémen do marido do casal. A lei portuguesa adota uma postura proibitiva, mas vários ordenamentos jurídicos aceitam essa realidade, desde que tenha havido um consentimento do marido (pai) antes do falecimento.

O respeito pela *base cronológica* da filiação constitui um dos *a priori* do Direito da Filiação e da própria identidade pessoal.⁸⁸² A inseminação *post-mortem* coloca em cheque esse princípio antropológico.

Aqueles que, em nome de um pretense “direito à maternidade” ou mais paradoxalmente ainda de um “direito à paternidade *post-mortem*” (!) queiram legitimar esta prática têm, portanto, o ónus da argumentação no sentido de legitimar a utilização das técnicas de ajuda médica à procriação para satisfazer um ‘desejo’ da viúva, também (abusivamente) apelidado de ‘projeto parental’.⁸⁸³

Com efeito, não é apenas a violação do interesse da criança a uma família bi-parental e, mais relevante ainda, uma autoimagem conforme à estrutura bio-psicológica da parentalidade, que necessariamente passa pela existência de um ser humano (homem) vivo no momento da *concepção*.

A permissão da inseminação *post-mortem* vem colocar em causa a própria imagem do Homem e da Sociedade de si própria. Isto porque só com a percepção da morte o Homem se revê na vida e encontra aí a pulsão libertadora para a

⁸⁸¹ GOMES DA SILVA, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1964, *cit.*.

⁸⁸² Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 67.

⁸⁸³ A favor da PMA *post-mortem*, *vide* Vera RAPOSO/ Eduardo DANTAS, “Aspetos jurídicos da reprodução *post-mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal,” *Lex Medicinæ*, 2010, Ano 7, n.º14, p. 81-94. Stela BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, p. 544 (em nota) também entende que se deve atender em casos muitos especiais, desde que haja uma regulação e um controlo do poder judicial da vontade prévia do defunto.

existência.⁸⁸⁴ Quebrar esta fronteira entre a vida e a morte, permitindo a concepção de um embrião quando já não há vida, traduz uma ruptura ontoantropológica que se nos afigura grave e destruturadora, sem que, por sua banda, tal pretensão corresponda a um interesse ou a um valor digno de proteção legal: a continuação de um ‘projeto parental’ que se tornou irreversivelmente individual e um meio ínvio de (não?) realizar um luto que se impõe.

Já a implantação de *embriões* após a morte do pai configura uma situação radicalmente distinta da criação de embriões com esperma de um defunto. Ademais, tal solução permite a tutela de um interesse da maior valia constitucional: a proteção do embrião concebido e a consagração de uma esperança de vida a esse ente humano.⁸⁸⁵

Partindo do princípio da proibição da inseminação *post-mortem*, a lei portuguesa reconhece a necessidade de conceder alguma proteção jurídica à “expectativa de vida” do embrião (por definição já concebido). Assim, devemos distinguir os casos em que não tenha havido ou apenas tenha havido recolha de material biológico do defunto,⁸⁸⁶ dos casos em que o processo de procriação assistida estava já tão avançado que já se havia concebido um ou mais embriões. Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido,⁸⁸⁷ ainda que este haja consentido no ato de inseminação.⁸⁸⁸

⁸⁸⁴ Escreveu Martin HEIDEGGER em *Sein und Zeit*: “Precisamente porque sabe antecipadamente da sua morte, o homem ouve o apelo a uma existência na dignidade, e é na configuração ética da vida que sabe que não morre como gado. Pela consciência antecipada da morte, o Homem é arrancado à inautenticidade e convocado para a existência autêntica.” *apud* Luísa NETO, *O Direito Fundamental...*, p. 773.

⁸⁸⁵ O art. 22.º, n.º 3, da Lei da PMA permite a transferência do embrião criopreservado, havendo um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do nascimento. Paula MARTINHO DA SILVA/ Marta COSTA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, comentam que esta disposição “evidencia o estatuto concedido pelo legislador português ao embrião, o qual, não sendo ainda reconhecido como pessoa, é já centro de direitos, nomeadamente do direito a ser implantado e à sua gestação.”

⁸⁸⁶ Apenas se prevendo a hipótese do homem, já que a maternidade de substituição é proibida.

⁸⁸⁷ A proibição não é, contudo, acompanhada de tutela penal nem contra-ordenacional. Por outro lado, a lei preocupa-se em definir os vínculos de filiação no caso de a inseminação *post-mortem* ocorrer.

⁸⁸⁸ A ausência desse consentimento constituiria uma instrumentalização de uma faceta da pessoa humana, sendo o homem – ou

Na segunda hipótese, “é lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.”⁸⁸⁹

Esta é uma solução que se compreende à luz do bem jurídico ‘proteção do embrião’, sendo de realçar que o legislador não quis que a mulher tomasse decisões precipitadas, pelo que exigiu um prazo de reflexão adequado.

Também a lei francesa de 1994 rejeitou a hipótese de aceitar as técnicas de PMA *post-mortem*, ao exigir a presença de um casal formado por um homem e uma mulher que «*doivent être vivants*». O legislador francês protegeu assim um conceito tradicional da família, excluindo o acesso à PMA às mulheres sós, seja no momento inicial ou durante o curso do procedimento, em caso de dissolução do casal, nomeadamente, no seguimento do falecimento do homem. Ao contrário da lei portuguesa, a lei francesa exclui ainda a possibilidade de transferir os embriões *post-mortem*.

Com efeito, a generalidade das legislações não estabelece diferenças entre a fecundação *in vitro post mortem* (de um processo em curso, interrompido pela morte do pai) e a transferência embrionária *post-mortem*. Nos dois casos a vontade do casal confronta-se com os interesses da criança, designadamente o interesse em não nascer órfão de pai. Acresce ainda que há o risco de uma eventual instrumentalização da criança cujo nascimento poderia ser

mais exatamente os seus gâmetas –configurado como mero objecto para a satisfação heterónoma e, por isso, indigna.

⁸⁸⁹ A reflexão ética francesa atual vai ao encontro das soluções da lei portuguesa em vigor, embora com mais exigência e rigor. A maioria dos membros do *Conselho Consultativo Nacional de Ética* aceita a transferência *in utero* do embrião após a morte do homem que fazia parte do casal, desde que se respeitasse um conjunto de pressupostos: “1) O homem deverá ter dado o seu consentimento expresso para a transferência – após a sua morte – de um embrião crioconservado. A sua responsabilidade deverá, com efeito, estar plenamente comprometida por essa decisão podendo conduzir ao nascimento de uma criança que ele não poderá educar. 2) Um prazo de reflexão mínimo deverá ser respeitado após o falecimento, de forma a que a decisão da mulher não seja tomada num momento de grande vulnerabilidade. Durante esse período, ser-lhe-á proposto um acompanhamento que lhe permita antever os aspetos psicológicos, jurídicos, sociais e médicos da sua decisão, tanto para ela mesmo, como para a criança que nascerá. Esse tempo de reflexão deverá estar sujeito a um prazo máximo, de modo a que o nascimento eventual da criança não esteja demasiado afastado da data do falecimento do pai.”

desejado como um substituto para a perda do pai, o que acontece nas duas circunstâncias – afirma o Conselho Nacional de Ética francês. Porém, «La naissance programmée d'un enfant orphelin de père est un argument qui ne peut donc suffire, à lui seul, à justifier l'interdiction de la procréation post mortem.»

O argumento decisivo encontra-se no facto de a morte não constituir uma impossibilidade patológica de procriar à qual conviria remediar medicamente. Ou seja, não há *indicação terapêutica!*

Acresce que no caso de inseminação *post mortem*, para a criança “la charge symbolique d'avoir été conçu avec les gamètes d'un homme alors qu'il était déjà mort, pourrait aggraver les difficultés qu'il éprouvera déjà du fait d'être né privé d'un père.»⁸⁹⁰

Thanatos e *Chronos* espreitam do Olimpo o andar arrastado e titubeante dos homens. A ordem jurídica deve fazer eco de princípios ontoantropológicos definidores da humanidade: o princípio da finitude e da continuidade cronológica das gerações.

⁸⁹⁰ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, Avis n.º113 : *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple.*

PARTE III – OS DIREITOS DA PESSOA DOENTE

CAPÍTULO 1 – DIREITOS E DEVERES DOS PACIENTES E DOS MÉDICOS

28. A emergência da legislação sobre direitos dos pacientes

A emergência dos direitos dos pacientes é uma das marcas da evolução das últimas décadas no contexto cultural das sociedades ocidentais. Por toda a Europa tem-se registado uma intensa atividade legislativa, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional e comunitário.⁸⁹¹ Nos anos subsequentes à publicação, em 1994, da *Declaração de Princípios dos Direitos dos Pacientes na Europa* da OMS⁸⁹², muitos países produziram legislação sobre esta matéria.⁸⁹³

Atualmente, em todos os países do velho Continente e, em geral, pelo Mundo, o paciente tem o direito a ser informado, a fazer uma escolha informada em relação ao tratamento e a consentir ou a recusar um tratamento proposto. Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do *princípio da autonomia*.⁸⁹⁴

Na última década, vários países latinos aprovaram legislação referente aos direitos dos pacientes,⁸⁹⁵ destacando-

⁸⁹¹ Dimo ILIEV/ Mikko VIENONEN, *Patient's Rights Development in Europe*, WHO, December 1998.

⁸⁹² No seio dos “*Bureaux Regionaux*” da Europa da OMS decorreu, em Amesterdão, entre 28 e 30 de março de 1994, uma Conferência Europeia sobre os Direitos dos Pacientes. Dessa reunião resultou uma “*Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Doentes na Europa*”, a qual continha anexa uma “*Carta*” contendo princípios básicos relativos aos direitos dos doentes na Europa. A “*Carta dos Direitos das Pessoas Doentes*” foi posteriormente aprovada na reunião dos “*Bureaux Regionaux*” da Europa da OMS, de 18 de Junho de 1996, em Ljubljana. As suas fontes inspiradoras foram os grandes instrumentos internacionais, até então adotados, como a DUDH, o PIDCP, o PIDESC, a CEDH e a CSE.

⁸⁹³ Lars FALLBERG, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, p. 6.

⁸⁹⁴ Warren REICH (Ed.): *The Encyclopedia of Bioethics*, Vol 1, Washington, 1978, p. 218.

⁸⁹⁵ Desde os anos 90, deu-se uma forte implementação do direito ao consentimento informado na Europa, com a seguinte cronologia: Finlândia,

se, pela sua proximidade geográfica e cultural, o caso da França,⁸⁹⁶ da Bélgica⁸⁹⁷ e da Espanha.⁸⁹⁸ Esta assunção de que os direitos dos pacientes concretizam uma dimensão importante da cidadania será nos próximos anos reforçada. A harmonização europeia será incentivada em virtude da aprovação da Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.⁸⁹⁹

Fora da Europa, podemos destacar, a título de exemplo, a lei de Israel⁹⁰⁰ e da Nova Zelândia.⁹⁰¹ Nos Estados Unidos da América, quase todos os Estados têm uma lei sobre direitos dos pacientes e, a nível federal, foi aprovada no Congresso, em 2001, a Lei de Direitos dos Pacientes, no original “A patients' bill of rights”, com o título de “Bipartisan Patient Protection Act”, conhecida por “McCain-Edwards-Kennedy Patients' Bill of Rights”.

1992; Países Baixos, 1994; Lituânia, 1996; Islândia, 1997; Letónia, 1997; Hungria, 1997; Grécia, 1997; Dinamarca, 1998; Noruega, 1999; Geórgia, 2000; França, 2002; Bélgica, 2002; Espanha, 2002; Suíça, 2003; Rússia, 2003; Roménia, 2003 e Chipre, 2005.

⁸⁹⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. Cf. PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, Paris, Masson, 2002, *passim*, e Alain GARAY, “La nouvelle législation française relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I, 194 ss.

⁸⁹⁷ *Loi relative aux droits du patient*, du 22 août 2002

⁸⁹⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre: reguladora de *la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

⁸⁹⁹ Publicada no JOUE de 4 de Abril de 2011. A Diretiva – que estabelece o dia 25 de Outubro de 2013 como data limite para que os Estados-Membros (EM) procedam à sua transposição para as respetivas ordens jurídicas internas (art. 21.º) –, aplica-se à prestação de cuidados de saúde aos doentes, independentemente da forma como sejam organizados, prestados ou financiados (n.º 2 do art. 1.º). Sobre a construção de um Direito da Saúde na União Europeia, cf. CORREIA DE CAMPOS/ Jorge SIMÕES, *O Percurso da Saúde: Portugal na Europa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 77 ss; André DIAS PEREIRA, *Um Direito da Saúde para a Europa?*, *Debater a Europa*, n.º 2/3 Janeiro/Dezembro 2010.

⁹⁰⁰ Lei de Direitos dos Pacientes de Israel de 1996.

⁹⁰¹ *The HDC Code of Health and Disability Services Consumers' Rights Regulation*, de 1996.

Na Argentina, foi promulgada, em 2009, a *Ley sobre Derechos de los Pacientes*⁹⁰² e o Chile aprovou em junho de 2012 a *Ley Núm. 20.584 Regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*.⁹⁰³

Mas não é só a legislação que tem mudado. No plano de outras Fontes do Direito, a relação médico-paciente ganha cada vez mais importância. O aumento da jurisprudência e uma intensa discussão doutrinal conduzem à criação de uma disciplina jurídica complexa e autónoma: o Direito da Medicina, no qual se inclui o *direito da responsabilidade médica*.⁹⁰⁴

29. Direitos e Deveres dos Pacientes

29.1. Direitos dos Pacientes (enunciação)

A matéria respeitante aos direitos dos pacientes será desenvolvida nesta obra, embora se concentre nos mais relevantes: direito a cuidados de saúde de qualidade (ou seja, direito ao tratamento de acordo com as *leges artis*), direito à informação e ao consentimento, direito à confidencialidade da informação de saúde e direito à documentação clínica (e ao seu acesso). Neste momento, apresentamos, apenas, um elenco sistematizado do conjunto dos direitos dos pacientes.

Os direitos e os deveres dos pacientes encontram-se previstos na Lei de Bases da Saúde (Base XIV da L 48/90, 21/8), no Código Penal e noutros diplomas de direito da saúde⁹⁰⁵ e estão sintetizados na *Carta dos Direitos e Deveres*

⁹⁰² B.O. 20/11/09 – Ley 26.529 – SALUD PUBLICA – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

⁹⁰³ Repare-se que o legislador chileno quis afastar-se da designação doente ou paciente, ciente que está que os atos de prestação de cuidados de saúde atingem pessoas, sejam ou não doentes.

⁹⁰⁴ A responsabilidade médica, de *jure condito*, ainda é dominada pelas concepções dogmáticas tradicionais do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Penal. Contudo, como iremos demonstrar ao longo deste trabalho, a evolução vai no sentido de criar um espaço de autonomia dogmática que atenda às específicas necessidades da medicina e dos direitos dos pacientes.

⁹⁰⁵ No plano do direito da saúde material, cf.: a *Lei de Protecção de Dados Pessoais* (Lei n.º 67/98, 26/10), *Lei da informação genética pessoal e informação de saúde* (Lei n.º 12/2005, 26/1), *Lei dos Ensaios Clínicos de Medicamentos de uso humano* (Lei n.º 46/2004, 19/8), *Lei dos transplantes de órgãos e tecidos* (Lei n.º 12/93, 22/4, alterada pela Lei n.º

dos Utentes, que não tem força vinculativa, mas que tem o mérito de elencar de forma compreensiva os fundamentais traços constitutivos da relação médico-paciente e sintetiza de forma adequada os direitos e os deveres dos pacientes, os quais estão consagrados no direito positivo vigente.⁹⁰⁶

Este documento apresenta doze direitos e seis deveres. Ou seja, apenas metade dos deveres para o dobro dos direitos. Vai no bom sentido. O doente está numa posição de vulnerabilidade e deve ser mais credor do que devedor.⁹⁰⁷

Quanto aos direitos, em primeiro lugar, a Carta apresenta o *respeito pela dignidade humana*. Efetivamente, não deve ser considerado um direito subjetivo, mas antes um princípio sobre que assenta todo o ordenamento jurídico português e, em especial, os direitos de personalidade, estando consagrado no art. 1º da CRP e no art. 1º da CDHBio.

O *respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas* é também uma exigência constitucional (art. 41º da CRP) e deontológica (art. 41º CDOM), estando ainda previsto no art. 39º do Estatuto do SNS (Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro) e na Base XIV, n.º 1, al. f) da LBS.⁹⁰⁸ Mais detalhadamente, o Regulamento da Assistência Espiritual e Religiosa no Serviço Nacional de Saúde (RAER), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 253/2009, de 23 de setembro, tem por

22/2007, de 29 de Setembro), *Lei de Saúde Mental* (Lei n.º 36/98, 24/7), *Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar* (Lei n.º 3/84, 24/3), *Lei da Procriação medicamente assistida* (Lei n.º 32/2006, 26/7) e a *Lei da Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez* (Lei n.º 16/2007, 17/4). No âmbito da legislação contra a *discriminação* destaca-se a Lei n.º 46/2006, 28/8, que *proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde*.

⁹⁰⁶ Por seu turno, a “Carta dos direitos do doente internado” é uma especificação da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, publicada pelo Ministério da Saúde e posteriormente, pela Direção-Geral da Saúde, agrupa direitos consagrados em diversos textos legais, nomeadamente na CRP, na LBS, na CDHBio e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Contudo, o *direito a uma segunda opinião* não está previsto em nenhuma disposição legal nacional.

⁹⁰⁷ Está em vias de aprovação a *Carta dos Direitos dos Utentes*, preparada pela Entidade Reguladora da Saúde, que não contém qualquer referência aos Deveres, o que é muito significativo.

⁹⁰⁸ No Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro, com vista à regulamentação da LBS, é feita apenas referência ao direito à assistência religiosa, no n.º 1 do seu art. 39.º, sendo garantido aos utentes do SNS de qualquer confissão o acesso dos respectivos ministros às instituições e serviços onde estejam a receber cuidados para aí lhes prestarem assistência religiosa.

objeto assegurar a prestação de assistência espiritual e religiosa aos utentes internados em estabelecimentos de saúde do SNS, e, conseqüentemente, regulamenta o direito dos doentes ao acompanhamento espiritual e religioso.⁹⁰⁹

Seguidamente, enuncia-se o direito aos *cuidados apropriados ao estado de saúde*. Trata-se de concretizações do direito à saúde (art. 64º da CRP) e que constitui o lado ativo do dever de cuidado dos profissionais de saúde imposto pela responsabilidade civil e penal.

Proclama-se ainda o direito à *prestação de cuidados continuados*, estando em fase de implementação da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.⁹¹⁰

A *informação sobre os serviços de saúde existentes*, o *direito à livre escolha do médico* (art. 31.º CD; Base XIV, n.º 1 al. a) da LBS), o *direito à informação ao doente* (previstos em várias normas, v.g., art. 5.º da CDHBio, art. 157.º CP, art. 38.º CDOM e Base XIV, n.º 1, al. e), o *direito à ‘segunda opinião’* e ao *consentimento livre e esclarecido* (art. 25.º CRP, art. 5.º CDHBio, art. 70.º CC e Base XIV, n.º 1, al. b) são expressões do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*; a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, hoje, não só que o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, assumindo-se como sujeito e como um par, um igual na relação.

A Lei n.º 41/2007, de 24 de agosto, cria a *Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde* pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde. Esta Carta visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em *tempo considerado clinicamente aceitável* para a condição de saúde de cada utente; a Carta define *os tempos máximos de resposta garantidos* e *o direito dos utentes à informação sobre esses tempos*.

Por outro lado, o direito à *confidencialidade* que, remontando a Hipócrates, está repetidamente presente no nosso ordenamento jurídico (art. 26º CRP; art. 195º CP, art. 85º ss.

⁹⁰⁹ A Declaração de Lisboa da AMM, de 1981, sobre os Direitos dos Pacientes reconhece o *direito à assistência religiosa*; o paciente tem o direito de receber ou recusar conforto espiritual e moral, inclusive com a assistência de ministro da sua religião.

⁹¹⁰ Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho, cria a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.

CDOM, Base XIV, n.º 1, al. d) da LBS e Lei n.º 67/98, de 26 de outubro [Lei de Proteção dos Dados Pessoais]).

Outro direito importante é o ‘*acesso à informação clínica*’, que encontramos regulado no art. 10.º, n.º 2 da CDHBio, no art. 11.º, n.º 5, da Lei n.º 67/98 e no art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 12/2005 que preveem um regime de acesso *indireto* à informação de saúde. Todavia, a Lei n.º 46/2007 (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos), aplicável nos hospitais públicos, prevê o *acesso direto*.⁹¹¹

Prevê-se, ainda, o *respeito pela privacidade* (art. 26.º CRP, art. 10.º CDHBio e art. 80.º CC). A privacidade aqui assume uma dimensão mais corpórea do que espiritual. Isto é, para além do direito à confidencialidade da informação de saúde, o doente tem o direito a ser tratado de tal modo que o seu corpo, a sua voz, a sua imagem não sejam expostos a terceiros, o que impõe o dever de criar gabinetes médicos e de enfermagem adequados, quer em termos de espaço, quer de insonorização aos doentes.⁹¹²

Finalmente, o direito de apresentar *sugestões e reclamações* (Base XIV, n.º 1, al. g) LBS) pode ter uma função importante na humanização dos serviços de saúde, já que o doente pode manifestar a sua opinião. O doente é reconhecido como uma pessoa com o direito a ser ouvida e não um mero objeto de tratamento. A Lei n.º 44/2005, 29 de agosto (Lei das Associações de Defesa dos Utentes de Saúde), entre outros direitos, confere legitimidade processual às associações de utentes para representar *interesses coletivos* na área do direito da saúde. Neste aspeto – direito a apresentar reclamações – assume especial importância o Gabinete do Utente⁹¹³ que se

⁹¹¹ No âmbito dos prestadores de natureza pública, vigora a LADA, que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, o qual abrange igualmente o acesso a documentos que incluam dados de saúde (n.º 3 do art. 2.º e alínea b) do n.º 1 do art. 3.º), estipulando o seu art. 5.º, sob a epígrafe “Direito de acesso” que *todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos* sendo certo que a comunicação de dados em saúde não deixa de poder ser feita por intermédio de médico, mas apenas se o requerente assim o solicitar (art. 7.º). Esta matéria será desenvolvida *infra* (ponto 49).

⁹¹² Também as Farmácias deveriam proteger a privacidade dos utentes. Infelizmente há ainda um grande caminho a percorrer para adaptar as farmácias existentes a essa exigência de direitos humanos. A dispensa de medicamentos deve ser feita em condições de dignidade e de privacidade da condição de saúde do utente.

⁹¹³ O Gabinete do Utente foi criado pelo Despacho Ministerial n.º 26/86, de 24 de julho, e consiste num posto de atendimento dos utentes dos

traduz num instrumento que retira a tensão existente no ambiente hospitalar e a dinâmica de conflito, promovendo um clima de humanização dos cuidados de saúde e de confiança na relação entre o utente e a instituição hospitalar e, mediadamente, com os profissionais de saúde.

Este conjunto de direitos vem colocar em evidência que o paciente adquiriu o estatuto de *cidadão* numa relação médico-paciente que se quer democrática.

As vias para a construção dessa “*démocratie sanitaire*”⁹¹⁴ são:

- i) *A transparência na relação de cuidados*, que se traduz: (1) No reforço da obrigação de informação do fornecedor de cuidados de saúde; (2) na possibilidade de aceder diretamente ao processo clínico e (3) na mediação na relação de cuidados, sendo de realçar o papel do Procurador de Cuidados de Saúde, as funções do Gabinete do Utente e das Comissões de Ética assistenciais;⁹¹⁵
- ii) *A igualdade na relação de cuidados de saúde*, que é possível através da dimensão coletiva nos cuidados de saúde, seja: (1) com a participação do cidadão nas políticas de saúde, por exemplo no debate democrático em torno da racionalidade da gestão em saúde, ou (2) com o reforço do papel das associações de doentes, e ainda pela (3) criação de fundos de compensação de danos médicos, em que se ultrapassa a simples relação simples do médico-paciente e se compreende o

serviços de saúde. Existe em todos os hospitais e centros de saúde e destina-se a receber as sugestões e reclamações dos utentes dos serviços de saúde. Trata-se de um instrumento de gestão dos serviços e de um meio de defesa dos utentes.

O funcionamento do Gabinete do Utente traduz-se numa das experiências mais valiosas de Resolução Alternativa de Conflitos. Todos os anos são apresentadas milhares de queixas junto dos gabinetes dos utentes dos hospitais. Essa queixa, por um lado, é gratuita e não sujeita a qualquer formalidade. Por outro lado, nos termos desses processos, o médico (ou outro profissional de saúde ou agente administrativo) é confrontado com a insatisfação do utente e tem o dever de dar uma resposta ao utente. Acresce ainda que o Diretor do Serviço deverá pronunciar-se sobre os assuntos, o que implica um permanente controlo de qualidade e uma procura de melhorar as relações interpessoais entre os profissionais da instituição e o utente. Por outro lado, com este procedimento consegue-se atenuar a tensão e a dinâmica de conflito que de outro modo se poderia criar.

⁹¹⁴ PITCHO, *Le statut juridique du patient*, 2004, p. 554 ss.

⁹¹⁵ Veja-se, na Finlândia o *Ombudsman dos Doentes*.

problema da indemnização do dano causado por atividades de saúde como um problema coletivo.

29.2. Deveres dos Pacientes

O conceito de *dever* tem um carácter polissémico. Este pode ser do domínio moral, ético, cívico ou propriamente jurídico. Aqui entendemos o dever jurídico como a necessidade imposta pelo Direito a uma pessoa de *observar determinado comportamento*, positivo ou negativo. Tem na contraparte um direito subjetivo, sendo a *bilateralidade atributiva* a marca própria da relação jurídica.

Primeiro, a Carta ao enunciar os *deveres dos doentes* prevê que *o doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde, por forma a garantir o seu bem-estar e o seu restabelecimento*. O art. 64º, n.º 1 CRP, bem como a Base V, n.º 1 LBS prescrevem o *dever de defender e promover a saúde*. Sobre esta matéria – de elevada complexidade e a exigir uma investigação autónoma – não esboçaremos mais do que duas linhas:

Concordamos com Carla Amado Gomes que defende que está aqui em causa a *saúde pública* e não a saúde privada,⁹¹⁶ e com João Loureiro que entende que esta norma tem uma *dimensão apelativa*, não sendo possível uma “funcionalização (da vida do cidadão) *total* ou *parcial*.” Tratando-se de uma funcionalização total, “instituir-se-ia (...) uma ‘ditadura da virtude’”; uma funcionalização parcial, “atingiria o direito aos cuidados médicos,” seja numa “versão dura” (denegação de cuidados médicos), seja numa “leitura mais leve” (a tendencial gratuitidade daria lugar à onerosidade ou estabelecer-se-ia uma diferenciação ao nível do tratamento, em termos de prioridade). Na verdade, conclui o insigne constitucionalista, “um ‘*dever de condução da vida conforme à saúde/ de uma vida saudável*’ não é sustentável num Estado de Direito.”⁹¹⁷

Contudo, vem recuperando espaço a visão conservadora que defende a responsabilização da pessoa pelo seu estado de saúde. Assim, Figueiredo Dias afirma ter chegado o “tempo em que ela [a saúde] é cada vez mais tarefa do cidadão responsável

⁹¹⁶ Cf. Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde vs. Liberdade Individual*, Lisboa, AAFDL, 1999, p. 22-24. Para uma teoria dos deveres fundamentais, num outro contexto, vide CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, Almedina, 1998.

⁹¹⁷ João Carlos LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, Vol. II, p. 800 ss.

– responsável perante si, a sua descendência e a comunidade”. E acrescenta que o desenvolvimento de uma “exigência social (eventualmente tutelada pelo direito!)” pode levar a uma mudança em que o eixo passe “(...) da autodeterminação de cada um, para se tornar progressivamente em obrigação ou responsabilidade socialmente assumida”.⁹¹⁸ Uma palavra de *forte cautela* se impõe perante esta tese! Se mal interpretado, este é um caminho repleto de perigos: o perigo da *discriminação*, da negação do acesso aos cuidados de saúde aos concidadãos e de atalhos de destruição da coesão social e de um enorme retrocesso em matérias de direitos humanos e de saúde pública, como é exemplo o sucesso da política de tratamento da toxicod dependência, em Portugal.⁹¹⁹

⁹¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, “Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?”, *RPCC* 14 (2004), p. 247.

⁹¹⁹ Passados dez anos da sua publicação podemos fazer o balanço de que a lei portuguesa se revelou *inovadora, progressista e humanista*, tendo assumido a não criminalização do consumidor de drogas, implementando um quadro humanista e que visou o apelo dos consumidores de droga aos centros de tratamento e recuperação de toxicod dependentes. A Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, descriminaliza o consumo de drogas; segundo o art. 2.º, n.º 1: “O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem *contra-ordenação*.” E se o consumidor solicitar espontaneamente o tratamento, *não será sancionado* (art. 3.º, n.º 1). O Decreto-Lei n.º 183/2001, de 21 de junho, insere-se na mesma perspetiva. Como se escreve no preâmbulo: “O *princípio do pragmatismo*, que complementa, na Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 22 de abril, o *princípio do humanismo*, leva ao reconhecimento da importância de se desenvolverem programas e medidas que contribuam para a redução de riscos e a minimização de danos do consumo de drogas. Nessa mesma Estratégia Nacional assume-se, desde logo, que não se trata de desistir do tratamento dos toxicod dependentes, mas sim de estruturar um novo tipo de intervenção, que seja complementar das estratégias de prevenção primária, de tratamento e de reinserção. É também objectivo inalienável a procura de preservação das condições de saúde da sociedade, para o que se devem desenvolver todas as medidas tendentes à redução da procura de drogas.(...)” Cf., sobre a matéria, FARIA COSTA, “Breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga”, *RLJ*, ano 134.º, n.º 3930, p. 275 ss..

A política da droga implementada em Portugal tem merecido referências positivas da comunidade científica internacional. Cf. Glenn GREENWALD, *Drug decriminalization in Portugal*, Cato Institute, 2009. A comunidade internacional tem também reconhecido a necessidade de se adoptarem novas abordagens, nomeadamente quanto à melhoria da assistência a quem abusa de drogas, tal como se refere na Resolução n.º 43/3, aprovada pela Comissão de Estupefacientes da ONU na sua 45.ª sessão, em março de 2000, onde se assume que os Estados membros devem

Em segundo lugar, afirma a *Carta, o doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica.*⁹²⁰ Neste sentido, nos instrumentos de direito positivo, encontramos a Base XIV, n.º2, al. c) LBS, que impõe o dever de “colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação” e a Base V, n.º 1 LBS, segundo a qual: “os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e coletiva, tendo o dever de a defender e promover”. A al. a) do art. 81º do EH (Estatuto Hospitalar – Decreto n.º 48357, de 27 de abril de 1968) já estabelecia o dever de “colaborar com os médicos e pessoal de assistência no estudo e tratamento da sua doença, cumprindo as prescrições e sujeitando-se à terapêutica que lhe for instituída...”, sendo certo que estes preceitos normativos aceitam aquela obrigação.⁹²¹

Entre as consequências da falta de colaboração do doente, ou da colaboração deficiente, situam-se a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por uma atuação técnica incorreta e a possibilidade de o médico recusar a assistência ou a prática de um ato médico, desde que não esteja em causa perigo para a vida, ou para a integridade física do paciente, ou individualizando o regular acompanhamento profissional do paciente por outro médico.

Assim se compreende o Acórdão da Relação de Coimbra, de 4/4/1995 (Francisco Lourenço), que absolveu um fisioterapeuta que causou queimaduras graves nas pernas de uma paciente diabética; as lesões foram provocadas por um tratamento com panos quentes, mas deu-se por provado que a paciente não informou o profissional de saúde do seu estado, tendo o tribunal aplicando o regime da *culpa do lesado* (art. 570.º CC).

definir estratégias de multiplicar e de tornar acessíveis os serviços que possam ajudar quem abusa da droga, de modo a promover a redução de riscos para a sua saúde e para a saúde pública.

⁹²⁰ No direito comparado é expressivo o art. 2, n.º 5 da *Ley 41/2002* que afirma: “Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal e verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

⁹²¹ VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 239, afirma “a legitimidade e a licitude da atuação do médico que labore em erro decorrente de um defeito ou de uma omissão das informações prestadas pelo paciente.”

Terceiro, *o doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes*. Trata-se de uma norma pleonástica sem conteúdo jurídico autónomo. Antes uma proclamação de dever comportamental. Ainda assim, vem reforçar que os direitos dos pacientes, sendo direitos de personalidade, são absolutos, ou seja, válidos *erga omnes* e não apenas eficazes face aos profissionais de saúde: assim, o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade da vida privada e familiar não dão origem apenas a deveres profissionais, mas ainda a deveres gerais, que se impõem a toda a comunidade. Todavia, alguns direitos dos pacientes apenas são oponíveis a profissionais de saúde: por exemplo, o direito ao tratamento adequado (de acordo com as *leges artis*), o direito à informação e ao esclarecimento e o direito de acesso à informação de saúde.

Em quarto lugar, *o doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites*.

O EH prescreve no art. 81º que são deveres dos doentes: a) colaborar com os médicos e pessoal de assistência no estudo e tratamento da doença, cumprindo as prescrições e sujeitando-se à terapêutica que for instituída,” sem prejuízo do direito ao consentimento livre e voluntário. Perante este valor antagónico (direito ao consentimento livre e esclarecido) discute-se se o *cumprimento das prescrições médicas* constitui um *dever* ou um *onus*?

Esta última hipótese parece ser a mais correta, sendo que essa conduta não é isenta de consequências jurídicas. Desde logo, o art. 570º estabelece o regime de *culpa do lesado*⁹²²; por seu turno, se aceitamos que paciente tem a obrigação de pagar os honorários ao médico, apesar de não cumprir o tratamento,⁹²³ o que não se poderá afirmar é que surja para o paciente um *dever de indemnizar* o médico pelo não cumprimento desse ‘*dever*’ ou que se possa recorrer à *execução específica* (art. 817.º). Não é, porém, de uma obrigação em sentido técnico, nem de um dever jurídico

⁹²² Sobre a culpa do lesado, vide BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997. Para o direito alemão, vide LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, p. 597, Estes autores afirmam claramente: “Eine “Non-Compliance”, die zu einem Misserfolg der Behandlung führt, begründet fast immer ein Mitverschulden des Patienten im Haftungsprozess” (§254 BGB).

⁹²³ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis ...”, *cit.*, 1996, p.115.

próprio senso que curamos aqui. Antes, de um *onus jurídico*, pelo que não tem, naturalmente, aplicação a figura da sanção pecuniária compulsória.

Por outro lado, o não cumprimento deste ónus pode dar lugar à *resolução do contrato*, desde que não ponha em risco a saúde do doente e desde que se assegure a continuidade dos tratamentos.⁹²⁴ Defendemos, pois, a possibilidade de – em casos graves devidamente fundamentados⁹²⁵ – o médico recusar a continuação da assistência ou a prática de um ato médico, por aplicação, com as necessárias adaptações das regras da resolução do contrato (art. 801.º, n.º 2 CC), desde que não esteja em causa perigo para a vida, ou para a integridade física do paciente, e o médico remeta o acompanhamento profissional do paciente para outro médico. Nesse sentido, prescreve o art. 41.º do CDOM, que o médico se pode recusar a prestar assistência a um doente, exceto quando este se encontrar em *perigo iminente de vida* ou quando *não há outro médico de qualificação equivalente* a quem o doente possa recorrer. Todavia, essa recusa não é totalmente livre. Só pode acontecer quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos:

- “a) Não haja prejuízo para o doente, nomeadamente por lhe ser possível assegurar assistência por médico de qualificação equivalente;
- b) Tenha fornecido os esclarecimentos necessários para a regular continuidade do tratamento;
- c) Tenha advertido o doente ou a família com a antecedência necessária a assegurar a substituição.”

O doente tem, ainda, *o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde a que recorre*.

Finalmente, *o doente tem o dever de proceder ao pagamento dos encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso*. Para a medicina liberal, no caso de faltas a consultas, é lícita a cobrança de honorários a doentes que, incluídos em esquemas devidamente programados, falem e disso não deem conhecimento com um mínimo de antecedência. Se estivermos perante atrasos à

⁹²⁴ No caso de situações de emergência (na terminologia dos profissionais de saúde), impende sobre o médico o dever de socorro: art. 7.º CDOM e art. 284º CP (crime de recusa de médico).

⁹²⁵ Nos Países Baixos, o BW (Código Civil) prevê: “The care provider shall not terminate the treatment contract unless there are *cogent reasons for doing so*” (Art. 7:460).

consulta, o médico deve atender o paciente, se a mora não ultrapassar os limites da ‘adequação social’.⁹²⁶

Podem ainda ser equacionados outros deveres dos pacientes,⁹²⁷ como o dever de participar em ensaios clínicos (como dimensão de justiça intergeracional, propugnado por Evans);⁹²⁸ o dever de revelar a utilização de plantas medicinais⁹²⁹ (no âmbito do referido dever de colaboração); o dever de revelar ser portador de um Testamento de Paciente (enquanto instrumento da autodeterminação) e o dever de revelar algum evento adverso de que o doente se aperceba (o paciente como agente da segurança clínica); o dever de colaborar com as medidas de saúde pública, entre outros, que a riqueza da vida vai trazendo à reflexão dogmática.

Se a construção de um modelo humanístico de cuidados do doente-cidadão impõe o cumprimento de algumas condutas (positivas ou negativas) por parte do paciente, não é menos verdade que uma certa “*narrativa*” que tem vindo a ganhar terreno pode conduzir no sentido de uma responsabilização do doente e da imposição de injustificados deveres àquele que,

⁹²⁶ Art. 808.º CC. A perda do interesse do credor (do médico) deve ser vista nesta particular relação jurídica contratual de forma cautelosa. O médico não ocupa a sua posição nesta relação jurídica para a pura satisfação dos seus interesses, antes tem como juramento e sentido servir o doente, imbuído pelo espírito hipocrático de beneficência. Logo, a interpretação das regras contratuais deve ser cautelosa e feita de harmonia com a ética médica, e não com os tradicionais princípios do Direito Civil, seja o princípio *pacta sunt servanda*, seja o princípio da boa-fé, entendida em termos clássicos. Normalmente a boa-fé veste a roupagem que a liga ao princípio da confiança e à proteção das legítimas expectativas da contraparte, ou seja, ao *investimento de confiança* (cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 673). Faria sentindo travestir este conceito para uma “boa-fé” ligada ao respeito pelos princípios da ética médica? Pela nossa parte preferimos distinguir claramente as situações, para não prejudicar nem o acervo histórico que a dogmática do direito dos contratos trouxe ao princípio da boa-fé e para não deturpar os princípios da ética médica.

⁹²⁷ Cf. Christian CONTI, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Bern, 2000, p. 81 ss., aponta os seguintes deveres acessórios do paciente: dever de cuidado do paciente, dever de cooperação, *compliance*, deveres de informação; dever de cooperar na escolha do tratamento, dever de cooperação durante as várias fases do processo terapêutico (anamnese, diagnóstico, escolha do tratamento, no decurso do tratamento).

⁹²⁸ Cf. HM EVANS *Med Ethics* 2007; 33:689-694 doi:10.1136/jme.2007.021188)

⁹²⁹ Cf. Observatório de Interações Planta-Medicamento, na Faculdade de Farmácia da Universidade de Coimbra (<http://www.ff.uc.pt/oipm/home/>).

estando em situação de vulnerabilidade, mais deveria merecer cuidado e apoio.

Estamos a pensar nas propostas de recusa de tratamento de cidadãos que fumam ou que consomem bebidas alcoólicas ou que não conseguem controlar o seu peso. Medidas que, salvo se tiverem fundamentação médica rigorosa, se afiguram ilegítimas. Tal dinâmica merece ser denunciada como um processo de contrarreforma e de opressão, que pode vir a afetar o acesso justo ao sistema de saúde, sobretudo por parte das classes mais desfavorecidas e que pode gerar discriminações que atentem contra o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa.

A contenção de custos na saúde deve colocar a principal ênfase no combate à corrupção, aos preços de monopólio e oligopólio, na efetiva racionalização – democraticamente controlada – dos métodos terapêuticos (medicamentos, exames complementares, próteses) disponíveis à população em geral e não numa pretensa “moralização” da conduta individual a ter repercussão no momento da solicitação de acesso ao sistema de saúde. Nada disto afasta, antes impõe, que o Estado desenvolva ações de formação, campanhas informativas e mesmo uma política de fiscalidade inteligente e seletiva que conduza os cidadãos à prática de uma vida saudável.⁹³⁰

Com efeito, discutir os *deveres dos doentes* implica a definição de alguns pressupostos normativos para o debate. Assim, pela nossa parte, respeitamos os comandos constitucionais, convencionais e legais que impõem os seguintes princípios ou três “acquis” para o debate:

1) O direito à não discriminação

A proibição da discriminação é, desde logo, um princípio normativo transpositivo. Em segundo lugar, encontra-se positivado no art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais, no art. 13.º e 26.º CRP e com expressão legal na Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto (proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde).⁹³¹ Daqui resulta que o doente tem direito ao tratamento

⁹³⁰ Pensamos, por exemplo, nos impostos especiais sobre o tabaco, o álcool, bebidas açucaradas e comidas de alto valor energético, assim como no apoio ao desporto em todas as idades e outras medidas de promoção de uma vida mais saudável.

⁹³¹ São «Pessoas com risco agravado de saúde», as *pessoas* que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente

e a pessoa com risco agravado de saúde tem direito ao tratamento e que “os estilos de vida” não devem ser motivo de discriminação. Resulta ainda que não se pode discriminar entre pessoas doentes no acesso aos cuidados de saúde. A recusa de disponibilização de um determinado tratamento (por exemplo, o transplante hepático ou cardíaco) apenas pode ter justificação clínica e não uma qualquer base ‘moral’ ainda que travestida de ‘pseudojuridismo.’

2) *Liberdade de consciência*

Prescreve o art. 41.º CRP que “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.” Donde mesmo que se aceite existirem “*moral strangers*” (Engelhardt)⁹³², estes têm lugar na convivência da República (se não em *comunitas*, pelo menos em *societas*),⁹³³ a significar que, por exemplo, minorias religiosas, não devem ser discriminadas no acesso aos cuidados de saúde e mesmo que os seus comportamentos possam causar um agravamento do seu estado de saúde, nenhuma medida os deve discriminar.

3) *Direito de acesso à saúde*

Finalmente, o direito de acesso à saúde já consagrado na Constituição e cuja consagração legal é proposta no art. 1.º da *Carta dos Direitos dos Utentes*. Aí se refere – e bem – os utentes: *todos os utentes!* E não apenas aqueles que seguirem um determinado padrão social e comportamental.

Seguindo estes três pressupostos: direito à não discriminação, direito à liberdade de consciência e direito de acesso à saúde entendemos que as medidas de racionalização dos cuidados terapêuticos deverão sempre ter por base *critérios médicos objetivos* e não uma qualquer justificação de pendor jurídico com base na *narrativa* dos “deveres dos doentes.”

incapacitante, sem perspectiva de remissão completa e que *altere a qualidade de vida do portador* a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida. Consideram-se práticas discriminatórias (...): g) *A recusa ou a limitação de acesso aos cuidados* de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados.

⁹³² Hugo Tristram ENGELHARDT Jr., *The Foundation of Bioethics*, 1996, p. 42.

⁹³³ A noção de ‘comunitas’ tem vindo a ser recuperada por AROSO LINHARES, “*Ius cosmopoliticum* e civilização de Direito: as “*Alternativas*” da *Tolerância Procedimental e da Hospitalidade Ética*,” *BFD*, 2006, p. 135 ss.

30. Direitos do Profissional de Saúde (sem correlativos deveres do paciente)

Para além do direito aos honorários e dos debatidos “direitos” à cooperação do paciente durante as várias fases do processo terapêutico (anamnese, diagnóstico, escolha do tratamento, no decurso do tratamento), podemos ainda discutir importantes direitos especiais do médico.

Em certos domínios da medicina, como, por exemplo, na cirurgia estética, na esterilização, mas sobretudo nas técnicas de PMA, podem surgir situações de tensão relativamente à dignidade profissional do médico. Nomeadamente, se o casal pretender realizar exigências contrárias à boa prática médica ou à consciência ética individual do médico.

A posição e a dignidade profissional dos médicos encontram-se asseguradas por dois princípios consagrados na lei: o princípio da decisão médica e o direito à objeção de consciência.

*A objeção de consciência é a face personalizadora do profissional de saúde: este antes de o ser é uma pessoa, uma fonte de liberdade, uma personalidade que também busca – como os outros, com as suas náuseas (Sartre), as suas hesitações e as suas audácias – o que Orlando de Carvalho designava por “liberdade de desabrochar”, ou numa terminologia de teor constitucional, o direito ao desenvolvimento da personalidade, respeitando o seu quadro ético, o seu sistema de valores. Só com este ator – o médico, *rectius*, o profissional de saúde – devidamente respeitado e dignificado se podem lançar pontes de confiança.*

30.1. Independência profissional e objeção técnica

O princípio da independência assegura a integridade e a honorabilidade da profissão médica e das outras profissões de saúde (enfermeiros e técnicos de saúde), visto que, sendo profissões que carecem de uma formação académica superior, de uma regulamentação exigente e cujos profissionais estão dotados de competências e conhecimentos científicos, humanos e profissionais especializados, não se aceitaria que o doente ou um terceiro pudesse dar ‘ordens’ ou impor determinados serviços.

Por exemplo, no âmbito da PMA, o *princípio da decisão médica* consiste no postulado segundo o qual “*compet*

ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem-sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico” (art. 11.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006). Este preceito constitui uma explicitação do princípio da *independência do médico*, previsto no CDOM.⁹³⁴

Este princípio justifica-se, então, pelo facto de o médico ser um prestador de serviços de elevado grau de qualificação que lança mão de regras técnicas de elevada complexidade, de forma que a decisão da terapêutica deve partir do médico e não deve este servir os “caprichos” do doente (embora em último termo compita ao paciente prestar ou não o seu consentimento informado),⁹³⁵ nem aos desígnios da entidade patronal ou dos interesses de terceiros, como a indústria farmacêutica ou seguradora.

Na linha da doutrina germânica podemos densificar o princípio da independência do médico, ou da ‘liberdade terapêutica’ (*Therapiefreiheit*) em três dimensões:

- i) compete ao médico decidir se deve realizar-se uma intervenção médica;
- ii) nenhum médico deve ser forçado a aplicar uma terapia ou a prescrever um medicamento que viole a sua consciência e
- iii) cabe ao médico escolher quais os métodos de diagnóstico e terapêuticos a adotar num determinado caso clínico.⁹³⁶

Esta liberdade terapêutica e o reconhecimento de um espaço de avaliação e de decisão médica (*Notwendigkeit eines Beurteilungs- und Entscheidungsraumes*) conduz ao desenvolvimento da medicina, é imposto pela individualidade do caso clínico e promove a autonomia do paciente. A

⁹³⁴ Art. 3.º (Independência dos Médicos) “1. O Médico, no exercício da sua profissão, é técnica e deontologicamente independente e responsável pelos seus atos.”

⁹³⁵ É evidente a *complexidade* da atividade médica (Jean Penneau). À eficácia da medicina contemporânea estão inevitavelmente associadas três características: agressividade, perigosidade e complexidade, ao que acrescentamos uma quarta, a *incerteza*, até porque a segurança tenderá a ser maior, quando sabemos pouco. Assim, João LOBO ANTUNES, *Inquietação interminável: Ensaio sobre ética das ciências da vida*, Gradiva, 2010.

⁹³⁶ LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, Capítulo X, n. 62. As exigências de racionalização podem chocar com o poder discricionário do médico na prescrição.

liberdade terapêutica ou a independência do médico não é um privilégio, antes um direito que se exerce em benefício alheio, do doente. É este princípio que protege o doente de limitações heteronomamente impostas.⁹³⁷

Por seu turno, o art. 38º do CDOM afirma o direito à *objeção técnica*, nos seguintes termos:

“A recusa de subordinação a ordens técnicas oriundas de hierarquias institucionais, legal ou contratualmente estabelecidas, ou a normas de orientação adotadas institucionalmente, só pode ser usada quando o médico se sentir constrangido a praticar ou deixar de praticar atos médicos, *contra a sua opinião técnica*, devendo, nesse caso, *justificar-se de forma clara e por escrito*.”

Esta norma permite que o médico preserve a sua liberdade de atuação e que – fiel ao seu magistério e à sua experiência técnico-científica – não respeite orientações superiores, incluindo normas de orientação ou *guidelines*. Todavia, o Código Deontológico impõe o *onus da contra-argumentação* ao médico, exigindo que este redija os fundamentos da sua intervenção contrária. No caso de o médico querer contraditar os procedimentos impostos pelos protocolos de intervenção clínica deve registar esse facto no processo clínico.

30.2. Objeção de consciência

A objeção de consciência constitui um instituto dinâmico que revela os conflitos que o pluralismo ético de uma sociedade aberta e democrática deixa florescer. Trata-se de um direito fundamental que radica na *liberdade de consciência, de religião e de culto*: uma das liberdades mais significativas e que foi uma das grandes conquistas da Revolução Republicana do 5 de Outubro de 1910.

Com efeito, perante os graves dilemas éticos que já atrás referimos, ou mesmo perante a consagração legal de algumas intervenções médicas não isentas de polémica, como a interrupção da gravidez, o transexualismo, algumas técnicas de procriação medicamente assistida, ou mesmo a colheita de órgãos em vivos⁹³⁸ não é difícil imaginar as inúmeras situações

⁹³⁷ LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, Capítulo X, n. 66 a 69.

⁹³⁸ Sobretudo num sistema tão liberal como o que desde 2007 vigora entre nós (cf. Lei n.º 22/2007, de 29 de junho, alterou a Lei n.º 12/93, de 22 de abril). Adiante analisaremos este tema.

em que alguns médicos podem sentir que a sua consciência esteja a ser violentada e que solicitem a “escusa”.

Porém, não podemos olvidar que o acesso à carreira médica é livre, no sentido em que ninguém é obrigado a cursar esse nobre magistério e a exercer essa honrada profissão. E do outro lado da relação dialógica – sempre densa e normalmente com desequilíbrio estrutural, quer pela formação, quer pelo estado de vulnerabilidade, quer pelo papel que médico e paciente desempenham na sociedade – na outra margem da relação – dizíamos – encontra-se um sujeito (ou um casal) que solicita uma intervenção médica, conforme à lei, e muitas vezes em estado de grande *angústia e necessidade*.⁹³⁹

Por isso, também aqui temos que acautelar os interesses legítimos de ambas as partes, designadamente criando um procedimento que imponha a *notificação*⁹⁴⁰ da objeção de consciência e obrigando o médico a assegurar que um colega – naturalmente com um diferente *sistema de valores* – assista o referido paciente e, por outro lado, a objeção de consciência não deve poder ser invocada em casos de urgência. Estas ideias-força resultariam já da regulação do *direito de recusa de assistência* (art. 41.º do CDOM) e do *crime de recusa de médico* (art. 284.º do Código Penal).

Todavia, o CDOM foi mais longe e prevê, no art. 37.º, as seguintes normas:

“2. O exercício da objeção de consciência deverá ser comunicado à Ordem, em documento registado, sem prejuízo de dever ser imediatamente comunicada ao doente ou a quem no seu lugar prestar o consentimento.”

3. A objeção de consciência não pode ser invocada quando em situação urgente e com perigo de vida ou grave dano para a saúde, se não houver outro médico disponível a quem o doente possa recorrer, nos termos do número 1 do artigo 41.º.”

⁹³⁹ O direito à objeção de consciência foi objeto de análise, em 7 de julho de 2011, por parte do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no caso *Bayatyan v. Armenia* – cf. Tom GOFFIN, *Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe*, *EJHL* 19 (2012), p. 121-140.

⁹⁴⁰ Questão interessante é a de saber se essa notificação carece de fundamentação/ justificação. Em nome do respeito pela liberdade de consciência e do direito à intimidade em sentido estrito (o absoluto sigilo acerca dos valores filosóficos profundos) entendemos que *não*.

Sendo este um assunto especialmente sensível no que respeita à prática da IVG, justifica-se que o legislador tenha regulado, com algum detalhe, os processos associados à objeção de consciência, na Lei nº 16/2007, de 17 de abril e na Portaria nº 741-A/2007, de 21 de junho.⁹⁴¹

Também no domínio da PMA, o direito à objeção de consciência está regulamentado de forma a evitar objeções infundamentadas ou arbitrárias (art. 11, n.º 2 e n.º 3). Assim, “Nenhum profissional de saúde pode ser obrigado a superintender ou a colaborar na realização de qualquer das técnicas de PMA se, por razões médicas ou éticas, entender não o dever fazer,” mas “A recusa do profissional deve especificar as razões de ordem clínica ou de outra índole que a motivam, designadamente a objeção de consciência.” E segundo a al. d) do art. 12.º, o beneficiário tem o direito de “conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA.”

Foi preocupação do legislador que, num domínio de tão complexas discordâncias éticas, um profissional não seja obrigado a violar os seus princípios de consciência, mas, do mesmo passo, não podem os beneficiários ser lesados, sem fundamento bastante, no acesso aos cuidados de saúde reprodutiva, a saber no direito a certas técnicas de PMA.

31. Gestão de Conflitos de Interesse

A medicina moderna confronta-se, a cada passo, com situações de conflito. Seja o conflito ético, seja o conflito de interesses (materiais). Vejamos com um pouco mais de pormenor.

31.1. Conflitos de interesse bioéticos

Um dos aspetos em que a Deontologia profissional dá um contributo importante é no domínio da fina separação de águas em vários domínios da intervenção do profissional de saúde. Referimo-nos quer à resolução de conflitos éticos, quer à gestão de conflitos de interesses *proprio senso*.

A gestão de conflitos de interesse deve ser feita com recurso à multidisciplinaridade, à filosofia prática e à prudência de *Diké* ou de *Iustitia*: a justa ponderação – não dogmática – de

⁹⁴¹ Defendendo o direito à objeção de consciência, cf. o Parecer nº 21/ 2008 do *Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros* que reconhece esse direito no âmbito da interrupção voluntária da gravidez; cf. ainda o Parecer n.º 70 /2008 que reconhece o mesmo direito no âmbito da colocação de dispositivo intra-uterino.

argumentos, os quais devidamente filtrados por um procedimento plural, transparente e participado permitirão o construir de uma decisão *recta*.

A gestão de *conflitos éticos*, bem descrita nos casos-limite da literatura bioética⁹⁴² e que se verificam, na sua trágica imediaticidade, no quotidiano dos nossos hospitais e que vêm merecendo uma aprofundada reflexão por parte das *Comissões de Ética para a Saúde*, cujo papel deve ser enaltecido e valorizado.⁹⁴³ Situações que os juristas trabalham sobretudo na disciplina do Direito Penal, onde são por sobremaneira salientes os institutos do direito de necessidade, do conflito de deveres e do estado de necessidade desculpante (arts 34.º e ss. do CP). Institutos que ora permitem justificar um comportamento *prima facie* antijurídico ou ilícito, ora permitem apenas desculpar o agente, ou mesmo dispensar de pena, tomando em conta a dramaticidade do caso concreto e “quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente” (art. 35.º, n.º 1 CP).⁹⁴⁴

A deusa Diké,⁹⁴⁵ filha de Thémis, da Grécia e a deusa Iustitia de Roma diferem uma da outra pelo facto de a segunda estar de olhos vendados. Mas em todas estas deusas encontramos uma balança e um fiel, procurando o equilíbrio, a exata medida do justo e do correto. É esta uma imagem que me parece expressiva do processo de pensamento jurídico das causas de justificação da ilicitude. Embora um comportamento se revele *prima facie* ilícito, pode ser justificado e a sua ilicitude dirimida.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida vem produzindo várias reflexões e importantes opiniões de grande valia intelectual e científica e que têm permitido orientar a atuação prática dos profissionais da saúde em casos tão delicados quanto o *Procedimento a Adotar em caso de*

⁹⁴² Veja-se a título de mero exemplo a obra de James RACHELS, *Elementos de Filosofia Moral*, Lisboa, Gradiva Editores, 2004.

⁹⁴³ Merece especial referência e louvor a profícua e zelosa atuação da CES da ARS Norte que, sob a Presidência do Dr. Rosalvo Almeida emitiu vários pareceres da maior valia e interesse. Para um estudo sobre estas instituições, *vide* Maria do Céu PATRÃO NEVES (Coord.), *Comissões de ética: das bases teóricas à actividade quotidiana*, 2.ª edição, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2002.

⁹⁴⁴ Cf. Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2005.

⁹⁴⁵ Diké (ou Dice) filha de Zeus com Têmis, é a deusa grega dos julgamentos e da justiça (a deusa correspondente, na mitologia romana, é a *Iustitia*), vingadora das violações da lei.

Fetos Vivos Resultantes de Abortamento (28/CNECV/99) ou as *Medidas terapêuticas a tomar perante doentes em Estado Vegetativo Persistente (Parecer 45/CNECV/05)*,⁹⁴⁶ para citar dois Pareceres que se versam sobre os polos opostos da vida humana.

31.2.Conflitos de interesse económicos e profissionais

Por outro lado, podemos deparar-nos com a gestão de conflitos de interesses económicos ou profissionais. Estes são por vezes dirimidos pela lei e, noutros casos, por Comissões de ética ou pela Ordem dos Médicos.

Algumas normas legais regulam situações de potenciais conflitos de interesse. Vejamos três situações especialmente sensíveis: relação com a Farmácia, experimentação humana e o médico perito.

Os profissionais de saúde prescritores de medicamentos não podem deter ou exercer, direta ou indiretamente, a propriedade, a exploração ou a gestão de farmácia.⁹⁴⁷ No mesmo sentido, estabelece o art.153.º, n.º 2 CDOM: “É considerado particularmente grave do ponto de vista ético qualquer forma de retribuição como contrapartida da prescrição.”

No âmbito da experimentação humana, prescreve o art. 76.º do CDOM que: “e) O médico que participe em qualquer experimentação tem o dever de comunicar à Ordem dos Médicos todos os *conflitos de interesse* que possam ser invocados, nomeadamente relacionamento atual ou passado com empresas produtoras de produtos farmacêuticos ou dispositivos médicos;”

Por seu turno, o médico pode desempenhar o relevante papel de perito. Ora “o perito é obrigado a desempenhar com diligência a função para que tiver sido nomeado” (art. 570.º CPC). E o art. 120.º CDOM estabelece uma *incompatibilidade* entre as *funções de médico assistente e médico perito*, não devendo ser exercidas pela mesma pessoa.

⁹⁴⁶ Sobre este Parecer, cf. Teresa QUINTELA DE BRITO, “Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente”, in Teresa QUINTELA DE BRITO / Paulo SARAGOÇA DA MATA / João CURADO NEVES / Helena MORÃO, *Direito Penal Parte Especial (Lições, Estudos, Casos)*, Coimbra Editora, 2007, p. 119 e ss; Teresa QUINTELA de BRITO, *Direito Penal – Parte Especial*, p. 155.

⁹⁴⁷ Art. 16.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto.

Em suma, sendo a indústria da saúde uma das áreas de atividade económica que envolvem uma das maiores percentagens do PIB de todos os países desenvolvidos, intimamente ligados à investigação e desenvolvimento as relações com o poder económico, seja de seguradoras, seja da indústria farmacêutica, deve merecer a máxima atenção deontológica e jurídica para que os profissionais de saúde continuem a orientar-se pela sua bússola hipocrática: *cuidar* da pessoa doente.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À INFORMAÇÃO, AO CONSENTIMENTO E ÀS DECLARAÇÃO ANTECIPADA DE VONTADE

32. A consagração legal do direito ao consentimento informado

A doutrina do consentimento informado, desenvolvida ao longo dos últimos 100 anos, acompanha uma notável evolução no âmbito da Bioética e da Ética Médica, evolução que consiste sobretudo na superação do *paternalismo clínico* herdado de Hipócrates pelo primado do *princípio da autonomia do paciente*.⁹⁴⁸

⁹⁴⁸ Cf. Tom L. BEAUCHAMP/ James G CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Sixth Edition, New York, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 99 ss. Os Autores americanos não advogam que o princípio da autonomia se sobreponha aos restantes princípios (não-maleficência, beneficência e justiça). Com efeito, e face a algumas interpretações erradas da sua obra, os Autores, no prefácio da sexta edição, bem como na p. 99 da mesma, afirmam: “In a properly structured theory, respect for autonomy is not an excessively individualistic, absolutistic, or overriding notion that emphasizes individual rights to the neglect or exclusion of social responsibilities. The principle of respect for autonomy is not so treated in this book and has not been so treated from the first edition to the present.” E dão como exemplos de limite a esse princípio: a proteção da saúde pública, o perigo potencial para terceiros ou a justa alocação de recursos. No fundo, no exercício bioético não se deve defender uma hierarquia de princípios, mas antes uma justa concordância dos seus comandos.

Em linguagem do Direito, falaríamos de uma concordância prática (Konrad Hesse) que constitui a exigência do princípio da proporcionalidade (art. 18.º CRP). A doutrina dominante em Portugal considera que a Constituição não estabelece uma hierarquia normativa entre os direitos fundamentais. Assim sendo, deve ser realizado um exercício de “concordância prática” (*praktische Konkordanz*), ou da harmonização com os direitos suprarreferidos. Ou seja, havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma harmonização, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, isto é, busca-se o ‘melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes’. Como escreve GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1225, “reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”. No Direito Civil, o art. 335.º CC já consagra alguns critérios base para a *colisão de direitos*, que são adequadamente densificadas por CAPELO DE SOUSA, *Teoria...*, p. 214 ss.

Sem embargo de reconhecermos que a ética médica europeia se baseia em grande medida em noções como a “dignidade” e a “solidariedade”⁹⁴⁹, afirmamos, sem tibieza, que ao paciente é hoje reconhecido o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.⁹⁵⁰

Já em 1889, o Tribunal de Liège afastava a ideia do consentimento como uma “carta branca” dada ao médico. Na verdade, depois de se exigir o consentimento, *o dever de esclarecer* veio para as luzes da ribalta do direito. Ao médico deve impedir-se não apenas realizar intervenções sem consentimento, mas também o pôr-em-perigo arbitrário os bens jurídicos pessoais.

No início do século XX, o Supremo Tribunal Austríaco fazia recair sobre o médico os riscos de indemnização no caso de ocorrerem consequências negativas após a intervenção, se ele não tivesse chamado à atenção do doente dos perigos da intervenção.⁹⁵¹

É significativo que um dos primeiros arestos franceses a fazer referência aos direitos do paciente seja relativo ao consentimento (*Cour de cassation*, 28/1/1942 – *arrêt Teyssier*), mas o verdadeiro *leading case* na jurisprudência francesa é decidido pela *Cour de Cassation* em 1961.⁹⁵² Afirmou o tribunal que o médico deve fornecer ao paciente “*une information simple, approximative, intelligible et loyale pour lui permettre de prendre la décision qu’il estimait s’imposer.*”⁹⁵³ Hoje está perfeitamente solidificado no direito francês o direito ao *consentement éclairé*.⁹⁵⁴

⁹⁴⁹ Cf. Henk Ten HAVE/ B GORDIJN (Eds.), *Bioethics in a European Perspective*, Springer, 2002.

⁹⁵⁰ Nas palavras de Gilles GENICOT, *Droit médical et biomédical*, p. 21: a mensagem social essencial que o direito médico] veicula hoje é: “la personne est maître de sons corps et de son destin, libre et autonome, mais doit bénéficier d’une indispensable protection propre à préserver sa dignité.”

⁹⁵¹ Daniela ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 66 apresenta casos austríacos de responsabilidade civil por falta de informação, dos finais do século XIX e inícios do século XX.

⁹⁵² Cass. Civ. 21 fév. 1961 *apud* Catherine PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, Paris, Masson, 2002, p. 60.

⁹⁵³ Guy NICOLAS; *La responsabilité médicale*, 1996, p. 34.

⁹⁵⁴ O consentimento livre, esclarecido e expresso aparece com a lei de 20 de dezembro de 1978, relativa às experiências biomédicas. As leis de bioética de 1994 confirmam o carácter central do consentimento. Efetivamente o art. 16-3 do *Code civil* (introduzido pela Lei n.º 94-653 de 29 de julho de 1994) dispõe: “Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement dans le cas où

Em 1957, a expressão “*informed consent*” foi introduzida nos Estados Unidos.⁹⁵⁵ Tratou-se do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957), em que o Tribunal de Apelação da Califórnia confirmou a condenação de dois médicos (cirurgião e radiólogo), por *não terem informado* o paciente dos riscos da aortografia translumbar que haviam realizado para estudar a arteriosclerose severa de que padecia; em consequência dessa intervenção o paciente sofreu uma paralisia irreversível. Afirmou o juiz Bray que “um médico viola as suas obrigações para com o paciente e sujeita-se a ser demandado se lhe oculta qualquer facto que possa ser necessário para fundamentar um consentimento esclarecido do tratamento proposto. Deste modo, o médico não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao consentimento do seu paciente.”⁹⁵⁶

As decisões americanas, que se multiplicaram posteriormente, explicitam progressivamente o dever de informação do médico para com o doente e, de forma particular, a revelação dos riscos de tratamento.

Este panorama espalhou-se noutros ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos, bem como na Europa continental, tendo como suporte o valor ético da *autonomia da pessoa humana*.⁹⁵⁷

Por todo o mundo vai-se afirmando o direito ao consentimento informado.⁹⁵⁸ Essa afirmação faz-se quer

son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir”.

⁹⁵⁵ Não querendo negar a importância do direito norte-americano no desenvolvimento da doutrina do *informed consent*, é de elementar justiça colocar em evidência que, muito antes de este instituto estar consagrado para lá do Atlântico, já ele estava consolidado no direito continental em países como a França, Alemanha, Áustria ou Suíça – cf. Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, p. X.

⁹⁵⁶ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 26.

⁹⁵⁷ Gilbert HOTTOIS/ Marie-Hélène PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, 1998, p. 89. Sobre a evolução histórica do consentimento informado ver, entre outros, André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 24 ss. e Pablo SÍMON, *El consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2000.

⁹⁵⁸ Em Itália, também é jurisprudência pacífica a necessidade de obter o consentimento informado. O próprio texto constitucional de 1947 estabelece, no art. 32, que “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sem ser por disposição da lei. A lei não pode, em caso algum, violar os limites impostos pelo respeito da pessoa humana.” Merece

através de legislação formal, quer através da publicação de Cartas de direitos e deveres dos doentes.⁹⁵⁹

A evolução da teoria do consentimento informado percorreu todo o século XX, mas teve um grande impulso após

destaque a *sentenza* n.13/90 da *Corte d'Assise* de Florença, *Il Foro Italiano*, 1991, II, p. 236 e a decisão da *Corte Costituzionale*, de 22 de Outubro de 1990 que reconheceu a *liberdade de dispor do próprio corpo* como liberdade da pessoa fundada na inviolável liberdade pessoal, fundada no art. 13 da Constituição –cf. Amedeo SANTOSUOSSO (A cura di), *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. VII. e 15. O autor (*ibidem*, p. 8) salienta que a utilização da expressão “consenso informato” apenas acontece no início dos anos 90. Também o COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA se pronunciou positivamente sobre a evolução do consentimento informado (Documento sobre “consenso informato” de 1992) e a legislação também acompanha este movimento (cf. IDEM, *ibidem*, p. 13 e 14).

Em Israel, a Lei dos Direitos dos Pacientes (1996) estabelece a necessidade de obter o consentimento do paciente antes de toda a intervenção médica. O mesmo vale na Turquia — art. 70 da Lei núm. 1219 de Prática Médica (1928). Na Venezuela o consentimento alcança o patamar constitucional, afirmando o art. 46.3 da Constituição Nacional (datada de 1999) que: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...); en consecuencia, ninguna persona será sometida a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro de vida o por otras circunstancias que determine la ley”. O Supremo Tribunal do Japão, proferiu uma decisão em 19 de Junho de 1981, na qual reconheceu e elaborou, pela primeira vez, o dever de explicação que recai sobre o médico na sua relação com o paciente, como parte integrante do seu exercício profissional. Em 1995, a Comissão para o estudo do consentimento informado do Japão, advogou que este princípio se difundira através da cultura e não dos tribunais e das leis.

⁹⁵⁹ Nos EUA, as Cartas dos Direitos dos Pacientes surgiram em vários centros hospitalares, sendo pioneira a Declaração de Direitos do Beth Israel Hospital de Boston e do Martin Luther King Health Center de Nova Iorque, seguindo-se um texto de âmbito nacional: *A Patient's Bill of Rights* (1973). Em França, publicou-se a Carta dos Direitos dos Pacientes (Decreto 27/1974), seguida da Carta do Paciente Hospitalizado (Circular ministerial 95-22, de 6 de maio de 1995). Em Espanha, o *Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de Las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social* (1972) reservava ao paciente o direito de autorizar as intervenções cirúrgicas ou actuações terapêuticas que impliquem risco notório ou previsível, e em 1984 foi aprovada a *Carta de Derechos y Deberes del Paciente del INSALUD* (Instituto Nacional de Salud). A nível da União Europeia, destaca-se a Carta dos Doentes Hospitalares adotada pela XX Assembleia Geral do Comité Hospitalar da CEE (Luxemburgo, maio de 1979). No Conselho da Europa, a Assembleia Parlamentar aprovou a Resolução 613/1976 e a Recomendação 779/1976, que se referem aos direitos dos doentes e moribundos. Entre nós, o Ministério da Saúde também publicou, como vimos, uma Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes.

a Segunda Guerra Mundial.⁹⁶⁰ Destacam-se as pioneiras declarações internacionais, como o Código de Nuremberga (1948)⁹⁶¹ e, nos anos 60, a Associação Médica Mundial aprovou a Declaração de Helsínquia (1964) sobre princípios éticos aplicáveis às investigações médicas que incidam sobre sujeitos humanos.⁹⁶² Por seu turno, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos⁹⁶³ contém o art. 7.º

⁹⁶⁰ Um fenómeno jurídico fundamental que se manifestou após a 2ª Guerra Mundial é a proclamação, em grande parte das constituições europeias, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como reacção contra os regimes totalitários que precederam o conflito. Assim aconteceu com o art. 1º da Constituição da República Federal Alemã, de 23 de Maio de 1949: “1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.” De igual modo se verifica com a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Grega de 1975, a Constituição da República Portuguesa de 1976, e a Constituição de Espanha de 1978. Também nos países que emergiram da dissolução da ex União Soviética e dos regimes comunistas da Europa Central, a “dignitas” humana é erigida em princípio constitucional solenemente proclamado. Do mesmo modo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a CDHBio (do Conselho da Europa) dão a primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁹⁶¹ Sobre o Código de Nuremberga, cf. George ANNAS/ Michael GRODIN, *The Nazi doctors and the Nuremberg Code – Human Rights in Human Experimentation*, New York –Oxford, Oxford University Press, 1992. O julgamento de 19 e 20 de Agosto de 1947 do Tribunal internacional de Nuremberga que condenou os crimes contra a humanidade está na origem do texto pioneiro do direito da bioética. Seria, pois, o Código de Nuremberg (1947) a afirmar-se como o primeiro texto de proclamação dos direitos dos pacientes. Embora direccionado para a experimentação clínica, encontramos aí a semente do direito médico hodierno: o direito à autodeterminação do paciente. O consentimento voluntário surge, pois, após os horrores do Instituto de Frankfurt para a Higiene Racial e dos campos de concentração da Alemanha Nazi, com a afirmação do referido Tribunal: “*O consentimento voluntário do sujeito humano é absolutamente essencial*”.

⁹⁶² Adotada em Helsínquia em Junho de 1964 e alterada em Tóquio em Outubro de 1975, em Veneza em Outubro de 1983, em Hong Kong em Setembro de 1989, em Somerset West (África do Sul) em Outubro de 1996 e em Edimburgo em Outubro de 2000. Na sequência de polémicas foram ainda aditadas duas notas explicativas ao texto da Declaração, em Washington em 2002 e em Tóquio em 2004. A versão mais recente é a 6ª revisão, realizada na 59ª Assembleia Médica Mundial, em Seul, em outubro de 2008. Cf. MASON/ LAURIE, *Mason & McCall Smith’s Law and Medical Ethics*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press; 2006 e A. RID, H. SCHMIDT, *The 2008 Declaration of Helsinki – first among equals in research ethics?* *J Law Med Ethics* 2010; 381, p. 143-148.

⁹⁶³ Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de

que constitui a primeira norma internacional, de carácter vinculativo, com vista à proteção do consentimento informado: “Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”

Em 1981, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente⁹⁶⁴ da Associação Médica Mundial⁹⁶⁵ proclama “O doente tem o direito de aceitar ou recusar tratamento após ter recebido informação adequada (alínea c).”⁹⁶⁶

No âmbito da Organização Mundial de Saúde, merece referência a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes, de 1994, que viria a influenciar muitos países.⁹⁶⁷

Nos anos 90 do Século passado já se registava um consenso na Europa relativamente à necessidade de respeitar e promover a autonomia do paciente, baseado na dignidade de cada ser humano. Assim, no dia 4 de Abril de 1997, em Oviedo (Astúrias, Espanha), os Estados membros do Conselho da Europa (bem como alguns outros Estados [EUA, Canadá, Austrália, Japão e Vaticano] e a Comunidade Europeia) aprovaram para assinatura a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*. Esta Convenção representa um verdadeiro “Tratado de direitos dos pacientes” (Herman Nys)⁹⁶⁸

Junho (DR, I Série A, n.º 133/78 (retificada mediante aviso de retificação publicado no DR n.º 153/78, de 6 de julho).

⁹⁶⁴ Adotada em Lisboa em Setembro e Outubro de 1981 e alterada em Bali em Setembro de 1995.

⁹⁶⁵ A Associação Médica Mundial é uma associação de direito privado. As Declarações que produz têm a natureza de ‘soft law’, não podendo vincular os Estados nem conferir direitos subjetivos aos cidadãos. A abundante utilização de *soft law*, incluindo de organizações sem legitimidade político-democrática formal é uma característica do Direito da Medicina. A sua mobilização não deve, porém, colocar em causa os princípios jurídico-constitucionais do Estado de Direito e do Estado Democrático.

⁹⁶⁶ No mesmo sentido, veja-se o *International Code of Medical Ethics of the World Medical Association*.

⁹⁶⁷ *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa*, Amesterdão, 28-30 de Março de 1994, Organização Mundial de Saúde, Secretaria Regional da Europa.

⁹⁶⁸ Herman NYS, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12/2000, p. 78-80; cf. tb. Fernández CASADEVANTE ROMANÍ, “El Convenio para La Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina, Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 7/1997.

e um dos seus princípios fundamentais é o respeito pelo consentimento informado.⁹⁶⁹

No âmbito da União Europeia destaca-se a consagração expressa do direito ao consentimento informado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:⁹⁷⁰ “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: *o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei (...)* (art. 3., ° 2).

Finalmente, o consentimento informado assumiu uma dimensão universal com a aprovação, na Assembleia Geral da UNESCO, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em Outubro de 2005 (arts. 6.º e 7.º).⁹⁷¹

O fundamento jurídico do consentimento esclarecido encontra-se, no direito interno, em diversas normas⁹⁷²:

No plano constitucional, o art. 25.º da CRP proclama: “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Este direito desdobra-se no direito à integridade física e no direito à integridade moral de cada pessoa e traduz-se essencialmente num “direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais”.⁹⁷³ A revisão

⁹⁶⁹ O Capítulo II da Convenção de Oviedo ocupa-se do consentimento. O art. 5.ª afirma: “1. Qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada depois da pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida. 2. A esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e os seus riscos. 3. A pessoa em causa poderá, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

⁹⁷⁰ O Tratado de Lisboa incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que estes direitos passaram a ter força normativa plena, exceto no Reino Unido e na Polónia, países que negociaram um regime de *opt-out* relativamente à Carta.

⁹⁷¹ Cf. o *Report of the International Bioethics Committee of Unesco (IBC) on Consent*, UNESCO, 2008. Cf. ainda a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 11 de Novembro de 1997 e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 16 de Outubro de 2004.

⁹⁷² Faremos apenas uma enumeração rápida. Para mais desenvolvimentos, cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 79-104; ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado–Relatório Final*, Maio de 2009, e ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”*, Maio de 2011.

⁹⁷³ GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.ª edição, 2007, p. 455. O n.º 2 do art. 25º CRP garante: “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos” (nº2). Uma das dimensões mais atuais desta norma consiste na

constitucional de 1997 veio consagrar no art. 26º, n.º1 entre “outros direitos pessoais”, o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. A referência a este direito já não era inteiramente nova na Lei Fundamental, contudo é de registar a sua consagração em termos próximos do “direito ao livre desenvolvimento da personalidade,”⁹⁷⁴ previsto no art.2, §1 da *Grundgesetz*.⁹⁷⁵ O n.º 3 do art. 26.º garante a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica.” O direito à integridade moral e física e ao livre desenvolvimento da personalidade são expressões concretizadas do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º CRP).

O Código Penal português consagrou, no capítulo dos crimes contra a liberdade, o tipo Intervenções ou Tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156º) e estabeleceu o Dever de Esclarecimento (art. 157º).⁹⁷⁶ Por outro lado, quando a intervenção médica não for praticada por um médico ou outra pessoa legalmente habilitada, ou não tenha finalidade terapêutica, ou ainda, se não seguir as *leges artis* da Medicina académica, só será lícita se previamente justificada com o *consentimento* do lesado (artigos 38º e 149º CP). Estas normas são de uma importância crucial na regulação do direito ao consentimento informado no nosso ordenamento jurídico, como iremos perceber ao longo deste trabalho

No plano civilístico, encontra-se consagrado o *direito geral de personalidade* (art. 70º CC).⁹⁷⁷ Confere-se assim uma

interdição de submeter uma pessoa a uma *experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento*, como resulta ainda do art. 7º PIDCP e do Princípio 26 do Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

⁹⁷⁴ Cf., sobre este direito, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 352 ss. e Paulo MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 149-246.

⁹⁷⁵ Segundo DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 78 o principal fundamento jurídico do consentimento informado no ordenamento jurídico alemão reside precisamente no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*).

⁹⁷⁶ Cf. as anotações de COSTA ANDRADE aos artigos 149.º, 150.º, 156.º e 157.º do Código penal no *Comentário Conimbricense do Código Penal* (FIGUEIREDO DIAS (Dir.)), Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

⁹⁷⁷ TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am*

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.⁹⁷⁸ Ora, se no n.º 1 do art. 70.º se encontra esse *direito fonte*, está também previsto o direito especial de personalidade: o *direito à integridade física e moral*, com o qual se relaciona o direito à *liberdade* de vontade e a *autodeterminação*, que é precisamente onde se fundamenta civilisticamente o consentimento informado.⁹⁷⁹ Também o art. 485.º prevê a obrigação de indemnizar quando “havia o *dever jurídico* de dar conselho, recomendação ou *informação* e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento constitua *facto punível*.” Todavia, este artigo cria mais problemas do que os que resolve, pelo que, situando-nos – aqui – no domínio da violação de direitos absolutos, devemos lançar mão das regras gerais aquilianas, previstas no n.º 1 do art. 483.º.⁹⁸⁰

Para além de ser um direito absoluto de personalidade, a doutrina e jurisprudência (alemãs e austríacas) não têm dúvidas em considerar o dever de informar como um *dever contratual* do médico.⁹⁸¹

A Lei de Bases da Saúde confere aos utentes o direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis

Ende des Lebens, p. 275, também fundamenta o consentimento informado no direito geral de personalidade (previsto no art. 2, I da GG).

⁹⁷⁸ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 90.

⁹⁷⁹ A violação dos direitos de personalidade poderá dar lugar não só a responsabilidade civil mas também a “providências (judiciais) adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”, nos termos dos artigos 70º, n.º2, CC e 1474º ss. CPC. Sobre a tutela dos direitos de personalidade, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria*, p. 97 ss. e HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 259 ss.

⁹⁸⁰ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 223 ss.

⁹⁸¹ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 162 ss.; BARTH, *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 20. Herman NYS, *La Médecine et le Droit*, Kluwer, 1995, p. 119, no âmbito de uma relação contratual, faz apelo à boa-fé como fundamento do dever de informar o paciente, mesmo quando se trata de um prognóstico pessimista. Neste passo, pode ser extremamente importante para a planificação ulterior da vida do paciente que ele seja informado do prognóstico: o paciente poderá pretender pôr termo a certas atividades profissionais, pode querer tomar decisões no plano financeiro, tomar decisões com a companhia, os filhos, os pais, etc. Porém, a invocação deste princípio oriundo do direito patrimonial deve ser feita com cautela acrescida. O princípio da autonomia e da transparência – próprios do Direito da Medicina – permitirão compreender, de forma mais correta, esse dever contratual.

do tratamento e a evolução provável do seu estado.” (Base XIV, n. 1, al. e) da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto).⁹⁸²

Finalmente, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos afirma no seu art. 44.º o dever de esclarecimento. Este dever assume a natureza de um verdadeiro dever profissional sendo portanto sindicável, independentemente da existência de um contrato com o paciente.⁹⁸³

Em conclusão, o direito ao consentimento livre e esclarecido é um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas e indubitavelmente consagrado no Direito português.

A moderna dogmática da responsabilidade médica vê no consentimento informado um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística. O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo, exercendo mesmo a “*informed choice*”.

Portugal conta já com alguma legislação que regula os direitos e deveres do cidadão doente. Todavia, algumas incoerências e insuficiências recomendariam que se redija uma lei que verse, em especial, os problemas do consentimento informado (incluindo as declarações antecipadas de vontade), sobretudo aspetos controversos, por exemplo relativos ao dever de informação, a capacidade para consentir⁹⁸⁴ e a forma para a

⁹⁸² Há ainda alguma legislação especial de direito da saúde que contém normas sobre o consentimento informado, com as especificidades próprias de cada intervenção médica em concreto: a esterilização, a IVG, os Ensaio Clínicos Medicamentos, a doação e transplante de órgãos, a PMA, a lei de saúde mental, etc. Ao longo deste trabalho – quando apropriado – analisaremos essa legislação. Para mais detalhes, *vide* ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado–Relatório Final*, Maio de 2009, ers.pt e ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”*, Maio de 2011.

⁹⁸³ Daniela ENGLJÄRIGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 67.

⁹⁸⁴ Porque nos queremos concentrar no arquétipo do paciente maior e capaz na sua relação com o profissional de saúde, a matéria da capacidade para consentir não será exposta nesta obra, por razões de espaço, malgrado a longa investigação que temos vindo a realizar sobre essa matéria. Remetemos para alguns dos nossos textos, sobretudo, André G. DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, p. 148-174 e 205-348; André DIAS PEREIRA, “L’acte médical de l’adolescent au Portugal: vers une réglementation moderne”, Brigitte

informação e para o consentimento, bem como o direito de acesso à informação de saúde. Tem sido esse, aliás, o caminho da esmagadora maioria dos países europeus, da Espanha à Finlândia.

Dentro deste contexto e com a motivação suplementar de a Entidade Reguladora da Saúde ter denunciado a fragilidade do consentimento informado no nosso país,⁹⁸⁵ foi apresentado o *Projeto de Lei n.º 788/X sobre Direitos dos Doentes à Informação e ao Consentimento Informado* e, na legislatura seguinte, o *Projeto de Lei n.º 413/XI/2.ª (Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado)*.

Estes projetos não lograram ser aprovados, em virtude de problemas políticos gerais do país em 2009 e em 2011, embora o primeiro tivesse obtido uma aprovação claramente maioritária na Assembleia da República⁹⁸⁶ e o segundo tivesse

FEUILLET-LIGIER, *Adolescent et Acte Medical Regards Crois*, Bruxelles, Bruyillant, 2011, p. 231-242; André DIAS PEREIRA, “The role of the family members and close persons in health-care treatment of incompetent patients: a Portuguese approach”, *Medicine and Law*, Volume 30, 4, December 2011, 579-590.

Ver ainda, na doutrina nacional mais recente, entre outros: Rosa Andreia MARTINS, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008; Geraldo ROCHA RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, *passim*; Geraldo ROCHA RIBEIRO, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14, 2010 e Ana AMORIM, “O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual,” *Lex Medicinæ*, n.º 15, 2011.

⁹⁸⁵ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, 2009.

⁹⁸⁶ Esse projeto foi recebido, em geral, com referências positivas, designadamente da Ordem dos Médicos, de algumas vozes da Igreja Católica e de especialistas na matéria. Outros, porém, criticaram o texto proposto, sobressaindo o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no seu Parecer 57/CNECV/09. Nesse Parecer deteta-se uma perspectiva de ética médica tradicionalista, incoerências graves e, mesmo, o desconhecimento do direito português atual. O Parecer apresenta uma concepção sediada no *neopaternalismo* médico. Isso justifica que a Conselheira Maria do Céu Patrão Neves tenha declarado formalmente que “*não partilho a visão da “autonomia” que o Parecer implicitamente apresenta.*” Portugal, se tivesse como espelho a concepção apresentada e defendida neste Parecer, estaria nos antípodas de toda a Europa e em violação das regras a que se obrigou, não só no Conselho da Europa, mas também na Organização Mundial de Saúde e na própria União Europeia.

A coerência não é também o forte deste documento. Depois de várias páginas a criticar ferozmente o princípio da autonomia –e com isso cinquenta anos de evolução na ética médica e direito da saúde – deparamo-

baixado à especialidade para discussão juntamente com outros projetos limitados à matéria das declarações antecipada de vontade.

33. O direito ao esclarecimento

O dever de informar *qua tale* deve receber um significado autónomo (face ao dever de obter consentimento) e, conseqüentemente, ser entendido como uma obrigação jurídica. A autonomia do dever de informar vem alcançando uma importância substancial dado o impacto crescente da capacidade preditiva da medicina atual, sem que as capacidades terapêuticas possam evoluir paralelamente a esta evolução. Pensemos, por exemplo, num exame ao sangue para despistar o vírus da SIDA ou num exame genético. Nestes casos, a investigação e a transmissão da informação têm um significado autónomo, independente do consentimento para uma intervenção. O mesmo acontece no caso de o estado de saúde do paciente ser tal que nenhuma terapia existente possa ser aplicada.⁹⁸⁷

Se associarmos inelutavelmente a obrigação de informação à necessidade de obter um consentimento, a primeira corre o risco de se tornar desprovida de sentido, quando é precisamente a informação sobre o seu estado, por mais pessimista que o prognóstico possa ser, que pode ser muito importante para o paciente. Por isso, é preferível tratar

nos com uma crítica ao “privilégio terapêutico,” sendo de referir que a redação proposta era exatamente a mesma que consta do Código Penal em vigor, designadamente no art. 157.º, *parte final*...

A terminar, o Parecer tece duras críticas ao direito de acesso direto pelo doente ao seu processo clínico, considerando que este Projeto seria “ameaçador do bem-estar das pessoas doentes”. Como veremos *infra*, todos os países da Europa Ocidental consagram semelhante regime e não consta que a satisfação com os cuidados de saúde seja menor ou que a relação médico-paciente esteja “ameaçada” nos países europeus... Mas mais relevante é que nem uma palavra tenha sido dita sobre o facto de esse ser já hoje o regime, no nosso país, no âmbito da medicina em estabelecimentos de saúde públicos! Com efeito, segundo a interpretação dominante do art. 7.º da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, o doente tem direito de aceder à sua informação de saúde, sem necessitar da mediação de um médico.

⁹⁸⁷ Herman NYS, *La Médecine et Le Droit*, Kluwer, 1995, p. 119. Na verdade, afirma o Autor, pode ser extremamente importante para a planificação ulterior da vida do paciente que ele seja informado do prognóstico: o paciente poderá pretender pôr termo a certas atividades profissionais, pode querer tomar decisões no plano financeiro, tomar decisões com a companheira, os filhos, os pais, etc.

distintamente o direito à informação e o direito ao consentimento.⁹⁸⁸

A validade de qualquer declaração deve ser isenta de vícios (erro, dolo ou coação), pois o regime dos vícios da vontade visa proteger a liberdade de vinculação das partes. Se estes regimes estão previstos para o negócio jurídico, devem também valer para os atos jurídicos, mais a mais quando “um ato jurídico comunicativo esteja envolvido”.⁹⁸⁹

33.1. Aplicação das normas do Direito do Consumidor

Regra geral, o paciente pode ser considerado como um *consumidor* de serviços médicos. No contrato de prestação de serviços, o doente é um leigo que se apresenta perante um profissional, o médico, merecendo a proteção das normas de proteção dos consumidores.

Nesse sentido, Ferreira de Almeida ensina que “o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato civil (nunca é um ato de comércio), celebrado *intuitu personae* e é um *contrato de consumo* e portanto merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores.”⁹⁹⁰

É controversa a questão de saber se a Lei de Defesa do Consumidor (LDC)⁹⁹¹ pode ser aplicada às relações que se estabeleçam entre profissionais liberais (no exercício da sua atividade profissional, da qual obtêm benefícios) e os seus clientes, que não estejam no exercício da sua atividade profissional, como é, por natureza, o caso dos pacientes.⁹⁹² Em

⁹⁸⁸ Herman NYS, *La Médecine et le Droit*, p. 118. O Ac. Relação de Lisboa, 29/6/2006 (Esaguy Martins) afluou o problema do dever de informar e esclarecer, como uma obrigação autónoma face ao dever de obter o consentimento.

⁹⁸⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, p. 19.

⁹⁹⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit.*, p. 89. No direito francês, PITCHO, *Le statut juridique du patient*, p. 220-281.

⁹⁹¹ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

⁹⁹² Cf. ainda COMISSÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Ministério da Economia, 2006, em especial a introdução, redigido pelo Presidente da Comissão do Código do Consumidor, António Pinto Monteiro. Segundo o art. 10.º deste Anteprojecto: “1. Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional. 2. Não obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública, com pessoas

segundo lugar, devemos questionar se, no caso de esta lei se não aplicar a estas relações, tal acarretará a exclusão de todo o direito do consumidor.

Paulo Duarte entende que os profissionais liberais, embora exerçam uma atividade económica, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da LDC, visto que o art. 23º lhes ofereceu um regime de “privilégio”.⁹⁹³ Este artigo remete o regime da responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais para legislação extravagante, a qual, contudo, nunca veio a ser publicada.

Perante tal situação, o intérprete poderia ser levado a concluir que a lei quis afastar os profissionais liberais do domínio do Direito do Consumidor⁹⁹⁴ ou, pelo menos, do âmbito de aplicação da LDC. Todavia, defendemos que esta norma de exceção só faz sentido porque o próprio legislador reconhece que, v.g., entre um paciente e um médico (em medicina privada) se estabelece uma *relação de consumo*; caso contrário, não haveria necessidade de expressamente excluir do campo de aplicação desta norma as relações em que intervenham profissionais liberais. Corroboramos ainda esta doutrina pela análise do conceito de consumidor (art. 2º, n.º 1, da LDC): na verdade, ao paciente são *prestados serviços, destinados a uso não profissional*, por pessoa que exerce *com carácter profissional uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios*.⁹⁹⁵

colectivas públicas, com empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, com as Regiões Autónomas ou com as autarquias locais e com empresas concessionárias de serviços públicos.”

⁹⁹³ Paulo DUARTE, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, *BFD* 75 (1999), p. 667.

⁹⁹⁴ Defendendo a nomenclatura Direito do Consumidor em desfavor de Direito do Consumo, PINTO MONTEIRO “Sobre o direito do consumidor em Portugal” in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº 4, Coimbra, 2002 e PINTO MONTEIRO, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, Separata dos Estudos de Direito do Consumidor, n.º 7, 2005.

⁹⁹⁵ Sobre a noção jurídica de consumidor, cf. PINTO MONTEIRO, “A defesa do consumidor no limiar do século XXI”, in *Globalização e Direito*, *Studia Iuridica*, nº 73, Coimbra, 2003; PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor”, in *Estudos Direito do Consumidor /FDUC*, nº 7, Coimbra, 2005, e in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol.III, 2006; PINTO MONTEIRO, “Harmonização legislativa e protecção do consumidor”, in *Estudo em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008; Jorge PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Lisboa, Notícias, 1999;

Considerando que a norma prevista no art. 23º LDC é excepcional e que o legislador ainda não publicou o regime que, em 1996, prometera, deveremos fazer uma interpretação adaptativa deste texto: apenas fica *excluído* deste diploma o regime da *responsabilidade*⁹⁹⁶ que se imporá ao profissional liberal pelo incumprimento dos seus deveres. Já outros aspetos do regime de proteção do consumidor, mesmo que regulados na LDC, podem legitimamente ser convocados nesta sede.⁹⁹⁷

Assim, podemos também lançar mão de certas normas deste diploma que densificam os critérios relativos à *qualidade da informação*; designadamente, o consumidor tem direito à *informação suficiente, legível, clara*, que permita uma *boa utilização do serviço*, e que inclua os *riscos para a saúde e a segurança* dos consumidores, etc (art. 8º, n.º 1 e 3 da LDC).⁹⁹⁸ Na verdade, o dever de informação nestes termos amplos e precisos assenta como uma luva às exigências que o direito deve fazer ao médico em ordem a prestar um bom serviço ao seu doente.⁹⁹⁹

Por outro lado, é legítimo controlar a utilização dos formulários para a prestação de cuidados de saúde através do expediente técnico-jurídico do diploma das *cláusulas contratuais gerais*, aplicando não apenas as normas que visam proteger empresas ou entidades equiparadas (arts. 17º a 19º) – e que sempre deveriam ser aplicáveis a outras relações jurídico-cívicas, *por maioria de razão* – mas, inclusivamente, as que

Alexandre DIAS PEREIRA, *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 86-89; PAULO DUARTE, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, *BFD* 75 (1999), p. 649-703.

⁹⁹⁶ O art. 23º LDC não distingue quais as formas de responsabilidade: civil, penal e administrativa.

⁹⁹⁷ O Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”, ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, 2011, destaca a importância das normas de proteção do consumidor na relação médica. Assim, “Resulta daqui que a liberdade de escolha, bem como o consentimento ao tratamento proposto pelo prestador só podem ser efetivamente garantidos se for transmitida ao utente, completa e atempadamente, toda a informação relevante para a sua decisão. E é oportuno reiterar que o direito à informação do utente, (...), pode situar-se em três momentos distintos, a saber: antes da escolha do prestador; depois de prestado o cuidado de saúde mas antes do pagamento do preço devido; e, por último, depois daquele pagamento.”

⁹⁹⁸ VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 193, defende também a aplicação da LDC.

⁹⁹⁹ Cf. Nadine FRASSELLE, *Du Patient au Consommateur*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1996, p. 10.

visam conferir uma específica *proteção aos consumidores finais* (arts. 20º a 23º).

Merece ainda especial atenção a competência que a lei confere ao Ministério Público¹⁰⁰⁰ para proteger os direitos dos consumidores, designadamente os consumidores de cuidados de saúde. Trata-se de mais uma porta aberta para que o MP tenha um papel relevante no domínio do Direito da Medicina.

A aplicação das normas de proteção do consumidor à relação médico-paciente deve ser feita com prudência, por forma a não deturbar a especificidade humanística que caracteriza o Direito da Medicina.¹⁰⁰¹ Designadamente, as normas do Direito do Consumidor devem estar sujeitas ao controlo de princípios tais como a independência do médico (independência técnica e independência científica),¹⁰⁰² o princípio da não maleficência e as limitações impostas pela ordem pública e os bons costumes.

Mas, regra geral, o paciente goza (ou deve gozar) dos principais *direitos do consumidor*, designadamente: o direito à proteção da saúde e segurança, o direito à qualidade dos bens ou serviços, o direito à proteção dos interesses económicos, o direito à prevenção e à reparação de prejuízos, o direito à formação e à educação para o consumo, o direito à informação para o consumo, o direito à representação e consulta e o direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta.

33.2. O devedor da obrigação de informar

A obrigação de informação recai sobre o médico, designadamente sobre o médico consultado ou interrogado pelo paciente, ou seja, em primeiro plano, sobre o *médico*

¹⁰⁰⁰ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, art. 20.º (Ministério Público): “Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respetivas competências, *intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores.*”

¹⁰⁰¹ Em sentido próximo, *vide* PITCHO, *Le statut juridique du patient*, 2004, p. 600.

¹⁰⁰² Assim, por exemplo, deve ser considerado, com as devidas adaptações a norma proposta pelo art. 123.º (Recusa de venda ou de prestação de serviço) do Anteprojeto do Código do Consumidor: “*Salvo motivo justificado, é proibido recusar a um consumidor o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço correntemente oferecidos ao público, assim como o acesso ao estabelecimento comercial durante os horários normais de abertura.*”

assistente.¹⁰⁰³ Não obstante, sabemos que hodiernamente o exercício da medicina é cada vez mais realizado por uma equipa multidisciplinar e hierarquizada, o que levanta o problema de saber quem deverá fornecer a informação e obter o consentimento e quem fica abrangido por esse mesmo consentimento.

No que a estas questões concerne, a doutrina admite que possam fornecer a informação os *médicos colegas* que estão envolvidos no tratamento, sendo lícita a delegação de certas competências no assistente da equipa.¹⁰⁰⁴ Contudo, a *delegação* do esclarecimento deve ter na sua base uma clara repartição de competências para que se verifique a existência de uma estrutura organizativa controlada e que não resultem dúvidas quando à *qualificação* do médico responsável pelo médico que realiza o consentimento informado.¹⁰⁰⁵

No caso de participação de uma equipa médica especializada, encarregada de realizar algum procedimento específico, compete a esta, pela sua formação e conhecimentos, a transmissão de toda a informação ao paciente e a obtenção do consentimento. Mas não parece necessário que seja o concreto médico que vai realizar a intervenção quem deva dar a informação, podendo ser um membro da equipa. Contudo, o médico que vai realizar a operação deverá *certificar-se* de que se obteve o adequado consentimento informado, o que significa que aqui existe um especial dever de verificar se o paciente deu o seu consentimento informado.

Porém, quando na mesma equipa coexistem diferentes especialidades médicas, entende-se que o princípio é que cada médico deve dar informação de acordo com a sua especialização (v.g., o consentimento informado específico para a anestesia).¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰³ Cf. DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 191; Yves-Henri LELEU/ Gilles GENICOT, *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 57.

¹⁰⁰⁴ Cf. Amedeo SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 30. Segundo GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht (nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes)*, München, Verlag Franz Vahlen, 2000, p. 151, a jurisprudência alemã admite que o médico-chefe delegue essa tarefa num *assistente*. Entre nós, tem sido este também o ensino de Guilherme de Oliveira.

¹⁰⁰⁵ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 527.

¹⁰⁰⁶ Cf. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 57. No mesmo sentido, o *Guia Prático do Consentimento Informado de Navarra* (1997) estabelece que a informação ao paciente deve ser facultada pelo médico responsável pela sua assistência, embora em procedimentos de especial

Quanto à segunda questão, entende-se que o consentimento se amplia a *todas as pessoas da equipa*, sem que isso ponha em causa a diluição de responsabilidades. Excetuam-se aqueles casos em que o paciente expressamente o outorgue a apenas um cirurgião, para que seja só este a intervir.

O moderno exercício da medicina implica também amiúde que o paciente seja acompanhado por diversos médicos. Por vezes, consulta o clínico geral que seguidamente aconselha um especialista; este, por sua vez, necessitando de realizar exames de diagnóstico, solicita os serviços de outros especialistas. Em face deste vultear de serviço médicos, verificam-se, por vezes, problemas na prestação das informações necessárias para o paciente se autodeterminar.¹⁰⁰⁷

A jurisprudência estrangeira tem encontrado soluções díspares. Em alguns casos, os tribunais *absolvem* o médico prescriptor;¹⁰⁰⁸ em muitos outros, contudo, os tribunais defendem que quando um médico generalista julga necessário enviar o paciente à consulta de um especialista *coexistem duas obrigações paralelas*.¹⁰⁰⁹ O médico generalista consultado em primeiro lugar não pode considerar que só o especialista deverá fornecer todas as informações. De modo recíproco, o especialista não pode supor que o generalista informou suficientemente o paciente sobre as modalidades e riscos do tratamento. Assim, a *Cour de cassation* (decisão de 29/5/1984) entendeu que o dever de informação pesa tanto sobre o *médico prescriptor* como sobre *o que executa a prescrição*, pois cada um deve adotar as cautelas necessárias para comprovar que a informação foi prestada. Desta forma, o tribunal defendeu a responsabilidade solidária pela ausência de informação.¹⁰¹⁰ É

complexidade pela sua especialização seja recomendável que a informação seja dada, e se obtenha o consentimento do paciente, pelo médico que vai praticá-los.

¹⁰⁰⁷ O CDOM prevê a situação no art. 36.º, n.º2. Assim, é dever do médico “pedir a colaboração de outro médico ou indicar ao doente colega que julgue mais qualificado.”

¹⁰⁰⁸ Cf. PALEY-VINCENT, *La responsabilité...*, p. 62.

¹⁰⁰⁹ LELEU/ GENICOT, *Le droit medical*, p. 57; GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht...*, p. 127, informa-nos que a jurisprudência alemã normalmente reparte os âmbitos funcionais de cada especialidade, sendo cada profissional responsável no âmbito da sua competência. Assim um anestesista que informou o paciente dos riscos da anestesia, não é responsável pela violação do dever de esclarecer dos riscos da intervenção que competia ao cirurgião.

¹⁰¹⁰ Neste caso, o cirurgião torácico prescrevera uma aortografia, a realizar por um radiologista, e este último não informou o paciente dos

esse o regime atualmente em vigor em França e em Espanha¹⁰¹¹ e que defendemos para o direito nacional.

i) o médico ‘assistente’

Entre nós, a Lei dos Ensaio Clínicos de Medicamentos (art. 6.º, n.º1, al. g), da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto) cria a figura do *médico de contacto*. Este é um exemplo que deveria ser alargado a toda a intervenção médica com pluralidade de profissionais.

Era esse o sentido de algumas normas dos Projetos de Lei de 2009 e de 2010 sobre o *Direito à informação e ao consentimento informado*. Estes documentos previam a obrigatoriedade de referir o médico responsável pelo esclarecimento do doente. Por outro lado, o paciente teria o direito de saber qual o profissional que efetuou procedimentos no seu corpo. Assim, propunha o art. 2.º do referido Projeto:

“(6) O *médico assistente* é o responsável pela prestação da informação ao doente, sem prejuízo da colaboração de outros profissionais que realizem procedimentos concretos e prestem informações no âmbito das suas competências específicas.

(7) O *médico assistente* é o responsável pela *coordenação* dos vários profissionais de saúde que tiverem o dever de intervir no processo de prestação de informações.

(8) O doente tem o direito de saber qual o médico, ou outros profissionais de saúde, que realizam as intervenções ou tratamentos, incluindo os meios complementares de diagnóstico.”

Esta última norma seria de grande interesse prático no sentido da consagração do direito a saber qual é o médico responsável pela informação. E no mesmo sentido se pronunciou o *Grupo Técnico para a Reforma Hospitalar*, cujo

riscos de paraplegia, que se veio a verificar. Cf. Catherine PALEY-VINCENT, *Responsabilité du médecin*, p. 61 e 63.

¹⁰¹¹ O *Código de deontologia médica* francês (art. 64) dispõe que “quando vários médicos colaboram no exame e tratamento de um paciente, devem manter-se *mutuamente informados*; cada um dos médicos assume a sua responsabilidade pessoal e *deve velar pela informação* ao paciente”. Em Espanha, a *Ley 41/2002* prevê: “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”. Mas, também, “los profesionales que atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle” (art. 4.3).

relatório aponta como objetivo: “introduzir progressivamente, na organização dos hospitais, a figura do *médico “assistente”* (função habitualmente exercida nos hospitais pelos médicos internistas), que fará a gestão dos episódios de internamento de um grupo de doentes e assegurará a troca de informação com o médico de cuidados primários do doente.”¹⁰¹²

De todo o modo, no direito em vigor, no caso de se não conseguir identificar o médico responsável pela falta de informação, a responsabilidade recai sobre a instituição (clínica ou hospital) que organiza os cuidados de saúde.

Um outro problema, que está também equacionado e resolvido nas normas citadas, é o do cumprimento do *dever de os médicos comunicarem entre si informações especiais sobre os seus pacientes comuns*, de forma a acautelar eventuais riscos. Assim, o médico que não informa o colega de certas condições particulares do paciente comete um ato ilícito. Neste sentido, o art. 140.º do CDOM prevê a obrigação de o médico assistente que envie um doente ao hospital transmitir aos respetivos serviços médicos os elementos necessários à *continuidade dos cuidados clínicos* e, do mesmo modo, os médicos responsáveis pelo doente no decurso do seu internamento hospitalar devem prestar ao médico assistente todas as informações úteis acerca do respetivo caso clínico. Esta obrigação deve ser estendida a todos os casos em que há colaboração médica na observação e tratamento de doentes comuns.¹⁰¹³

ii) O papel do enfermeiro

Num último ponto deste momento, importa lembrar que o médico não pode delegar a tarefa de esclarecer em outros profissionais de saúde (nomeadamente, os enfermeiros).¹⁰¹⁴ Estes devem dar informação relativa aos atos do seu âmbito de

¹⁰¹² Grupo Técnico para a Reforma Hospitalar, *Os Cidadãos no centro do Sistema. Os Profissionais no centro da mudança* (Relatório Final realizado pelo Grupo Técnico para a Reforma Hospitalar criado pelo Despacho n.º 10.601/2011 do Ministro da Saúde, in *DR* n.º 162, II.ª Série, de 24 de agosto de 2011).

¹⁰¹³ Todavia, deve-se fazer uma interpretação destas normas para que se conciliem com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, como veremos infra.

¹⁰¹⁴ Nesse sentido se pronuncia o Parecer da Ordem dos Enfermeiros de 15 de Março de 2007 –*Consentimento Informado Para Intervenções de Enfermagem*.

competência.¹⁰¹⁵ É esta a lição do direito comparado, nomeadamente da legislação francesa¹⁰¹⁶ e das jurisprudências espanhola¹⁰¹⁷, alemã¹⁰¹⁸ e americana.¹⁰¹⁹

Todavia, o enfermeiro pode ser um *auxiliar* no processo de esclarecimento terapêutico e de *'defensor'* do consentimento informado. Neste sentido, o *Código Deontológico do Conselho Internacional de Enfermeiros*, na sua revisão de 2005, estabelece que “o enfermeiro assegurar-se-á de que a pessoa, a família ou a comunidade recebem informação suficiente para fundamentar o consentimento que dão aos cuidados e tratamentos relacionados.”

Por outro lado, é preciso reconhecer que a relação médico-paciente se tem transformado, não apenas porque o último está mais informado, designadamente através da informação da internet, mas também porque a Enfermagem, com cada vez mais diferenciação científica, tem um papel cada vez mais importante e autónomo a desempenhar.¹⁰²⁰

Entre nós, o Estatuto da Ordem dos Enfermeiros estabelece o dever de “respeitar, defender e promover o direito da pessoa ao consentimento informado”¹⁰²¹. Naturalmente esta

¹⁰¹⁵ Cf. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 56.

¹⁰¹⁶ No direito francês, a *Loi du 4 mars* afirma: «Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables...»

¹⁰¹⁷ Cf. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p.157.

¹⁰¹⁸ Cf. GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht...*, p. 151: a jurisprudência alemã não permite que o médico delegue em pessoal auxiliar (v.g., um paramédico) o dever de esclarecimento.

¹⁰¹⁹ Charles SHARPE, *Nursing Malpractice (Liability and Risk Management)*, Auburn House, Westport, Connecticut – London, 1999, p.121: “The staff nurse, in the usual course of his or her duties, should have no direct responsibility in providing full disclosure or obtaining informed consent.” Inclusivamente, o enfermeiro não deve responder a questões relativas a aspectos médicos que os pacientes lhe coloquem. Por outro lado, admite-se a delegação ao enfermeiro do processo de consentimento informado, “in a case in which the court ruled that the information which the nurse provided was *within that particular nurse's scope of practice*.” Nos EUA, dá-se grande relevo ao enfermeiro como testemunha do consentimento informado.

¹⁰²⁰ Assim, HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 1.

¹⁰²¹ A al. b) do art. 84º do EOE (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de abril) afirma um dever de informação, no que respeita aos cuidados de enfermagem, ao indivíduo que os recebe, bem como à *respetiva família*.

Note-se porém que credor do dever de informação é unicamente o paciente; face aos demais, mesmo familiares, prevalece em regra o direito ao respeito pela vida privada. Podemos, porém, atribuir algum sentido útil a

norma deve ser adaptada restritivamente, apenas abarcando os deveres de informação próprios da atividade de enfermagem. Ele não pode substituir-se ao médico no cumprimento dos deveres deste.¹⁰²² Todavia, o enfermeiro tem um papel de primeira linha na transmissão da informação terapêutica e no diálogo com a família.¹⁰²³

33.3.O conteúdo do dever de informar

Todas estas questões se colocam com tão especial acuidade porque a medicina é uma *atividade de risco*. O dano iatrogênico sucede com frequência e este é independente de negligência do médico ou da instituição hospitalar. Por outro lado, afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio da autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os referidos riscos que de outro modo deverão ser suportados pelo médico. Só a pessoa pode decidir o que é melhor para si, para a sua saúde e para o seu corpo.¹⁰²⁴

esta norma se aqui incluímos sobretudo o *esclarecimento terapêutico*, por duas razões: este assume em matéria de cuidados de enfermagem uma acuidade especial e muito frequentemente é a família que, após a alta hospitalar assegura a prestação dos cuidados de enfermagem no domicílio do paciente. Por outro lado, podemos ainda ‘salvar’ esta referência à família, se lhe atribuirmos um sentido subsidiário, isto é, quando o paciente é menor ou incapaz, poderemos informar a família. Todavia, a verdade é que embora estejamos, nesta sede, a trabalhar com um diploma legal, não poderá esta norma violar o princípio constitucional de respeito pela vida privada (art. 26º, n.º1 CRP).

¹⁰²² Também assim VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 234.

¹⁰²³ Sérgio DEODATO, *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 89-95. Com efeito, como escreve o Autor (p. 165) “o enfermeiro, mais do que um mero membro desta equipa [de saúde], assume frequentemente o papel de gestor da informação, uma vez que é o profissional que mais tempo passa junto da pessoa, nomeadamente em ambiente de hospitalização”.

¹⁰²⁴ *A Declaração dos Direitos dos Pacientes* (OMS, Europa, 1994), no art. 2.2. dá um lugar de destaque ao direito e ao dever de esclarecimento. Em primeiro lugar, proclama que: “A informação sobre os serviços de saúde e a sua correta utilização deve ser colocada à disposição do público para que todos os interessados dela beneficiem.” Pretende-se assim uma total transparência e abertura dos serviços de saúde face aos pacientes. Relativamente ao conteúdo da informação a prestar ao paciente, enuncia que: “Os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos atos médicos considerados, com os riscos e vantagens que comportam, e

A norma fundamental no ordenamento jurídico português relativa ao direito ao esclarecimento encontra-se no art. 157º do CP, o qual prevê que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o *diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento...*”. Outras normas, como vimos, estabelecem em termos gerais este direito. A concretização do dever correspondente, quer na prática clínica, quer na avaliação jurisdicional, revela-se muito problemática; a interpretação desta norma é extremamente complexa. Estamos num domínio em que o casuísmo é a regra e em que as condições e características da relação clínica variam extraordinariamente. Não se encontra aqui uma fórmula jurídica que resolva os concretos problemas do dever de informar. O caminho que se propõe é o de – refletindo sobre a experiência da jurisprudência de outros países europeus – procurar apontar critérios, *standards* e *topoi* que orientem o jurista e o médico na dilucidação deste ‘enigma’ que é o dever de esclarecer na relação médico-paciente.

A *finalidade* fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta.

33.3.1. Dever de informar acerca dos riscos do tratamento

Em regra, um tratamento não apresenta apenas aspetos positivos e não se revela isento de riscos ou incertezas. Nessa medida, a informação deve abranger as vantagens e inconvenientes do tratamento proposto. No século XIX, pelo contrário, a ética médica não aconselhava a revelação dos riscos aos doentes, antes encorajava os médicos a esconder a informação dos pacientes quando estes pudessem ficar desmoralizados ou pudesse levar a que estes rejeitassem o tratamento.¹⁰²⁵

No século XXI não é admissível que esta ética médica ainda mereça acolhimento. A mudança no pensamento ético

das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento.”

¹⁰²⁵ Cf. Thomas GRISSO/Paul APPELBAUM, *Assessing Competence to Consent to Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, New York –Oxford, Oxford University Press, 1998, p.5.

deverá ser acompanhada por mudanças na realização do direito e, sobretudo, na vivência quotidiana da relação clínica.

A informação sobre os riscos é aquela que mais querela tem levantado na doutrina e na jurisprudência.¹⁰²⁶ A linha do horizonte que separa o paternalismo da autonomia, por um lado, e considerações de análise económica do direito¹⁰²⁷ têm neste particular domínio a sua expressão de máxima disputa doutrinária.

A sua relevância no âmbito da responsabilidade médica é indubitável. O consentimento informado revela-se um instituto que visa permitir a autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impendem sobre o médico ou sobre o paciente. Donde, os médicos são agora obrigados a informar o paciente de forma clara e, se solicitado, por escrito, sobre o exame proposto e tratamento e sobre os desenvolvimentos relativos ao exame, o tratamento e a condição de saúde do paciente.

O direito ao consentimento informado alcança grande importância em França, Alemanha e Holanda, mas também em Espanha, entre outros países europeus. Inclusivamente, o Tribunal Constitucional espanhol elevou o consentimento informado à categoria de *direito fundamental*.¹⁰²⁸

No direito da *Common Law*, se o direito inglês tem sido relutante em aceitar esta doutrina,¹⁰²⁹ na Austrália, o caso *Rogers v Whitaker* consagra este direito.¹⁰³⁰

¹⁰²⁶ Olivier DUPUY, *L'information médicale. Information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, p. 116, numa análise estatística da Jurisprudência dos tribunais superiores franceses, demonstra que a esmagadora maioria dos litígios analisados se prendem com a informação sobre os *riscos da intervenção*. Cf. T. RATAJCZAK/ Ch.-M. STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2001.

¹⁰²⁷ Cf. Michael FAURE, “Comparative Analysis”, in Michael Faure/ Helmut Koziol, *Cases on Medical Malpractice on a Comparative Perspective*, Wien – New York, Springer, 2001, p. 294 ss.

¹⁰²⁸ Boletín Oficial del Estado, no. 101, Jueves 28 de abril de 2011. *Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011; Recurso de amparo 3574-2008.*

¹⁰²⁹ Ewoud HONDIUS, “General Introduction,” in Ewoud HONDIUS (ed), *The Development of Medical Liability*, p. 14. Segundo HERRING, *ob. Cit.*, p. 103, o direito inglês não introduziu a “*informed consent doctrine*”, no sentido americano. Contudo, desde a decisão *Sidaway v. Bethlem* (RHG [1985] 1 All ER 653) que é claro que pode haver uma ação de responsabilidade civil baseada na falta de informação suficiente (*actions in negligence based on failure to provide suficiente information*). Embora a

Numa síntese rápida de direito comparado, relativamente ao problema do dever de revelar os riscos, podemos concluir que, em vários países de Direito Continental (Itália, Países Baixos e Espanha, por exemplo) *apenas os riscos previsíveis e sérios* devem ser divulgados. Assim, na Bélgica, “no que diz respeito aos riscos de um tratamento, os tribunais belgas aplicam a *teoria dos riscos normais e razoavelmente previsíveis*. Isto significa que o médico não precisa de informar o paciente sobre os riscos graves, mas excepcionais ou riscos menores, mas frequentes.”¹⁰³¹ Na Alemanha, o médico deve informar sobre os riscos frequentes, bem como os *riscos raros* cuja materialização afete seriamente aquele paciente específico.¹⁰³² Em França todos os riscos devem ser divulgados. Com efeito, a *Cour de cassation* (em 1998) e o *Conseil d'État* (em 2000) alteraram o critério de que os riscos têm de ser informados: consideram sobretudo a gravidade do risco, ou seja, os riscos graves têm de ser comunicados ao paciente mesmo que esses riscos sejam de ocorrência excepcional. Por risco sério, entende-se um risco de morte, invalidez permanente ou de desfiguração grave.

Vejamos com mais pormenor.

33.3.2. A teoria dos riscos significativos

A doutrina tradicional defende que existe apenas a obrigação de comunicar ao paciente os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”, excluindo, desse

leitura que se faz dessa decisão não seja unívoca, podemos concluir que “the obligation is only to inform of significant risks in the normal course of events”. A jurisprudência que se sucedeu permite a doutrina concluir que: “generally if a doctor is following a responsible body of medical opinion in not disclosing a particular risk she or he will not be negligent. However, the courts have left open the possibility that where the risk is a serious one it could not be a responsible view not to disclose the risk, unless to do so would cause a serious harm to the patient.”

¹⁰³⁰ No caso *Rogers v. Whitaker* [1992] HCA 58; (1992) 175 CLR 479, a *High Court* decidiu que o tribunal tem autoridade para definir o padrão aceitável de “consentimento informado”, quando uma paciente não foi avisada do risco de um 1/14,000 de uma complicação conhecida da cirurgia oftálmica, apesar de haver ampla prova de que os outros oftalmologistas não teriam avisado o doente sobre esse risco.

¹⁰³¹ Herman NYS, *Report on Medical Liability in Council of Europe Member States, A comparative study of the legal and factual situation in Member states of the Council of Europe*, Strasbourg, 7 March 2005 CDCJ (2005) 3 rev1 [cdcj/docs 2005/cdcj (2005) 3rev1 e].

¹⁰³² BARENDRECHT *et. al.*, *Service Contracts*, p. 839.

modo o dever de informar dos riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais.^{1033 1034}

Atualmente, defende-se a obrigação de comunicar os riscos “*significativos*”, isto é, aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto. Trata-se pois de uma tese que impõe um dever de informação mais amplo que a anterior.

O risco será considerado *significativo*, em razão dos seguintes critérios: (a) a *necessidade terapêutica* da intervenção, (b) em razão da sua *frequência* (estatística), (c) em razão da sua *gravidade* e (d) em razão do *comportamento do paciente*.

33.3.2.1. Risco significativo em razão da *necessidade terapêutica da intervenção*

De acordo com este critério, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos. *A contrario*, o dever de esclarecer é mais intenso e mais rigoroso no caso das chamadas intervenções “*d’agrément*” ou na terminologia germânica “*Schönheitsoperationen*”¹⁰³⁵, tais como a cirurgia estética, a esterilização pura, a doação de órgãos para transplante ou a participação em ensaios clínicos.

Com efeito, quanto menos *necessário* for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação, devendo ser extrema nas intervenções estéticas e, em geral, na denominada *cirurgia voluntária* (vasectomias, ligaduras de trompas, rinoplastias, mamoplastias, dermolipetomias), em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial, em que a informação pode ser menos rigorosa.¹⁰³⁶ Note-se, contudo, que, mesmo que uma

¹⁰³³ Cf. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 64.

¹⁰³⁴ Neste sentido, o Ac. Relação de Lisboa, 4/7/1973, decidiu que “o art. 80º do Estatuto da Ordem dos Médicos, ao prescrever o aviso prévio ao doente dos riscos de certo tratamento, deve entender-se aplicável somente nos casos em que do tratamento resultem com frequência e com sérias probabilidades estados mórbidos, pois o médico não deve atemorizar o doente exagerando os riscos, que são sabidos, mas raramente se realizam.” *Apud* Vaz Rodrigues, *O Consentimento...*, p. 406.

¹⁰³⁵ Cf. Thomas JÜEN, *Arzthaftungsrecht: die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich*, 2. Überarbeitete Auflage, Wien, Manz, 2005, p. 102.

¹⁰³⁶ Rose-Marie LOZANO, *La Protection européenne des droits de l’homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, CERIC, 2001, p. 33. Cf.

intervenção ou atuação médica seja necessária ou indispensável para a cura de um paciente, isso não exime o médico de cumprir o seu dever de informação.

Vejamos com mais detalhe algumas intervenções médicas típicas.

i) Doação de órgãos e tecidos

A formulação tímida constante do art. 7.º da Lei n.º 22/2007, de 29 de junho,¹⁰³⁷ relativa à doação de órgãos ou tecidos humanos para transplantação, deve ser interpretada em sentido amplo: “riscos possíveis” significa que o dador deveria ser informado de *todos os riscos*, mesmo os *raros*, uma vez que aí não se verifica qualquer necessidade terapêutica para o doador. Nesse mesmo sentido, o art. 12.º do Protocolo Adicional à Convenção de Oviedo relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana confere especial atenção à necessidade e ao modo de informar o doador acerca dos riscos que este vai voluntariamente assumir.

ii) Ensaios clínicos de medicamentos

A norma constante da al. a) do n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 46/2004¹⁰³⁸ também nos parece pouco adequada. Com efeito, a informação deve ser o mais completa possível, dando-se conta de todos os riscos conhecidos, ainda que raros.¹⁰³⁹

iii) Esterilização pura

A esterilização pura ou não terapêutica, isto é, com meros propósitos de controlo da natalidade, apenas pode ser

tb. Kart STELLAMOR/ Johannes STEINER, *Handbuch des österreichischen Arztrechts*, I, Wien Manz, 1999, p. 113.

¹⁰³⁷ “O médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente.”

¹⁰³⁸ “Em entrevista prévia com o investigador ou um membro da equipa de investigação, lhe forem explicados, de modo completo e em linguagem adequada à sua capacidade de compreensão, os objectivos, *os riscos* e os inconvenientes do ensaio, bem como as condições em que este será realizado.”

¹⁰³⁹ Um caso relativo à responsabilidade penal em ensaios clínicos de medicamentos foi decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 18 de Dezembro de 2007 (Emídio Santos). Cf. as reflexões de Helena MONIZ, “A propósito do Acórdão da Relação de Lisboa de 18.12.2007,” *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2012, p. 179 ss.

praticada por pessoas maiores de 25 anos¹⁰⁴⁰ e após informação exaustiva dos riscos, incluindo o risco de insucesso, das consequências secundárias e das alternativas contracepcionais existentes.

Sobre esta matéria, merece análise o Ac. Relação de Lisboa, 23/10/2007 (Isabel Salgado). Tratou-se de um caso de laqueação de trompas que “não revelou ser eficaz no caso da Autora”, visto que esta acabou por engravidar “passados cinco meses sobre a intervenção”, tendo nascido uma criança do sexo feminino. Se é verdade que “o risco de sucesso da laqueação não é obviamente de 100%, nem tal foi assegurado à Autora”, não estamos seguros que a paciente tenha sido informada de que havia o *risco de insucesso* da cirurgia. Ou seja, não foi devidamente explorado, neste caso, o problema da insuficiência da informação prestada.

Por outro lado, o Ac. referido afirma: “a singularidade da situação da laqueação de trompas não se destinando a remover “um mal de saúde” da Autora, mas aplicar um método anticoncepcional definitivo afinal não alcançado, *dele não resultou qualquer dano de saúde para a paciente.*” Esta afirmação denota uma visão algo simplista do direito à integridade física e psíquica e obnubila o direito ao desenvolvimento da personalidade, em que se inclui a *autodeterminação sobre a maternidade*.

Não podemos subscrever estas afirmações. Em casos de falha na laqueação de trompas, o tribunal deve questionar a insuficiência da informação e lançar mão da doutrina do consentimento informado; por outro lado, engravidar de surpresa e contra o projeto de vida pessoal (cabalmente demonstrado por quem se submete a uma laqueação de trompas) deve ser considerado um dano atendível.

iv) *Cirurgia estética*

Segundo a *Cour de cassation*, “em matéria de atos médicos e cirúrgicos de natureza estética, a obrigação de informação deve abranger *não apenas os riscos graves da*

¹⁰⁴⁰ Art. 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março: “A esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma, bem como a identidade e a assinatura do médico solicitado a intervir.” Também esta norma nos parece pouco exigente ao nível do dever de informação.

intervenção, mas também todos os inconvenientes que daí possam resultar”.¹⁰⁴¹ Bilancetti fundamenta a necessidade de uma informação mais completa na cirurgia estética, relativamente à cirurgia curativa propriamente dita, no próprio aforismo hipocrático “*primum non nocere*”,¹⁰⁴² que corresponde na principiologia de Beauchamp e Childress ao princípio da *não-maleficência*. Em sentido contrário, Díaz-Regañon¹⁰⁴³ entende que não se deve diferenciar o regime do dever de informação em função da natureza terapêutica ou não terapêutica.

Temos entendido que o critério da necessidade de tratamento é co-determinante do *quantum* de informação a prestar, sendo aliás este aspecto e não o da natureza jurídica da obrigação (de meios ou de resultado) o que verdadeiramente

¹⁰⁴¹ *Cour de Cassation*, 17/2/1998, *apud* LELEU/ GENICOT, *Le droit médical...*, p. 65. No caso em análise a paciente tinha dificuldades de cicatrização e padecia de uma infecção subsequente a uma lipoaspiração abdominal, riscos que não haviam sido devidamente informados e pelos quais o médico deve responder de acordo com a teoria do consentimento informado.

Também a Jurisprudência alemã entende que quanto menos necessária e menos possibilidades de sucesso tiver uma dada operação, tanto maior é a exigência de fornecer uma informação detalhada (cf. GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht...* p. 126).

¹⁰⁴² BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padua, CEDAM, 1998.

¹⁰⁴³ DÍAZ-REGAÑON, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 1996.

distingue a cirurgia estética pura ¹⁰⁴⁴ das intervenções terapêuticas.¹⁰⁴⁵

v) *Medicina dentária*

A medicina dentária contém várias intervenções onde se justifica um dever de esclarecimento reforçado. Pensemos nas *intervenções não terapêuticas* (estéticas), nos tratamentos de longa duração, bem como nos cuidados que importem encargos financeiros extraordinários ou ainda nas intervenções de ortodôncia que exigem tratamentos que por vezes superam os 2 e os 3 anos de cuidados, de incómodos, de alteração na capacidade de falar, com consequências na autoestima e na imagem social, e que nem sempre gozam da certeza e previsibilidade desejada. Relembremos a área da implantologia, frequentemente onerosa, com riscos de insucesso e com efeitos secundários relevantes.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Para uma análise crítica, de matriz feminista, do hiperconsumo e a indução à procura da cirurgia estética, *vide* Kathryn P. MORGAN, “Women and the Knife: Cosmetic Surgery and the Colonization of Women’s Bodies”, *Hypatia* vol. 6, no. 3 Fall 1991, in Susan SHERWIN/Barbara PARISH, *Women, Medicine, Ethics and the Law*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 343 ss. A Autora deteta, numa análise foucaultiana, que o corpo da mulher é objeto de um processo de colonização pela tecnologia e pela cirurgia cosmética eletiva, o que pode levar à interrogação se este caminho conduz a uma libertação ou a mais opressão da mulher? Com efeito, trata-se de um mercado crescente, mas com graves riscos. Argumenta a Autora: “In the face of a growing market and demand for surgical interventions in women’s bodies that can and do result in infection, bleeding, embolisms, pulmonary edema, facial nerve injury, unfavourable scar formation, skin loss, blindness, crippling, and death our silence becomes a culpable one.” Pela nossa parte, afirmamos que, pelo menos, o cirurgião plástico que omite estes riscos tem um comportamento ilícito e culposo, devendo ser responsabilizado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados.

¹⁰⁴⁵ Na Áustria, o mesmo tipo de raciocínio jurídico tem vindo a ser seguido pelo OGH –unter Einbeziehung der Problematik des medizinischen nicht zwingenden Eingriffes (OGH, 13/10/2011, 1 Ob 202/11d); die höchstpers. Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes und Berücksichtigung der angemessenen Überlegungszeit des Patienten.

¹⁰⁴⁶ Nesse sentido afirma o art. 17.º do Código Deontológico dos Médicos Dentistas (Esclarecimento): 4 –*Quando possa ser administrado medicamento ou produto relacionado com o tratamento que não seja geralmente aceite ou reconhecido pela profissão, deve o médico dentista alertar o doente de tal facto.* E acrescenta o art. 18.º, relativo a *Métodos Arriscados*: “1 –Antes de optar por um método arriscado de diagnóstico ou terapêutica, o médico dentista deve obter, de preferência por escrito, o consentimento do doente, ou de seu representante legal, se for menor ou incapaz, ainda que temporariamente. 2 –É expressamente proibido ao

Todas estas áreas exigem um especial cumprimento do dever de esclarecer. O Médico Dentista deve estar atualizado e especializado e simultaneamente deter as competências humanas e profissionais para saber comunicar, explicar e esclarecer o seu paciente sobre os procedimentos médicos que apresenta ao doente, em vista à obtenção de um verdadeiro consentimento informado.

vi) A urgência

A necessidade também pode ser vista na perspectiva da urgência. Segundo este critério, quanto mais *urgente* for o tratamento, menos rigor deve ser exigido quanto à informação a revelar ao paciente.¹⁰⁴⁷ O art. 8.º da CDHBio admite, inclusivamente, que se leve a cabo a intervenção médica sem necessidade de obter o consentimento do paciente.¹⁰⁴⁸ Pelo contrário, no caso de *cirurgia eletiva*, o médico deve transmitir informações mais pormenorizadas, para que o paciente possa prestar um consentimento devidamente esclarecido.

33.3.2.2. Risco significativo em razão da sua frequência

Este critério afirma que quanto mais frequente for a realização do risco, mais se justifica a informação ao paciente dessa eventualidade. *A contrario*, quando a frequência de incidência do risco é baixa, a obrigação de informação pode ser atenuada.

A doutrina é unânime em reconhecer que os riscos frequentes, mesmo que de pouca gravidade, devem ser

médico dentista enganar a boa fé dos colegas ou dos doentes apresentando como comprovado e sem perigo um procedimento insuficientemente experimentado.”

¹⁰⁴⁷ É bastante expressiva a decisão da Audiência Provincial de Ávila (de 3-4-1998), ao assinalar que “em caso de conflito entre o dever de informação e a assistência ao paciente, deve prevalecer sempre este último por assim o exigir o princípio da proporcionalidade”. Tratava-se, neste caso, de uma histerectomia praticada perante uma perda de sangue puerperal intensa e tardia e incontrolável de outra forma. Cf. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 188, com indicações jurisprudenciais de Espanha, Itália e França.

Este critério é também claramente assumido pelo BGH (Tribunal Federal alemão) – cf. Pascal PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung – unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p 62.

¹⁰⁴⁸ Cf., no mesmo sentido, José FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidade Médica*³, Granada, Comares Editorial, 2000, p. 185.

informados. Pelo contrário, há uma forte discussão relativamente aos riscos raros ou excepcionais, mas de grande gravidade. Deste modo, neste aspecto não há ainda consenso na doutrina internacional. Por um lado, há dificuldade em definir o que seja um risco frequente; por outro lado, nem todos concordam que os riscos raros devam ser afastados do âmbito de informação exigida, quando estes sejam *graves*.

A frequência do risco não se deve avaliar em abstracto, antes em função do paciente concreto ou do seu grupo específico. Neste sentido, a melhor doutrina procura um *critério objectivo-concreto*: um critério puramente estatístico ou percentual não é suficiente na hora de decidir a informação a facilitar ao paciente, sendo preciso contemplar outra série importante de variáveis, tais como o estado do paciente, a competência do cirurgião, a qualidade do centro hospitalar e a especificidade do ato em si, ou seja, deve-se tomar em conta o que a doutrina chama de “*riscos especializados*”. Por exemplo, o médico deve ter em conta a especificidade dos doentes idosos e os seus riscos específicos. Assim, a informação devida não é propriamente a relativa aos riscos médios, nem mesmo do normal para o seu grupo etário, mas, quando possível, deve procurar fornecer uma informação especial para aquele doente concreto.¹⁰⁴⁹

33.3.2.3. Risco significativo em razão da sua gravidade

Segundo este critério, a gravidade de um risco, mesmo não frequente, conduz à obrigação da sua comunicação. Pelo contrário, os riscos menos graves podem, em certas circunstâncias, não ser informados.

A evolução da jurisprudência francesa é exemplificativa da pressão indemnizatória que se faz sentir através das ações de responsabilidade por violação do dever de esclarecer.

Tradicionalmente os tribunais franceses consideravam que o médico apenas devia informar o paciente dos riscos normalmente previsíveis da operação, ou os riscos sérios e habituais. Ou seja, dever-se-ia informar dos riscos *frequentes*,

¹⁰⁴⁹ Jens KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 96 e Theodor ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 90. Plasmando legalmente esta orientação, o art. 8.5 da *Ley 3/2001*, de 28 de maio, da Galiza, dispõe que a informação deverá incluir, entre outros aspectos, os riscos frequentes, os riscos pouco frequentes quando sejam de especial gravidade e estejam associados ao procedimento de acordo com o estado da ciência, e os *riscos personalizados* de acordo com a situação clínica do paciente.

graves e não graves. Quanto aos riscos raros, não se justificaria ‘incomodar’ o paciente com essa informação que o poderia ‘angustiar’.

No final dos anos 90, houve uma inversão dessa jurisprudência, decidindo que a não informação de *riscos graves, ainda que hipotéticos ou de frequência excepcionais*, merece a sanção do direito. A *Cour de cassation* acolheu este critério mais exigente,¹⁰⁵⁰ decidindo: “fora os casos de urgência, de impossibilidade ou de recusa do paciente a ser informado, um médico deve-lhe transmitir informação leal, clara e apropriada sobre os riscos graves relativos a intervenções e aos tratamentos propostos e *ele não está dispensado pelo simples facto de estes riscos só se realizarem excecionalmente*”.¹⁰⁵¹

O *Conseil d’État* adota a mesma tese, na decisão de 5 de janeiro de 2000, defendendo a necessidade de informar dos *riscos excepcionais* do tratamento. Afirma a alta jurisdição administrativa francesa que “quando o acto médico em causa, mesmo quando realizado de acordo com as *leges artis*, implique riscos conhecidos de falecimento ou de invalidez, o paciente deve estar informado em condições que permitam recolher o seu consentimento informado; contudo, esta informação não é requerida em caso de urgência, de impossibilidade e de recusa do paciente a ser informado; *a circunstância de os riscos só se realizarem excecionalmente, por si só, não dispensa os médicos da sua obrigação de informar*.”¹⁰⁵²

A responsabilidade médica por violação do dever de informação tornou-se, assim, muito importante,¹⁰⁵³ tendo começado a sentir-se uma forte carga indemnizatória, quer

¹⁰⁵⁰ Acórdãos da *Cour de Cassation* de de 27 de maio de 1998, de 7 de outubro de 1998, de 17 de dezembro 1998.

¹⁰⁵¹ Cf. Bérengère Legros, “Vers la disparition de l’indemnisation des préjudices nés suite à l’inexécution de l’obligation d’information médicale”, *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 6, p. 130.

¹⁰⁵² Cf. Louis Dubois, “Le devoir du patient à l’information: harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre”, *RDSS*, 36^e année, n.º 2 Avr.-juin 2000, p. 357-368.

¹⁰⁵³ Para uma visão crítica dos caminhos que a Jurisprudência francesa estava a trilhar, Cf. François Chabas, “L’obligation médicale d’information en danger”, *JCP*, n.º 11, 15 de mars 2000, p. 459-462, e GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 210.

sobre a clínica privada, quer sobre a medicina em hospitais públicos.¹⁰⁵⁴

Neste contexto, foi promulgada a lei francesa dos direitos dos pacientes, de 4 de março de 2002, dispondo que qualquer pessoa tem direito a ser informada sobre o seu estado de saúde, que essa informação deve abranger os diversos exames, tratamentos ou ações de prevenção que são propostos, a sua utilidade, a sua urgência eventual, as suas consequências, incluindo os *riscos frequentes* ou os *riscos graves normalmente previsíveis* (“*risques fréquents* ou *graves normalement prévisibles*”), assim como as alternativas possíveis e as consequências previsíveis em caso de recusa.

Aparentemente, a tese que o legislador quis sufragar só pretende censurar a omissão de informação dos *riscos frequentes* ou os *riscos graves normalmente previsíveis*. Ficariam assim excluídos do dever de informar os *riscos graves imprevisíveis*. Ou seja, o legislador teria querido afastar da obrigação de informação os *riscos graves mas raros* que a jurisprudência tinha vindo a exigir nos últimos anos. Todavia, não fica muito claro se os *riscos raros* (mas *normalement prévisibles*) estão excluídos. Na verdade, a jurisprudência francesa manteve-se fiel à sua compreensão ampla e continua a exigir o esclarecimento dos *riscos graves*, mesmo que excepcionais,¹⁰⁵⁵ embora a criação do sistema (mitigado) de compensação independentemente de culpa para os casos mais graves tenha retirado muita pressão sobre a doutrina do consentimento informado.

Por seu turno, na Alemanha tem-se considerado que o paciente tem o direito de ser informado *do risco mais grave* relativo à intervenção a que se vai submeter.¹⁰⁵⁶ Laufs defende

¹⁰⁵⁴ Cf. Olivier DUPUY, *L'information médicale...*, p. 93-105.

¹⁰⁵⁵ Sobre a evolução da doutrina e jurisprudência francesa após a lei de 4 de março, cf. Andrea PINNA, *Le nouveau droit français de l'obligation d'information sur les risques médicaux*. *Lex-Medicinae*, Ano 1, N.º 1, 2004.

¹⁰⁵⁶ Cf. Theodor ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen Des Betreuungsrechts in Der ärztlichen Praxis: Einwilligung, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Forschung*, Frankfurt am Main ; New York, P. Lang, 1997, p. 92; Christian GLATZ, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung: eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 265; Hermann SCHÜNEMANN, „Die Bedeutung des plausiblen Entscheidungskonfliktes des Patienten für den haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Gesundheitsschaden“, in T. RATAJCZAK/ Ch.-M.

que o médico deve informar os *riscos raros*, quando no caso de estes se verificarem a vida do paciente resulte gravemente prejudicada e apesar de serem raros, são *específicos daquela concreta intervenção*.¹⁰⁵⁷

Vejamos ainda outros critérios que se enquadram no âmbito da gravidade do risco:

i) *A perigosidade*

A doutrina afirma ainda que, quanto mais *perigosa* for uma intervenção, mais ampla deve ser a informação que se facilita ao paciente.¹⁰⁵⁸ Muito claramente assim, a Decisão da *Câmara Nacional Civil da República Argentina*, de 20/9/1985, afirmou que “quanto mais perigosa for a intervenção profissional, mais necessária é a advertência por parte do médico, que pode ser responsável na medida em que omitir ou atenuar os riscos da operação”.¹⁰⁵⁹

Também no direito norte-americano, “*the courts appear to believe that, as the probability or severity of risk increases, so does the responsibility to inform.*”¹⁰⁶⁰ Contudo, segundo o Tribunal da Cassação francês, o médico não tem a obrigação de

STEGERS (Schriftleitung), Risiko Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?, Berlin, Heidelberg, Springer, 2001, p. 71-82.

¹⁰⁵⁷ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch*, p. 513. Na dogmática germânica, entende-se que caso não se consiga provar a má prática médica, o paciente pode também pedir uma indemnização através de uma ação de consentimento informado. Com efeito, o médico tem o dever jurídico de informar o paciente sobre os riscos e consequências da intervenção; a intervenção médica constitui uma ofensa à integridade física que apenas o consentimento do paciente pode justificar. Condição prévia e essencial para um consentimento eficaz é que o paciente tenha sido devidamente informado. Acresce ainda que, no caso destas ações, o ónus da prova fica facilitado para o paciente relativamente ao que se passa nas ações de má prática médica. O que significa que a violação de dever de esclarecer tem importantes consequências no plano da responsabilidade médica na Alemanha.

¹⁰⁵⁸ Cf. Jens KUHLMANN, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, Frankfurt am Main, New York, Peter Lang, 1994, p. 95.

¹⁰⁵⁹ Apud GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 189.

¹⁰⁶⁰ Stanley PREISER/ Cyril WECHT/ Monty PREISLER, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, II, 1994, p. 357.

convencer o paciente do perigo do ato médico solicitado pelo paciente.¹⁰⁶¹

A *gravidade da doença* que afecta o paciente também deve influir na quantidade de informação a prestar ao paciente, de tal forma que quanto mais grave for a doença, maior deve ser a informação que se faculta ao doente. Em casos muito graves, como os de certas doenças oncológicas e cardiovasculares, a informação a prestar deve ser muito mais rigorosa. “Mesmo quando se utilize a psicologia na hora de informar o paciente, isso não pode, de modo algum, significar minimizar a realidade e o direito à autodeterminação do paciente”.¹⁰⁶² Olhando agora para o outro lado da moeda: pode ser-se menos rigoroso na prestação de informações “em relação a tratamentos de rotina: tratar um dente cariado ou ministrar uma injeção.”¹⁰⁶³

ii) *Novidade do tratamento*

Outro fator a avaliar é a *novidade* do tratamento, de tal forma que quanto mais recente seja um procedimento terapêutico ou diagnóstico (*neuartige Methoden*), maior rigor deverá presidir à informação a dar ao paciente.¹⁰⁶⁴

Este mesmo raciocínio deve valer para as chamadas *inovações terapêuticas*. Se é certo que o médico deve, regra geral, seguir os *standards* e os protocolos de atuação clínica, também é sabido que, por um lado, o avanço na medicina só se consegue com algum arrojo e investigação e, por outro lado, os pacientes podem apresentar patologias raras a exigir uma terapia específica (não estandardizada), para além de que, por vezes, esses mesmos protocolos estão desatualizados.¹⁰⁶⁵ Assim sendo, entendemos que a medicina não deve estar anquilosada

¹⁰⁶¹ Cass. Civ., 18/1/2000. Cf. Bérengère LEGROS, “Vers la disparition de l’indemnisation des préjudices nés suite à l’inexécution de l’obligation d’information médicale”, *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 6, p. 132.

¹⁰⁶² Tribunal Supremo espanhol, Sala 1ª, Acórdão de 2 de Outubro de 1997.

¹⁰⁶³ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, 1999, p. 400.

¹⁰⁶⁴ Cf. KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 96; DEUTSCH/SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 189; JUEN, *Arzthaftungsrecht*, p. 115.

¹⁰⁶⁵ Vide o caso decidido pelo *Hoge Raad* em que se condenou os médicos porque, tendo desrespeitado uma determinada diretiva não lograram fazer prova da ausência de culpa, explicado por VERMAAS, “Liability in Relation to the use of professional medical guidelines”, *Book of Proceedings*, I, World Association on Medical Law, Maastricht, 2002, p. 123 ss.

numa prática “hiperdefensiva”. Deve é exigir-se transparência e abertura, alcançadas através da intensificação, da maior exigência do dever de esclarecimento. Neste seguimento, concordamos com a solução preconizada pelo *Study Group on a European Civil Code* que defende um regime mais severo para os *tratamentos desnecessários* e para os *tratamentos experimentais*.¹⁰⁶⁶

É portanto evidente que não será de proibir de forma absoluta e peremptória toda e qualquer inovação terapêutica. A proteção do paciente deverá resultar, mais do que da doutrina da *malpractice (Behandlungsfehler)*, da teoria do *informed consent (Aufklärungsversäumnisse)*,¹⁰⁶⁷ ao exigir-se nesta sede uma informação exaustiva e cabal, condição imprescindível para que o paciente seja respeitado e compreendido como *pessoa humana*.¹⁰⁶⁸

iii) *Intervenções diagnósticas*

Alguns Autores entendem que se deve distinguir entre *intervenções terapêuticas e intervenções diagnósticas* na determinação do dever de esclarecer: quando a intervenção tenha uma finalidade meramente diagnóstica entende-se que o dever de informação deva ser mais amplo, já que o paciente se vai expor a *riscos* sem obter imediatamente benefícios terapêuticos.

Para Laufs, todavia, a maior exigência face às intervenções diagnósticas deve valer apenas nas intervenções diagnósticas sem fins terapêuticos (“*diagnostischen Eingriffen ohne therapeutische Eigenwert*”, nas palavras do BGH). Se a

¹⁰⁶⁶ BARENDRECHT et. al., *Service Contracts*, p. 853 ss.

¹⁰⁶⁷ Admitindo esta realidade no domínio da terapia genética somática, vide BOYD/ HIGGS/ PINCHING (Eds), *The New Dictionary of Medical Ethics*, *BMJ*, 1997, p. 108.

¹⁰⁶⁸ Cf. Mark PARASCANDOLA/ Jennifer HAWKINS/ Marion DANIS, “Patient Autonomy and the Challenge of Clinical Uncertainty”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number 3, September 2002, p. 245-264. Estudos empíricos mostram que os médicos sentem maior dificuldade em transmitir informação sobre tratamento cujo ‘índice de incerteza do resultado é maior, pois temem criar ansiedade adicional e quebrar a relação de confiança com os doentes’. Os Autores defendem, pelo contrário, que a efetiva revelação da informação, ainda quando inclua incerteza relativamente aos resultados do tratamento proposto, vai contribuir para um aumento da confiança do paciente no médico a longo prazo e que os pacientes sabem lidar com informação sobre incerteza. Defendem ainda que quanto maior for a incerteza, mais se deve reforçar o consentimento informado.

intervenção estiver orientada para o tratamento ou para a melhoria do estado de saúde e não apenas para fins meramente diagnósticos¹⁰⁶⁹, deve seguir-se o grau de exigência das intervenções terapêuticas.¹⁰⁷⁰

Julgamos que no caso de intervenções de diagnóstico se impõe um *dever reforçado de esclarecimento*. Com efeito, os efeitos secundários e os riscos de certos exames, análises e biopsias têm grande gravidade e mesmo havendo evidência estatística de que se justifica submeter as pessoas a certos procedimentos, devem ser os cidadãos a optar livre e conscientemente se desejam ou não essa invasão na sua integridade física.

33.3.2.4. Risco significativo em razão do comportamento do paciente

Este critério vem acentuar o carácter subjetivo-concreto do dever de esclarecimento. Assim, as características físicas do paciente podem influenciar a taxa de incidência de um determinado risco (obesidade, problemas cardíacos, antecedentes familiares, etc.). Também as suas condições e os seus hábitos de vida, privados e profissionais (tabagismo, qualidade de jovem pai, facto de exercer uma profissão artística, etc.). Enfim, a sua personalidade, o seu nível de compreensão, podem fazer variar a extensão da obrigação de informação dos riscos ou das modalidades deste. Por exemplo, se o paciente tiver uma formação médica ou uma longa experiência no tratamento em causa, poder-se-á atenuar a obrigação. Ora, na avaliação do risco significativo, isto é, o risco que deverá ser informado em razão da sua frequência e/ou gravidade, os fatores pessoais do paciente devem merecer a maior atenção por parte do médico.

Em relação à valoração das circunstâncias profissionais do indivíduo, alguns Autores estimam necessário informar os

¹⁰⁶⁹ Pense-se nos frequentes rastreios do cancro em pessoas saudáveis, que envolvem intervenções diagnósticas arriscadas. Cf. HOFFRAGE/ LINDSEY/ HERTWIG/ GIGERENZER, “Communicating Statistical Information, *Science*, vol. 290, 22 December 2000, p. 2260-2260; Gigerenzer/ Hoffrage/ Ebert, “AIDS counselling for low-risk clients”, *AIDS CARE* (1998), vol. 10. NO. 2, p. 197-211; Gigerenzer, “Ecological Intelligence an adaptation for Frequencies”, Cummins/ Allen (Eds.), *The Evolution of Mind*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 9-29; Hoffrage/ Gigerenzer, “Using Natural Frequencies to Improve Diagnostic Inferences, *Academic Medicine*, Vol. 73, No. 5/ May 1998, p. 538-540.

¹⁰⁷⁰ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 517.

riscos atípicos, quando estes afectem a capacidade profissional do paciente e este tenha feito saber ao médico o seu interesse por conhecer a possível alteração das suas capacidades laborais após a intervenção que se propõe realizar.

Outro critério aceite pela doutrina germânica – e que nós subscrevemos em nome do *princípio da verdade*, fundamento básico de toda a *confiança* – é o de que, quando o paciente coloca uma questão, o médico deve responder. Nestes casos, mesmo que o risco verificado seja muito raro, o médico será responsabilizado.¹⁰⁷¹

33.3.3. Posição adotada

Frequentemente, as ações de responsabilidade civil por violação do consentimento informado acompanham ou substituem uma pretensão no domínio da má-prática. Dada a extrema dificuldade de prova da negligência médica, orientar o processo com mira na responsabilidade pelo consentimento informado afigura-se, muitas vezes, mais fácil e mais eficaz. Sobretudo, se aceitarmos que o ónus da prova do consentimento informado impende sobre o médico.

Tudo isto nos coloca perante um problema de análise de custos-benefícios do regime do conteúdo do dever de informação. Se formos muito exigentes na determinação do esclarecimento devido, vamos permitir que mais algumas pessoas ganhem ações de responsabilidade médica, sendo assim ressarcidas dos danos causados pela violação do consentimento informado. Se, pelo contrário, formos mais cautelosos ou se pretendermos caminhar com passos mais seguros, poderemos defender uma cultura do respeito pelo novo papel do doente como protagonista da sua “biografia pessoal” (Dworkin), também na determinação dos cuidados de saúde que lhe dizem respeito, sem no entanto criar um clima de *kalte Krieg* entre médicos e juristas, ou o que seria ainda pior, entre médicos e pacientes!

Como vimos, o direito francês tem adotado uma visão muito ampla do conteúdo do dever de esclarecimento. Também a jurisprudência alemã, tendo em conta a proteção do direito à autodeterminação do paciente, bem como a função da violação do dever de esclarecimento, tem imposto, já desde há muitas décadas, um padrão muito elevado do dever de

¹⁰⁷¹ Cf. STELLAMOR/ STEINER, *Handbuch des Österreichischen Arztrechts*, p. 114 e LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch*, p. 538.

esclarecimento.¹⁰⁷² Em resposta a estas exigências jurisprudenciais, os médicos alemães muniram-se de um arsenal de formulários do consentimento informado e com uma boa documentação com vista a evitar ações de responsabilidade civil por violação do dever de informar.¹⁰⁷³

Noutros países estende-se o dever de informação aos *riscos excepcionais que possam influenciar a decisão do paciente*, e deixar claro que um risco é presumivelmente capaz de influenciar essa decisão se a sua materialização tivesse *graves efeitos* sobre o paciente.

Se aceitarmos que o médico está obrigado a informar de todos os riscos graves, mesmo que raros, estamos a defender uma solução que recusa todo o paternalismo e a colocar nas mãos do paciente toda a informação necessária para que este se autodetermine responsabilmente. Porém, este caminho da *hiperinformação* pode assumir algumas desvantagens:

Em primeiro lugar, para quem for mais sensível aos argumentos do paternalismo clínico, é verdade que se cria uma situação de angústia a todos os pacientes perante riscos que quase nunca se verificam. A *utilidade marginal* desta informação para a esmagadora maioria dos pacientes é, pois, baixíssima, sendo diretamente proporcional ao valor estatístico da verificação dos riscos.

Em segundo lugar, e este é um argumento mais valioso em termos de política jurídica, o crescimento da litigiosidade médica (e as ações de responsabilidade por violação do consentimento informado são cada vez mais importantes) cria o fenómeno da *medicina defensiva*: isto é, o médico antes de tomar uma medida terapêutica mune-se de um arsenal de meios complementares de diagnóstico, e antes de arriscar uma ousadia terapêutica vai medir cautelosamente as suas possibilidades de sucesso; o consentimento informado corre o risco de se transformar num calvário de extensos formulários prevendo todo e qualquer risco, ao invés de ser um momento de diálogo terapêutico que visa, a um tempo, criar um ambiente humano que favorece a própria relação médico-paciente e que permite o livre desenvolvimento da personalidade do paciente.

¹⁰⁷² RADAU, p. 3.

¹⁰⁷³ Erwin DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Springer, 1998, p. 74, mostra-se crítico face ao crescimento exponencial que a responsabilidade por violação do consentimento informado tem tido na Alemanha.

Assim, tudo ponderado, consideramos como sensatas as proposições normativas da lei belga e da lei espanhola nas quais se visa alcançar um razoável equilíbrio entre as diferentes perspectivas em sede de dever de esclarecimento sobre os riscos. O art. 8 §2 da Lei belga de agosto de 2002 impõe o dever de informar dos “riscos inerentes à intervenção e pertinentes para o paciente.” Por seu turno, o art. 10 da lei espanhola de novembro de 2002, estabelece “a obrigação de revelar os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais.”¹⁰⁷⁴

Os ensinamentos que podemos colher da experiência jurisprudencial e doutrinal estrangeira é a de que não se encontra uma resposta unívoca ao problema em análise. Podemos constatar que, durante os últimos 20 anos, houve uma evolução no sentido da proteção do consentimento informado e da autonomia do paciente.

Porém, alguns Autores têm assinalado que a hipertrofia do direito à informação está a criar um fenómeno de medicina defensiva, de burocratização da relação médico-paciente e de alguma desconfiança, ou mesmo crispação, entre médicos e pacientes que se deseja sejam parceiros na atividade médico-terapêutica.

Estamos em crer que imputar *a posteriori* indemnizações avultadas a um ou outro Autor de uma ação de responsabilidade médica por violação do dever de esclarecimento pode ter contribuído para uma efetivação dos direitos dos pacientes. Mas em alguns países está já a verificar-se uma fractura na relação clínica e, mediatamente, a prejudicar-se a correta alocação de recursos nos cuidados de saúde.¹⁰⁷⁵

O *princípio da justiça* impõe que a responsabilidade médica se mantenha dentro de níveis que visem a preservação dos *standards*, em termos técnicos e em termos deontológicos, mas que não se extravase para uma conflituosidade estéril que, em última análise, viole os princípios da justiça distributiva e prejudique os próprios pacientes.

¹⁰⁷⁴ Na jurisprudência espanhola posterior à lei de direitos dos pacientes, em cumprimento do mandamento legislativo, encontramos a aplicação de uma tese mais moderada ou cautelosa. O Tribunal Supremo e alguns tribunais provinciais têm vindo a considerar que o médico não tem o dever de prestar uma informação exhaustiva.

¹⁰⁷⁵ A Sociedade Alemã de Direito Médico defende uma moderação dos deveres de esclarecimento. Cf. LAUFS/UHLENBRUCK. *Handbuch*, p. 534.

O equilíbrio entre o direito ao esclarecimento sobre os riscos e a preservação da serenidade e da confiança no âmbito da relação médico-paciente deve analisar-se – aquando do julgamento em tribunal¹⁰⁷⁶ – em dois momentos, os quais todavia deverão verter-se numa solução unitária para o litígio em disputa. Por um lado, o juiz deverá atender aos cânones ou *topoi* acima referidos que auxiliarão a tomar a decisão casuisticamente mais adequada. Por outro lado, não deverá concluir automaticamente que no caso de a informação ter sido insuficiente, o médico deva responder por todas as consequências negativas da intervenção. Isso seria transformar a responsabilidade por violação do consentimento informado numa forma, algo camuflada, de criar responsabilidade objectiva pelo dano iatrogénico. Ora, tal opção, por um regime de *responsabilidade objectiva* pelos danos causados pela atividade médica, quando assumida em alguns ordenamentos jurídicos¹⁰⁷⁷ passou pelo crivo do legislador e importou uma decisão política estrutural.

Neste sentido, espelhando a tese apresentada, veja-se a redação do Projeto de Lei nº 413/XI/2.^a:

“Art. 2.º: n.º 4. A informação não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar.

5. A informação é tanto mais pormenorizada e extensa quanto menor for o intuito terapêutico da intervenção ou quanto mais graves forem os seus riscos.”

Trata-se de uma redação cautelosa e ponderada que visa um equilíbrio dinâmico entre os diversos critérios apresentados.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁶ Diferentemente, na concreta aplicação dos princípios analisados por parte do profissional de saúde, apenas a medida adequada da informação para o concreto paciente deve ser tomada em consideração.

¹⁰⁷⁷ Cf. *infra* Parte IV.

¹⁰⁷⁸ O *Anteprojecto do Código do Consumidor*, apresentado em 2006, pela COMISSÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR (*Código do Consumidor – Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Ministério da Economia, 2006), continha o art. 23.º sobre *riscos especiais*, com a seguinte redação: “1. Quando a utilização normal ou previsível de produtos ou serviços envolva riscos especiais para a saúde ou segurança, devem estes ser objecto de uma advertência explícita. 2. A *prestação de cuidados de saúde através de meios de diagnóstico ou de terapêutica que implique riscos para a saúde dos pacientes deve ser antecedida de informação adequada em ordem a assegurar um consentimento esclarecido*. 3. Nos casos mais graves, designadamente quando houver risco de vida ou de incapacidade permanente, esse consentimento deve ser *prestado por escrito*.” A ser

33.4. O Ónus da Prova da Prestação da Informação

Na maioria dos países de *Civil Law*, o ónus da prova da divulgação de informações recai sobre o médico; é o caso, por exemplo, na Áustria, Alemanha, França, Bélgica, Itália, Portugal e Espanha. Constituindo o tratamento uma violação à integridade física, só é justificada quando o consentimento válido for dado pelo paciente. É, portanto, o prestador de cuidados de saúde que tem de provar que as informações adequadas foram transmitidas ao paciente, para que ele pudesse dar um consentimento informado.¹⁰⁷⁹

Os tribunais alemães normalmente exigem prova testemunhal; nesta hipótese, podem ser chamadas testemunhas que tenham assistido ao concreto diálogo de esclarecimento (por exemplo médicos assistentes que assistam à prática clínica do médico mais graduado, enfermeiros, etc.). Outra possibilidade aceite pela jurisprudência, quando o médico não tenha testemunhas para o caso concreto (quer porque ninguém assistiu, quer porque não se recordam das medidas de esclarecimento de rotina), consiste em provar, *através do testemunho dos seus colegas e colaboradores*, que ele normalmente, na sua prática clínica, em operações daquele tipo, cumpre o dever de informar e de obter um consentimento esclarecido. Se forem violados os deveres de esclarecimento, o paciente pode gozar da presunção de que ele teria atuado de outro modo, caso tivesse sido devidamente esclarecido, isto é, teria optado por outra alternativa, teria aceitado a intervenção mais tarde ou noutras condições ou teria mesmo recusado o consentimento.¹⁰⁸⁰

Em França, a *lei de 4 de Março* prescreve que “em caso de litígio, compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova de que revelou a informação nos termos exigidos pela lei. Essa prova pode ser feita por qualquer modo.”¹⁰⁸¹ Pelo lado do médico, a jurisprudência francesa tem

vertido em forma Lei, tratar-se-ia de um contributo positivo para a regulação da matéria do consentimento informado na relação médico-paciente.

¹⁰⁷⁹ Herman NYS, *Report on medical liability in Council of Europe Member States. A comparative study and recommendations*, Council of Europe, Strasbourg, 21 March 2005 (CDCJ/docs 2005-3 e).

¹⁰⁸⁰ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶..., p. 205.

¹⁰⁸¹ Já antes a *Cour de cassation* havia seguido essa tese no *arrêt Hédreul* de fevereiro de 1997 – cf. Claude EVIN/ Bernard CHARLES/ Jean-Jacques DENIS, *Rapport sur le Projet de loi no 3258 relatif aux droits*

admitido que se lance mão da prova por presunções; “o recurso às presunções apresenta a vantagem de poder aplicar-se a todas as situações anteriores à inversão do ónus da prova e limitar, por esta via, as consequências que poderiam resultar excessivas.”¹⁰⁸²

Entre nós, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro¹⁰⁸³ fazem notar que “o juiz pode ter em conta na apreciação da prova as chamadas “presunções judiciais, simples ou de experiência” (artigos 349.º e 351.º CC), que são as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido, e que se inspiram nas “máximas da experiência, nos juízos de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana”. Esta prova por presunções está, segundo os Autores, muito próxima da *prima facie Beweis* germânica e da doutrina anglo-saxónica da *res ipsa loquitur*. Este raciocínio deve valer não só para os casos de erro médico, mas também para os litígios relativos ao consentimento informado. De forma mais específica, Sinde Monteiro (no seu ensino) entende que a prova do consentimento pode ser facilitada se se concluir que *no serviço em causa há certos procedimentos que não são respeitados*.

A consequência desta posição é que os médicos passam a ter interesse em dispensar a informação por escrito para pré-constituir a prova de que cumpriram a sua obrigação. Mas, mais do que a banalização do formulário, deve-se investir no cumprimento de outro dever legal: o de *registo das informações clínicas* e o *bom preenchimento do processo clínico*; este é o melhor meio de prova para os médicos.

A prova da falta de informação é ainda mais difícil do que a prova da ausência do consentimento. A orientação dominante é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

Com a assinatura de um formulário, os médicos e os hospitais pretendem afastar qualquer problema de

des malades et à la qualité du système de santé, Assemblée Nationale, Paris, 2001, p. 14.

¹⁰⁸² SARGOS, “Modalités, preuve et contenu de l’information que le médecin doit donner à son patient”, *Médecine et Droit*, 27, nov-dec, 1997, p. 1-3.

¹⁰⁸³ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

responsabilidade por violação do direito ao consentimento esclarecido. Assim, devem premiar-se os médicos que não recorram a este método, advogando-se que seja aceite como prova em tribunal o *processo clínico* do doente onde o médico vai tomando algumas notas sobre as conversas que tem com o doente, dispensando-se a apresentação do formulário assinado.

Os argumentos em favor desta opção são os seguintes: (1) a impossibilidade de provar um fato negativo (não ter sido informado); (2) o consentimento informado é uma causa de justificação para uma lesão da integridade física, assim, a parte que usa a defesa ou a causa de justificação deve provar todos os seus requisitos; (3) esta tese permite uma certa igualdade de armas no processo e igualdade na aplicação da lei. Vejamos:

Havendo violação do dever de esclarecimento, automaticamente o consentimento é ineficaz, e assim toda a intervenção médica é tida como ilícita. Basta, pois, a *alegação* por parte do paciente nesse sentido e o médico tem – como pré-condição da causa de justificação do consentimento¹⁰⁸⁴ – o ónus da prova de que esclareceu adequadamente o paciente.

Se o médico não conseguir provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, bem como os fracassos da intervenção, os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção.¹⁰⁸⁵

A doutrina portuguesa dominante concorda que o ónus da prova da existência de esclarecimento recai sobre o médico ou sobre a instituição de saúde. Entendem os Autores que o consentimento funciona como *causa de exclusão da ilicitude*, pelo que “*a prova dos factos impeditivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”, isto é, o ónus da prova do consentimento, como *causa excludora da ilicitude*, cabe ao médico (art. 342º, n.º 2 CC).¹⁰⁸⁶

Numa palavra, o consentimento é uma *causa de justificação*, e a informação adequada um pressuposto da sua validade; pelo que poderemos considerar o consentimento em

¹⁰⁸⁴ Cf. TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 289.

¹⁰⁸⁵ Cf. DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 214; LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch*, p. 507; e GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arztpflicht...*, p. 158.

¹⁰⁸⁶ Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p. 193 ss., FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 39, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 458 ss. e CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 221, nota 446.

termos probatórios como um *facto impeditivo*, daí resultando que, nos termos do art. 342º, n.º 2, a prova destes factos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, ao médico.

Por outro lado, a doutrina processualista ensina que a prova de factos negativos se trata de uma *prova diabólica*.

Tendo em conta o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do facto negativo, a *facilidade relativa da prova* para o médico (já que este é um perito e o paciente é um leigo¹⁰⁸⁷ e sobretudo o médico tem o “domínio do facto”, visto que pode organizar a consulta e os tempos) e os exemplos do direito estrangeiro, nomeadamente as recentes evoluções nos países latinos, entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Sousa que o *onus probandi* do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recai sobre o réu.

34. Dos bens jurídicos protegidos pelo consentimento informado

34.1. Direito Penal

De acordo com o art. 150º do Código Penal, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos não constituem, em princípio, *ofensas à integridade física*. Posto é que se verifiquem os seus requisitos, constituídos por dois elementos subjetivos — (a) que o *agente* seja um *médico ou outra pessoa legalmente autorizada*; e que este atue com (b) *finalidade terapêutica* – isto é, que os tratamentos sejam empreendidos com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental — e por dois elementos objectivos: (c) que a intervenção seja realizada por *indicação médica* e (d) com o respeito pelas *leges artis*, ou seja, que se trate de intervenções e tratamentos, que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*.¹⁰⁸⁸ Assim, a

¹⁰⁸⁷ TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 292. Revelando dados que demonstram a dificuldade de os doentes perceberem a informação que lhes é fornecida em formulários, vide Karin PRUTSCH, *Die Ärztliche Aufklärung*, 2. Auflage, Wien, WUV, 2004, p. 7 ss.

¹⁰⁸⁸ Cf. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, art. 150.º, p. 459 ss. Com a publicação da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (*Lei do*

intervenção médico-cirúrgica, realizada nos termos do art. 150º CP, não lesa o bem jurídico *integridade física*, antes constitui, quando realizada *sem* consentimento do paciente, um crime contra a *liberdade do paciente*, violando o seu direito à autodeterminação (art. 156º CP).¹⁰⁸⁹ “E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte.”¹⁰⁹⁰

Como ensina Costa Andrade, o regime jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos está consagrado nos artigos 150º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), 156º (*Intervenções e Tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*) e 157º (*Dever de esclarecimento*). “Neste regime entroncam dois enunciados fundamentais: em primeiro lugar, a proclamação da *atipicidade* das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de Ofensas Corporais e de Homicídio; em segundo lugar, a punição dos tratamentos arbitrários como um autónomo e específico *crime contra a liberdade*. Na síntese de Mezger: “as intervenções e tratamentos que correspondam ao exercício consciente da atividade médica não constituem quaisquer *ofensas corporais*, mas podem ser punidos como *tratamentos arbitrários*.” A lei portuguesa assumiu, de forma consciente, a solução doutrinal (de autores como Schmidt ou Engisch) que coloca a intervenção medicamente indicada e prosseguida segundo as *leges artis* fora da área de tutela típica das ofensas corporais e do homicídio”.¹⁰⁹¹ Pelo que, resumidamente, “a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das *leges artis*.”¹⁰⁹²

Por outro lado, já constituirão *ofensas à integridade física*, só podendo então a sua justificação derivar, se puder, da eventual relevância nos termos gerais de uma concreta causa de justificação, *maxime consentimento* do ofendido ou do estado de necessidade, situações como a extração de órgãos ou tecidos para transplantes, determinadas formas de esterilização, a experimentação médico-científica (pura), intervenções de

enquadramento das terapias não convencionais) foi alargada este regime penal especial aos profissionais dessas terapias.

¹⁰⁸⁹ Crime punível com pena de prisão até 3 anos.

¹⁰⁹⁰ COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 450.

¹⁰⁹¹ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, Art. 150.º, p. 461.

¹⁰⁹² COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, Art. 150.º, p. 461.

finalidade cosmética, entre outras. Para estas situações deveremos, pois, considerar o regime do consentimento do ofendido, nos termos dos artigos 38º e 149º do CP.

Em síntese, o bem jurídico protegido pelo direito penal português no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias (art. 156º CP) – e que corresponde à grande maioria das intervenções médicas – é a *liberdade*, como se confirma pela própria inserção sistemática deste tipo legal de crime (Capítulo IV, relativo aos “Crimes contra a Liberdade Pessoal”, do Título I, da Parte Especial do Código Penal).

34.2. Direito comparado

O bem jurídico civilmente tutelado deverá coincidir com a ordenação que o legislador penal realizou, ou pode a sua teleologia e índole própria aceitar ou mesmo impor uma solução diferente? Para responder a esta questão, importa agora analisar o direito alemão e austríaco, visto que foi nestas ordens jurídicas que se colocou em destaque a ideia do crime contra a liberdade (*Freiheitsdelikt*), e portanto, aí (sobretudo na Áustria, país onde a opção dogmática do *Freiheitsdelikt* primeiro ganhou foros de direito positivo) a doutrina e a jurisprudência tiveram de discernir até que ponto a opção político-criminal do legislador influirá na delimitação do âmbito de proteção juscivilístico do direito ao consentimento informado.

Se olharmos às experiências jurídicas do mundo anglo-saxónico¹⁰⁹³ ou de influência francesa,¹⁰⁹⁴ veremos que este

¹⁰⁹³ Como afirmam KENNEDI/ GRUBB, *Medical Law*, Third Edition, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, p. 575, “any intentional touching of a person without a lawful justification or without their consent amounts to the tort of *battery* and may also constitute a *criminal offence*.”

Nos EUA, em *Natanson v. Kline*, uma paciente que sofria de cancro do peito realizou radioterapia com cobalto radioativo. O tribunal afirmou que uma violação do dever de informar deve ser considerada uma prática profissional negligente (delito de *negligence*). Desviou-se da jurisprudência anterior que considerava que a violação do consentimento informado configurava o delito de *battery*.

Assim, na Inglaterra, e nos outros países da *Common Law*, em caso de intervenção arbitrária, o médico comete o delito de *battery* ou de *negligence*, consoante se esteja perante a *completa ausência de consentimento* ou perante um *consentimento inválido por falta da devida informação*.

¹⁰⁹⁴ O Código penal belga, por exemplo, incrimina as intervenções arbitrárias como “une atteinte à son intégrité physique” (artigos 398 a 400 para as ofensas corporais voluntárias e os artigos 418 a 420 para as ofensas

problema é pouco relevante, visto que na história do seu pensamento jurídico nunca se houve a preocupação de distinguir a ação de um faquista, da de um cirurgião.¹⁰⁹⁵

34.2.1. A tese das ‘Ofensas Corporais’ (*Körperverletzung*) do Supremo Tribunal Federal alemão

A jurisprudência alemã considera que qualquer intervenção médica, independentemente da sua indicação terapêutica e da sua conformidade com as *leges artis*, como uma *ofensa à integridade física*. E isto independentemente do resultado feliz ou infeliz da intervenção.¹⁰⁹⁶

Temos assim a realização de um tipo (delitual civil) [§823 Abs. 1 BGB – *Körperverletzung*], cuja ilicitude apenas poderá ser dirimida pela causa de justificação *consentimento* (expresso ou tácito) e o *consentimento presumido*. O esclarecimento, por seu turno, é um pressuposto de eficácia do consentimento.¹⁰⁹⁷

Todavia, vários Autores (Honsell, Weber-Steinhaus, Geilen, Schmidt, Brüggman) criticam esta concepção. Resumidamente, eles entendem que a ação médica não visa prejudicar, mas sim melhorar a condição física e tem fins curativos; por outro lado, a doutrina das ofensas corporais não toma em consideração o sentido e a finalidade social do exercício médico e dos seus efeitos, colocando o médico ao

corporais e os homicídios involuntários). Cf. LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 16.

¹⁰⁹⁵ Cf., desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 417 ss e 449 ss. que aplaude o ‘salto qualitativo’ – plasmado no nosso Código Penal) – e que fora proposto já por autores como Eberhardt Schmidt ou Engisch.

¹⁰⁹⁶ Assim, é jurisprudência constante, desde a decisão do Reichsgericht de 31 de Maio de 1884, que afirma: “jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Massnahme, tatbestandlich eine vorsätzliche Körperverletzung, und zwar gleichgültig, ob erfolgreich oder missglückt, kunstgerecht oder fehlerhaft.“ –*apud* Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 11. Cf. tb. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 424 ss.; Brigitte TAG, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und lex artis*, Springer, 2000, *passim* e KNAUER, “Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – Überzogene Anforderungen an den Arzt?”, in ROXIN / SCHROTH, *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, 2., überarbeitete Auflage, 2001; ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 27-28.

¹⁰⁹⁷ É, sem dúvida, a tese dominante na doutrina civilística alemã: cf. KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 8.

mesmo nível que o “faquista e o brigão” (Schmidt), para depois colocar o consentimento como salvador do médico face ao tribunal. Para alguns destes Autores, a causa de justificação seria a *intenção terapêutica* da intervenção médica e, por essa razão, a adequação social da prática médica (*Sozialadäquanz ärztlicher Berufsausübung*). Porém, esta perspetiva não protege devidamente a autonomia e a integridade física do paciente.

Esta doutrina – segundo Daniela Engljäringer – para além das insuficiências dogmáticas que lhe são apontadas, não toma em consideração as recentes transformações na concepção de intervenção médica. De facto, a medicina tradicional partia dos critérios essenciais: indicação médica e a intenção terapêutica. Mas hoje falta, muitas vezes, quer a *medizinische Indikation* quer a *Heiltendenz*. Basta pensar em todo o imenso campo da moderna medicina que vai desde as operações cosméticas, à terapia de substituição (no tratamento da toxicoddependência), passando pela IVG (sem indicação terapêutica), pela amniocentese, pelo diagnóstico pré-natal, a fertilização *in vitro*, até à medicina do desporto e tratamentos para aumentar as capacidades físicas, as transplantações e o transexualismo. No próprio domínio da experimentação, distinguimos entre a investigação terapêutica e a experimentação pura. Em suma, o desenvolvimento da medicina coloca o conceito de intervenção médica em questão. Assim, segundo a citada autora deve-se renunciar ao conceito de intervenção terapêutica e levar-se a cabo uma análise do ato médico com base em considerações puramente objetivas.¹⁰⁹⁸

Alguns Autores (Wiethölter, Laufs)¹⁰⁹⁹ defendiam que o ato médico sem consentimento apenas viola um direito de personalidade (*Persönlichkeitsrecht*). Consequentemente, não haveria lugar a uma indemnização pelos danos materiais, mas apenas uma compensação por danos morais (*Schmerzensgeld*), uma satisfação, por violação do direito à autodeterminação (*Selbstbestimmungsrechts*).

Atualmente, Laufs e Uhlenbruck consideram que o consentimento informado visa “proteger a *liberdade* do paciente de decidir sobre a sua *integridade física*”.¹¹⁰⁰ Deste modo, a intervenção médica, tecnicamente correta, mas arbitrária (por violação do dever de esclarecimento) lesa a *autonomia* e a *integridade física* do paciente. O médico

¹⁰⁹⁸ ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 75.

¹⁰⁹⁹ Cf. DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 213.

¹¹⁰⁰ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, p. 500.

responde pelas complicações da intervenção, bem com pelas consequências patrimoniais. Se a intervenção arbitrária não tiver consequências negativas, então apenas haverá lugar a uma indemnização por *danos morais*, caso se verifiquem os fundamentos para isso.

Com Deutsch, podemos afirmar que, para a responsabilidade civil, são protegidos bens jurídicos como a *integridade física*,¹¹⁰¹ a *saúde* e a *liberdade*, encontrando-se estes bens jurídicos à disposição do seu titular. Assim, em caso de intervenção médica arbitrária (sem consentimento esclarecido) são violados esses bens jurídicos (*a integridade física, a saúde e a liberdade*) e não apenas o direito de personalidade liberdade ou autodeterminação.¹¹⁰²

34.2.2. O Direito austríaco

Em primeiro lugar, a análise deste ordenamento jurídico é muito importante para nós, enquanto ferramenta de direito comparado, visto que o legislador penal deste país teve a mesma opção político-criminal que o português. Na verdade, nos termos do § 110, 1 do Código Penal austríaco, as intervenções médico cirúrgicas arbitrárias (*Eigenmächtige Heilbehandlung*) constituem um crime contra a liberdade e não um crime contra a integridade física.

Para a doutrina penal dominante, a intervenção, com indicação médica e de acordo com as *leges artis*, não preenche o tipo de ofensas à integridade física mesmo que careça do consentimento do paciente. Esta perspectiva é defendida mesmo quando há uma perda importante, substancial (por exemplo: uma amputação) ou quando a operação não é bem sucedida. Negam a tipicidade de ofensas corporais porque a atividade médica não tem um carácter de comportamento social perigoso e inadequado; a intervenção arbitrária viola, porém, o §110, 1 StGB que protege a autodeterminação do paciente.

¹¹⁰¹ DEUTSCH, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs”, *NJW* 1965, p. 1989, veio pôr a nu a necessidade, para efeitos de responsabilidade civil, de considerar a intervenção médica arbitrária como ofendendo o tipo de ofensas corporais (*Körperverletzungstatbestand*). DEUTSCH defendia, então, a chamada *Transparenztheorie*, segundo a qual as intervenções médicas lesam em primeira linha a liberdade de decisão do paciente, mas esta expressão do direito geral de personalidade é transparente: por detrás dela, surge a intervenção no corpo e na saúde, em cujo âmbito de proteção se encontram os danos patrimoniais e os danos imateriais.

¹¹⁰² DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 214.

Tal como vimos para o direito português, quando haja violação negligente das *leges artis*, aplicam-se os crimes de ofensa corporal (§88 ofensas corporais negligentes e §80 homicídio negligente). Distingue-se entre intervenções terapêuticas de outras intervenções médicas (por exemplo: operações cosméticas, colheita de órgãos e de sangue, investigação pura). Estas intervenções preenchem o tipo de ofensas corporais e são justificáveis pelo consentimento.

Ora, apesar dos dados normativos do Código Penal, a opinião dominante dos juscivilistas austríacos é a de que as intervenções médicas que prejudiquem a saúde do doente constituem *ofensas à integridade física* (aplicando-se o §1325 ABGB). Esta tese (*Körperverletzungstatbestand*) vale, não só quando se verifica má prática (*Kunstfehler*), isto é, a intervenção carecia de indicação médica ou o médico violou as *leges artis*, atuando negligentemente, mas também face a quaisquer operações ou intervenções que respeitem as regras da medicina, e que causem (fruto do risco inerente à atividade médica) um *agravamento do estado de saúde do paciente*. O consentimento exclui, porém, a ilicitude do comportamento e conseqüentemente não será imputada a responsabilidade ao médico.¹¹⁰³

Para que o consentimento seja eficaz, o médico deve informar devidamente o paciente sobre a doença, a intervenção médica e os seus riscos, bem como os possíveis métodos alternativos. Se o médico omitir este dever de esclarecimento, deve responder pelas conseqüências desvantajosas que resultem da intervenção (apesar de esta ser, no plano das *leges artis*, irrepreensível).

Tradicionalmente, a jurisprudência fundamentava a responsabilidade no §110 do Código Penal, entendendo esta norma como disposição legal de proteção.¹¹⁰⁴ Ao contrário da

¹¹⁰³ KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, II², p. 120; KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, Wien-New York, Springer, 1999, p. 119 ss; REISCHAUER in RUMMEL, ABGB², §1299, Rz 23a e 23b; entre outros: Cf. BARTH, *Die Einwilligung...*, cit., p. 25.

¹¹⁰⁴ Norma semelhante ao nosso art. 156º do CP. A verdade porém é que com o amplo reconhecimento do *direito geral de personalidade*, o jurista português, quando se trata de danos a pessoas, nem costuma considerar as normas de proteção do Código Penal (Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Informações ou Recomendações*, p. 237). Todavia, também na primeira modalidade de ilicitude devemos fazer o esforço dogmático de encontrar os deveres de conduta, cuja violação gera ilicitude. Ora, na definição dos contornos desses mesmos deveres de conduta parece-nos que os tipos legais de crime (contra

alemã, a jurisprudência austríaca tradicional entendia que a intervenção médica não daria origem automaticamente, de plano, a uma ofensa corporal. *Ela poderia conduzir a isso, caso o resultado da intervenção fosse negativo.* As consequências danosas da intervenção médica seriam ilícitas porque violariam o Código Penal (§110 I StGB). O médico responderia por violação desta norma de protecção (§ 1311 ABGB, segunda modalidade de ilicitude) pelos danos causados pela intervenção.

Todavia, recentemente, o OGH passou a sustentar que *todas* as intervenções médicas que impliquem uma violação da integridade física configuram o *Tatbestand* de ofensas corporais (§1325 ABGB), que pode ser justificado através do consentimento. No caso de haver uma relação contratual, pode-se fundamentar uma pretensão indemnizatória por violação do dever contratual de informar. Preenchem o tipo de ofensas corporais (§1325 ABGB) as intervenções médicas invasivas (*invasive ärztliche Behandlungen*), incluindo as violações da integridade física, os tratamentos sem intervenção física mas que causam dor, tratamentos medicamentosos que causam efeitos secundários negativos.¹¹⁰⁵

as pessoas) poderão ajudar o intérprete. Dizemos, ajudar e não delimitar ou definir, visto que, por um lado, o Direito Penal está sujeito ao estrito princípio da tipicidade (enquanto expressão do princípio da legalidade criminal), por outro lado, é característica mesma deste ramo do direito o seu carácter de *ultima ratio*, o respeito pelo *princípio da necessidade* (art. 18º CRP) e a sua *fragmentariedade*. Fragmentariedade de primeiro e segundo grau, significando aquele que o direito penal só protege alguns bens jurídicos e o último, que só protege esses escolhidos bens jurídicos face a certo tipo de agressões (*vide*, sobre estes conceitos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Questões Fundamentais*, 1996).

O direito civil é, pois, mais maleável, sendo, neste caso, mais complexo ao nível do bem jurídico. Ao contrário da fragmentariedade da ilicitude penal, a civil é elástica, visto que, tratando-se de sopesar os danos da vida em sociedade, estes recairão sempre sobre alguém em concreto, ou o lesante ou o lesado, sendo tarefa da responsabilidade civil definir sobre quem estes deverão impender.

¹¹⁰⁵ No conceito de ofensas corporais (para o direito civil) o OGH inclui: (1) a perturbação ou afectação da saúde *física* (uma operação provoca uma ferida, que é necessariamente uma modificação negativa e com toda a certeza causará dores, de modo que mesmo perante intervenções bem sucedidas pode haver danos (*Gefühlsschaden*)), ou *psíquica* ou da *incolumidade* pessoal; (2) danos interiores, perturbações nervosas, doenças mentais, neuroses, estados de choque; (3) tratamentos medicamentosos para regular o metabolismo ou para a esfera psíquica; (4) alívio de dores físicas. Não se qualificam como ofensas corporais as simples impressões psicológicas, infelicidade ou mal-estar.

Ernst Karner entende que uma intervenção arbitrária é uma eminente violação da liberdade de decidir e assim uma grave lesão da personalidade do paciente; contudo, não lhe parece contraditório, nos casos de intervenções médicas invasivas, considerar também uma *ofensa corporal*, porque na realidade houve uma intromissão da *incolumidade pessoal*. Ofensa corporal e lesão da saúde que não ficam excluídos no caso de a intervenção ter sido bem sucedida.¹¹⁰⁶ O Autor austríaco procura lugares paralelos na ordem jurídica e explica que também uma alteração favorável numa coisa alheia constitui uma violação do direito de propriedade, se foi realizada sem autorização do proprietário.¹¹⁰⁷

Na verdade, entende-se que, no direito civil, se distinguem os interesses da integridade (*Integritätsinteresse*) e a liberdade de disposição (*Dispositionsfreiheit*) daquele a quem o bem jurídico foi atribuído. Neste sentido, veja-se no direito português, o art. 1306º e o regime do enriquecimento sem causa do art. 473º ss. CC, onde se aceita a doutrina da afectação ou da destinação (*Zuweisungslehre*) dos bens absolutamente protegidos¹¹⁰⁸. “A infracção da liberdade de disposição do titular é uma infracção da ordenação absoluta dos bens jurídicos e desse modo uma violação do próprio direito.”¹¹⁰⁹ Assim, temos uma intervenção arbitrária, mesmo quando não se afecta o interesse da integridade do titular, mas se realiza uma violação da ordenação dos bens jurídicos. Portanto, uma intervenção médica, não consentida, com resultados favoráveis deve ser qualificada como uma *Körperverletzung*.

Contra isto, não se invoque que o âmbito de protecção da norma do §110, 1 Código penal austríaco apenas protege o direito à autodeterminação, e não a integridade física. É que a integridade física é protegida como direito absoluto (primeira modalidade de ilicitude, § 1325 AGBG), havendo uma proibição geral de agressão, pelo que não é necessário recorrer à norma penal.

Na perspectiva civil, portanto, – diferentemente da perspectiva fragmentária do direito penal – a violação do

¹¹⁰⁶ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, p. 119.

¹¹⁰⁷ KOZIOL, *Haftpflichtrecht*, Band II (1984), p. 120 e KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 119.

¹¹⁰⁸ RUI de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 187; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 453; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, 1970.

¹¹⁰⁹ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

interesse de disposição através de uma lesão do direito absolutamente protegido à integridade física constitui uma violação desse próprio direito. Se seguirmos esta teoria, o conceito de ofensas corporais em direito civil afasta-se significativamente da perspectiva penal. E isto é algo que não deve causar surpresa; de facto, o conceito criminal de ofensas à integridade física é mais restrito que o civil. Assim, pequenas ofensas como cortar o cabelo, atingir alguém com água ou xarope, destruição de um penteado artístico, dar uma leve bofetada, causar uma nódoa negra ou mesmo uma pequena perda de sangue (podem) não ser consideradas ofensas corporais para o direito penal:¹¹¹⁰ “a ofensa ao corpo não poderá ser insignificante”.¹¹¹¹

Voltando aos exemplos de direito patrimonial: no caso de se realizarem melhoramentos em coisa alheia, contra a vontade do titular, esta ação é civilmente ilícita, por violação da liberdade de disposição do direito de propriedade. Mas, criminalmente, não há crime de dano, já que este pressupõe destruição, danificação.¹¹¹² Costa Andrade aponta vários casos em que o Direito Penal não intervém. Para além do clássico critério – resultante da exigência de dignidade penal, expressão do seu carácter de *ultima ratio* – de *minimus non curat pretor*, apresenta o caso de ‘soltar o pássaro da gaiola’ que, na sua interpretação, não constitui crime de dano, advogando igual juízo, à luz do direito português, para os referidos casos de “reparações arbitrárias”, isto é, em que se melhoram ou reforçam a utilidade funcional das coisas.¹¹¹³

Em conclusão, no ordenamento jurídico onde o legislador penal optou pela tese do *Freiheitsdelikt*, a doutrina e a jurisprudência entendem que, para efeitos de Direito Civil, a intervenção médico-cirúrgica arbitrária configura uma violação do direito à integridade física.

¹¹¹⁰ Ernst KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 120.

¹¹¹¹ Paula FARIA, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, 2012, p. 309, “A apreciação da gravidade da lesão não se deve deixar fundar em motivos e pontos de vista pessoais do ofendido, necessariamente subjetivos e arbitrários, antes deverá partir de critérios objectivos se bem que não perdendo totalmente de vista factores individuais.”

¹¹¹² Em Portugal, rege o art. 212 (Dano), n.º1: “Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, é punido...”

¹¹¹³ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, II, p. 211, 218 e 219.

34.3. Bens jurídicos protegidos pelo Direito Civil e danos ressarcíveis

Em primeiro lugar, se o paciente *consentiu* (tendo sido previamente devidamente informado) só há lugar a indemnização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte. O consentimento válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que esta seja realizada diligentemente.

Se a intervenção médica for *arbitrária*, porque não se obteve consentimento ou se obteve um consentimento viciado (por falta de informação adequada), devemos distinguir duas situações: na primeira, verifica-se uma intervenção médica sem consentimento (ou com consentimento viciado), mas sem quaisquer danos (corporais), ou seja, sem qualquer agravamento do estado de saúde do paciente; na segunda, a intervenção é arbitrária e não obteve êxito, ou verificaram-se riscos próprios da operação, ou provocou consequências laterais desvantajosas.

34.3.1. Intervenção médica sem consentimento mas sem quaisquer danos para o doente.

A doutrina portuguesa entende que este tipo de condutas deve ser civilmente censurado. Os bens jurídicos tutelados são o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade, logo os danos ressarcíveis são não só os que resultam da violação da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos e a lesão da incolumidade pessoal.

Orlando de Carvalho, seguido por Capelo de Sousa, afirmam que, se em termos penais, não haverá crime de ofensas corporais mas um crime contra a liberdade das pessoas, já no plano civil, dada a abertura do art. 70º há uma *violação corporal*, “com lesão da incolumidade pessoal (*noli me tangere*) a par da infração ao *direito de autodeterminação ou liberdade de decisão*, abrangendo os danos, não apenas a lesão da liberdade de vontade, mas também as dores, os incómodos físico-psíquicos e os riscos sofridos pelo paciente.”¹¹⁴

¹¹⁴ Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 193: “Decerto que, se a saúde não piorou, mas melhorou, o dano parece reduzir-se apenas à falta de consentimento e, logo, à simples lesão da liberdade da vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa.” Cf. ainda CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 219, nota 440.

Assim, a doutrina aceita que o dano moral resultante da intervenção arbitrária merece a tutela do direito. Neste sentido, Guilherme de Oliveira afirma que, independentemente da alteração para melhor ou para pior do estado de saúde do doente, haverá a lesão de um direito de personalidade, o *direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde*, pelo que o médico poderá ser responsabilizado nos termos dos artigos 70º, n.º 2 e 483º CC, pagando uma indemnização pelos danos não patrimoniais que causar.¹¹¹⁵

Também, em Espanha, o Tribunal Supremo identifica um dano na violação do direito a ser informado: “esta situação de inconsciência provocada pela falta de informação imputável à Administração... supõe em si mesma um *dano moral grave*, distinto do dano corporal derivado da intervenção”.¹¹¹⁶

Se o que vai dito é válido como tese geral, pensamos que devemos precisar o modo de *cálculo* do dano indemnizável com mais rigor. Ernst Karner entende que, se o estado de saúde melhorou mas foi necessário efetuar uma *intervenção invasiva*, estamos perante uma ofensa corporal e, logo, haverá *direito a uma indemnização*.¹¹¹⁷ O paciente, tendo-lhe sido negada informação suficiente, não teria que suportar a intervenção e assim não tem que sofrer os efeitos laterais. Todavia, se houve uma melhoria geral do estado de saúde, na determinação do dano indemnizável, não devemos abstrair desse facto. Assim, as dores e tristezas causadas pela intervenção devem ser *ponderadas* com as dores e sentimentos de infelicidade que o paciente sofreria se não se realizasse a operação – deve-se realizar uma ponderação dos danos (*Vorteilsausgleichung*).

Esta ponderação de danos apenas deve envolver *danos imateriais*. Pelo que, não devem ser ponderados os danos patrimoniais virtuais, como, por exemplo, o facto de a pessoa poder ter ficado impossibilitada de trabalhar se não tivesse sido operada; mas isto não leva a que se exclua o *prazer* de a pessoa se sentir em *melhores condições de vida* porque, por exemplo, está capaz de trabalhar. Ora, após esta ponderação de danos,

Também DEUTSCH, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs”, *NJW* 1965, p. 1988, faz apelo ao conceito de “körperliche Unversehrtheit”.

¹¹¹⁵ Guilherme de OLIVEIRA, *Temas...*, p. 99.

¹¹¹⁶ Decisão da Sala 3ª do Tribunal Supremo, de 4 de Abril de 2000.

¹¹¹⁷ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 121. É esta a opinião dominante da doutrina e jurisprudência civil austríaca: Cf. BARTH, *Die Einwilligung...*, *cit.*, p. 25, nota 88.

poderá *não* haverá lugar a indemnização.¹¹¹⁸

Todavia, em alguns casos, apesar da melhoria de saúde da paciente, a *intervenção arbitrária foi tão grave* que justifica uma indemnização pelos danos morais. Assim acontecerá, *v.g.*, no caso de uma histerectomia que, embora eliminando um risco de cancro, causou comprovadamente danos morais gravíssimos à mulher; ou seja, se se provar que a mulher nunca teria consentido e que padece de graves sofrimentos morais, nomeadamente, o facto de nutrir o sentimento de ter menos valor enquanto mulher, então merece direito a uma compensação com base na intervenção arbitrária,¹¹¹⁹ , ou mesmo, na nossa opinião, se o paciente foi lesado do esclarecimento acerca de alternativas, com violação de um autêntico “*informed choice*” ou escolha esclarecida.

Concluindo, embora seja de admitir, em tese, a ressarcibilidade dos danos morais causados por uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária tecnicamente bem sucedida, isto é, sem consequências desvantajosas para a saúde do paciente, parece impôr-se levar a cabo, no juízo decisório sobre o montante dos danos a ressarcir, uma *ponderação de custos-benefícios*, que poderá conduzir a que, em muitas situações, o lesado não receba compensações. Neste sentido, aponta o art. 496º, n.º4, conjugado com o art. 494º CC, já que a compensação por danos não patrimoniais deve ser fixada *equitativamente*, tendo em conta as situações do caso. Por outro lado, o art. 566º, n.º 2, apela a que o juiz pondere a diferença entre a situação (atual) do lesado e a que este teria se não se tivesse verificado o facto ilícito, norma que, embora literalmente redigida para os casos de danos patrimoniais, se poderá aplicar, ao menos por analogia, à questão em análise.

Poder-se-á objetar que com tal doutrina se desconsidera o carácter *sancionatório* da responsabilidade civil; ao que respondemos que tal argumento seria verdadeiro se postergássemos absolutamente a possibilidade de se exigir uma

¹¹¹⁸ Também SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 273, entende que, em regra, verificar-se-á uma *compensatio lucro cum damno* que exclui qualquer pretensão indemnizatória.

¹¹¹⁹ KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122.

Deveremos acrescentar aos casos de intervenções invasivas, os casos de violação do *consentimento para investigar* (*v.g.*, análises do HIV, testes genéticos predizentes), embora, neste caso, em rigor, já estejamos a trabalhar com um *Tatbestand* diferente: teremos ou um delito contra a privacidade, ou contra o direito a não saber, ou contra o direito à autodeterminação informacional dos dados de saúde.

compensação por danos não patrimoniais, ou se só o admitíssemos em casos muito extremos.¹¹²⁰

34.3.2. A intervenção ou tratamento foi realizada sem prévio consentimento e não obteve êxito ou provocou consequências laterais desvantajosas.

“Se considerarmos estar-se em face de uma lesão corporal, da violação do direito à integridade física, então (art. 483º, nº 1) não suscita dúvidas a reparação do prejuízo económico, em especial das despesas com novo tratamento ou intervenção e da diminuição da capacidade de trabalho. Mas outra – escreve Sinde Monteiro – parece dever ser a solução se entendermos ter sido apenas violado o direito geral de personalidade (art. 70º) do doente, e sua liberdade de determinação; então em coerência com este *Tatbestand*, parece que apenas haverá lugar para uma compensação pelo dano moral.”¹¹²¹

Como vimos, foi a segunda a perspectiva adotada pelo legislador do Código Penal (artigos 150º e 156º CP). Se seguirmos no direito civil a ordenação dos bens jurídicos operada pelo legislador penal, então teremos apenas uma violação de um direito de personalidade e daí “resulta a exclusão do dano patrimonial do âmbito de proteção material da norma.”¹¹²²

Poderemos, porém, com Orlando de Carvalho, ver as coisas de outra perspectiva: “estas soluções do Direito Penal não podem ser transpostas sem mais para o campo da

¹¹²⁰ Note-se que KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden...*, p. 122, segue uma orientação mais restritiva do que a que aqui é defendida.

De jure condito, não me parece defensável que haja um dano *a se*, ou um “general damage” a merecer uma indemnização ainda que simbólica, ou enveredar pelo caminho dos “punitive damages”. Cf. Sobre estas figuras WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, II Edition by W.V.H. ROGERS, London, Sweet & Maxwell, 1979, p. 597-598 (“General damage is damage which will be presumed”) e p. 592ss. Actualmente, no direito inglês o seu âmbito de aplicação dos *punitive damages* é extremamente reduzido. Mantém-se como categoria geral no direito norte-americano.

¹¹²¹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, 1990, p. 273. Pense-se no absurdo que isso poderia significar no caso de uma intervenção cirúrgica mal sucedida, e sem consentimento, ao joelho do melhor jogador de futebol do mundo: privá-lo de exigir uma indemnização pelos danos patrimoniais que tal intervenção lhe causou!

¹¹²² SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 275.

responsabilidade civil”.¹¹²³ Assim, seguindo a opinião de Sinde Monteiro, “entendemos ser legítimo pensar que o esclarecimento e o consentimento do doente não são exigidos apenas por motivos éticos, mas também para que ele possa decidir autoresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial. (...) A ser assim, a entender-se que *o prejuízo patrimonial deve ser incluído no âmbito material de proteção*, tem de se recorrer à qualificação da intervenção não autorizada como ofensa corporal (art. 483º, n.º 1).”¹¹²⁴

Como afirma Zimmermann, “O nexó de ilicitude entre a violação do direito à autodeterminação e as lesões corporais resultantes da intervenção médica, só pode ser afirmado por quem aceite que o bem jurídico protegido é a *liberdade de decisão do paciente e a integridade física e moral*.”¹¹²⁵

Depois da análise efetuada da doutrina e jurisprudência austríaca, parece que se reúnem os argumentos para responder convictamente pela afirmativa perante esta última solução. Sobretudo, porque não estamos presos à norma do art. 156º do CP. Acrescentaria, aliás, que não estamos a trabalhar ao nível da segunda modalidade de ilicitude, mas sim a construir um *Tabestand* autónomo, especificamente civil, e que se enquadra no art. 70º, n.º1 e no art. 483º, n.º1, primeira parte (primeira modalidade de ilicitude). Os bens jurídicos protegidos por esse tipo são, na minha opinião, a *liberdade e a integridade física e moral*.¹¹²⁶

Aliás, mesmo no campo da mais prestigiada doutrina penal portuguesa, começam a surgir interrogações relativamente à pureza do sistema do crime contra a liberdade. Questiona Figueiredo Dias: “Mas pode perguntar-se se não terá ido longe demais, ao negar pura e simplesmente relevância típica à falta de consentimento para a qualificação de toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica como ofensa corporal. Usando do critério exposto, poderá dizer-se que a amputação, *sem consentimento*, de uma perna do melhor futebolista do mundo ou de uma mão da melhor pianista – mesmo que

¹¹²³ Orlando de CARVALHO, *TGDC*, p. 191.

¹¹²⁴ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p. 276.

¹¹²⁵ Theodor ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, Einwilligung, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Forschung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, p. 48

¹¹²⁶ Já neste sentido, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, p 276, nota 342.

medicamente corretas – só contende com a autorealização dos pacientes e não representa uma definitiva “perda” a nível do sistema social?”¹¹²⁷

Em suma: serão assim ressarcíveis não só os *danos não patrimoniais* causados pela violação do seu *direito à autodeterminação e à liberdade*, mas também por violação da sua *integridade física* (e, eventualmente, da *vida*) (arts. 70º e 483º CC), bem como os *danos patrimoniais* derivados do agravamento do estado de saúde.

Em síntese, uma intervenção médica sem consentimento ou com um consentimento viciado com informação insuficiente ou sem a liberdade de decisão exigível configura um ato ilícito, uma ofensa à integridade física e o (paciente) lesado tem legitimidade para exigir uma indemnização pelos danos patrimoniais e uma compensação pelos danos não patrimoniais, incluindo as lesões corporais e a ofensa à sua integridade moral.¹¹²⁸ Assim sendo, o montante das indemnizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão elevado como os casos de negligência médica.

35. Imputação do resultado à conduta e violação do dever de informar (ponto de ordem)

Qualquer intervenção médica ou médico-cirúrgica é considerada como uma ofensa sobre a integridade física do paciente. Sem a informação apropriada, não existe um consentimento válido do paciente para o tratamento. Por outro lado, a mera assinatura de um documento escrito em si não é prova suficiente de informações adequadas (embora reforce a

¹¹²⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal*, 2001, p. 262. Ora, transponha-se este exemplo extremo de FIGUEIREDO DIAS para o direito civil e veja-se o absurdo, já há pouco apontado, que seria deixar fora do âmbito de tutela do instituto do consentimento informado o direito à integridade física e os danos patrimoniais derivados desse facto ilícito! Cf. ainda Helena MONIZ, “Risco e negligência na prática clínica”, *Revista do Ministério Público*, 130, Abril, Junho 2012, p. 81-100.

¹¹²⁸ Como afirma a House of Lords (Lord Steyn), em *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41, para 18: “A rule requiring a doctor to abstain from performing an operation without the informed consent of a patient serves two purposes. It tends to avoid the occurrence of the particular physical injury the risk of which a patient is not prepared to accept. It also ensures that due respect is given to the autonomy and dignity of each patient.”

posição do prestador de cuidados de saúde). Uma conversa¹¹²⁹ pessoal é necessária para que o paciente seja aconselhado dos diversos riscos. As informações devem ser fornecidas em uma linguagem compreensível¹¹³⁰ e com tempo suficiente para que o paciente possa fazer uma escolha informada.

Se, na sequência da análise dos cânones normativos atrás enunciados, o juiz concluir que a informação (*maxime* sobre os riscos) não foi suficiente para o paciente se poder autodeterminar, o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude, visto que a causa de justificação (consentimento) não é eficaz, como resulta da interpretação dos artigos 81.º e 340.º CC e do art. 157.º CP. Por isso mesmo, a violação do dever de esclarecimento do paciente é fundamento de responsabilidade médica independentemente de negligência no que respeita à intervenção médica em termos técnicos e independentemente do seu resultado positivo ou negativo.

O dever de esclarecer e de obter o consentimento do paciente têm em vista salvaguardar os bens jurídicos da *autodeterminação e liberdade pessoal* bem como a *integridade física e psíquica*. Assim sendo, o médico responde, em princípio, por todas as consequências da intervenção, devendo compensar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* resultantes da intervenção arbitrária.

Todavia, têm vindo a ser desenvolvidas algumas ‘defesas’¹¹³¹ possíveis para o médico ou instituição de saúde que aqui iremos analisar: (a) a delimitação do âmbito de proteção do dever de esclarecer; (b) o “consentimento hipotético” e, finalmente, (c) a “causalidade hipotética”.

Temos consciência de que a inclusão destes três institutos sob o mesmo título “imputação do resultado à conduta” é discutível. Trata-se de um problema de

¹¹²⁹ Cf., por exemplo, o art. 17.º do *Código Deontológico dos Médicos Dentistas*.

¹¹³⁰ Desde logo, o médico deve falar a língua portuguesa. A livre circulação de profissionais de saúde na União Europeia é regulada pela Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Setembro de 2005 relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais. Afirma o art. 53.º: “Os beneficiários do reconhecimento de qualificações profissionais devem ter os conhecimentos linguísticos necessários para o exercício da profissão no Estado-Membro de acolhimento.”

¹¹³¹ Christian KATZENMEYER, *Arzthaftung...*, p. 344 ss.

enquadramento dogmático da maior dificuldade. A opção revela-se pois, na verdade, pragmática e não dogmática.¹¹³²

36. O âmbito de proteção da norma

36.1. Origem histórica

A teoria do *âmbito ou fim de proteção da norma* tem sido considerada sobretudo a propósito da segunda modalidade de ilicitude do art. 483.º e como complemento ou correção à doutrina da causalidade adequada, em sede denexo de causalidade (art. 562.º).

A *ilicitude*, enquanto requisito autónomo, é a característica mais marcante do nosso sistema de responsabilidade civil.¹¹³³ A doutrina aponta a existência de

¹¹³² Na “imputação do resultado à conduta” vamos considerar em paralelo duas figuras –o *âmbito de proteção da norma* e o *comportamento lícito alternativo* –difíceis de situar na dogmática da responsabilidade civil e do direito médico. Como suporte doutrinal desta arrumação as matérias invocamos o ensino de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição: *Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 339 e ss) e a obra de Hein KÖTZ/ Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*¹¹, 2011, que agrupa sob o Capítulo C – 3 (*Kausalzusammenhang und Haftungsbegrenzung*) problemas de causalidade e de fim de proteção da norma. No mesmo sentido veja-se a exposição de LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p.492–495, e ainda DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶..., p. 207 ss.. Já DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen – Schadenersatz –Schmerzensgeld*⁴, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, autonomizam o § 9 Schutzzeck und Schutzbereich der Norm do § 5 e 6 onde tratam de problemas de causalidade e em DEUTSCH, *Algemeines Haftungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 1996, os problemas de causalidade encontram-se no Capítulo B (Basis der Haftung) -VII e VIII e o fim de proteção da norma no capítulo C (Normwidrigkeit) – XII. Neste sentido, Cf. tb. SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 43.

¹¹³³ A repartição social dos danos tem sido objecto de pressupostos diversos, em função do tempo histórico e das tradições jurídicas em cada país. A responsabilidade civil conheceu –e conhece ainda hoje – diferentes arquiteturas dogmáticas. Dário MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 188, ordena os diferentes sistemas fundamentais de responsabilidade civil aquiliana da seguinte forma: o da tipicidade dos factos indutores de responsabilidade (direito inglês e norte-americano), o da atipicidade (direito francês, suíço e italiano) e os sistemas mistos (direito alemão e português). Cf., também, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 175 ss.

O direito português, bem como outras codificações modernas (Países Baixos, Itália, Suíça e Grécia) seguem um “middle road”. “It follows the recent tendency to avoid a general and virtually unlimited scope of

três modalidades de ilicitude: (1) a violação de direitos de outrem, (2) a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios (ambas previstas no art. 483º, n.º 1 CC) e o abuso de direito (art. 334.º CC).¹¹³⁴

Ora, foi precisamente na densificação dos critérios definidores da “*violação de disposições legais de proteção*” (segunda modalidade de ilicitude) que a doutrina mais cedo e mais profundamente discerniu a utilidade dogmática da *teoria do âmbito de proteção da norma*. Frise-se, porém, que ela é útil, também, ao nível da proteção dos *direitos absolutos* mas, nestes casos, “não está em causa apenas o fim abstracto da norma, mas principalmente *a conexão entre (1) o dever de conduta violado no caso concreto, (2) a situação de perigo através disso produzida e (3) o resultado danoso verificado.*”¹¹³⁵

Traduzindo para o problema em análise: deveremos analisar a conexão entre a violação do *dever de prestar os esclarecimentos* adequados ao paciente, a exposição (ilícita, porque não devidamente informada) do paciente aos *riscos da intervenção* e os *danos* verificados.

A teoria do âmbito de proteção da norma tem sido utilizada também no âmbito do requisito *nexo de causalidade*, surgindo como uma superação da teoria da causalidade adequada.¹¹³⁶ A *teoria do fim da norma* ou do *âmbito de proteção da norma* – fruto metodológico da Jurisprudência da Valoração¹¹³⁷ – procura discernir “quais os danos que um Legislador terá razoavelmente querido impedir através da estatuição de uma determinada norma de comportamento.”¹¹³⁸

Articles 1382 and 1393 Code Civil, as well as the overly compartmentalised model of the BGB and the piecemeal approach of the English law of torts They take as a “starting point a general provision founded on sufficiently flexible concepts to adjust to new situations, while at the same time limiting or excluding certain heads of damage.” – W. VAN GERVEN/ J. LEVER/ P. LARROUCHE/ C. VON BAR/ G. VINEY, *Tort Law – Scope of Protection*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 55.

¹¹³⁴ Para além destas cláusulas gerais há certos delitos tipificados (arts. 484.º e 485.º).

¹¹³⁵ SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 45.

¹¹³⁶ Sobre esta questão *vide* ALMEIDA Costa, *Direito das Obrigações*⁹, p. 708 e MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, p. 541.

¹¹³⁷ DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht*, no prefácio.

¹¹³⁸ SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 44.

A doutrina portuguesa¹¹³⁹ tem dado alguma atenção a este importante conceito desenvolvido essencialmente na doutrina austríaca¹¹⁴⁰ e alemã¹¹⁴¹, e na jurisprudência nacional encontramos algum eco desta doutrina.¹¹⁴²

A teoria do *âmbito ou fim de proteção da norma* tem potencialidade para algo mais, e – como assinala Sinde Monteiro – é o adequado para o enquadramento de questões como o da “relação entre a violação dos deveres de esclarecimento médicos e o dano sofrido pelo doente”¹¹⁴³.

¹¹³⁹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 269-280. No seu ensino na Licenciatura e no Mestrado; defendeu mesmo que o *fim de proteção* se pode erigir como pressuposto autónomo na delimitação da responsabilidade. FIGUEIREDO DIAS, na doutrina penal, tem dado um lugar de grande relevo a estas matérias. A *teoria do fim tutelado pelo contrato ou pela norma legal infringida* é referida pelas lições de ANTUNES VARELA e ALMEIDA COSTA.

Também na Faculdade de Direito de Lisboa se tem dedicado atenção a este tema, nomeadamente: MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores...*, p. 532 ss. e já antes MENEZES LEITÃO, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1991, p. 281. Note-se que GOMES DA SILVA (em *O Dever de Prestar...*) escrevia já em 1944 linhas da maior clarividência: “Nisto consiste o nexó de causalidade: um facto diz-se causa dum dano, para efeitos da responsabilidade civil, quando o produz *pela forma que a lei tinha em vista* ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil. *Tudo está em interpretar a lei*, determinando qual a razão de ser da responsabilidade, e em averiguar depois *se o processo* pelo qual um facto produziu certo dano *corresponde ao fundamento* da mesma responsabilidade” (sublinhado nosso).

¹¹⁴⁰ Esta doutrina nasceu na Áustria (EHRENZWEIG, *System II*, 1, 1920, p. 44, e mais tarde com WILBURG, *Elemente des Schadenrechts*, 1941, p. 244 e ss) e na Alemanha (RABEL, *Das recht des Warenkaufs*, 1936, vol.1, p. 474 ss., p. 495 ss.; v. CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, 1956).

¹¹⁴¹ Remonta já a 1910 o *leading case* alemão desta matéria: o *Kegeljugenfall* (DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht*, p. 53). É também na Alemanha, na oração de sapiência, na Universidade de Freiburg, de Ernst von CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht* (1956) que se lança definitivamente nos arautos do pensamento jurídico esta doutrina (SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 43).

¹¹⁴² Cf. MENEZES CORDEIRO, *Responsabilidade...*, p. 541.

¹¹⁴³ SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 45.

36.2. Âmbito de Proteção da Norma e Dever de Esclarecimento

Imaginemos que, após determinada intervenção médica, se produziu um risco sobre o qual o paciente não fora devidamente esclarecido; o médico responde pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados. Pelo contrário, se, por exemplo, antes de uma operação à tiroide, o médico informou devidamente a paciente (cantora de profissão) acerca do risco de danificar uma corda vocal, oferecendo à paciente a possibilidade de consentir ou dissentir em total liberdade, neste caso a doente pôde decidir se, como cantora, estava disposta a aceitar este risco. Recusando a operação, ela teria afastado o perigo desta consequência negativa da operação; no caso de a paciente ter validamente consentido, o *médico não responde* no caso de verificação desse risco, salvo se agir no decurso da intervenção com negligência, isto é, em violação das *leges artis*.

Contudo, nem todos os casos são simples e lineares; alguns têm levantado especiais dificuldades. Trata-se dos casos em que o médico não informou suficientemente mas, ou se verifica um risco que não tinha que ser informado, ou um risco que havia sido informado. A responsabilidade do médico justifica-se apenas quando o dano se encontra no âmbito de proteção da norma, isto é, quando se estabelece um nexo de imputação da ilicitude entre a conduta do agente e o dano realizado. Para além da violação do dever de esclarecimento e a ocorrência de danos, é necessário que se verifique um *nexo de ilicitude*, ou seja, devemos questionar se todos os danos deverão ser imputados ao comportamento ilícito do agente.

Deve o médico responder por todos os riscos que se concretizem no decorrer da intervenção? Ou deve o médico responder apenas pelos riscos que ilicitamente não revelou? Esta é uma das questões mais delicadas da teoria do consentimento informado e tem dado azo a ampla discussão jurisprudencial e doutrinal.

Vejamos alguns casos clássicos da jurisprudência alemã:

1) *Rektoskopie-Fall* (1984)¹¹⁴⁴ – Antes de realizar uma rectoscopia o médico não informou o paciente de que a intervenção poderia causar fortes dores. Na sequência da intervenção o paciente não sofreu dores mas uma perfuração do

¹¹⁴⁴ JZ (*Juristen Zeitung*) 1984, p. 629, com anotação de Laufs e Kern.

intestino com as consequentes complicações clínicas. O tribunal considerou que o risco de perfuração era longínquo e por isso não havia o dever de esclarecer. Deve o médico responder pelos danos causados (perfuração do intestino) pelo facto de não ter informado do risco de causar dores? *Quid juris?*

2) *Kortison-Urteil* (1989)¹¹⁴⁵ – O ortopedista realizava um tratamento de dores no ombro através de injeções intra-articulares de cortisona, não informando – contrariamente ao que lhe era exigido¹¹⁴⁶ – o paciente do risco de infeção. Na sequência de um tratamento, gerou-se uma septicemia, da qual resultou a morte do paciente. O risco de septicemia não era considerado como um risco que devesse obrigatoriamente ser informado. Assim, neste caso o médico, ilicitamente, não informou de um risco, tendo-se verificado, não exatamente esse risco, mas um outro correlacionado, mas cujo esclarecimento não era exigido. Deverá o médico responder pelos danos causados (septicemia e morte) apesar de não estar obrigado a revelar esses riscos longínquos? *Quid juris?*

3) *Cirurgia estética* – A paciente ilicitamente não fora informada do risco de insucesso de uma cirurgia estética. Veio a verificar-se o risco de narcose, do qual ela tinha sido devidamente informada. Provou-se em tribunal que a paciente teria rejeitado a operação se soubesse do seu risco de insucesso. Neste caso, verificou-se o risco que o médico tinha informado; todavia, não informou de um outro risco, que deveria ter sido informado e que se veio a provar importante para a decisão da paciente. *Quid Juris?* Deverá o médico responder pelos danos causados (morte) porque não informou do risco de insucesso da cirurgia estética?¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁵ BGHZ 106, 391 e NJW 1989, p. 1533, com anotação de DEUTSCH, NJW 1989, 2313.

¹¹⁴⁶ Não só no direito alemão, mas também na doutrina brasileira, advoga-se que o paciente seja informado dos índices de infecção do hospital onde pretende se internar. Assim, Miguel KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 282.

¹¹⁴⁷ A ordenação destes 3 grupos de casos deve-se a ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 101. Naturalmente que em nenhum destes casos se provou a existência de negligência médica na execução da intervenção, tratando-se tão-só do dano iatrogénico inerente à atividade médica.

36.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão sobre o âmbito de proteção do dever de informar

Segundo a jurisprudência tradicional do BGH, uma intervenção médica não consentida é uma *ofensa corporal*, e a violação do dever de esclarecer acarreta a ineficácia da causa de justificação *consentimento* na sua totalidade (*in ihrer Gesamtheit*). A violação da integridade física conduz à responsabilização por todas as consequências daí decorrentes, imputando-se os danos mesmo quando em concreto se verifica um risco que não carecia de ser esclarecido.¹¹⁴⁸

Esta posição conduz a uma responsabilização ilimitada do médico e conduz a resultados injustos. Por isso, o próprio BGH procurou corrigir a sua posição dogmática, delimitando a imputação de danos ao corpo e à saúde através do *fim de proteção* do direito de personalidade protegido (o direito à integridade física e à autodeterminação). As decisões *Rektoskopie-Urteil* e *Kortizon-Fall* acima resumidas constituem o ponto de viragem nesta jurisprudência.

Relativamente ao caso *Rektoskopie-Urteil*, o BGH decidiu que, em princípio, a violação do dever de informar torna o consentimento inválido na sua totalidade (*in ihrer Gesamtheit*). Porém, neste caso, o *nexo de ilicitude* (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) entre a violação do dever de informar e a violação do direito à autodeterminação só se verificaria se o risco das dores se tivesse produzido. Relembremos que o tribunal considerou que não havia o dever de informar acerca do risco de perfuração do intestino por ser um risco muito raro. O tribunal não responsabilizou o médico pelos danos ocorridos por faltar o *nexo de imputação objectiva* (*Zurechnungszusammenhang*) entre os danos ocorridos (perfuração do intestino) e os deveres violados pelo médico (não informação da possibilidade de sofrer dores).¹¹⁴⁹ Por outras palavras, o dano ocorrido cai fora do âmbito de proteção da norma (dever de comunicar o risco de dores).

No segundo caso, *Kortizon-Fall*, a Autora (viúva) alegou que o médico não informara dos riscos de infeção e dos meios alternativos de tratamento. O BGH considerou que, se

¹¹⁴⁸ Segundo a decisão do BGH, de 21/9/82: deve “entender-se que a concordância da paciente numa dada operação há-se ser algo mais do que um mero formalismo, ele terá de ter uma representação adequada da intervenção para que corretamente declare a sua *autorização*”. – *apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 421.

¹¹⁴⁹ ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 92-93.

por um lado o médico devia ter informado do risco raro de *infecção no ombro*, por outro lado não tinha o dever de informar do risco (muito longínquo) da *morte por septicemia*. Perante estes pressupostos, o BGH concluiu que, muito embora o risco ocorrido não tivesse que ter sido esclarecido, a septicemia é uma consequência mais grave do risco de infecção no ombro, pelo que se verifica o *nexo de imputação objectiva*. Efetivamente, entre o dever violado (comunicação do risco de infecção do ombro) e o risco verificado (septicemia) há um nexo de imputação. Ou seja, a septicemia cai dentro do âmbito de proteção da norma (dever de comunicar o risco de infecção).

Por outro lado, o tribunal entendeu que perante a falta de uma informação básica (*Grundaufklärung*), o nexo de imputação entre os danos resultantes da intervenção médica e a falta de informação só se pode excluir quando os riscos não esclarecidos, pelo seu significado e importância para o paciente, não têm qualquer conexão com o risco verificado e o paciente estava informado, pelo menos, da gravidade geral da intervenção.¹¹⁵⁰

Daqui podemos já concluir que os deveres do médico são delimitados pelo âmbito de proteção das normas de conduta violadas. Na medida em que o conteúdo e o fim dos deveres de conduta não tenham em vista o impedimento dos danos que na realidade se verificaram, a violação destes deveres não fundamenta, em regra, a responsabilidade por esses danos.

Seguindo o BGH, deve considerar-se que a proteção do paciente exige sempre que este seja informado acerca do decurso, das hipóteses de sucesso e dos riscos da intervenção *em termos gerais* (“*im grossen und ganzen*”). É essencial que ao paciente seja dada uma *informação base* (*Grundaufklärung*) que lhe forneça uma ideia do grau de gravidade da intervenção, e que ele compreenda que danos podem ocorrer à sua integridade física. Se faltar esta *Grundaufklärung*, o médico limita efetivamente as possibilidades de autodeterminação do paciente, impedindo-o de recusar a intervenção e assim evitar essas consequências. Nesta hipótese – afirma o BGH – o médico responde *por todos os danos causados*, mesmo que seja um risco longínquo *o qual não tinha a obrigação de avisar*.¹¹⁵¹

¹¹⁵⁰ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 535.

¹¹⁵¹ É esta a importância da *Kortison-Urteil* (BGHZ 106, 391 (298f)). No mesmo sentido, por ex: OLG Köln, VersR 1990, p. 489; OLG Hamm, VerR 1993, p. 1399 (1400).

Por outro lado, há casos em que o paciente ilicitamente não foi informado de um *aspecto particular* (“*Einzelaspekt*”) e na sequência da intervenção verificou-se um risco que não tinha de ser esclarecido. Nestes casos não se imputa a responsabilidade, após adequada ponderação do fim de proteção do dever de informar, desde que o risco verificado (de informação não obrigatória) não esteja correlacionado com o risco não revelado nas consequências que teria para a condução da vida do paciente: é a doutrina do *Rektoskopie-Urteil*.

A tese da *Grundaufklärung (informação fundamental)* foi assumida com bastante rigor pelo BGH e este tribunal terá levado longe demais essa doutrina no *Caudalähmung-Fall*.¹¹⁵² O BGH condenou o médico pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da paralisia. Não porque o risco ilicitamente não comunicado (risco de lesão da extremidade da coluna vertebral) fosse semelhante ao risco efetivamente produzido (paralisia), mas simplesmente porque o médico não deu a *informação-base (Grundaufklärung)* sobre o grau de gravidade da intervenção e o tipo de consequências negativas futuras. Para o BGH os casos de falta de *informação básica* violam o direito à autodeterminação da mesma forma que os casos em que o médico nem sequer procura o acordo do paciente. Esta decisão condenatória parece exagerada já que a paciente fora devidamente informada do risco que se veio a verificar (paralisia) e que é mais grave do que o risco não revelado (lesão da extremidade da coluna vertebral).

Em suma, para o BGH, em caso de violação do dever de esclarecimento que invalida o consentimento, o médico responde em princípio por todas as consequências da intervenção. Mas, pode-se *limitar* a responsabilidade quando: (1) não haja qualquer nexo de imputação interno (“*innerer Zurechnungszusammenhang*”) entre as consequências da intervenção e o risco que ilicitamente não foi esclarecido e (2) se omitiu ilicitamente a informação sobre certos riscos de pouca importância (*Risikodetails*), ou seja, não há conexão

¹¹⁵² *Medizinrecht* (MedR), 1991, p. 331: Neste caso, a paciente, desde a realização de uma operação ao disco vertebral, sofre de perturbações motoras e de sensibilidade nas duas pernas. Antes da segunda intervenção apenas foi avisada dos riscos de paralisia e perturbações passageiras dos sentidos. Porém, não foi avisada, como devia, do risco de lesão da extremidade da coluna vertebral, risco esse que é muito raro mas típico da intervenção e *muito grave*. Todavia, a paciente veio a sofrer de paralisia.

entre a falta de informação (mínima) e o dano verificado, considerado (*a priori*) como risco muito longínquo.

De todo o modo, o médico será sempre responsabilizado se não prestou a *informação básica* sobre o modo e a gravidade da intervenção planeada, de tal forma que o paciente não teve adequado esclarecimento sobre o decurso e as consequências da intervenção; o BGH entende que o direito à autodeterminação resulta tão violentado no seu núcleo essencial como quando o médico realiza a sua intervenção sem procurar sequer o consentimento do paciente.

Com esta jurisprudência, a doutrina do fim de proteção da norma impôs-se nos casos de violação do dever de informar. Contudo, dadas as elevadas exigências do BGH, raramente se verifica a exclusão da responsabilidade com base nesta “defesa”.¹¹⁵³

Para uma verdadeira delimitação da responsabilidade médica por violação dos deveres de esclarecimento, nos tribunais alemães, foi mais importante o desenvolvimento da *teoria do comportamento alternativo lícito*, isto é, a alegação pelo médico de que o paciente mesmo que tivesse sido devidamente esclarecido também teria consentido na operação.¹¹⁵⁴

Todavia, antes de passar à análise desse instituto, importa ainda dar uma nota breve de quais as opiniões doutrinárias que se têm desenvolvido na Alemanha sobre o âmbito de proteção da norma no dever de esclarecimento.

36.4. Propostas de solução na doutrina

36.4.1. Âmbito de proteção limitado do dever de informar

Parte da doutrina defende um âmbito de proteção limitado do dever de informar (*enger Schutzbereich der Aufklärungspflicht*). Para estes Autores, o médico só responde pelos danos subsequentes à intervenção que devessem ter sido comunicados ao paciente. Nomeadamente, Hauss critica o BGH no caso *Kortison-Urteil*: a imputação do dano seria

¹¹⁵³ Na doutrina encontram-se muitos apoiantes desta tese: cf. as indicações doutrinárias em ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 112.

¹¹⁵⁴ ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 105.

exagerada e precária.¹¹⁵⁵ O escopo do dever de informar visa que o médico responda pelas consequências negativas da sua decisão terapêutica que sejam previsíveis e relevantes para o consentimento do paciente. Todas as outras consequências caem fora do âmbito de proteção do dever de proteção, pelo que em caso de um azar não devem recair sobre o médico. Estes Autores relembram que a regra na responsabilidade civil é “*casum sentit dominus*,” isto é o dano deve ‘ficar’ na esfera de risco do paciente.¹¹⁵⁶

36.4.2. Âmbito de proteção amplo do dever de informar

Segundo esta doutrina, o médico deverá, em regra, responder por todos os danos causados pela intervenção em caso de violação do dever de informação. Os esclarecimentos do médico devem dar ao doente uma avaliação da intervenção com todas as suas possibilidades e perigos. Os defensores desta tese negam, como princípio, a delimitação da responsabilidade, quando depois de uma falta de informação se verifique a realização de risco, quer este devesse ter sido informado quer não.¹¹⁵⁷ O BGH está, como vimos, próximo desta doutrina.

36.4.3. Tese da *Treu und Glauben* (Boa-fé)

Giesen procura corrigir o rigor da anterior perspectiva invocando a boa-fé (*Treu und Glauben*) nos casos em que o médico teve um erro de informação de *pouca gravidade*, relativo a danos de pouca gravidade e em que o doente vem a sofrer de lesões graves, mas resultantes de riscos cujo esclarecimento não se entende necessário. O Autor defende que há aqui uma causa de exclusão da responsabilidade nos casos em que o dever de informar e o risco verificado não são de modo algum comparáveis no seu significado e na sua gravidade. Isto é, não figura qualquer relação entre uns e outros e a responsabilização pelos riscos verificados configurariam um verdadeiro *abuso de direito*.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁵ Relembremos que o médico violou o dever de comunicar o risco de infecção do ombro e o que se verificou foi morte por septicemia, que é muito rara e imprevisível.

¹¹⁵⁶ Cf. ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 107.

¹¹⁵⁷ Esta é a teoria defendida por Schmidt e por Giesen.

¹¹⁵⁸ GIESEN, *Arzthaftungsrecht*⁴, 1995, p. 267.

36.4.4. A Jurisprudência do Supremo Tribunal austríaco

O OGH ao decidir da imputação objectiva do dano não toma apenas em conta se se concretizou um risco que deveria ter sido esclarecido. Antes procura analisar – no caso de se verificar um risco, cujo esclarecimento não era exigido – a *intensidade do défice de informação* em geral, isto é, se os danos verificados estariam no âmbito dos riscos indevidamente não esclarecidos. Na síntese de Daniela Engljählinger: “o dever do médico de informar sobre os riscos não é uma mera cumulação independente de cada um dos deveres de informação sobre os diferentes riscos da intervenção e suas complicações, antes se pretende – através de uma ideia geral sobre a intervenção – que o paciente realize a sua *decisão ponderando os riscos e os benefícios* (“*Bilanzentscheidung*”)”.¹¹⁵⁹

Assim, por exemplo, o médico que omitiu o *risco de insucesso* (no caso da cirurgia estética) ou que omitiu a existência de *alternativas* relevantes, ou que apenas informou alguns riscos, mas não outros de grande importância, deve responder pelos danos causados.¹¹⁶⁰

36.4.5. BGH 14/11/1995 – A *Myelographie-Urteil*

O caso em análise¹¹⁶¹ provocou uma grande celeuma na literatura alemã e permite repensar a doutrina do âmbito de

¹¹⁵⁹ ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 124.

¹¹⁶⁰ ENGLJÄHRINGER, *Ärztliche aufklärungspflicht...*, p. 125.

¹¹⁶¹ A Autora sofria de fortes dores na zona lombar (nos rins) bem como de problemas em urinar há vários anos. Depois de algumas operações e tratamentos médicos, a paciente foi admitido na unidade de neurocirurgia do hospital do 1º Réu em 8/2/1990 para estabelecer um diagnóstico preciso. Enquanto se faziam os testes assumiu-se que as queixas se deviam a uma espondilolistese. Para averiguar a gravidade de um possível dano no nervo, realizou-se uma mielografia e posteriormente uma TAC (tomografia axial computadorizada). Os testes seriam realizados pelo 2º Réu, empregado do 1º como radiologista. Imediatamente antes do teste, em 21 de fevereiro de 1991, a Autora assinou uma declaração apresentada pelo 2º réu na qual ele confirmava que tinha sido informada dos riscos dos testes. Esse formulário indicava riscos como *náuseas, dores de cabeça, perda de consciência temporária e infecções*. Não havia qualquer informação acerca do risco de *paralisia* (que podia estar relacionada com a intervenção), nem de possível ataque epilético. Depois de realizar a mielografia, a Autora foi levada para a clínica de cirurgia. Durante o transporte de regresso, a paciente, deitada numa maca, teve um *ataque epilético* que causou uma *deslocação com fractura do úmero do seu ombro direito*. Também sofreu de cegueira e dificuldades no falar durante esse dia. Uma cirurgia de emergência realizada

proteção do dever de informar, especialmente no que diz respeito ao requisito da *informação básica*: a *Grundaufklärung*.

O BGH considerou que o Réu devia ter informado a Autora acerca do *risco de paralisia*. O que se verificou, porém, foi um *ataque epiléptico*, ataque este comprovadamente *imprevisível* (pelo que não tinha de ser informado). Contudo, o tribunal reafirma que o médico tem que dar o *esclarecimento básico* (*Grundaufklärung*) ao paciente. O esclarecimento é considerado adequado e suficiente se o paciente tiver uma imagem clara do *tipo e da severidade da cirurgia* e da sua *condição física subsequente à intervenção*. Nessa informação-base deve estar incluído o *risco mais grave (embora raro)*.¹¹⁶²

Em consequência, o BGH entendeu que não foi dada informação suficiente porque a Autora não sabia da possibilidade de paralisia e decidiu que *quando há violação da Grundaufklärung, não há que analisar o âmbito de proteção da norma, porque o consentimento tem-se por totalmente ineficaz*. O médico responde por todos os riscos, mesmo que não devessem ser comunicados.¹¹⁶³

Deutsch discorda desta decisão e sintetiza-a da seguinte forma: o doente não é esclarecido de um risco essencial que todavia não se verifica; o consentimento é considerado ineficaz e todos os riscos do desenlace negativo recaem sobre o médico e sobre a clínica... e conclui que, se assim se entender, a

nessa noite não evitou as lesões no úmero. Desde então, a paciente sofre de *danos neurológicos em vários músculos ligados ao braço superior* e apenas consegue efetuar movimentos restritos e com dor. O tribunal considerou que o risco de um ataque epiléptico como resultado da mielografia era imprevisível; porém, a paciente devia ter sido informada do risco de paralisia. Deverão os réus responder pelos danos causados pela epilepsia, pelo facto de não terem informado do risco de paralisia? Publicado em MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.) *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, p. 66-72, com anotação muito crítica de Erwin Deutsch.

¹¹⁶² Erwin DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, p. 73, ironiza com esta afirmação: “o Tribunal Federal entende, como regra geral, que se tem que informar sempre do risco possível mais grave? Então o médico, sempre que prescrever um medicamento, terá que informar os pacientes do risco de um choque anafilático! Tão longe ainda não se chegou nem na Alemanha nem noutro país.”

¹¹⁶³ Note-se, todavia, que o tribunal não deu o caso por encerrado e mandou baixar o caso a instâncias inferiores (para que se produza prova) por forma a averiguar se o doente teria consentido na intervenção, mesmo que soubesse do risco de paralisia, ou seja, remeteu o problema para o *consentimento hipotético*.

responsabilidade médica por violação do dever de esclarecimento se afastará do restante direito da responsabilidade civil visto que não se pondera o requisito do âmbito de proteção da norma.

A ser assim, relativamente ao dever de esclarecimento, valeria “das archaische “*versari in re illicita*”.¹¹⁶⁴ Isto é, no caso de violação do dever de informação fundamental (*Grundaufklärung*), não se considera o fim de proteção da norma, pelo que os pressupostos do nexos de imputação do resultado à conduta (*Zurechnungszusammenhangs*) ficam sem conteúdo.”¹¹⁶⁵

Todavia, por estranha que pareça a decisão do BGH, outros tribunais de muitos países europeus decidiriam provavelmente da mesma forma. Na maior parte dos ordenamentos jurídicos, logo que haja violação do dever de revelar certas informações, o médico responde, em princípio, pelos danos subsequentes à intervenção.¹¹⁶⁶ E essa responsabilidade abrange os riscos e danos que efetivamente se verificaram, mesmo que não fosse necessário informar o paciente desses mesmos riscos.

Perante a falta de informação devida, numa síntese de direito comparado, o consentimento é ineficaz e a intervenção ilícita, pelo que o agente será responsabilizado por todos os danos causados: “*versari in re illicita*”.¹¹⁶⁷

36.4.6. Posição adotada

A análise da evolução da jurisprudência alemã e austríaca revela que os tribunais procuram garantir a posição jurídica dos pacientes que após intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias se encontram lesados e com danos na sua saúde e na sua liberdade. O Direito exige que os médicos transmitam cada vez mais informações, sobre os riscos, as alternativas, o decurso da operação, o prognóstico, efeitos secundários, etc.

¹¹⁶⁴ DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts”, *cit.*, p. 74; LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 494.

¹¹⁶⁵ DEUTSCH, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts”, *cit.*, p. 74.

¹¹⁶⁶ Na Suíça e Nos Estados Unidos não se explora esta possibilidade de defesa (âmbito de protecção da norma) para o médico, como nos informa Beat EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, Verlag Hans Huber, 1992, p. 138 e 179 e Pascal PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, p. 241.

¹¹⁶⁷ Cf. FAURE, “Comparative analysis”, in FAURE/ KOZIOL, *Cases...*, p. 275.

Por outro lado, constatamos que a doutrina e a jurisprudência destes países defendem (embora com teses diferentes) que o risco verificado só merece ser indemnizado se recair no âmbito de proteção do dever de esclarecimento.

O BGH tem defendido a tese, segundo a qual, em caso de falta de esclarecimento adequado, o médico responde por todas as consequências que tenham origem na intervenção médica, excetuando casos devidamente delimitados. Esta solução impõe-se sobretudo quando no momento de transmitir as informações fundamentais não foi comunicado o risco mais grave da intervenção. A tese do BGH assenta na ideia de que o consentimento do paciente é *indivisível*. Não visa isoladamente um ou outro risco, mas antes à intervenção médica *no seu conjunto* e no caso de não ser prestada toda a informação juridicamente exigida, não só o consentimento é inválido, como a intervenção médica realizada é ilícita, pelo que o médico responde por todas as consequências da intervenção.

Parte importante da doutrina defende uma tese diferente. No caso de informação insuficiente sobre os riscos da intervenção, deve-se delimitar a responsabilidade na medida da concretização dos riscos que ilicitamente não foram informados, isto é àqueles que deveriam ter sido informados e não o foram. Esta posição tem merecido o acolhimento dos tribunais superiores dos Länder.¹¹⁶⁸

Há boas razões para intensificar o estudo e a aplicação da doutrina do âmbito de proteção da norma no direito português, nomeadamente por violação do dever de esclarecimento.¹¹⁶⁹

Nenhum fundamento existe para construir uma ilha para a responsabilidade médica (por violação do dever de esclarecer), que ficaria sujeita, indefesa, às marés vivas da responsabilidade. A tarefa é, portanto, a de procurar definir arrimos e critérios para a sua mobilização.

Assim, partindo da constatação de que a medicina é uma atividade que gera riscos, na tarefa de imputação objetiva dos danos devemos destringir quais os riscos que a ordem jurídica pretende que sejam suportados pelo doente e quais devem ser suportados pelo médico, ou seja, impõe-se uma

¹¹⁶⁸ Acompanhámos KATZENMEYER, *Arzt Haftung...*, p. 345-347.

¹¹⁶⁹ SINDE MONTEIRO/ Maria VELOSO, in FAURE/ KOZIOL, *Cases...*, p. 182 e 230, quando confrontados com o *Myelographie-Fall* apelaram precisamente para esta doutrina, de forma a desresponsabilizar o médico. O que se nos afigura justo e dogmaticamente correto.

delimitação das *esfera de riscos*. Os que devem recair sobre o médico devem ser comunicados ao paciente para que este em liberdade e em consciência decida sobre se autoriza a intervenção, *autocolocando-se* em perigo; não sendo esclarecidos, o médico deverá compensar o paciente pelos danos causados. Os primeiros (os que devem ser sempre suportados pelo paciente) por motivos vários, como a extrema raridade, a sua imprevisibilidade, o conhecimento comum, entre outros motivos, não carecem de ser transmitidos; portanto, caso se verifiquem deverá ser o paciente a suportá-los: *casum sentit dominus*.

Daqui podemos afirmar que, em regra, o médico nunca responderá se se verificar um dano da esfera de riscos do paciente, ou seja, os riscos que não carecem de ser revelados.

Todavia, concordamos com Daniela Engljähringer na medida em que o consentimento não é uma série atomística de assunções de risco, é um *todo complexo*, que exige um *balanço global*: uma ponderação global de riscos-benefícios (*Billanzentscheidung*). Pelo que, se o risco não revelado tiver *conexão* com o risco verificado, o médico deve responder pelos danos criados. Também se o médico omitir informações de tal forma *importantes* que o paciente recusaria a intervenção se tivesse tido conhecimento delas, o médico responde por todos os danos, como se não tivesse havido consentimento.

Consolidando estas ideias nos casos que temos vindo a analisar, conferimos que no *Rektoskopie-Fall* o dano produzido se encontrava no âmbito dos riscos atribuídos pelo direito ao doente (isto é, o médico não tinha – naquela altura – a obrigação de o informar acerca do risco de perfuração do intestino, que era considerado um risco longínquo e muito raro) e, conseqüentemente, o médico foi justamente absolvido.¹¹⁷⁰

No *Kortison-Urteil* o risco de septicemia (embora de informação não devida) tem uma fortíssima ligação causal com

¹¹⁷⁰ Hoje a solução seria diferente, visto que esse risco – a perfuração do intestino – deve ser objeto de esclarecimento.

Para um caso de perfuração do intestino, resolvido pela prova da *negligência médica*, vide Ac. STA, 10/04/2004 (Políbio Henriques): “Estando provado, no caso concreto, que o resultado espúrio –perfuração intestinal –foi originado, em termos causalmente adequados, pela intervenção cirúrgica efectuada – laqueação tubar por laparoscopia – e, gorado o intento da Ré de demonstrar que a perfuração intestinal estava incluída no universo dos riscos próprios, normais e comuns da cirurgia em causa, está justificada a convicção do tribunal a quo, que considerou provada a violação das *leges artis*.”

um risco que recaía sobre o médico (a infecção do ombro) e que não foi revelado. O médico deve responder pelos danos causados porque estes caem no âmbito de proteção da norma. Este caso demonstra que a fronteira dos riscos não é estanque, deve ser articulada em função do caso decidendo.

Nos casos apresentados de cirurgia estética, temos que fazer um apelo ao princípio da *'Billanzentscheidung'*. Na verdade, em todas essas hipóteses foi afetada a capacidade de fazer um julgamento consciente do que estava em jogo na intervenção (num caso, o risco de insucesso, no outro, a existência de métodos alternativos). Os danos verificados não se transferiram assim para o paciente porque o consentimento é inválido na sua totalidade e porque esses danos estavam *originalmente* na esfera de riscos que o médico deveria revelar.

É essa a grande diferença face ao *Myelographie-Fall*. Neste caso o risco de ataque epilético *a priori* estava no campo do doente, isto é, não havia a obrigação de o comunicar, até porque era imprevisível. Não cabia no âmbito de proteção *material* da norma (*sachlicher Schutzbereich*)¹¹⁷¹ que impunha o dever de informar sobre a paralisia. Ou numa visão mais próxima de Giesen, seria um *abuso de direito* conceder uma indemnização num caso em que entre os riscos protegidos pela norma (paralisia) e os danos verificados (ataque epilético e suas consequências) não há qualquer relação material, ou seja não há *nexo de ilicitude*. Embora tenha sido naturalmente estabelecida uma ligação causal entre a mielografia e o ataque epilético e danos daí resultantes aceitar a responsabilidade é, sem dúvida, cair em *versari in re illicita*. Destarte, advogamos a não condenação do médico nestas circunstâncias.

O que aqui vai dito não contém em si uma resposta inequívoca à face do direito português para os problemas que possam surgir. Há um caminho a percorrer no sentido de não imputar ao médico os resultados danosos que possam surgir na sequência de uma intervenção em que houve violação (ligeira) do dever de informar, se os danos não recaírem no âmbito de proteção da norma do concreto dever de esclarecimento.

Uma condenação automática do médico por todo e qualquer dano ocorrido na sequência de uma intervenção médica arbitrária por não revelação completa das informações devidas é assim dogmaticamente injustificada e significaria um desvio às regras gerais da responsabilidade civil. E mesmo que a proteção do paciente lesado pudesse ser vista como um

¹¹⁷¹ DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht*, p. 55.

escopo do Direito da Medicina, tal deveria decorrer de uma opção legislativa no sentido de indemnizar o dano causado pela álea terapêutica (através de um sistema de reparação de danos sociais baseado nos seguros)¹¹⁷² e não por uma desmesurada utilização técnica da doutrina do consentimento informado.

37. O Consentimento hipotético (Comportamento lícito alternativo)

Outro instituto da responsabilidade civil que se revela de especial interesse em sede de dever de esclarecimento é o *comportamento alternativo lícito*,¹¹⁷³ ou – no que aqui concretamente nos interessa – o *consentimento hipotético*.¹¹⁷⁴

37.1.O consentimento hipotético no direito alemão

Começamos por apresentar alguns casos decididos pelos tribunais alemães e que nos permitem captar o sentido do problema:

OLG Koplentz, 9/5/1989¹¹⁷⁵: Uma paciente, após a descoberta de um caroço no peito, aceitou imediatamente a realização de uma mastectomia, por receio de que se tratasse de um tumor maligno, mesmo sem se ter feito mais investigações ao peito e sem se analisar o tecido tumoral. O exame patológico revelou uma fonte cancerígena, mas o restante peito e os caroços linfáticos da axila não tinham qualquer tumor. Seguidamente, a paciente realizou um tratamento radioterapêutico, e na sequência disto, sofreu de lesões do

¹¹⁷² Que iremos analisar na Parte IV desta obra.

¹¹⁷³ Comportamento alternativo lícito (*Rechtmässiges Alternativverhalten*) não se confunde com a questão da “causalidade virtual” ou *causalidade hipotética (überholende Kausalität)*. Como ensina ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, p. 956, “a causa virtual pode consistir num *caso fortuito* (tromba de água), num *facto próprio do lesado* (projeto de demolição futura do prédio) ou num *facto de terceiro*, capaz de constituir o Autor e responsabilidade, se tivesse provocado realmente o dano (subministração de veneno no líquido que outrem deveria ingerir).” Cf., para o direito penal, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a edição, p. 342. Na literatura alemã, Cf. Peter HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit (Eine Studie zum Problem des Pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht)*, Göttingen, 1971, *passim*, e LANGE, *Schadensersatz*, Band I, Tübingen, 1990, p. 175-210.

¹¹⁷⁴ Cf. sobre a matéria, Jordi RIBOT, “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º3, 2005.

¹¹⁷⁵ NJW 1990, p. 1540.

plexo com esclerose do tecido fibroso. Ela demandou o médico que realizou a radioterapia, alegando que se tivesse sido informada devidamente das consequências do tratamento radioterapêutico, não teria realizado esse mesmo tratamento. O Tribunal não deu procedência ao seu pedido, uma vez que ela *não conseguiu esclarecer* convincentemente que *teria recusado* a intervenção caso tivesse sido devidamente informada.

OLG Köln, 30/05/1990¹¹⁷⁶: Antes de uma operação a um carcinoma do recto, o paciente não fora informado da possibilidade de ficar impotente. Não era *plausível* que por causa dessa consequência ele recusasse a intervenção, visto que o tempo de sobrevivência seria muito reduzido e a qualidade de vida ficaria muito afetada caso não fosse operado.¹¹⁷⁷

OLG Köln, 1988¹¹⁷⁸: na sequência de uma radioterapia devida a um início de carcinoma, a paciente sofreu de uma rectite, que levou à necessidade de aplicação de um ânus contra-natura. Esse risco não tinha sido informado à paciente. Ela provou que, se tivesse sido informada desse risco, teria ficado numa situação de *conflito de decisão* (*Entscheidungskonflikt*). Quando, anteriormente, uma colega de trabalho tinha sofrido de doença semelhante, ela afirmou que se lhe adviesse esse fato colocaria a hipótese de suicídio. O médico foi condenado por violação do dever de esclarecimento.

No caso de a informação prestada ter sido insuficiente, a intervenção médica é ilícita e acarreta responsabilidade do médico pelos danos produzidos. Contudo, é necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre o dever de informação omitido e o dano. Assim, os tribunais têm exigido que se demonstre a *adequação* entre a intervenção médica (realizada sem o prévio esclarecimento devido) e os danos à saúde. Neste caso, a causa dos danos estará numa *omissão (de informar)* e não numa ação.¹¹⁷⁹

Ou seja, o réu (médico ou instituição de saúde), numa ação de responsabilidade médica por violação do consentimento informado, pode objetar que, mesmo que

¹¹⁷⁶ 27 U 169/89 (NJW-RR 1991, p. 800 e VersR 1991, p. 186

¹¹⁷⁷ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 167.

¹¹⁷⁸ VersR 1988, p. 1136; cf. DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 209.

¹¹⁷⁹ PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, p. 227.

tivessem sido transmitidas ao paciente todas as informações juridicamente exigidas, este teria consentimento na intervenção de igual modo.¹¹⁸⁰ Apela-se assim à figura do comportamento lícito alternativo (“*plichtgemässes Alternativverhalten*”). A jurisprudência alemã aceita a defesa do *consentimento hipotético*, inclusivamente como forma de rejeitar ações abusivas em que o paciente apela à falta de informação ou à informação incompleta. Todavia, procura evitar que o direito à autodeterminação do paciente seja, por esta via, infirmado.

Assim, o BGH admite, por princípio, a figura do *comportamento alternativo lícito* ou do *consentimento hipotético*. Se a jurisprudência antiga se bastava com a simples referência a uma violação do dever de informar em geral, hoje a posição processual do paciente está mais onerada: no caso de o paciente alegar que se tivesse recebido a informação adequada teria recusado a intervenção, é exigido que este demonstre que ficaria numa situação de conflito de decisão (*echter Entscheidungskonflikt*), ou seja que mostre ser *plausível* a sua recusa.¹¹⁸¹

Sobre o médico, por seu turno, impende o *ónus da prova* de que o paciente teria realizado a operação mesmo que tivesse recebido toda a informação.¹¹⁸² Esta inversão do ónus da prova justifica-se, uma vez que para o doente esta seria uma *prova de facto negativo e indefinido*.¹¹⁸³ Estamos perante uma situação de *causalidade psíquica*, pelo que o tribunal deve decidir com base em “balanços de verosimilhança” (*Wahrscheinlichkeitserwägungen*). O doente só tem que provar que ficaria numa situação de conflito de decisão, não tem de provar como na realidade decidiria. E o juiz não deve ser muito exigente quanto à plausibilidade dos fundamentos apresentados pelo paciente.¹¹⁸⁴ Por outro lado, no direito alemão, o comportamento hipotético do paciente deve ser analisado não

¹¹⁸⁰ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 537.

¹¹⁸¹ Von NARR/ REHBORN, *Arzt – Patient – Krankenhaus*², dtv, 1991, p. 182.

¹¹⁸² DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*⁶, p. 207.

¹¹⁸³ PAYLLIER, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, p. 240. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 290, pronuncia-se, em tese geral, sobre o ónus probatório, nos casos de causalidade virtual ou hipotética, e concorda com a doutrina dominante, que o faz incidir sobre o *lesante*. “Isto sobre a base de que ele agiu ilicitamente, colocando uma condição equivalente para o dano”. Mas, relativamente ao comportamento alternativo lícito não apoia uma solução unitária.

¹¹⁸⁴ PAYLLIER, *Rechtsprobleme...* p. 239, defende aqui a “Prima-facie-Beweis”.

de acordo com o paciente razoável (“*vernünftigen Patienten*”), mas sim tendo em conta a situação de *decisão pessoal*, ou seja, prevalece o critério do *paciente concreto*.¹¹⁸⁵

A evolução desta questão dogmática pode ser sintetizada nos seguintes termos: No que respeita à prova do consentimento hipotético o BGH é muito exigente. A *indicação médica* pode constituir um indício do consentimento hipotético¹¹⁸⁶; todavia a jurisprudência não se basta com a prova de que um paciente razoável aceitaria a intervenção, antes exige que o *paciente concreto*, com a sua especificidade, naquele momento, naquela concreta situação, teria consentido. Não basta, pois, provar que um doente aceitaria uma intervenção médica que com grande probabilidade melhoraria a sua qualidade de vida com poucos riscos ou uma intervenção urgente que visasse evitar consequências graves para a saúde do paciente. É necessário provar que se verificam as condições que corresponderiam à *vontade daquele concreto paciente*.

Ainda assim, o paciente pode contra-argumentar que naquela situação não consentiria. Para evitar um abuso do direito ao consentimento informado apenas para fins de obter uma indemnização, a jurisprudência e a doutrina alemãs chegaram ao seguinte compromisso: se a recusa da intervenção for medicamente *irrazoável* ou, no caso de não se realizar a intervenção, se verifiquem riscos semelhantes com consequências mais gravosas, então o paciente tem que apresentar *fundamentos plausíveis* de que em caso de um esclarecimento perfeito teria ficado num conflito de decidir (*Entscheidungskonflikt*). Todavia, o paciente não tem que afirmar como teria decidido. Normalmente o tribunal deverá considerar as alegações do paciente; Mas se não for apresentada essa fundamentação ou se esta for apresentada tardiamente e de forma suspeita, pode o tribunal recusar o pedido.

Deve notar-se que, em termos processuais, o paciente só é obrigado a apresentar esta argumentação relativa aos fundamentos plausíveis do conflito de decisão, se o Réu (médico) tiver apresentado a defesa do consentimento hipotético. *O tribunal não pode oficiosamente levantar essa questão*. Por outro lado, o juiz não deve colocar demasiadas exigências no que respeita à fundamentação das razões

¹¹⁸⁵ Cf. ENGLJÄHRIGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 118.

¹¹⁸⁶ Assim, mais dificilmente se pode aceitar esta figura do consentimento hipotético no caso das *intervenções voluntárias*.

plausíveis do paciente para o conflito de decisão. A essência e a finalidade do esclarecimento é assegurar um *espaço de decisão individual*, e este deve ser garantido, e *o médico deve suportar o ónus da prova do consentimento hipotético*.¹¹⁸⁷

Na síntese de Eisner¹¹⁸⁸, a “defesa” *consentimento hipotético* está adstrita a condições muito exigentes:

- (1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação (*Grundaufklärung*),
- (2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado;
- (3) acresce ainda que a intervenção: i) fosse medicamente indicada, ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visasse afastar um perigo grave;
- (4) a recusa do paciente *não* seria objectivamente *irrazoável*, mas, contudo, o que vale é o critério do *paciente concreto*.¹¹⁸⁹

Todavia, uma parte importante da doutrina é contra a aplicabilidade deste conceito como forma de desresponsabilizar os médicos.¹¹⁹⁰ O direito à autodeterminação – dizem – não pode ser retirado ao paciente *ex post facto*, de modo a que um tribunal se queira colocar na posição em que o doente se encontraria se tivesse sido devidamente informado. Esta linha doutrinal entende que o dever de exigir o consentimento tem por finalidade, garantir a liberdade de decisão do paciente, possibilitar-lhe uma conversa esclarecedora e tempo para que este – em certas circunstâncias – possa consultar outro médico. Por isso, o médico que não cumpre esta obrigação deve responder por todas as consequências danosas que decorram da operação.

Em suma, na Alemanha, pode surgir a questão de o paciente ter aceite a intervenção médica, mesmo que tivesse sido devidamente informado acerca dos riscos. Se não for

¹¹⁸⁷ KATZENMEYER, *Arzthaftung*, p. 348-349.

¹¹⁸⁸ EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, p. 106.

¹¹⁸⁹ Segundo GEHRLEIN, *Leitfaden zur Arzthaftpflcht...*, p. 161, o tribunal deve tomar ainda em consideração as circunstâncias concretas do caso, tais como o *momento do esclarecimento* (se foi imediatamente anterior à intervenção ou se foi feito com a devida antecedência), e equacionar se a não intervenção acarretaria riscos semelhantes ou superiores aos verificados.

¹¹⁹⁰ Cf. PAYLLIER, *Rechtsprobleme...*, p. 231. Giesen fala de um “Schulterschluss zwischen medizinischen und forensischem Paternalismus” – *apud* ENGLJÄHRINGER, p. 116.

improvável que o paciente teria tido uma *Entscheidungskonflikt* – um conflito de decisão – se tivesse recebido a informação de forma inteiramente adequada, o paciente tem direito à indemnização na sua totalidade.¹¹⁹¹

37.2. O consentimento hipotético noutros ordenamentos jurídicos

Na Suíça, a doutrina e a jurisprudência dominantes admitem o *consentimento hipotético*.¹¹⁹² Na Áustria, Helmut Koziol¹¹⁹³ defende a distinção entre: (1) violações leves (*geringere Verstossen*) do dever de esclarecimento, para as quais se pode aplicar a *regra da repartição de danos* (*Schadensteilung*)¹¹⁹⁴, considerando a gravidade da violação do

¹¹⁹¹ Na síntese de BARENDRECHT *et. al.*, *Service Contracts*, p. 778: O ónus da prova recai sobre o médico que mostrou que cumpriu com os requisitos do consentimento informado. O paciente tem que carrear prova sobre por que razão ele teria recusado o tratamento e tem que provar o nexo de causalidade entre a falta de informação e o dano sofrido. Com vista a facilitar essa prova, os tribunais alemães adoptam a teoria do *Entscheidungskonflikt*: se se provar que o médico violou o dever de informar e que o paciente porta indícios suficientes de que teria decidido de forma diferente (não fazer a operação, fazê-la mais tarde, ou fazer por meios alternativos), se tivesse tido acesso às informações adequadas, o ónus da prova inverte-se. A responsabilidade é excluída se o médico convincentemente indica que, se tivesse dado a informação necessária, o paciente teria consentido no procedimento médico e o paciente não consegue tornar plausível que ele teria ficado em dúvida (em situação de conflito de decisão), ou seja, aplica-se o *consentimento hipotético*. O paciente pode provar a existência de um nexo causal entre a violação do dever de informar e o dano se puder trazer uma prova suficiente de que, caso não tivesse havido violação do dever de informar, um paciente razoável, na mesma situação que o paciente concreto, teria seriamente considerado escolher uma *decisão alternativa* àquela que na realidade tomou. Neste ordenamento jurídico, a responsabilidade é excluída se o médico convincentemente indica que, se tivesse dado a informação necessária, o paciente teria dado o seu consentimento para o procedimento recomendado e o paciente não consegue tornar como plausível que ele teria ficado com *dúvidas* sobre se consentiria ou não (o chamado consentimento hipotético).

¹¹⁹² PAYLLIER, *Rechtsprobleme...*, p. 230. Contra, Olivier GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel, 1986, p. 84 ss., discorda que se possa excluir a responsabilidade, deixando a porta aberta para uma redução da indemnização (recorde-se que a Suíça dispõe de uma norma semelhante – que aliás lhe serviu de inspiração – ao nosso art. 494º).

¹¹⁹³ Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil³, Wien, Manz Verlag 1997, p. 278.

¹¹⁹⁴ KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, p. 276 defende, na linha de Franz Bydlinski, a ideia de fazer uma repartição dos danos

dever de informar e (2) as violações graves (*gravierende Pflichtverletzungen*), situação em que se deve negar qualquer limitação da responsabilidade, apontando o exemplo de uma operação sem qualquer preocupação de obter o consentimento, ou em que o esclarecimento sobre os riscos fora absolutamente insuficiente.¹¹⁹⁵ Assim, o *consentimento hipotético* deve ser colocado em relação com a *gravidade* da violação do dever de informar, distinguindo os casos em que nem sequer há consentimento ou as falhas de esclarecimento são graves, dos casos em que há um consentimento com falhas leves do dever de esclarecimento.

Em França, a *Cour de Cassation* admitiu que, caso se demonstre *com toda a probabilidade* que o paciente não informado teria autorizado a intervenção, mesmo que se lhe tivesse informado previamente dos riscos existentes, não haverá lugar a qualquer responsabilidade civil do médico. Com efeito, neste país, na circunstância de violação do dever de informar, haveria responsabilidade pelos danos totais sofridos pelo paciente, mas os tribunais podem tomar em conta qual a *probabilidade* para o paciente de recusar um tratamento, se tivesse recebido a informação adequada. Ou seja, aplica-se a teoria da *perda de chance* no domínio da responsabilidade civil por violação do dever de informação.¹¹⁹⁶ Se tal probabilidade

Schadensteilung de forma a que aquele que praticou um comportamento ilícito não possa ficar livre de responsabilidade. Por outro lado, permite criar um sistema mais flexível em que o juiz não fique entre a decisão de conceder uma indemnização pelos danos na sua globalidade ou não conceder qualquer indemnização. Neste sentido, Bydlinzki apela à aplicação *por analogia* da norma que permite a repartição dos danos entre lesante e lesado no caso de *culpa do lesado* (§1304 AGBG e art. 570.º CC).

¹¹⁹⁵ KOZIOL, “Rechtsmässiges Alternativverhalten – Auflockerung Starrer Lösungsansätze”, *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln (etc.), Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 184 e p. 187.

¹¹⁹⁶ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 224. Neste contexto a jurisprudência francesa costuma lançar mão do instituto de “*perte de chance*”.

Sobre a indemnização por *perda de chance*, cf., na jurisprudência, Ac. Relação de Lisboa, 8/7/1999 [CJ, IV, p. 97-104]; Ac. do STJ de 28/9/2010 (Moreira Alves), relativo a responsabilidade contratual dos advogados admite o conceito de obrigação de meios e a figura da *perda de chance*. Também, em sede de responsabilidade dos Advogados, aceitando a “perda de chance”, vide Ac. STJ, 10/3/2011 (Távora Vítor); para um caso de danos causados por suposto erro de classificação num concurso, vide Ac. STJ, 22/10/2009 (João Bernardo) que parece recusar a figura da *perda de chance*. Na doutrina, vejam-se os estudos de SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, cit. e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, p. 297-300; Júlio

puder ser aceite em juízo, o paciente pode receber uma proporção dos danos efetivamente sofridos, pela *perda da chance* de recusar o tratamento que conduziu aos danos. A dimensão da *chance perdida* depende inteiramente dos factos provados caso a caso.¹¹⁹⁷

O paciente tem direito a uma indemnização por ter perdido a chance de tomar uma decisão suficientemente informada. A consequência deste raciocínio é que a dúvida acerca da decisão do paciente é suficiente para estabelecer o

GOMES, “Sobre o dano de perda de chance”, *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005; Rute TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008; CARDONA FERREIRA, *Indemnização do dano contratual positivo e perda de chance*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Sem embargo de uma investigação mais demorada – que aqui não podemos levar a cabo – parece-nos que os artigos 494.º e, sobretudo, o art. 566.º, n.º3, CC abrem espaço hermenêutico para uma solução *modelada* da indemnização que poderá passar pelo instituto – devidamente compreendido e delimitado – de *perda de chance*, isto é, não impõe a nossa lei uma solução de “tudo ou nada”. E este caso – o caso do consentimento hipotético – poderá ser uma das situações em que este instituto poderá ter aplicação.

Na literatura estrangeira, a título de mero exemplo, veja-se em Espanha, país onde esta figura é acolhida, Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Thomson Civitas, 2007 e Álvaro LUNA YERGA, Oportunidades perdidas, la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria, *Revista INDRET*, n.º 288, 2005. Para uma visão ampla do direito comparado sobre a perda de chance, *vide*, por todos, WINIGER / KOZIOL / KOCH / ZIMMERMANN (Eds.), *Digest of European Tort Law, Vol 1: Essential Cases on Natural Causation*, Vienna/New York, Springer, 2007, p. 545 a 592 e WINIGER / KOZIOL / KOCH / ZIMMERMANN (Eds.), *Digest of European Tort Law, Vol 1: Essential Cases on Damage*, De Gruyter, 2011, p. 1075 a 1074. Com uma visão crítica sobre este conceito, Helmut KOZIOL, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance?*, *Festschrift Hans Stoll*, Mohr Siebeck, 2001, p. 233-250.

¹¹⁹⁷ Herman NYS, *Report on Medical Liability in Council of Europe Member States, A comparative study of the legal and factual situation in Member states of the Council of Europe*, Strasbourg, 7 March 2005 CDCJ (2005) 3 rev1 [cdcj/docs 2005/cdcj (2005) 3rev1 e]: sintetiza: “In Belgian and French law it is possible to claim damages for the loss of a chance to a better medical result. In order for a claim for damages for loss of chance to succeed, it has to be established that the chance was *ascertainable* and not *de minimis*. The theory of loss of chance helps patients in establishing the causal link between fault and damage. *It was also used to the issue of informed consent. In that case, the patient must only prove that, since he did not receive the required information, he lost the chance of giving consent based on all information.*”

nexo de corresponsabilidade entre a violação do dever (ilicitude) por parte do médico e o dano (*nexo de ilicitude*). “However, knowing the amount of damage compensated is very difficult and there are no clear directions how to proceed in doing so. This is certainly the major inconvenient of the loss of a chance theory. Very often in practice Courts appoint *experts* to determine the amount of damage to be compensated.”¹¹⁹⁸

No direito inglês, este problema surge no âmbito do pressuposto da “causation”. O direito da *common law* opera com delitos tipificados. No domínio da responsabilidade médica, há dois fundamentais: (1) *battery* e (2) *negligence*.

O *tort of battery* consiste numa interferência intencional no corpo de outra pessoa sem causa de justificação. Uma ação por *battery* tem lugar quando o Autor foi ‘agredido’ de qualquer forma pelo Réu e *não houve consentimento*, expresso ou tácito, para tal intervenção, valendo, naturalmente, também, para os casos e que o Autor *recusou* a intervenção, mas o médico, não obstante, a realizou. Não é necessário estabelecer qualquer prejuízo como consequência desse dano e, portanto, não há qualquer problema de causalidade.¹¹⁹⁹ Trata-se de um *tort per se*, o que significa que o Autor tem direito a *nominal damages* (mesmo que não haja um dano real) e se teve algum prejuízo real, tem direito a ser indemnizado.¹²⁰⁰

Uma ação por *negligence* é adequada quando o paciente deu o seu consentimento para um ato da natureza daquele que foi praticado pelo médico, mas houve um vício no consentimento por *falta de esclarecimento* adequado.¹²⁰¹ Numa ação pelo *tort* de *negligence*, o paciente tem não só que demonstrar que a informação revelada se encontra abaixo do que era exigido por lei, mas também que *ele não teria autorizado o tratamento se estivesse informado desses mesmos*

¹¹⁹⁸ BARENDRECHT *et. al.*, *Service Contracts*, p. 777. Essa tese tem também seguidores em Espanha, Maria Luísa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p. 59 ss..

¹¹⁹⁹ HERRING, p. 85 descreve ainda a ação criminal de *battery* que acontece muito raramente, “unless she or he was acting maliciously, for example, where the act involved a sexual assault, como aconteceu no caso *R v. Healy* [2003] 2 Cr App R (S) 87.

¹²⁰⁰ Jordi RIBOT IGUALADA, La responsabilidad civil por la falta de consentimiento informado, *Revista de Derecho Privado*, Noviembre-Diciembre 2007, 29-62 (35) ; HERRING, p. 86 indica que pode ainda haver lugar a *punitive damages*.

¹²⁰¹ Cf. MASON/ McCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*⁵, p. 274.

riscos.¹²⁰² Neste ordenamento jurídico, o paciente tem o *onus da prova* no “tort of negligence”. Assim, incumbe ao paciente provar num juízo de “*balance of probabilities*” que ele não teria realizado a intervenção, se tivesse recebido a informação adequada. Para tanto, os tribunais ingleses seguem um teste que combina o critério do paciente concreto (*subjective test of causation*) com o do paciente razoável (‘*reasonable patient*’):

“The test of causation is whether the reasonable patient, sharing such of the particulars characteristics as might affect the decision to consent, knowing the risk would have declined the operation on being informed.”¹²⁰³

Há causalidade, portanto, quando o paciente razoável – partilhando as características do paciente concreto que poderiam afectar a decisão do consentimento – se soubesse do risco, teria declinado a operação se fosse informado.¹²⁰⁴

Todavia, a House of Lords com a decisão *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41 veio atenuar o rigor desta perspectiva sobre a causalidade no âmbito da violação do dever de informar. Consagrou-se a jurisprudência segundo a qual, se a paciente não foi informada dos riscos de uma cirurgia (neste caso risco de *paralisia* na sequência de uma cirurgia à coluna) que se vieram a verificar na sequência da mesma, provando-se que a paciente “*at that time*” não teria aceite submeter-se à

¹²⁰² *Chatterton v. Gerson*, [1981] QB 432. Se a demanda for baseada no tort de negligence, o Autor tem que provar não apenas a violação do dever de informar mas também que se o dever não tivesse sido violado, o paciente não teria optado por consentir na operação. Isto implica que o paciente tem que provar que se tivesse sido informado (dos riscos e consequências secundárias, por exemplo), ele teria tomado outra decisão.

¹²⁰³ Michael DAVIES, *Textbook on Medical Law*, 1998, p. 174.

¹²⁰⁴ *Smith v. Barking, Havering and Brentwood Health Authority* (29/7/1989): o Autor sofria de uma doença que o iria levar à paralisia no espaço de um ano, salvo se realizasse uma operação. Havia um risco de 25% de que a operação acelerasse a paralisia. O médico ilicitamente não comunicou ao paciente este facto. Havia uma forte probabilidade de que o paciente assumisse o risco e Autorizasse a operação mesmo que soubesse desses perigos. Por isso, os danos foram limitados à depressão e ao choque de o Autor se ver paralisado sem qualquer advertência prévia dessa probabilidade.

Cf. tb. o caso escocês *Goorkani v. Tayside Health Board* (1991), *apud*, Michael Davies, *Textbook...*, p. 174; para o Canadá, *Reibl v. Hughes* (1980), *apud* MASON/ McCALL SMITH (1999), p. 276 e, mais recentemente, *Arnd v. Smith* (1997), *apud* KENNEDI/ GRUBB, *Medical Law*³, p. 733.

operação, *tanto basta para condenar o médico pelos danos causados*.¹²⁰⁵

Nos EUA, também é conhecida esta possibilidade de defesa médica (a chamada *decision-causation*). A causalidade entre os danos do paciente e a falta de esclarecimento do médico só se estabelece quando se consegue provar que a informação levaria à recusa da operação. A jurisprudência dá muita importância a este aspecto e há duas correntes: uma defende o padrão *subjetivo*, isto é, há nexos de causalidade quando o paciente no seu depoimento de testemunha convence que *ele*, se soubesse daqueles riscos, não teria consentido na intervenção;¹²⁰⁶ outra segue o padrão *objetivo*, segundo o qual só se aceita a alegação do paciente que recusaria a intervenção, se também uma pessoa *razoável* na situação do paciente a teria recusado.¹²⁰⁷

Concluindo, nos ordenamentos jurídicos referenciados, protege-se a autonomia do paciente e consagra-se o direito ao consentimento livre e informado. Em segundo lugar, o ônus da prova da prestação da informação recai sobre o médico. E, no caso de uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária, isto é, uma intervenção cujo consentimento não foi antecedido da informação necessária e adequada, o médico é, em regra, responsabilizado por todos os danos patrimoniais e não

¹²⁰⁵ Não é necessário que a paciente prove que *nunca* teria aceite aquela intervenção. Apenas que não a aceitaria naquele momento e que a operação (que conduziu aos danos) não se teria realizado se ela tivesse sido devidamente informada. HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 49 e 106. No caso tratava-se de uma intervenção de neurocirurgia à coluna com o risco de 1 a 2% de paralisia, que malgradamente se veio a verificar. Tendo-se provado que o médico não informou desse risco, mas que a paciente teria aceite a intervenção, mas mais tarde, foi o primeiro condenado. Foi intenção dos juízes reforçar o dever de informação, que de outro modo sairia fragilizado.

¹²⁰⁶ Neste sentido parece estar a Jurisprudência do Estado de Oklahoma. Cf. Beat EISNER, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, p. 136.

¹²⁰⁷ Neste sentido, que é o dominante, cf. *Canterbury v. Spence*, 4642d 772 (DC Cir 1972): "... to resolve the causality issue on an objective basis: in terms what a prudent person in the patient's position would have decided if suitably informed of all perils bearing significance."

No Canadá, uma análise da jurisprudência, demonstrou que uma consequência importante da adoção do teste objetivo, naquele país, é que 56% dos casos decididos nos dez anos desde *Reibl v. Hughes* (1980), o Autor não conseguiu ultrapassar o teste da causalidade, apesar de se provar a violação de dever (*breach of duty*) por parte do médico – cf. ROBERTSON, 'Informed Consent 10 years later: The Impact of *Reibl v. Hughes*' (1991 70 *Canadian Bar Review* 423-428, *apud* KENNEDY/GRUBB, *Medical Law*, p. 737.

patrimoniais (incluindo o dano corporal e a morte) que resultam da intervenção. Porém, no circunstância de não revelação de *informação acessória* ou *não fundamental*, alguns ordenamentos jurídicos reduzem ou excluem a responsabilidade médica, através de métodos diferentes: *perda de chance* em França, distinção entre *tort de battery* e *tort de negligence*, na Inglaterra ou a teoria da “*Entscheidungskonflikt*” na Alemanha.¹²⁰⁸

37.3. O consentimento hipotético: sua aplicabilidade no Direito português

O problema do consentimento hipotético, numa primeira leitura, afigura-se como sendo dogmaticamente um problema de causalidade, onde o legislador adotou a *teoria da adequação*.¹²⁰⁹ Todavia, seguindo uma interpretação *objetivista atualista*, beneficiamos de horizonte hermenêutico para concluir que o nosso direito é, nesta sede, aberto às inovações da doutrina e da jurisprudência, já que o art. 563.º parece ir no sentido de consagrar que *não* são apenas critérios naturalísticos que presidem à imputação objetiva.¹²¹⁰

¹²⁰⁸ FAURE, Conclusions, in KOZIOL/ FAURE, *Cases on Medical Malpractice*, explica: “Under English law the claimant must prove that he in principle would not have gone ahead with the test or treatment if he would have been properly informed. The approach in England is, other than in France, more an “all or nothing” approach in the sense that the claimant must show on a balance of probabilities that he would not have gone ahead, when given appropriate information. If the patient can satisfy this burden of proof he can in principle claim full compensation. The English approach is hence different than the German one since the patient himself must prove on a balance of probabilities that he would not have taken the test or treatment when properly informed (whereas in Germany the burden of proof is reversed); English law differs from French law in that the approach to causation is “all or nothing”, instead of proportionate, following from the French doctrine of “perte de chance”.

¹²⁰⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, p. 928.

¹²¹⁰ Defendendo que o intérprete não está preso à teoria da adequação, vide MENEZES CORDEIRO, *Responsabilidade Civil dos Administradores...*, 1997, 532 ss.

O Código Penal é mais claro ao estabelecer a teoria da causalidade adequada; afirma o art. 10º, n.º 1: “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo.” Mas também neste ramo do Direito a doutrina olha mais além e procura rumos mais condizentes com as exigências do direito da sociedade atual (cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, p. 322 ss.).

Por outro lado, a moderna doutrina aceita, dentro de um apertado enquadramento, que o lesante se possa defender invocando a exceção de comportamento alternativo lícito.¹²¹¹

Este é um expediente adequado e justo para quiçá amenizar um pouco a pressão indemnizatória sobre o prestador de saúde.¹²¹²

Defendemos, portanto, que este instrumento poderá ser aplicado, mas apenas se respeitar um conjunto de requisitos, que deverão ser analisados casuisticamente e que se regem pelos seguintes parâmetros:

Em primeiro lugar, não deverá ser admitido quando estão em causa *violações graves* dos deveres de conduta do médico. Este conceito é também ele complexo e pode abranger a *gravidade da violação* em si (ex: ausência de consentimento),¹²¹³ ou a gravidade subjetiva da violação, por exemplo, o *grau de culpa do médico*, ou seja, este omite informações de forma dolosa ou com negligência grosseira.¹²¹⁴

A *violação de formalidades essenciais* pode configurar um caso de violação grave: será o caso do consentimento escrito para a participação num *ensaio clínico*, mas já parece duvidoso nos casos de prática de uma interrupção voluntária da gravidez ou de uma esterilização. É que –se, no segundo grupo de casos, é difícil configurar uma situação de total ausência de consentimento (ao menos tácito) (exceptuando hipóteses de crimes hediondos ou de pessoas sujeitas a um *poder institucional*: hospitais psiquiátricos, prisões, ou seja, casos em que todos os requisitos substanciais do consentimento livre e esclarecido poderão não estar presentes) –, já no primeiro, qualquer pessoa pode, contra a sua vontade, ser levado a participar num ensaio clínico de medicamentos, pelo que as *cautelas* e exigências da lei têm uma dimensão de formalidade *ad substantiam*.

¹²¹¹ DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen – Schadenersatz – Schmerzensgeld*, 4., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 37-38; Helmut KOZIOL, “Rechtsmässiges Alternativverhalten – Auflockerung starrer Lösungsansätze”, in *Festschrift für Erwin DEUTSCH*, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, 179-187.

¹²¹² KERN/ LAUFS, *Die Ärztliche Aufklärungspflicht*, 1983, p. 165.

¹²¹³ Será o caso de uma histerectomia, feita com indicação médica, aquando de um parto por cesariana, não precedido de consentimento da mulher.

¹²¹⁴ KOZIOL, *Fest. Deutsch*, 1999, p. 187.

A omissão de *informações fundamentais* para que o doente se autodetermine¹²¹⁵ constitui também um caso de violação grave, pelo que, regra geral, não deverá ser admitida esta defesa do médico, o *consentimento hipotético*.

Julgamos que podem ser consideradas *violações leves* do dever de esclarecimento, a omissão de formalidades secundárias ou a não revelação de informações não essenciais, casos em que será de admitir esta defesa, numa ação de consentimento informado.

No caso de aceitarmos a defesa do consentimento hipotético, deveremos, seguidamente resolver o problema de saber se o tribunal deve lançar mão do critério do *paciente razoável* ou do *paciente concreto*.

Quando se apela ao juiz para que faça um juízo sobre processos psicológicos de um agente jurídico, normalmente o direito civil lança mão de critérios objetivistas, como por exemplo no critério do *bonus pater familias* para aferição da culpa (art. 487, n.º 2) ou do *declaratório normal* (art. 236º e 247º).

Porém, perante valores como a liberdade, a integridade física e a saúde, devemos respeitar a idiosincrasia e as opções fundamentais de cada cidadão, pelo que, com as limitações reconhecidas, o critério do juízo deve ser o do *paciente concreto*.

Em terceiro lugar, o *ónus da prova* deve imponder sobre quem se pretende fazer valer de um “facto impeditivo do direito invocado” (art. 342º, n.º 2), ou seja, o médico.¹²¹⁶ Como vimos, para o doente tratar-se-ia da *prova de factos negativos* (*provar que não teria aceite a intervenção médico-cirúrgica, caso tivesse sido devidamente informado*). Por outro lado, porque podemos considerar as normas que exigem o esclarecimento (art. 157º do Código Penal) como disposições

¹²¹⁵ Cf. KOZIOL, *Haftungspflichtrecht*, 1997, p. 278.

¹²¹⁶ Neste sentido, vide a proposta do *Study Group on European Civil Code*, cujo art. 6:109, sobre causalidade (*Causation*) prescreve: “If the information provider knows or should be aware that a subsequent decision will be based on the information to be provided, the breach of the duty of the information provider is presumed to have caused the damage if the client substantiates that, if the provider had provided all information required, a reasonable client in the same situation as this client would have seriously considered taking an alternative subsequent decision.”

legais de proteção e, deste modo, a doutrina entende haver uma inversão do ónus da prova.¹²¹⁷

Em caso de fundada dúvida sobre se o paciente aceitaria a intervenção ou a recusaria, no direito português não tem que valer o princípio *tudo-ou-nada*, dada a fecundidade hermenêutico-prática do art. 494.º.¹²¹⁸ Assim, o juiz português poderá perante as circunstâncias do caso, v.g., graves dúvidas de avaliação da prova produzida, o carácter *irrazoável* do juízo hipotético do paciente, o grau de culpa do médico, etc., atenuar a responsabilidade, procurando a justiça material no caso concreto.¹²¹⁹

Para além do art. 494.º, o fundamento jurídico-positivo poderá encontrar-se no art. 570.º.¹²²⁰ Mota Pinto afirma que afirma que “o consentimento do lesado, quando nulo ou ilegal, não faz perder ao ato violador do direito o seu carácter de ilicitude e conseqüentemente não isenta o autor deste da obrigação de indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Todavia, em muitos casos, será pertinente invocar o art.570.º (influência da culpa do lesado sobre o quantum da indemnização) para o efeito de reduzir ou mesmo excluir esta, mas sempre sem prejuízo, é óbvio, da responsabilidade criminal respetiva.”

Acresce, aliás, que o art. 570.º não é mais do que uma expressão, centrada na culpa, de uma regra de geral do direito da responsabilidade civil, segundo a qual, no caso de existência de uma conduta ou atividade concorrente do lesado que contribui para o dano, a responsabilidade pode ser reduzida ou excluída.¹²²¹

¹²¹⁷ Cf. SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 150.

¹²¹⁸ Assim SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 152, em nota.

¹²¹⁹ Aceita-se assim o pensamento de Helmut KOZIOL, *Fest. Deutsch* (1999), p. 187 e, aparentemente, *de jure condendo*, de DEUTSCH/AHRENS, *Deliktsrecht*, p. 38, “In einem solchen Fall sollte der Ersatzanspruch *ermässigt* werden.” Esta solução parece-nos preferível à solução da jurisprudência alemã do “*echte Entscheidungskonflikt*”, até porque tempera a também exigente carga probatória que impende sobre o médico, ademais se – como nós defendemos – se optar pelo critério do paciente concreto.

¹²²⁰ MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 217.

¹²²¹ Nesse sentido, afirmam os *Princípios Europeus de Responsabilidade Civil*, no Capítulo 8 (Conduta ou atividade concorrente); Art. 8:101. Conduta ou actividade concorrente do lesado (1) A responsabilidade pode ser excluída ou reduzida, tomando em consideração a culpa do lesado ou quaisquer outras circunstâncias que seriam relevantes

Essa flexibilidade ou maleabilidade para fazer justiça no caso concreto está também patente no art. 566.º, n.º3, segundo o qual “o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”.

Todas estas normas demonstram que o Direito Civil português aceita que o juiz – em função das circunstâncias do *caso decidendo* e da complexidade dos fatores a tomar em consideração na avaliação do montante de indemnização – a possa reduzir ou limitar. Donde, a dar-se por provado que se verifica um “incumprimento culposo” e o nexo de causalidade, deve a indemnização ser concedida apenas na justa medida da contribuição do Réu para o dano.

Em alternativa a este enquadramento, podemos falar de uma “concorrência alternativa de causas”, dominante na doutrina austríaca, com Franz Bidlinsky e Helmut Koziol, e que veio a ter acolhimento nos *Princípios Europeus de Direito da Responsabilidade Civil*, quer no já referido Capítulo 8, mas também no art. 3:106. *Causas incertas no âmbito da esfera do lesado*.¹²²²

para estabelecer ou reduzir a responsabilidade do lesado na produção do dano se fosse ele o lesante. (2) No caso de indemnização por morte de uma pessoa, a conduta ou actividade desta exclui ou reduz a responsabilidade de acordo com o disposto no parágrafo (1). (3) A conduta ou actividade concorrente de um auxiliar do lesado exclui ou reduz o montante da indemnização a que este tem direito de acordo com o disposto no parágrafo (1).

¹²²² “O lesado deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma actividade, ocorrência ou qualquer *outra circunstância* que se situe no âmbito da sua própria esfera, incluindo eventos naturais.”

37.4. Análise crítica do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010 (Pires da Rosa)

O Acórdão do STJ, de 18/3/2010 (Pires da Rosa), pronuncia-se sobre a violação do dever de informação, não concedendo revista. Vejamos o essencial da matéria de facto do caso:¹²²³

Uma mulher sofria de problemas na sua visão e consultou a médica oftalmologista, num consultório privado. Esta recomendou a realização de uma cirurgia a laser para tratar a miopia. Após a cirurgia, a paciente começou a ver pior e uma semana depois foi operada novamente, sem – desta feita – lhe terem sido cobradas as despesas e honorários. Infelizmente a situação clínica agravou-se, visto que a retina ficou queimada pelo laser, conduzindo à sua cegueira. A paciente intentou ação contra a médica e contra a clínica, alegando negligência na realização da intervenção.

Como esta não logrou fazer prova da culpa da cirurgiã, o processo foi orientado, já em sede de recurso, para a violação do dever de esclarecer. A paciente alegou não ter sido devidamente informada dos riscos, nomeadamente do risco de que a intervenção poderia ser mal sucedida e de que havia um risco de cegueira decorrente da dita intervenção.

O STJ manteve a decisão da Relação no sentido de que a paciente não conseguiu fazer *prova de que se tivesse recebido mais informação* (a informação adequada acerca dos riscos graves), *teria recusado a operação*.

O tribunal considerou que a situação clínica era grave e de evolução imprevisível, com um prognóstico desfavorável e que a cirurgia deveria ser feita sem demora. Por isso, o paciente teve suficiente informação *da médica que ela havia escolhido...*

¹²²³ Caso com muitos pontos em comum com a famosa decisão australiana *Rogers v. Whitaker* (*Rogers v. Whitaker* [1992] *High Court of Australia* 58; (1992) 175 *CLR* 479 (19 November 1992), em que o *High Court* condenou o oftalmologista pelos danos causados por uma cirurgia oftalmológica, em virtude de não ter informado a paciente do risco de 1/14.000 de desenvolvimento da síndrome de oftalmia simpática. A decisão neste caso deve acabar com qualquer atitude paternalista dos médicos sobre o que é melhor para o paciente em questão de escolha se submeter à cirurgia, afirma uma comentadora australiana (Arlene Macdonald, “*Rogers v. Whitaker: Duty Of Disclosure*”, *Bioethics Research Notes* 5 (3): September 1993). Entre nós, o STJ está longe – muito longe – de conceder esta proteção à autodeterminação dos pacientes.

Julgamos que este é o primeiro caso que chega ao STJ sobre o consentimento informado e embora não tenha conduzido a uma condenação, pelo *obiter dicta*, fica muito claro que o STJ entende que pode haver responsabilidade civil pelos danos causados por uma intervenção médica não precedida da necessária informação, sejam os danos derivados da violação do bem jurídico *liberdade*, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico *integridade físico-psíquica*.

Trata-se, neste aspecto de um Acórdão muito importante e que saudamos vivamente. O STJ reconheceu que a *violação do dever de informar*, conduz a um *consentimento inválido*, pelo que as lesões causados à integridade física e à liberdade são ilícitos, pelo que se gera uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo lesado.

Contudo, o Acórdão contém afirmações com as quais não podemos concordar, quais sejam:

“III –Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: *isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.*”

“E esta *livre escolha* da autora induz, desde logo, uma tácita aceitação da orientação médica que na Clínica receba. Alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque *confia* nele, *exigirá dele uma informação menos informada*, passe o pleonasma, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.”

“Se a autora escolheu o seu médico, a sua clínica, é *impensável* aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido.”

Este Acórdão defendeu a absolvição da médica com base na figura do “consentimento hipotético” (embora não a mencione expressamente). Este instituto deve ser acolhido como *defesa* legítima do médico perante uma ação de responsabilidade médica por *violação do dever de informação*.

Contudo, o ‘consentimento hipotético’ terá que ter um desenho justo e adequado, não podendo vingar a ideia peregrina de que *alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada, exigirá dele uma “informação menos informada”, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba...*

Com efeito, e sem pretender fazer uma análise exaustiva do caso, devemos salientar um dos factos provados: perante a pergunta da paciente sobre se a intervenção tinha riscos, a médica afirmou que a operação *não tinha riscos*, pelo contrário, ‘arriscado seria não fazer a intervenção cirúrgica.’ Ora, isto demonstra um incumprimento do dever de informação e revela ainda que a paciente tinha uma dúvida razoável (*echter Entscheidungskonflikt*) sobre se valia ou não a pena submeter-se à dita intervenção.

Por outro lado, a paciente não assinou nenhum formulário do consentimento informado, nem consta que houvesse qualquer procedimento ou *guideline* no sentido de se respeitar o direito ao esclarecimento e ao consentimento. Tal não constitui um requisito legal, mas a sua ausência ou a de um procedimento semelhante denuncia um desinteresse da clínica oftalmológica pela atividade de prestar informações e obter o consentimento livre e esclarecido, o que indicia uma *negligência grosseira* na omissão do dever de informar.

Ou seja, encontramos já dois fundamentos (*conflito de decisão da paciente e culpa grave da médica*) que, dentro do esquema dogmática que apresentámos conduziria à *não* aplicação do instituto do consentimento hipotético.

Por outro lado, discordamos da tese do STJ no sentido de que tem que ser a paciente a suportar o *onus da prova* de que teria recusado a intervenção, mesmo que tivesse sido devidamente informada. Antes deve ser a médica a – querendo fazer valer um facto impeditivo do direito da Autora – a ter o *onus probandi* de que o consentimento hipotético seria aplicável *in casu*.

Contudo, este Acórdão revelou-se titubeante e receoso de tirar as devidas consequências da afirmação de que existe o direito ao consentimento informado.¹²²⁴

¹²²⁴ Supomos que não terá sido irrelevante para o STJ a mudança de tática processual do Autor, que orientou a demanda para uma vulgar ação de violação das *leges artis*, mas que perante a impossibilidade de prova, procurou (já em sede de recurso) mudar a ação para uma demanda cuja causa de pedir seria a falta de informação adequada e consequente consentimento informado viciado.

A justiça e o Direito impõem que, no futuro, o STJ saberá dar o devido acolhimento às justas pretensões dos pacientes que, sendo lesados no decurso de uma intervenção médica para a qual não deram um consentimento devidamente esclarecido, possam receber uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados.

Impõe-se também que, desde a petição inicial, sejam alegados e carreados os meios de prova dos factos que consubstanciam esta figura jurídica ainda pouco aplicada, no âmbito da responsabilidade civil médica em Portugal: o consentimento informado.

38. A Causalidade hipotética

Diferente do problema do consentimento hipotético, é a questão da *causalidade hipotética*. Nestes casos, o médico pode alegar que no caso de omissão da intervenção médica, relativamente à qual faltou a devida informação, as consequências seriam seguramente tão ou mais gravosas do que após a intervenção (ilícita), seja devido à evolução natural da doença ou devido a outras razões.¹²²⁵ Segundo a doutrina germânica, a *teoria da diferença* conduz a que se considerem estas circunstâncias: deve-se comparar a situação patrimonial do lesado, como ela efetivamente se encontra, com a situação em que estaria se não tivesse ocorrido o facto que deu origem ao dever de indemnizar.

Em termos probatórios, sobre aquele que invoca o nexo de causalidade hipotético (o réu) recai inteiramente o ónus da prova (§286 ZPO).¹²²⁶ Dito de outra forma, o médico pode provar que *o paciente não sofreu danos*, já que se a omissão da intervenção ou a opção por uma alternativa conduzissem a uma deterioração (ainda) mais grave do estado de saúde do paciente, não há danos resultantes da violação do consentimento informado.¹²²⁷

Se admitirmos esta solução no Direito português, devemos entender esta defesa como um facto impeditivo da pretensão do Autor, pelo que a sua prova recai sobre o médico (art. 342.º, n.º 2 CC).

Por outro lado, parece-nos que será de ressaltar o *dano moral* de ter sido coarctado o direito de personalidade à livre escolha e a receber os esclarecimentos adequados (art. 70.º, n.º1

¹²²⁵ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 538.

¹²²⁶ KATZENMEYER, *Arzthaftung...*, p. 350.

¹²²⁷ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 219.

CC, conjugado com o art. 157.º CP, estando em causa o direito à liberdade e à autodeterminação nos cuidados de saúde). Este dano, em regra merece a tutela do Direito e, se for grave pode-se aplicar a norma do n.º 1 do art. 496.º CC.

Contudo, é muito duvidoso que à face do Direito português se possa admitir esta defesa. Se é verdade que entre nós também foi adotada a teoria da diferença (art. 566.º, n.º 2 CC), por outro lado a doutrina tradicional não admite, em regra, *a relevância negativa da causa virtual*.¹²²⁸

Só em circunstâncias excepcionais se admite a relevância negativa da causa virtual (artigos 491.º, 492.º, 493.º n.º 1, 493.º, n.º 2, 616.º, n.º 2 e 807.º, n.º 2). Trata-se de casos em que se estabelece uma presunção de culpa ou um regime gravoso para uma das partes, pelo que o legislador procura temperar esse rigor com a possibilidade de se fazer prova de que a vítima sofreria o dano, mesmo que não tivesse havido violação dos deveres jurídicos.¹²²⁹

Ora, podemos questionar se esta não é uma situação em que o médico se encontra numa posição jurídica “gravosa”, donde deveria merecer a possibilidade de realizar prova de que o paciente se encontraria numa situação mais desfavorável se não se tivesse realizado a intervenção (ainda que com omissão de informações devidas)? Vejamos:

Por um lado, sobre o médico impende o ónus de provar que prestou os esclarecimentos adequados e o ónus de provar que a intervenção era medicamente adequada e de que não teve culpa (no caso do regime contratual) na violação das *leges artis*.¹²³⁰ Ele encontra-se assim numa situação análoga à dos casos em que se admite a relevância negativa da causa virtual, pelo que podemos argumentar que esta prova deveria ser admitida.

Em sentido contrário, podemos argumentar que admitir esta defesa pode significar limitar o âmbito de aplicação do consentimento informado enquanto dirimente da ilicitude, em benefício de uma “justificação terapêutica” *a posteriori*. A violação da autonomia do paciente poderia não ser civilmente sancionada desde que se prove que a intervenção médica (arbitrária) acarretou menos prejuízos que a omissão ou a opção

¹²²⁸ Cf., por todos, Francisco PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão).

¹²²⁹ Cf. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

¹²³⁰ Cuja prova recai sobre o paciente, como veremos na Parte IV.

por uma alternativa terapêutica. Numa palavra, estaríamos a deixar entrar pela janela o que não quisemos deixar entrar pela porta: o paternalismo tradicional.

Por isso mesmo, advogamos que a violação do bem jurídico *liberdade* (autodeterminação) deverá ser sempre sancionada. E, em caso de intervenções não consentidas ou em que a violação do dever de informar é grave, não se deverá aceitar esta defesa (a causalidade hipotética), pelo que o médico deverá responder pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da intervenção ilícita.

39. Ponderação global: as “defesas do médico”

Os institutos que apresentámos, e que poderão ser mobilizados como eventuais *defesas* do médico, não escondem a resposta básica à questão da violação do dever de informar e esclarecer: se o médico não revelar adequadamente as informações que se entende deverem ser prestadas, ele responde, em princípio, por todas as consequências negativas posteriores à intervenção, uma vez que o consentimento é ineficaz e a intervenção ilícita. A ilicitude desta intervenção viola dois bens jurídicos basilares: a *liberdade* e a *integridade física e psíquica*.

A violação do bem jurídico *liberdade* (e autodeterminação nos cuidados de saúde) pode dar lugar a uma indemnização por danos morais e as defesas que apresentámos, *em regra*, não poderão evitar esta responsabilidade.

No que respeita à violação do bem jurídico *integridade física e psíquica* (ou a *vida* nos casos mais extremos), o médico responde pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causalmente decorrentes da intervenção ilícita.

Todavia, apenas os danos que caíam *no âmbito de proteção do dever de esclarecer* merecem ser indemnizados. A determinação do âmbito de proteção da norma é uma atividade casuística que exige rigor metodológico, tendo sido lançadas algumas pistas e algumas propostas de raciocínio. Desde logo, não se deve aceitar a condenação automática do médico por todo e qualquer dano que ocorra na sequência de uma intervenção em que se violou o dever de esclarecimento. O juiz deverá discernir quais os riscos que o Direito pretendia que recaíssem sobre a esfera do paciente e quais os que deveriam recair sobre a esfera do médico (e dos quais ele apenas se exime se cumprir o dever de informar). Assim, mesmo que o médico não informe de um risco que deveria ter revelado e se

verifique um risco que recai sobre a *esfera de risco* do paciente, o médico só responde se houver uma conexão material entre o risco não revelado e o risco ocorrido ou se a falta de informação impossibilitou o paciente de tomar uma decisão informada em termos de ponderação adequada de riscos e benefícios (*Bilanzentscheidung*) e se conclua, assim, que se deve imputar ao médico a responsabilidade pelos danos verificados.

Por outro lado, se a violação do dever de informar for *leve* e se o médico provar que mesmo que tivesse prestado todas as informações devidas o paciente – o *concreto paciente* e não o paciente razoável – teria consentido e este não demonstre, com argumentos plausíveis, que recusaria a intervenção, poderemos admitir a figura do *consentimento hipotético*, como aplicação concreta da categoria do *comportamento lícito alternativo*, e assim excluir ou limitar a indemnização pelos danos resultantes da violação da integridade física e psíquica.

Um raciocínio semelhante deverá valer para os casos em que o médico prove que, se não tivesse intervindo, a evolução da doença ou a realização de um tratamento alternativo teria acarretado consequências ainda mais gravosas. Todavia, se a violação do dever de esclarecer for grave (ou, *a fortiori*, se houver ausência de consentimento), não deve esta defesa ser acatada; tratando-se de uma *leve infração* pode o tribunal excluir ou limitar a indemnização pelos danos causados à integridade físico-psíquica, lançando mão das normas previstas nos artigos 494.º, 570.º e/ ou 566.º, n.º3 CC.

O desenvolvimento destes institutos no Direito português permitirá à dogmática da responsabilidade médica determinar um ponto de equilíbrio justo entre a posição do paciente e do médico (ou instituição de saúde) nos processos de responsabilidade por não cumprimento perfeito do dever de esclarecer o paciente.

40. Exceções ao dever de informar

O dever de informar conhece, evidentemente, limitações. É pois importante considerar, neste momento, aquelas que são as específicas exceções a um dever de informar: o caso do *privilégio terapêutico* e o caso do *direito a não saber*.

Note-se, desde logo, que os bens jurídicos protegidos por cada um destes institutos são diferentes, pois enquanto o

privilégio terapêutico tem em vista proteger o direito à integridade física e à saúde; o *direito a não saber* é uma nova expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹²³¹

40.1. O Privilégio Terapêutico

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina deu pouco relevo à *exceção médica*. No texto do art. 5º não há sequer espaço para o chamado “privilégio terapêutico”. Apenas num outro artigo, num outro capítulo,¹²³² poderemos encontrar uma alusão *indireta* a este instituto e com carácter meramente *facultativo*. Na verdade, segundo o relatório explicativo, compete à lei nacional, de acordo com a sua tradição cultural, resolver o conflito entre o direito à informação e a proteção da saúde do doente. Em suma: a Convenção aposta no modelo autonomista, o que leva alguns autores afirmam mesmo que o direito à autodeterminação é o *núcleo forte* da Convenção.¹²³³

De acordo com o Relatório explicativo da CDHBio (parágrafo 68), as leis nacionais podem fixar restrições ao direito a ser informado no interesse da saúde do paciente (por exemplo, um prognóstico de morte que se transmitisse imediatamente poderia piorar sensivelmente o seu estado de saúde), pelo que, tendo em conta o enquadramento social e cultural, se pode justificar que o médico retenha, por vezes, parte da informação ou, que a revele com cautela.¹²³⁴

A lei penal portuguesa acolheu expressamente o *privilégio terapêutico*. Assim, é dispensada a “comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente poriam em *risco a sua vida* ou seriam susceptíveis de lhe causar *grave dano à saúde, física ou psíquica*” (art. 157º, *in fine*).

Trata-se de uma formulação bastante restritiva. Na verdade, por um lado, só há privilégio para as intervenções

¹²³¹ Cf. Jochen TAUPITZ, “El derecho a no saber en la legislación alemana”, *Rev Der Gen H* 8/1998, p. 115.

¹²³² Art. 10º, nº3, no Capítulo III: Vida Privada e direito à informação.

¹²³³ Herman NYS, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Rev Der Gen H*, 12/2000, 67-87.

¹²³⁴ O Relatório Explicativo parece defender que haja neste caso um controlo judicial. Ora, se se pretende com isto significar um *controlo prévio*, não concordo com tal solução que se me afiguraria muito burocratizante e pesada. Aliás, o Relatório Explicativo não faz interpretação autêntica pelo que não vincula o intérprete.

terapêuticas, isto é, aquelas que passam no apertado crivo do art. 150º CP e não para as intervenções médicas que constituem ofensas corporais (cirurgia estética pura, experimentação pura, doação de órgãos, etc.). Tal significa que para as *intervenções não terapêuticas*, ou que não sigam a medicina académica, não seria lícito invocar o privilégio terapêutico. A seu favor joga o *elemento sistemático*, visto que está previsto apenas em sede de intervenções arbitrárias (artigos 156º e 157º) e, mais decisivamente, o *argumento teleológico*. Só face a intervenções terapêuticas se justifica este instituto de cunho paternalista, visto que está em causa a salvaguarda da saúde do doente. *Doente* que só em sentido amplo existe nas intervenções não terapêuticas (esterilização pura, doação de órgão, experimentação pura, cesariana a pedido,¹²³⁵ etc.);

¹²³⁵ Já em 1993, Rebecca J. COOK, International Human Rights and Women's Reproductive Health, *Studies in Family Planning*, Volume 24, Number 2, March/ April 1993, p. 73 ss. Assinalava que havia um excesso de realização de cesarianas, o que não apenas viola as boas práticas médicas, como o princípio do consentimento. Assim, afirma a Autora: "Women's dignity and autonomy are abused during the delivery of reproductive health services, because the doctrine of informed consent is not enforced or is misapplied. For example, the rate of cesarian sections is unnecessary high in both developed and developing countries, in part because women are pressured to undergo the procedure without being given adequate information to make and informed choice between cesarian or vaginal delivery."

Entre nós, um estudo efectuado em 2007 refere que 65,9% dos partos efectuados em regime não público em Portugal foram efectuados através de cesariana. Ver ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE: *Relatório sobre o Estudo Técnico de Caracterização dos Prestadores Não Públicos de Cuidados de Saúde com Centros de Nascimento*, Porto, Junho de 2007.

Sobre esta matéria, *vide* o controverso PARECER n.º P/12/APB/08 *Sobre o Direito de Escolha da Via de Parto* (Rui Nunes, Guilhermina Rego, Cristina Brandão), designadamente quando defende que: "2 –Deve ser dada a possibilidade à mulher grávida de escolher a via de parto no quadro do processo de obtenção de consentimento informado, livre e esclarecido." Com efeito, a tese dominante na obstetrícia vai no sentido de que o parto por cesariana ainda deve ser visto como um método subsidiário face ao parto por via vaginal, donde, mais do que uma objeção de consciência, a equipa médica pode invocar a objeção técnica para se eximir à prática de tal procedimento, sem indicação terapêutica.

O Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros (PARECER nº 21 / 2008) deliberou: "Se do ponto de vista científico e técnico, o parto por via vaginal constituir a primeira opção para o ato de nascer, devem os profissionais de saúde promovê-lo, genericamente e individualmente para cada mulher a quem prestem cuidados; todavia, (...) em algumas situações, pode a mulher decidir realizar cesariana com opção face a parto previsivelmente eutócico."

efetivamente, perante uma intervenção não terapêutica não se afigura provável que *o esclarecimento* de determinado risco ou consequência acarrete perigo para a vida ou grave dano à saúde, física ou psíquica do paciente.¹²³⁶

Na verdade, mesmo em países em que se não distinguem tão claramente as intervenções médicas terapêuticas das não terapêuticas, afirma a doutrina que não pode, em regra, ser invocado o privilégio terapêutico para *operações “d’agrément”*, como a cirurgia estética, esterilizações, doações de órgãos ou ensaios clínicos, devendo o paciente dispor de todos os elementos para tomar uma decisão esclarecida.¹²³⁷

Acresce que o legislador restringiu o âmbito do privilégio terapêutico em 1995; a antiga redação admitia a exceção terapêutica, quando “...isso [a informação] implicar o esclarecimento de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, seriam susceptíveis de *lhe provocar perturbações comprometedoras da finalidade visada.*” Atualmente, só o risco para a *vida* ou o grave dano para a *saúde física ou psíquica* justificam o não cumprimento do dever de informar.¹²³⁸ E não se esqueça que este mesmo Legislador de 1995 ampliou o dever de esclarecimento ao acrescentar o dever de comunicar o *diagnóstico* (art. 157º, 1ª parte). Tudo sinais evidentes de um *ethos* claramente mais autonomista no direito português.

Um outro argumento no sentido de uma visão restritiva do privilégio terapêutico é o facto de a CDHBio, como vimos, ser pouco aberta a este instituto, pelo que o art. 157º CP deve ser *interpretado em conformidade com o direito internacional convencional*, dada a sua superior hierarquia normativa.

E com isto devemos sublinhar certos critérios fundamentais. Por um lado, não há um *direito à mentira*;¹²³⁹ por outro, não seria admissível omitir uma informação

¹²³⁶ VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 62.

¹²³⁷ Assim para o direito belga, LELEU/ GENICOT, *Le droit medical...*, p. 72.

¹²³⁸ Do mesmo modo a jurisprudência alemã. “Der BGH judiziert “sehr streng und engherzig”. Das Gericht lässt die Pflicht zur Aufklärung nur entfalten, wenn diese Leben oder Gesundheit ernstlich gefährdete.” LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch*, p. 520.

¹²³⁹ BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Medical Ethics*⁶, 2009, p. 288-91, defendem a primazia da regra da verdade (*veracity*). Nem o mandamento Hipocrático, nem a Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial nem a primeira versão, dos anos 80, dos Princípios de Ética Médica da Associação Médica Americana mencionavam a obrigação ou a virtude da verdade, já a versão de 2001 indica que os médicos devem “ser honestos em todas as interações profissionais.”

importante com o objectivo de *evitar que o paciente recuse uma intervenção ou não fique desencorajado de se lhe submeter*.¹²⁴⁰

A utilização da exceção terapêutica exige que a utilidade terapêutica da intervenção seja grande e, sobretudo, só é legítima quando está em causa *risco para a vida* do paciente ou *grave dano à saúde, física ou psíquica* do mesmo.¹²⁴¹

Concluindo com as palavras de dois médicos: “Este ‘privilégio terapêutico’ deve ser evitado ao máximo, reservando-se a sua utilização para casos verdadeiramente excepcionais, como algumas doenças psiquiátricas ou cardíacas que, pela sua natureza, sejam agravadas com a transmissão da informação.”¹²⁴²

Julgamos, em conclusão, correta a norma constante do n.º 1 e 2 do art. 50.º do CDOM, segundo a qual:

“1. O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia.

2. A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, *ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar*.”

40.2. O “direito a não saber”

Poderia dizer-se que, aparentemente, é da natureza humana querer saber. Todavia, tal afirmação não é linear, uma vez que se verifica que, mesmo entre famílias com elevado risco de sofrer de uma malformação genética, muitos indivíduos optam por não saber. Se o ‘conhecimento é poder’, ‘a ignorância [pode ser] uma bênção’. Alguns indivíduos, pelas

¹²⁴⁰ LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 72.

¹²⁴¹ É bastante expressivo, o exemplo que colhemos dos profissionais da cardiologia: os pacientes que sofrem de um *enfarte do miocárdio* estão em iminente perigo de morte, pelo que a revelação do exacto alcance do seu diagnóstico poderia ser fatal; impõe-se aqui, pois, que a *arte clínica* acalme o paciente, podendo mesmo omitir informações. Por outro lado, ensina a boa prática médica, que se deve comunicar, com brevidade, com a família, por forma a que esta se inteire da extrema delicadeza da condição do paciente: trata-se de um caso de esclarecimento terapêutico, a meu ver legítimo quando devidamente cumprido.

¹²⁴² Alexandra ANTUNES/ Rui NUNES, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, p. 125.

mais diversas razões, podem preferir, em consciência, não ser informados relativamente a certos aspectos da sua saúde.¹²⁴³

O paciente pode renunciar à informação. Neste caso, não tem de haver esclarecimento quando o paciente declara ao médico que aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação. Temos, assim, a afirmação do *direito a não saber*, como dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana, e que se encontra expressamente previsto no art. 10º, n.º 3 CDHBio.

Em janeiro de 2009, o CDOM consagrou este direito no n.º 3 do art. 50.º: “3. A revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar.”

No direito comparado, diversos são os ordenamentos jurídicos que expressamente admitem este direito, nomeadamente em Espanha¹²⁴⁴, na França¹²⁴⁵ e na Bélgica¹²⁴⁶. Também a Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994) reconhece que “Os pacientes têm o direito de não serem informados, a seu expresso pedido.”¹²⁴⁷

Embora a renúncia possa ser *expressa* ou *tácita*, esta deve ser *clara e inequívoca*, pois como julgou o Supremo Tribunal austríaco (OGH, 1983), não é correto “que o médico, só com base na ausência de perguntas por parte do paciente, deduza, de forma concludente, um desejo de não receber mais informações”. Pelo contrário, exige-se uma “recusa informada”. O paciente deve ter um conhecimento, ao menos em abstracto, do âmbito de conhecimentos em questão, de tal forma que se encontre em condições de poder ponderar, adequadamente, os riscos da falta de conhecimento.¹²⁴⁸ Como explica Jochen Taupitz, o direito a não saber tem que ser

¹²⁴³ Os domínios mais relevantes de aplicação deste instituto são o das análises de provas genéticas, o diagnóstico pré-natal, o teste da SIDA, etc..

¹²⁴⁴ Art. 9.1 Ley 41/2002. No direito autonómico, a *Ley 21/2000*, de 29 de dezembro, da Catalunha e a *Ley 10/2001*, de 28 de junho, da Estremadura, entre várias outras, estabelecem que é necessário respeitar a vontade de uma pessoa a não ser informada.

¹²⁴⁵ L 1111-2: La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

¹²⁴⁶ Art. 7º, § 3 da Lei de 22 de agosto de 2002.

¹²⁴⁷ Cf. João LOUREIRO, “Adeus a Delfos? Saber, Não Saber e Medicina Preditiva”, *Lex Medicinæ*, 2011.

¹²⁴⁸ Assim, a maioria da doutrina alemã, cf. ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p.108.

activado pelo sujeito para que deste derivem certos direitos de defesa ou de indemnização. Em princípio, portanto, o médico pode revelar as informações.¹²⁴⁹

O problema fundamental do direito a não saber é *o conhecimento da possibilidade de conhecimento*. Só estando ciente da possibilidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito autodeterminar-se no sentido de as recusar. De qualquer modo, não se exige aqui uma “recusa informada” no sentido de uma “recusa com plena informação”; caso contrário, o direito a não saber ficaria vazio de conteúdo. Porém, é necessário que haja um conhecimento ao menos em abstracto por parte do afectado do âmbito de conhecimentos em questão. Se este conhecimento falta, não é correto, regra geral, privar o afectado de certa informação básica invocando o direito a não saber. Esta *informação básica*, que em todo o caso deve transmitir-se com a conveniente delicadeza, deve ser suficiente para pôr o afectado em condições de poder ponderar adequadamente os riscos da falta de conhecimento. Só em casos excepcionais se pode *presumir* que o paciente quer exercer o direito a não saber; este será o caso, especialmente, quando com base na atitude e concepção vitais do afectado noutros campos ou em virtude de manifestações expressas feitas no passado que indiquem claramente uma vontade de defesa que se refira, inclusivamente, às informações de carácter básico.¹²⁵⁰

No plano jurídico, a justificação desta prerrogativa encontra-se no direito à reserva da vida privada¹²⁵¹, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito. Os contra-argumentos baseiam-se, sobretudo, na solidariedade e na responsabilidade.

O filósofo Gilbert Hottois, todavia, considera, no plano ético, que: “o valor kantiano da autonomia do sujeito postula e protege o direito a saber e acalenta a obrigação de saber, já que a autonomia do sujeito só é possível e só se acrescenta com o conhecimento, que ilumina a vontade e a liberdade. A pretensão de defender um direito a não saber e valorizar o não saber fatalista, reivindicando o princípio da autonomia do sujeito, constitui uma contradição e um contrassenso, uma

¹²⁴⁹ TAUPITZ, “El derecho a no saber....”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 166.

¹²⁵⁰ TAUPITZ, “El derecho a no saber....”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 173.

¹²⁵¹ LELEU/GENICOT, *Le droit médical*, p. 72.

utilização abusiva e inclusivamente absurda do conceito de autonomia. O *não saber* e o *culto do não saber* podem mesmo destruir a autonomia do sujeito. Só o direito de saber e o dever de saber se articulam positivamente com o princípio da autonomia, já que o poder de autodeterminação deve exercer-se com conhecimento de causa, isto é, baseando-se em toda a informação pertinente disponível que possa aumentar a capacidade de escolha de um sujeito. O não querer saber limita a capacidade de autonomia real do indivíduo e leva a um abandono na heteronomia do acaso ou à vontade e ao saber de outro.”¹²⁵²

A doutrina majoritária entende, porém, que se trata aqui de um direito a “ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade”, que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana.¹²⁵³ “De facto, frequentes vezes o doente não quer saber toda a verdade acerca do seu estado, e é *inadmissível não respeitar este seu direito a não ser informado*.”¹²⁵⁴ No fundo, como afirmam Beauchamp e Childress, a autonomia é um direito e não um dever, e o paciente também exerce a sua autonomia querendo afastar-se do processo de decisão.¹²⁵⁵

De todo o modo, tal como sucede com o direito à informação, o direito a não saber não é absoluto. Pode sofrer *restrições* tanto no interesse do próprio paciente (informá-lo da predisposição para uma patologia grave, para que adopte medidas preventivas face à mesma) como para proteção de terceiros (informá-lo, por exemplo, de uma doença infecto-

¹²⁵² Gilbert HOTTOIS, “Información y saber genéticos”, *Rev Der Gen H*, 11, Jul-dez 1999, p. 25-53. Noutro escrito, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, p. 160, HOTTOIS afirma: “Ces développements constituant, selon nous, les passages les plus *réactionnaires, obscurantistes, contraires à la philosophie des droits de l’homme et à l’éthique*. Du point de vue du discours étique, il faudra parler exclusivement “*d’un droit de savoir*” et même d’un “*devoir de savoir*” afin de tirer de ce savoir toutes les conséquences utiles pour sa propre santé et pour celle d’autrui, et même, au delà, utiles à la gestion éclairée et responsable de l’existence individuelle”.

¹²⁵³ TAUPITZ, “El derecho a no saber....”, *Rev Der Gen H* 9/1998, p. 177.

¹²⁵⁴ OSSWALD, “A Morte Anunciada”, *Cadernos de Bioética*, 12, Out. 1996, p. 57.

¹²⁵⁵ Cf. BEAUCHAMP/ CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*⁶, 2009, p. 105: “The duty of respect for autonomy that we defend has a correlative *right* to choose, not a *duty* to choose.”.

contagiosa, como sucede com a SIDA,¹²⁵⁶ para evitar a transmissão a terceiras pessoas ou aos seus familiares). Tais exceções estão previstas na CDHBio, nos artigos 10º, n.º 3 e 26º.¹²⁵⁷

¹²⁵⁶ Assim, como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Brasil) (publicado em 06/04/2011; Ministro Massami Uyeda): ao negar uma demanda interposta por um paciente portador de HIV que alegava ter o direito a não saber da sua condição serológica: “tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é seropositivo, configuraria *indevida sobreposição* de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data *maxima venia*, não se afigura escorreito.”

¹²⁵⁷ O n.º 3 do art. 10º da CDHBio prevê: “a título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos estabelecidos no parágrafo 2º”. Cf. ainda o Relatório explicativo, parágrafo 70.

Neste sentido, dispõe o art. 449 do Código Civil holandês que “se um paciente deu a conhecer que não quer receber informações, deve-se omitir a prestação de informações, salvo quando o interesse que o paciente tenha em não saber, não compense o prejuízo que possa derivar daí *para si próprio* ou para *terceiros*”.

A lei espanhola afirma que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso” (art. 9, n.º1). A lei belga introduz alguns requisitos procedimentais no caso de o médico entender não deve respeitar o direito a não saber: “Les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande à moins que la non-communication de ces informations ne cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers et à condition que le praticien ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désigné dont question au § 2, alinéa 3. La demande du patient est consigné ou ajouté dans le dossier du patient” (art. 7, § 3).

Em França, prescreve o art. 35, n.º 2, do *Code de Déontologie médicale*: “...Toutefois, dans l’intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, *un malade peut être tenu dans l’ignorance d’un diagnostic ou d’un pronostic graves, sauf dans les cas où l’affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination*. DUPUY, *L’information médicale*, 2002, p. 60, inclui nesta última secção – que constitui uma *exceção* ao privilégio terapêutico, no fundo, uma exceção à exceção (!) – o caso da revelação do diagnóstico de HIV+, pelo que este último se impõe sempre aos médicos franceses.

41. O consentimento para intervenções médico-cirúrgicas

41.1. A regra geral: o dever de obter o consentimento livre e esclarecido

Como vimos afirmando, constitui regra bem fundada que o profissional deve obter o consentimento do paciente antes de qualquer intervenção médico-cirúrgica, sendo criminalmente punida a *intervenção arbitrária* (art. 156.º CP).

Porém, há três grupos de situações em que é permitida a intervenção, sem ou contra a vontade do cidadão: i) os casos de intervenções expandidas; (ii) as situações de emergência e os casos previstos na lei, com vista à tutela de outros interesses de terceiros ou de saúde pública.

41.2. Exceções ao dever de obter o consentimento

São várias e de diferente natureza as exceções ao dever de obter o consentimento (informado). Se algumas resultam da própria aplicação da doutrina da autonomia da pessoa, em conjugação com outros princípios como a beneficência (designadamente a urgência e as *extended operations*, previstas no n.º 2 do art. 156.º do CP), outras resultam de ponderações concretas sob o escrutínio da lei e com vista à proteção de interesses de saúde pública, ou mesmo para a tutela de outros bens jurídicos supra-individuais relacionados com exigências de justiça, de prevenção e repressão criminal.¹²⁵⁸

41.2.1. As intervenções ‘expandidas’

No domínio dos atos médicos devemos considerar o previsto no n.º 2 do art.156º do CP. Esta norma legitima a intervenção *sem* consentimento, quando este: *b)* “Tiver sido realizado 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;” e *não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”*.

Assim, para se punir um médico não será bastante supor

¹²⁵⁸ Pela especificidade destas matérias e por intervirem já na dogmática própria do Direito Público, seja Constitucional, Administrativo ou de Processo Penal, não faremos mais do que alusões breves e apenas às matérias de saúde pública, enquanto parte do Direito da Saúde, mas já não do Direito da Medicina.

razoavelmente (art. 39º, 2) que o consentimento seria recusado, antes *terá de se produzir prova que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado.*

A vontade hipotética que se busca respeitar é a vontade do paciente e não do representante, por isso não se deve considerar o consentimento presumido como um instituto da representação. Assume aqui grande importância o conhecimento do sistema de valores do paciente para que o médico possa formular um juízo que com ele se adequa.

Perante o problema do *alargamento do âmbito da operação* (“*extended operations*”), o direito português (art. 156º, n.º2, al. b do CP) não exige que o perigo seja *grave* ou *iminente*. Porém, exige, ainda assim, que o alargamento da operação vise evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. Assim, não será admissível que, com base num *potencial* perigo para o corpo ou para a saúde, o médico realize uma intervenção *não urgente* ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado do paciente. O médico deve interromper a operação quando a sua continuação acarrete consequências tão negativas quanto a sua repetição, isto é, deve-se dar prioridade à possibilidade de escolha do paciente.

41.2.2. As situações de urgência

A urgência¹²⁵⁹ é uma situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais e quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em *perigo a vida* ou leve a um *agravamento do estado de saúde* do doente. O seu fundamento legal encontra-se no art. 156º, n.º2, al. a) CP e no art. 8º CDHBio.

Numa situação de urgência, em que o consentimento não possa ser obtido, os médicos devem prestar os tratamentos médicos adequados e que sejam imediatamente necessário para salvar a vida ou evitar uma grave deterioração da saúde do paciente.

Logo que possível, o paciente deve ser informado acerca das intervenções levadas a cabo e deve ser pedido consentimento para ulteriores cuidados e tratamentos médicos.

A finalidade de salvar – que chega a prescindir de um ato de consentimento informado – explica que este regime

¹²⁵⁹ Ou *emergência* no jargão dos médicos, muito influenciado pelo inglês

especial não valha para intervenções desnecessárias e irreversíveis; estas não podem ser realizadas numa situação de urgência, sem consentimento informado.

Porém, se o médico souber que o doente não quereria o tratamento em qualquer caso, deve abster-se de o fazer: E se o doente for portador de um testamento vital que recuse um determinado tratamento, deve o médico abster-se, mesmo que isso implique um desfecho fatal.¹²⁶⁰ Os princípios do *consentimento presumido* (*maxime*, o respeito pela vontade hipotético-conjectural) devem, pois, ser respeitados nesta sede.

41.2.3. As Autorizações legais

As autorizações legais podem justificar as ações médicas que, embora portadoras de uma finalidade mais ou menos direta de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente pré-ordenadas à *promoção de interesses jurídicos supra-individuais*, no contexto da *prevenção de epidemias, doenças contagiosas, vacinações obrigatórias e casos análogos*. O mesmo valendo para os tratamentos compulsivos impostos a pessoas com determinados estatutos profissionais ou integradas em instituições como a *prisão*.¹²⁶¹

Podemos distinguir os tratamentos sanitários obrigatórios *não coactivos* dos tratamentos *coactivos*. São *não coactivos* os tratamentos sanitários obrigatórios nos quais a obrigação de se sujeitar ao tratamento é sancionada apenas indiretamente: *v.g.*, proibição de frequentar a escola, o local de trabalho, locais desportivos, ou a perda de direito a algumas prestações ou outras vantagens. São *coactivos* os que podem ser impostos mesmo contra a vontade do paciente.¹²⁶²

Sem pretensão de exaustividade, enunciamos alguns exemplos de autorizações legais de tratamentos médicos, os quais mostram que estão sujeitos à reserva de lei e apenas

¹²⁶⁰ Inclusive se essa declaração de recusa da intervenção médica for prestada sob a forma de testamento vital (art. 6.º, n.º1, da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho).

¹²⁶¹ Para mais desenvolvimentos sobre as autorizações legais, *vide* André DIAS PEREIRA, *O consentimento informado...*, p. 564 a 600, bem como o nosso estudo, André DIAS PEREIRA, “Sida, Toxicodependência e Esquizofrenia: Estudo Jurídico sobre o Internamento Compulsivo”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 63-79.

¹²⁶² Segundo Amedeo SANTOSUOSSO, *Il Consenso Informato*, p. 32, são tratamentos não coactivos, em Itália: os impostos aos trabalhadores (em caso de certificação do estado de incapacidade); o teste de alcoolemia nas estradas, as vacinações. São tratamentos coactivos, os previstos para doenças mentais, doenças venéreas, doenças infecciosas e contagiosas.

justificados se visarem tutelar bem jurídicos superiores à integridade física e psíquica.

Assim, a *vacinação obrigatória*¹²⁶³ constitui uma importante limitação ao princípio da autonomia, justificado na medida em que tem em vista a salvaguarda de prementes interesses de saúde do próprio, mas sobretudo de *saúde pública*.¹²⁶⁴ O direito à autodeterminação sobre o corpo e sobre a saúde não impede “o estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em intervenções no corpo das pessoas.”¹²⁶⁵ Com vista a proteger a saúde do trabalhador, os testes no âmbito da Medicina do Trabalho são *obrigatórios*.¹²⁶⁶

Para pura defesa de terceiros e da saúde pública, destacamos o regime jurídico da luta contra a doença de Hansen (lepra)¹²⁶⁷ e a Lei de Saúde Mental,¹²⁶⁸ que regula o

¹²⁶³ Para Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual*, cit., p. 31, efectuado um exercício de “concordância prática” entre o direito à inviolabilidade da integridade física e o interesse constitucional de evitar a contração e a difusão da doença, e passado o teste de proporcionalidade (art. 18º CRP), parece que este regime pode ser aplicado. Em regra os deveres de vacinação vêm associados a sanções de carácter *não coactivo* (por ex: a vacinação como requisito da matrícula na escola, de acesso a um emprego, etc).

Todavia, na Bélgica, face a um Decreto que impõe a vacinação obrigatória da poliomielite (l'arrêté royal de 1966), o tribunal correcional de Tournai (decisão n.º 308 da 5.ª câmara, de 22/3/2011) aplicou o art. 159 da Constituição belga considerou que esse decreto está em contradição com a *loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient* que consagra o direito ao consentimento perante todo o ato médico, incluindo a vacinação.

¹²⁶⁴ Cf. a Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto: Institui um sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, atualiza, analisa e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, bem como prepara planos de contingência face a situações de emergência ou tão graves como de calamidade pública; bem como o Decreto-Lei n.º 81/2009 e o DL 82/2009, ambos de 2 de abril.

¹²⁶⁵ Na jurisprudência do Conselho da Europa, foi decidido o caso *Boffa e outros treze c. São-Marino* (Decisão de 15 de janeiro de 1998), relativo à vacinação obrigatória de hepatite B. Julgou a Comissão que “uma campanha de vacinação... obriga os indivíduos a inclinar-se perante o *interesse geral* e a não colocar em perigo a saúde dos seus próximos...”.

¹²⁶⁶ Art. 19.º do Código do Trabalho e do art. 255.º, n.º1, al. b) da Lei n.º 35/2004, de 29 de julho, que regulamenta o Código do Trabalho.

¹²⁶⁷ O Decreto-Lei n.º 547/76, de 10 de julho, e a Portaria n.º 131/77, de 14 de março.

Por curiosidade histórica, destaque-se o papel da Princesa Elisabeth, da Hungria, na promoção das condições de vida dos leprosos. Elisabeth seria proclamada santa por Gregório IX no dia 27 de maio de 1235, em Perugia, na igreja de São Domingos.

internamento compulsivo de pacientes do foro psiquiátrico.

41.3. Modos de declarar o consentimento

Entre nós, vigora o princípio da *liberdade declarativa*.¹²⁶⁹ Por essa razão, o consentimento relevante para excluir a ilicitude da lesão tanto pode ser *expresso* como *tácito*, mas neste último caso terá de deduzir-se de factos que “com toda a probabilidade” revelem tal consentimento (art. 217º CC), ou seja, terá de decorrer de factos concludentes, que se reportem à específica e concreta lesão consentida.¹²⁷⁰

Consideramos que a declaração de consentimento configura um *simplex ato jurídico*¹²⁷¹ e não um negócio jurídico. Todavia, não se estranhe o facto de se estar a aplicar as normas relativas aos negócios jurídicos ao consentimento (*tolerante*) que é um *simplex ato jurídico*. O art. 295º permite este método, na medida em que a analogia das situações assim o justifique, até porque estamos perante aqui *quase-negócios jurídicos*.

41.3.1. Consentimento expresso

Há, porém, alguns casos na legislação portuguesa em que se exige um consentimento expresso, ou explícito, afastando-se então a regra geral que admite o valor declarativo das declarações tácitas.¹²⁷²

A prestação de um *consentimento expresso* significa, assim, para o agente médico, a obtenção de uma manifestação

¹²⁶⁸ Lei nº 36/98, de 24 de julho. Cf. SIMÕES de ALMEIDA, “Doente Mental que recusa tratamento: dificuldades e constrangimentos do tribunal”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 89-99.

¹²⁶⁹ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 129; MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 421.

¹²⁷⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 704 ss. Afirma o Autor (p. 712) que “o critério adotado para a distinção entre o expresso e o tácito baseia-se pois na avaliação objectiva da finalidade do enunciante, isto é, na compreensão dessa finalidade segundo os cânones definidos pelos artigos 236.º ss.”

¹²⁷¹ Cf. André DAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 131-147.

¹²⁷² “Quando a lei obriga a uma declaração expressa parece de entender que ela quis referir-se a uma declaração tanto quanto possível *inequívoca* – a uma declaração que se preste a poucas dúvidas, a uma declaração *explícita* e *segura*”. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 130. O autor apresenta as doutrinas que permitem distinguir a declaração expressa da tácita. Para mais desenvolvimentos Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, p. 704-712.

de vontade inequívoca decorrente da declaração correspondente do paciente através de um meio direto e explícito.¹²⁷³

O legislador impõe este tipo de declaração nos casos de intervenções mais graves, que correspondem, em grande parte, a intervenções não terapêuticas, ou que se revestem de riscos graves ou de possíveis consequências laterais muito desvantajosas. Privilegiou, portanto, a segurança jurídica, colocando a declaração de consentimento como instrumento de reflexão, decisão amadurecida e de prova fácil¹²⁷⁴ nos seguintes casos:

- a. Consentimento para a participação em qualquer investigação biomédica (art. 16.º al. v) da Convenção de Oviedo);¹²⁷⁵
- b. Consentimento para a participação em *ensaios clínicos de medicamentos* (art. 6º, n.º1, al. d) da Lei n.º 46/2004);¹²⁷⁶
- c. Exercício do direito ao *co-consentimento* dos menores e incapazes no âmbito da experimentação com seres humanos (art. 7.º c) da Lei n.º 46/2004);¹²⁷⁷
- d. No caso de doação de órgão ou tecidos, a Convenção de Oviedo exige que o consentimento seja prestado de

¹²⁷³ “A declaração é expressa quando feita por palavras, escrito ou quaisquer outros meios diretos, frontais, imediatos de expressão da vontade e é tácita quando do seu conteúdo direto se infere um outro, isto é, quando se destina a um certo fim, mas implica e torna cognoscível, *a latere*, um auto-regulamento sobre outro ponto – em via oblíqua, mediata, lateral.” Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 425.

¹²⁷⁴ Na verdade, a distinção entre enunciado tácito e *silêncio* nem sempre é fácil. Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, p. 714

¹²⁷⁵ “O consentimento referido no artigo 5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado.”

¹²⁷⁶ O referido art. 6º, n.º1, al. d) afirma que o consentimento deve ser livre, esclarecido, expresso e dado por escrito.

¹²⁷⁷ Afirma a referida al c): “O investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal considerar o desejo expresso do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento.”

Por seu turno, a CDHBio fala em “manifestar a sua oposição,” mas essa *manifestação* pode ser feita por qualquer meio e até por pessoas “sem capacidade de entendimento e de manifestação de vontade”. Contrariamente, o *direito de veto* dos menores ou incapazes (art. 17º, n.º1, v) CDHBio) pode ser deduzido de *factos que, com toda a probabilidade, a revelam*. Regem aqui, inversamente, os argumentos substanciais invocados a propósito do co-consentimento. Pretende-se oferecer a mais ampla possibilidade de o incapaz transmitir a sua *vontade de não participar* em atividades arriscadas e de duvidosa eficácia terapêutica.

forma *expressa e específica*, quer por escrito quer perante uma instância oficial (art. 19º, n.º 2 CDHBio). A lei também impõe que o consentimento seja *inequívoco* (art. 8º, n.º 1 da Lei n.º 22/2007);

- e. A *concordância* dos menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade deve ser *expressa* (art. 8º, n.º 4 da Lei n.º 22/2007). Já o exercício do *direito de veto* do menor (art. 20º, 2, v) da CDHBio poderá ser *tácito*.
- f. Outro caso de consentimento expresso é ainda o da realização de intervenções psico-cirúrgicas, que exigem, além do *prévio consentimento escrito*, o parecer escrito favorável de dois médicos psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental (art. 5º, n.º 2 LSM). Todo este procedimento não nos parece compatível com um consentimento que tenha na base apenas declarações tácitas.
- g. Somos de parecer que a prática de electroconvulsoterapia também carece de consentimento expresso (art. 5º, n.º 1, al. d) LSM).
- h. O consentimento expresso é também exigido no âmbito da procriação medicamente assistida, ao abrigo da Lei n.º 32/2006: exige-se o consentimento expresso dos beneficiários para a investigação com recurso a embriões criopreservados e excedentários e/ou portadores de anomalia genética grave (art. 9.º, nº 5), como para a utilização de qualquer técnica de procriação medicamente assistida (art. 14.º), e também no que respeita ao destino dos embriões (art. 25.º, nº 3).¹²⁷⁸
- i. A esterilização voluntária tem de ser feita mediante declaração escrita, contendo a *inequívoca* manifestação de vontade de que deseja submeter-se à necessária intervenção (art. 10º, n.º 1 da Lei n.º 3/84).
- j. No caso de testes genéticos, afirmo o art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 12/2005: “A detecção do estado de heterozigotia para doenças recessivas, o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas e os testes de susceptibilidades genéticas em pessoas saudáveis só podem ser executados com *autorização* do próprio, a pedido de um médico com a especialidade de genética e na sequência

¹²⁷⁸ E note-se particularmente a importância do consentimento para efeitos da determinação da paternidade – art. 20.º, nº 2 e 3.

da realização de consulta de aconselhamento genético, após consentimento informado, *expresso* por escrito.¹²⁷⁹

- k. A recusa de tratamento também exige uma declaração expressa nos termos do art. 48.º, n.º 2 do CDOM, ou seja, “*em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir*, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coações.”
- l. No caso da cirurgia de mudança de sexo, o consentimento do doente deve ser escrito e testemunhado (art. 72.º, n.º 2 CDOM).

Estes exemplos encontram-se na chamada medicina não terapêutica, de foro experimental, altruístico ou diagnóstico. É nestes domínios que mais se impõe a proteção da integridade física e moral dos pacientes, pelo que a declaração de vontade se quis expressa.

41.3.2. Liberdade de forma e consentimento escrito

No que concerne à forma do consentimento para intervenções médico-cirúrgicas,¹²⁸⁰ não obstante vigorar no direito civil português o *princípio da liberdade de forma* (art. 219.º CC),¹²⁸¹ existem algumas intervenções médicas para as quais a lei impõe requisitos formais.¹²⁸²

¹²⁷⁹ Por seu turno, o diagnóstico pré-natal, quando implique a utilização de técnicas invasivas, carece de um consentimento sempre que possível por escrito (art. 3 al. c) do Despacho n.º 5411/97, de 6 de agosto). Estes Despachos de 1997 continuam em vigor na medida em que não esteja em oposição com as normas da Lei n.º 12/2005 e densifiquem o regime dos testes genéticos.

¹²⁸⁰ A limitação de outros direitos de personalidade (direito à imagem, direito à palavra falada, direito à reserva da intimidade da vida privada) também podem carecer de *consentimento escrito* ou de uma informação escrita: assim sobre a *videovigilância* de doentes, veja-se a Deliberação n.º 61/2004 e a Autorização 287/2006 da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

¹²⁸¹ Também o Código Penal afirma: art. 38º (Consentimento) 2 – “O consentimento pode ser expresso por *qualquer meio* que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.”

¹²⁸² VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, p. 428-431 e *Documento Guia sobre o Consentimento Informado*, ARS Norte, Setembro de 2009 e ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, Maio de 2009.

A necessidade de segurança jurídica, de maior reflexão por parte e de facilidade probatória do consentimento conduzem à exigência da *forma escrita*, sendo que a maior parte dos casos em que se exige declaração expressa estão associados à prescrição da forma escrita.¹²⁸³

A exigência de forma pode resultar da lei, do Código Deontológico ou de outras fontes normativas ou mesmo de *soft law*.

41.3.2.1. Forma escrita imposta pela lei

A lei exige a forma escrita no caso de intervenções médicas mais graves, a saber:

- a) A IVG (art. 142º, n.º4 CP);
- b) A esterilização (art. 10º da Lei n.º 3/84);
- c) O consentimento para a participação em qualquer investigação biomédica deve ser reduzido a escrito (art. 16.º al. v) da Convenção de Oviedo);
- d) A participação em ensaios clínicos em seres humanos, (art, 2º, al. o), da Lei n.º 46/2004);
- e) Os beneficiários de técnicas de procriação medicamente assistida devem dar o seu consentimento por escrito (art. 14.º, n.º1 da Lei 32/2006);
- f) Nas transplantações entre vivos, o consentimento deve ser sempre prestado por escrito, de acordo com o art. 8º, n.º6 da Lei n.º 22/2007;¹²⁸⁴
- g) A Lei de Saúde Mental exige o consentimento escrito para a prática de electroconvulsoterapia e de intervenções psicocirúrgicas (art. 5º, n.º1, al. d) e art. 5.º, n.º 2 LSM);
- h) Os testes genéticos (art. 9º, n.º2 da Lei n.º 12/2005);
- i) O consentimento para a obtenção e utilização de material biológico em base de dados de produtos

¹²⁸³ Nem sempre é assim: veja-se os testes de biologia molecular em adultos (art. 3, n.º1, al. d) e 4º, n.º 2, al. a) do Despacho n.º 9108/97), o regime do consentimento para transplante *inter vivos* antes da entrada em vigor da CDHBio e o que diremos sobre o *co-consentimento* dos incapazes nos ensaios clínicos e nos transplantes. Em todos estes casos exige-se uma declaração expressa mas não se exige qualquer forma.

¹²⁸⁴ A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina exige que o consentimento deve ser “prestado de forma expressa e específica, quer por escrito quer perante uma instância oficial” (art. 19º, n.º2). Já a Recomendação (78) 29 do Conselho da Europa, referia no art. 3º a necessidade do consentimento ser prestado por escrito.

biológicos está sujeito à forma escrita (art. 19.º, n.º5, da Lei n.º12/2005);

- j) A investigação sobre o genoma humano (art. 16º, n.º 4, da Lei n.º 12/2005);
- k) A doação de sangue (Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24 de julho).

41.3.2.2. Forma escrita exigida pelo Código Deontológico

Afirma o art. 48.º do CDOM que “o consentimento escrito e/ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico,” quais sejam:

- Na operação de mudança de sexo (art. 72.º, n.º 2 – transsexualismo) , “o consentimento do doente, *escrito e testemunhado*, deve ser dado nos termos do art.45.º”.
- “A experimentação em indivíduos saudáveis deve revestir-se de especiais cuidados, evitando-se qualquer risco previsível para a sua integridade física e psíquica, e exigir um consentimento informado escrito.” (art. 77.º)
- A participação num ensaio clínico de medicamento “deve ser feito por escrito, de forma clara e em termos compreensíveis, devendo o médico disponibilizar-se para qualquer esclarecimento adicional que o doente entender necessário” (art. 82.º, a));

41.3.2.3. Forma escrita exigida por outras fontes

Dada a dispersão e casuísmo da técnica legislativa em Direito da Medicina, encontramos normas reguladoras da forma do consentimento em outras fontes normativas, como Despachos e Circulares Normativas ou mesmo Documentos informativos das autoridades de saúde. Assim acontece com as seguintes intervenções:

- Diagnóstico pré-natal: al. c) do art.3º do Despacho n.º 5411/ 97, de 6 de agosto;
- Realização de técnicas invasivas em grávidas (nomeadamente: amniocentese, biopsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, drenagem, amnioinfusão) – Circular Normativa n.º 16/DSMIA, de 05/12/2001, da DGS;

- Colocação de dispositivos anticoncepcionais (Implanon® ou Dispositivo Intra-Uterino), segundo o documento *Saúde Reprodutiva, Planeamento Familiar*, DGS, Lisboa, 2008;
- Administração de gamaglobulina anti-D –Circular Normativa nº 2/DSMIA, 15/01/2007, da DGS;
- Finalmente a *Joint Comission*¹²⁸⁵ exige a forma escrita para o *internamento hospitalar*.

41.3.2.4. Exigência de maior formalidade para intervenções *major*

Algumas vozes defendem que, no caso de intervenções *major* (para além dos vários casos anteriormente previstos), deveria o consentimento ser prestado por escrito. Assim, o *Documento Guia do Consentimento Informado* (ARS-Norte) defende essa forma para a “Realização de atos (diagnósticos ou terapêuticos) invasivos *major* como, por exemplo: biopsia, endoscopia com ou sem polipectomia, conização do colo do útero, sedação/anestesia, exsanguíneo-transfusão.”

Em alguns países europeus, encontramos a exigência de forma sempre que se está perante uma intervenção invasiva. Em Espanha, a *Ley 41/2002* estatui que a regra geral é o consentimento verbal. Mas exige a forma escrita em alguns casos (art. 8.2.): “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: *intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.*”¹²⁸⁶

Por seu turno, o Projeto de Lei nº413/XI/2.^a sobre o *Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado* previa informação escrita e consentimento escrito de forma mais ampla e harmonizando a exigência de informação escrita com o consentimento escrito, assim obrigando os prestadores de cuidados de saúde a reduzir a escrito os elementos informativos mais relevantes de uma dada

¹²⁸⁵ Entidade americana que faz a creditação de qualidade de instituições de saúde: *vide* <http://www.jointcommission.org/>.

¹²⁸⁶ Para mais desenvolvimentos, *vide* Carmen GONZÁLEZ LEÓN, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 12, 2009.

intervenção.¹²⁸⁷ A exigência da forma escrita era feita de forma geral para “o caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente.”

41.3.2.5. Intervenção de entidades externas no processo do consentimento informado

Em casos ainda mais importantes,¹²⁸⁸ a lei exige a intervenção de entidades terceiras no processo complexo e dinâmico de formação do consentimento informado. Estamos perante situações que configuram as formas mais agressivas de intervenção médica e em que, concomitantemente, o paciente carece de maior proteção em virtude da sua especial debilidade. Em vez de uma típica relação bilateral médico-paciente, assistimos a um consentimento *fiscalizado* ou *controlado* por uma entidade terceira, seja um tribunal, seja uma comissão independente, seja através do envolvimento obrigatório de diversos médicos.

Assim, por vezes, a lei apela à intervenção do *tribunal*:

- a. No caso da doação *inter vivos* de substâncias não regeneráveis, quando o doador é um incapaz adulto (art. 8.º, n.º5, da Lei n.º 22/2007, e al. iv) do n.º 2 do art. 20º CDHBio).

¹²⁸⁷ Art. 3.º (Forma e prova da informação): 1. A informação é prestada numa entrevista, em linguagem acessível e adequada, ou por qualquer outro meio idóneo. 2. Para além dos casos especialmente previstos na lei, a informação é escrita no caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente. 3. Em qualquer caso, a informação prestada fica registada no processo clínico. 4. Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que prestou a informação nos termos exigidos pela lei.

Art. 8.º (Forma e prova do consentimento) 1. O consentimento é prestado por qualquer meio, salvo nos casos especialmente previstos na lei. 2. O consentimento é escrito no caso de intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente. 3. Compete ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que obteve o consentimento informado do doente nos termos exigidos pela lei.”

¹²⁸⁸ No contexto do direito comparado, o direito português da medicina recorre poucas vezes à intervenção moderadora e fiscalizadora do tribunal. Isso deve-se a duas razões: por um lado, só agora se começa a tomar consciência que a atividade médica pode lesar os direitos fundamentais do cidadão e, por outro, o legislador tem consciência de que os tribunais estão ainda mais preparados para lidar com as questões de direito patrimonial ou com o direito criminal, do que com a atividade de apoio e assistência aos incapacitados, nomeadamente no que respeita ao acesso aos cuidados de saúde. Aliás, em Portugal, tem-se verificado um movimento de esvaziamento dos tribunais desta função, passando-a para as mãos do Ministério Público.

- b. A esterilização de incapazes adultos deve seguir este regime mais rigoroso, caso se adopte o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Parecer sobre laqueação de trompas em menores com deficiência mental profunda (35/CNECV/2001)).¹²⁸⁹

Noutros casos exige-se a intervenção de uma *Comissão especializada*:

- a. Um ato de investigação científica, que exija a intervenção sobre uma pessoa, carece de um parecer de uma comissão de ética, como impõe o art.16.º, alínea iii) da Convenção de Oviedo e a Lei das Comissões de Ética –Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de Maio (Regulamenta as comissões de ética para a saúde).
- b. No domínio dos ensaios clínicos de medicamentos,¹²⁹⁰ a Comissão de Ética competente tem que dar parecer favorável para a concessão da autorização do projeto de investigação (art. 7.º, al. h) da Lei n.º 46/2004, sendo a CEIC (*Comissão de Ética para a Investigação Clínica*) a entidade competente a maior parte das vezes.
- c. O formulário do consentimento informado para as técnicas de PMA carece de ser aprovado pela CNPMA (Comissão Nacional da Procriação Medicamente Assistida), segundo o art. 14.º, n.º3 da Lei n.º 32/2006.
- d. O Conselho Nacional de Saúde Mental designa os dois psiquiatras que irão dar parecer escrito favorável à realização de intervenção psico-cirúrgica (art. 5.º, n.º2 LSM).
- e. Outras vezes, a lei procura controlar este processo através do envolvimento de vários médicos. Assim, o consentimento para transplantação *inter vivos* é prestado perante médico designado pelo *Diretor Clínico* do estabelecimento onde a colheita se realize

¹²⁸⁹ Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, p. 285 ss.

¹²⁹⁰ A investigação clínica com dispositivos médicos é regulada pelos artigos 12.º ss. do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, que transpõe para o direito nacional a Diretiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de setembro; neste domínio é competente para a emissão do parecer de carácter ético a Comissão de Ética para a Saúde que funciona no centro de investigação.

- e que não pertença à equipa de transplante (art. 8º, n.º1 da Lei n.º 12/93, com as alterações da Lei n.º 22/2007).
- f. O processo de verificação da morte cerebral está sujeito a um rigoroso controlo. Com efeito, “na verificação da morte não deve intervir médico que integre a equipa de transplante” (art. 13º, n.º 2 da Lei n.º 12/93) e “no caso de sustentação artificial das funções cárdio-circulatória e respiratória a verificação da morte deve ser efectuada por dois médicos” (art. 4º, n.º4, da Lei 141/99, de 28 de agosto).
- g. A realização de intervenção psico-cirúrgica carece de parecer escrito favorável de dois psiquiatras designados pelo Conselho Nacional de Saúde Mental (art. 5.º, n.º2 LSM).
- h. A prática da interrupção voluntária da gravidez está sujeita a um controlo procedimental, no qual se exige a certificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem ou sob cuja direção, a interrupção é realizada (art. 142º, n.º 2 CP).
- i. Por seu turno, não há qualquer exigência especial no caso de transexualismo (cfr. art. 55º CDOM), mas somos de parecer que se deveria exigir (legalmente) um processo complexo com intervenção de psiquiatras não pertencentes à equipa médica que leva a cabo a cirurgia de mudança de sexo.

41.4. Formulários para declaração do consentimento

A prestação do consentimento, em regra, não carece de forma escrita. Porém, a Circular Informativa nº 15/DSPCS, de 23/3/98, da Direção Geral da Saúde veio alterar a prática hospitalar.¹²⁹¹ Os profissionais de saúde e as administrações

¹²⁹¹ Como se escreve nesse documento: “Embora não exista qualquer exigência legal de uma forma determinada para a eficácia do consentimento, a sua formalização afigura-se, contudo, como único meio de concretizar este direito (o direito ao esclarecimento), em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente./ A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento.”

hospitalares têm o *dever de serviço* de respeitar a circular do Diretor Geral da Saúde, pelo que os pacientes nos hospitais do SNS assinam um formulário de prestação do consentimento.

É hoje reconhecido que a informação escrita pode ajudar o diálogo, mas nunca o substitui. Não devemos, pois, seguir o caminho norte-americano de exigir a assinatura de um formulário para qualquer intervenção médica. A utilização do formulário pode ser um momento de pausa, de atenção; contudo vem-se observando que é mais um expediente médico com o fim de aligeirar a sua obrigação de esclarecer para o consentimento.¹²⁹² Acresce, evidentemente, que documentos preparados para múltiplos utentes, não estão pensados para o caso concreto.

Os prestadores de cuidados de saúde podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção de um consentimento informado. Na verdade, como vimos, o *ónus da prova do esclarecimento cabe ao médico*, de acordo com o art. 340, nº2.¹²⁹³ Com a assinatura de um formulário os médicos e os hospitais pretendem afastar qualquer problema de responsabilidade por violação do direito ao consentimento esclarecido.¹²⁹⁴

¹²⁹² Como afirma Herman Nys, *La Médecine et le Droit*, p. 131 “Dans de telles circonstances, une information et un consentement écrits présentent l’avantage que le patient est incité à mettre une fois de plus en balance les effets favorables qu’il attend de l’intervention et les risques possibles de complication. (...) nous sommes cependant inclinés à voir là un danger, à savoir que le processus de l’information et du consentement se déroule d’une manière stéréotypée, non adaptée aux besoins individuels du patient. / En outre il y a le risque de voir considérer le consentement écrit du patient comme un moyen de se protéger contre les actions, comme si le formulaire de consentement était une clause d’exonération. Pour l’heure, la validité d’une telle clause, par laquelle le médecin limite ou même se décharge de sa responsabilité, est généralement rejetée dans la doctrine.”

¹²⁹³ Interessa ainda considerar o art. 29.º do Anteprojeto do Código do Consumidor, que afirma: “O ónus da prova do cumprimento do dever de informar recai sobre o profissional.” Embora não tenha sido vertido em lei, dá uma indicação clara do pensamento jurídico moderno sobre a necessidade de onerar o prestador de serviços com a prova do cabal cumprimento do dever de informar.

¹²⁹⁴ Também em Espanha, “*la carga de la prueba de la información suministrada al paciente y su consentimiento sobre la misma recae sobre el centro sanitario y su personal; especialmente, en los ámbitos en que la Ley exige que el consentimiento sea prestado por escrito*” – PLAZA PENADÉS, «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003.

Assim, Adolf Laufs¹²⁹⁵ acentua que se devem premiar os médicos que não recorram a este método, advogando que seja aceite como prova em Tribunal o processo clínico onde o médico vai tomando algumas notas sobre as conversas que tem com o paciente, dispensando-se a apresentação do formulário assinado.

Os tribunais alemães normalmente exigem prova testemunhal. Neste caso, podem ser chamadas testemunhas que tenham assistido ao concreto diálogo de esclarecimento (por exemplo médicos assistentes que assistam à prática clínica do médico mais graduado, enfermeiros, etc.). Outra possibilidade aceite pela jurisprudência, quando o médico não tenha testemunhas para o caso concreto (quer porque ninguém assistiu, quer porque não se recordam das medidas de esclarecimento de rotina), consiste em provar, através do testemunho dos seus colegas e colaboradores, que ele normalmente, na sua prática clínica, em operações daquele tipo, cumpre o dever de informar e de obter um consentimento esclarecido (BGH de 8/1/1985).¹²⁹⁶

Nos Estados Unidos, a doutrina também entende que o importante é o verdadeiro processo de esclarecimento de quem vai decidir e não a assinatura do formulário (“*consent form*”). O formulário constitui prova do processo de consentimento, não é um substituto do esclarecimento. Deve ser admitida a prova do consentimento mesmo que o formulário se tenha perdido ou inadvertidamente não haja sido assinado antes de o paciente ser anestesiado ou quando, dadas as circunstâncias seja difícil obter a necessária assinatura. Por outro lado, o paciente pode provar que o formulário deve ser ignorado devido às circunstâncias concretas que rodearam o processo de esclarecimento.¹²⁹⁷

Alguns estudos têm vindo a pôr em destaque a fragilidade da utilização dos formulários como forma de

¹²⁹⁵ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 369, que apelida a utilização das declarações escritas como um “*bürokratischen Formalismus*.” No direito austríaco também se entende que o esclarecimento através do formulário, significativamente apelidado de “*nackte Zustimmungserklärung*” (*reine Formularaufklärung*) não substitui o diálogo com o médico, tendo os tribunais superiores por diversas ocasiões pronunciado-se sobre esta matéria, Cf. STELLAMOR/ STEINER, *Handbuch des Österreichischen Arztrechts*, Band I, Wien, 1999, p. 122.

¹²⁹⁶ Von NARR/REHBORN, *Arzt. Patient. Krankenhaus*, München, Beck, 1991, p. 177.

¹²⁹⁷ Robert MILLER, *Problems in Hospital Law*, Shutts & Bowen, p. 247 ss.

assegurar o consentimento esclarecido¹²⁹⁸. A prestação do consentimento através da assinatura num formulário pré-elaborado comporta os seus riscos. Não pretendemos defender o fim da utilização destes documentos, até porque a assinatura do formulário pode ser, por si só, um momento de reflexão e de consciencialização dos direitos da pessoa. Poderá mesmo ser o espaço privilegiado de diálogo entre o médico e o paciente relativamente aos riscos e as alternativas da intervenção a realizar. O que não podemos admitir é que se use este expediente como arma de arremesso jurídico que se obtém no “guichet” de um departamento administrativo, como acontece em tantos dos nossos hospitais.¹²⁹⁹

41.4.1. A redação do formulário

Para poder transmitir a informação do emissor ao receptor é necessário adaptar a informação à capacidade de entendimento do destinatário. Tendo em conta que os formulários terão uma utilização generalizada, não sendo em regra adaptados a específicos grupos sociais, profissionais ou culturais, é necessário utilizar linguagem acessível à pessoa média, sem conhecimentos de medicina ou de direito.

O formulário de informação e de consentimento deverá dirigir-se ao “*menor denominador comum*”, isto é, deverá utilizar linguagem acessível às pessoas com menores conhecimentos de medicina, com menor formação cultural e com menor capacidade de entendimento de informação técnica e especializada. Deste modo, não será inconveniente lançar mão de *instrumentos gráficos* ou de *desenhos* que permitam comunicar de forma mais eficaz. O formulário do consentimento informado não deverá assemelhar-se, nem na forma nem no conteúdo, a um contrato elaborado por juristas ou a um documento técnico de medicina. Antes deverá ser um instrumento de informação e esclarecimento dos pacientes.

A redação de formulários deve ser entendido como um assunto de médicos, discutido nas reuniões de serviço, nos congressos e nas sociedades da especialidade, bem como nos Colégios de Especialidade da Ordem dos Médicos. Esta é uma dimensão importante da atividade médica.

¹²⁹⁸ JONES, “Informed Consent and Other Fairy Stories”, *Med.L.Rev.*, 1999, p. 126 ss.

¹²⁹⁹ Sobre o que foi dito veja-se ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, especialmente, p. 35 – 37.

41.5. Controlo dos Formulários pelo Diploma das Cláusulas Contratuais Gerais

Há já quase 30 anos, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro chamavam a atenção para a necessidade de os tribunais exercerem um controlo sobre se com os formulários é efetivamente alcançado um consentimento autêntico e válido.¹³⁰⁰ Por seu turno, Katzenmeier afirma que a jurisprudência germânica encara com cepticismo a utilização de formulários no processo do consentimento informado.¹³⁰¹

Temos vindo a defender que o diploma das cláusulas contratuais gerais¹³⁰² deve ser um instrumento muito importante com vista à proteção dos direitos dos pacientes. Independentemente de o paciente ser ou não um consumidor, não parece haver qualquer obstáculo de raiz à utilização deste instrumento jurídico no controlo dos formulários para prestação do consentimento, seja no âmbito da medicina privada, seja da medicina pública, com vantagens claras, quer quanto ao dever de informação, quer quanto ao controlo de conteúdo, quer ainda quanto aos instrumentos processuais, *maxime* a ação inibitória, na qual o Ministério Público e Associações de Defesa dos Pacientes ou dos Consumidores podem ter um papel importante para melhorar os formulários que se usam nos nossos hospitais¹³⁰³

41.6. O tempo da declaração de consentimento

O consentimento do paciente deve ser prestado antes do ato médico que se pretende levar a cabo e deve subsistir

¹³⁰⁰ “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental”, *Scientia Iuridica*, p. 105,

¹³⁰¹ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 342.

¹³⁰² Decreto-Lei n.º 446/85, com as alterações do Decreto-Lei n.º 220/95 e do Decreto-Lei n.º 249/99. A literatura sobre o tema é vasta, mas destacamos as seguintes obras: o texto pioneiro de António PINTO MONTEIRO, “Contratos de Adesão: O Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 5 de Outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986 e o trabalho de grande profundidade dogmática de Joaquim de SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.

¹³⁰³ Já assim o defendemos em André DIAS PEREIRA, “Formulários para prestação do Consentimento: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2000, p. 433-472, bem como em André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, 2004, p. 534 ss., pelo que remetemos maiores desenvolvimentos para estas publicações.

durante todo o tratamento, de tal forma que o consentimento seja modulado ao longo de todo o processo terapêutico no caso de doenças crônicas que precisam de tratamento em fases distintas, com o que se protege o direito à liberdade do paciente.¹³⁰⁴ Com efeito, “trata-se de uma prestação de trato sucessivo ou de execução continuada, e não de trato único”.¹³⁰⁵

Esta informação deve ser fornecida ao paciente com o tempo suficiente para que este possa refletir sobre a sua decisão (“prazo de reflexão”), de modo que a decisão seja adotada com a necessária serenidade.¹³⁰⁶

Por vezes, a lei exige o respeito por determinado *prazo de reflexão*. Assim acontece, entre nós, com a IVG, cujo consentimento é prestado “com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção” (art. 142º, n.º 4, al. a) CP); defendemos também que em matéria de esterilização pura se deveria legislar no sentido de impor um prazo, que deveria ser de *alguns meses de reflexão*, à semelhança do que acontece em França, onde se exige 6 meses de espera.

42. Renúncia ao direito de consentir

Tal como o paciente tem o direito de recusar a informação, também pode renunciar ao direito de consentir na intervenção prevista.¹³⁰⁷ Essa vontade pode ser respeitada, mas com uma certa prudência. O médico deve assegurar-se da validade da renúncia, que deve emanar de uma pessoa capaz e na posse das suas faculdades mentais, que tenha verdadeiramente manifestado a sua vontade e que não tenha sido induzida em erro ou incitada a renunciar. Por outro lado, o médico não deve contentar-se facilmente com essa atitude do doente, devendo procurar que o paciente colabore no tratamento.

Esta renúncia não pode ser cega, pelo que alguns autores, corretamente, não a admitem para atos *sem finalidade terapêutica*, susceptíveis de causar graves danos ou que apresentem riscos sérios e desconhecidos, nomeadamente a experimentação médica e a cirurgia estética.¹³⁰⁸ Aliás, em todos

¹³⁰⁴ KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 15.

¹³⁰⁵ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, p. 113.

¹³⁰⁶ KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 104: é de especial importância o respeito pelo tempo no caso de pacientes idosos que reagem mal a situações de pressão.

¹³⁰⁷ Amedeo SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, p. 31.

¹³⁰⁸ LELEU/GENICOT, *Le droit médical*, p. 79.

os casos em que se exige consentimento expresso, não nos parece mesmo admissível a renúncia ao consentimento, já que tal situação defraudaria o escopo da lei.

Outra questão relacionada será a do «consentimento em branco» consiste numa intervenção sem o consentimento informado do paciente no caso de este decidir, voluntária e conscientemente, confiar integralmente no seu médico.¹³⁰⁹

Não se trata propriamente de uma exceção à obrigação de obter o consentimento, mas sim de um *exercício próprio do seu direito à autodeterminação*. Contudo, o médico deverá ser especialmente cauteloso ao nível da *documentação* deste consentimento em branco e dos seus próprios limites, ou seja, deve ao longo do processo terapêutico ir alertando o paciente para que este pode exercer o seu direito ao consentimento informado ou à recusa informada.

Na doutrina internacional, verifica-se uma grande resistência à hipótese de “*Blankoverzicht*”, enquanto uma renúncia geral a toda a informação. O doente tem ao menos que ser informado em traços largos da intervenção; no fundo, tem de estar consciente do que está a renunciar.¹³¹⁰ Wear afirma inclusivamente que “para que esta exceção seja legítima, o paciente deve ser recordado de que tem direito ao esclarecimento e ainda assim deve dar *um prévio consentimento genérico ao tratamento*.”¹³¹¹

¹³⁰⁹ Cf. VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 352-353.

¹³¹⁰ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *op. cit.*, p. 519, ZIMMERMANN, *Die Auswirkungen...*, p. 104-109. KUHLMANN, *Einwilligung...*, p. 11, considera nulas as declarações em que globalmente se aceitam todas as intervenções, considerando, todavia, possível que se prestem vários consentimentos de uma só vez, como por exemplo no caso de uma operação que envolve várias intervenções.

¹³¹¹ Stephan WEAR, *Informed Consent, Second Edition: Informed Consent: Patient Autonomy and Clinician Beneficence Within Health Care (Clinical Medical Ethics Series)*, 1998, p. 23

43. Revogação do consentimento

O consentimento do paciente é revogável sem sujeição a formalidade alguma.¹³¹² É importante que o paciente conheça tal possibilidade de revogação, para obviar a qualquer pressão psicológica que possa desencadear uma suposta irrevogabilidade da decisão que haja tomado.

A CDHBio dispõe, no parágrafo 3 do art. 5, que “em qualquer momento a pessoa afectada poderá retirar livremente o seu consentimento”. Neste sentido, o ponto 38 do *Relatório Explicativo* assinala que “a liberdade de consentir implica que o consentimento pode ser retirado a qualquer momento e que a decisão da pessoa interessada deve respeitar-se uma vez que tenha sido completamente informada das suas consequências. Contudo, este princípio não significa, por exemplo, que a retirada do consentimento do paciente durante uma intervenção deva respeitar-se sempre. As normas de conduta e obrigações profissionais, assim como as regras aplicáveis em tais casos, de acordo com o art. 4º, podem obrigar o médico a continuar a operação para evitar que a saúde do paciente sofra um grave prejuízo”.

O art. 81º, n.º 2, prevê a livre revogabilidade da limitação aos direitos de personalidade. Esta norma prevê que a possibilidade de se ser *obrigado a indemnizar* os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte; todavia, o pressuposto típico desta obrigação é que se tenha causado prejuízo às *legítimas expectativas* da outra parte.¹³¹³

No caso de ensaios clínicos e de transplantes, casos em que mais facilmente se afigura a existência de expectativas para terceiros,¹³¹⁴ a obrigação de indemnizar não existe, quer pela análise do elemento *literal* (em ambos os casos não se verifica referência legal a essa possibilidade), quer pelo argumento *sistemático* (trata-se de uma norma *especial* face ao art. 81º CC), quer sobretudo pela *teleologia* do regime jurídico destas matérias: trata-se de duas das ofensas mais graves que se podem realizar sobre o corpo humano, pelo que se criou legislação específica.

¹³¹² Também a revogação de uma diretiva antecipada de vontade não carece de forma (art. 8.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho), atendendo aos interesses pessoalíssimos que se pretende tutelar.

¹³¹³ Tecnicamente, deve-se frisar que esta obrigação de indemnização não é uma *condição* do exercício do direito de revogar; trata-se de um caso de responsabilidade por factos lícitos.

¹³¹⁴ Para as quais Orlando de Carvalho defendia existir um *consentimento autorizante*.

Nas demais intervenções médicas, de fim terapêutico ou não, não se afigura a existência de (legítimas) *expectativas* da outra parte. Apenas a cobrança dos honorários do médico e/ ou da instituição de saúde: quanto a essa matéria, o paciente tem a obrigação de pagar os honorários ao médico por força do atual art. 104.º do CDOM e, em caso de chamadas ao domicílio, goza do direito a honorários ainda que, por motivos alheios, não chegue a cumprir assistência médica (art. 107.º).

Finalmente, tratando um problema mais delicado como é o caso de o doente não comparecer a uma intervenção médica programada, há que salientar que não pode haver lugar à execução específica.¹³¹⁵

Por outro lado, se aplicarmos as regras do mandato ao contrato médico, verificamos que nos termos do art. 1170º, o mandato é, em princípio, livremente revogável.¹³¹⁶ Somos, aliás, da opinião que o consentimento para intervenções médicas assume *sempre* a natureza de um *consentimento tolerante*,¹³¹⁷ pelo que não há lugar a ressarcibilidade de quaisquer danos.

¹³¹⁵ Cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 212.

¹³¹⁶ A hipótese do mandato de interesse comum ou de terceiro (art. 1170º, n.º2) a permitir o regime excepcional da irrevogabilidade, deve aqui ser peremptoriamente afastado. Cf. sobre esta matéria em geral, Irene GIRÃO, *O mandato de interesse comum...*, cit., *passim*.

¹³¹⁷ Contra, Orlando de CARVALHO, *Teoria...*, p.199. O Professor de Coimbra dá como exemplo desta figura as intervenções em benefício alheio ou geral. Não me parece, todavia, que se deva compreender, neste âmbito, quer o caso do consentimento para um ensaio clínico ou uma investigação não terapêutica, quer o consentimento numa doação de órgãos ou tecidos. Pensar que a revogação do consentimento, em qualquer destes casos, pode levar à obrigação de indemnizar o prejuízo causado pelas legítimas expectativas da outra parte, ainda que cingido ao dano da confiança (Cf. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, p. 553, iria inibir a livre revogabilidade desse consentimento, que é algo de fundamental.

As intervenções em benefício geral ou alheio (doação de órgãos e participação em ensaios clínicos) devem estar também sujeitas ao regime do consentimento tolerante (art. 340º). Aliás, nesse sentido, milita a própria legislação relativa a doações entre vivos e a ensaios clínicos, ao não prever a possibilidade de indenização em caso de revogação do consentimento. Bem pelo contrário, são muito claros ao defender a livre revogabilidade.

Assim, o art. 6.º, n.º 2, da Lei dos Ensaio Clínicos afirma: “*O participante, ou o seu representante legal, pode revogar, a todo o tempo, o consentimento livre e esclarecido, sem que incorra em qualquer forma de*

Por tudo quanto vimos, a renúncia ao direito de revogar deve ser sancionada com a nulidade: estamos em face de direitos de personalidade, os direitos à integridade física e à liberdade de autodeterminação, pelo que essa renúncia constituiria uma violação da *ordem pública* (art. 280º CC), uma vez que o ordenamento jurídico português, salvo casos excepcionais, pretende que o cidadão conserve a sua liberdade positiva e negativa até ao último momento.

Deve advogar-se, por outro lado, que o facto de o paciente recusar uma intervenção ou revogar ¹³¹⁸ o consentimento é o exercício legítimo de um direito pelo que lhe devem continuar a ser fornecidos cuidados de saúde da máxima qualidade. ¹³¹⁹

responsabilidade ou possa ser objecto de quaisquer medidas que ponham em causa o direito à saúde e à integridade moral e física.”

Por seu turno, a Lei n.º 22/2007 afirma no seu art. 8.º, n.º6: O consentimento do dador ou de quem legalmente o represente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável.

O *consentimento autorizante* atribui um poder jurídico de agressão, mas com o poder de o revogar livremente e a todo o tempo, embora com uma certa obrigação de indemnizar, nos termos do art. 81º, n.º 2 CC. O regime do consentimento autorizante poderá valer para outros direitos de personalidade, como, por exemplo, a imagem ou a privacidade. (Cf. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *cit.*, p. 552.)

Quanto à limitação do direito à integridade física, o consentimento autorizante poderá valer para certas práticas circenses ou certas práticas desportivas especialmente perigosas (v.g., boxe). Defender que estes exemplos deveriam cair no âmbito do consentimento vinculante e sujeitar a este regime, mesmo salvaguardado o princípio *nemo precise ad factum potest*, seria uma degradação de um direito de personalidade essencial (a integridade corporal), a meu ver injustificada e indigna.

Se aceitássemos o regime do consentimento vinculante, deveríamos aceitar a inserção de cláusulas penais. A solução justa só pode ser, pois, a de sujeitar estas práticas perigosas e limitativas do direito à integridade física ao regime do consentimento autorizante, segundo o qual a contraparte verá as suas legítimas expectativas salvaguardadas pela indenização prevista no art. 81º, n.º 2. Cf., no mesmo sentido, CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 409.

¹³¹⁸ Um problema dramático de distinção entre a legítima revogação do consentimento para um tratamento médico e prática de eutanásia ativa coloca-se no caso de o doente cardíaco, ao qual havia sido implantado um (CDI) cardioversor-desfibrilhador implantável (para evitar a morte súbita) ou um (CRT) cardioversor para ressincronização cardíaca, exige que este seja retirado. A morte pode ser imediata ou pode demorar meses, logo não é consequência necessária.

¹³¹⁹ Neste sentido, na Bélgica, a *Loi relative aux droits du patient*, de 22 de Agosto de 2002, art. 8, § 4. Esta lei é influenciada pelos seguintes princípios: a *tolerância*, a *confiança* e o *equilíbrio*, segundo Gilles GENICOT, *Droit médical et biomédical*, prefácio.

44. Ónus da Prova do Consentimento

O ónus da prova é, em geral, uma matéria decisiva na resolução concreta dos litígios. Nesta matéria – responsabilidade médica por violação do consentimento informado – a determinação do *onus probandi* é ainda mais importante, por várias razões.

Estamos a tratar de factos em que normalmente há pouca exposição pública: a relação médico-paciente acontece num ambiente de privacidade, de resguardo e alguma sacralidade. Para além disso, a ilicitude reside nestas ações, num *não cumprimento* ou *cumprimento defeituoso* de uma *prestação de facere* cujo objeto não é fisicamente palpável: estamos a lidar apenas com palavras, com informações e conselhos. A prova é, pois, difícil, e ainda mais se pensarmos em termos de prova de facto negativo, em que esse *non facere* não é demonstrável por processos mecânicos, físicos ou químicos.

Na *Common Law*, o paciente tem o ónus da prova de que o médico não cumpriu adequadamente o seu dever de informar e de obter o consentimento informado. Já, na maioria dos países de Direito Civil ou Direito Continental (por exemplo, na Áustria, Alemanha, França, Bélgica, Itália, Portugal e Espanha) esse ónus recai sobre o prestador de cuidados de saúde.¹³²⁰

Tradicionalmente, nos países latinos, entendia-se que a prova estava a cargo do paciente, partindo-se do raciocínio de que aquele que invocar um direito tem de fazer a prova dos factos *constitutivos* do direito alegado (art. 340º, n.º1 CC); contudo, nos últimos anos a doutrina dominante vem constatando que o direito em causa seria o direito a uma indemnização por intervenção médica arbitrária (isto é, sem consentimento). Assim, o Autor teria de provar a realização da intervenção médica, a falta de consentimento e os danos daí causalmente resultantes. Esta doutrina obrigaria, pois, o paciente a fazer a prova de que não prestou o consentimento. Ora, chama-se, na doutrina processualista, a este fenómeno a *prova de facto negativo*. A impossibilidade de provar um facto

¹³²⁰ Cf. Herman NYS, *Report... Medical Liability...*, Council of Europe, 2005.

negativo (não ter sido informado) é um argumento de peso no sentido de onerar o médico com a prova do consentimento.¹³²¹

Por outro lado, como já concluímos, a intervenção sem consentimento (ou o consentimento sem informação adequada) traduz-se tecnicamente numa *ofensa corporal*. Assim sendo, como ensina Deutsch, a intervenção pressupõe – para ser lícita – o *consentimento informado* do paciente, isto é, prevê que se verifique a existência de uma *causa de justificação*. E a causa de justificação constitui um *facto impeditivo* do direito invocado.

Concretizando, a ação do médico só é lícita se se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, será o médico a suportar o ónus da prova.¹³²² Por força destes e outros argumentos, nos últimos anos, tem-se verificado uma evolução da jurisprudência nos países latinos (Espanha, França, Bélgica) que tende a impor ao médico a prova de que recebeu corretamente o consentimento do paciente. O problema discute-se, sobretudo, a propósito da prova de que o médico não prestou todas as informações devidas.

Os tribunais superiores alemães, incluindo o Tribunal Constitucional, vêm apelando à necessidade de trazer às ações de responsabilidade médica uma igualdade de armas (“*Waffengleichheit im Prozess*”),¹³²³ ou uma igualdade na aplicação do direito (“*Rechtsanwendungsgleichheit*”),¹³²⁴ teses que subscrevemos por inteiro.

Ante o exposto, fazer recair de novo o ónus da prova do consentimento informado do lado do prestador de cuidados de saúde é um instrumento tecnicamente correto e teleologicamente justo.

45. O direito à recusa de tratamento/ o direito ao dissentimento

No plano dos direitos fundamentais, reconhece-se um direito à recusa de tratamentos médicos, mesmo que pareça irrazoável, fundado quer no *direito à integridade física e moral*

¹³²¹ André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 190-200.

¹³²² DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 78.

¹³²³ Cf. RATAJCZAK/ STEGERS (Schriftleitung), «*Waffengleichheit*» –*Das Recht in der Arzthaftung*, Berlin –Heidelberg, Springer, 2002, *passim*.

¹³²⁴ LAUFS/ UHLENBRUCK, *ob. cit.*, p. 981.

(art. 25º, nº 1 CRP), quer ainda na *liberdade de consciência (incluindo a religiosa)* (art. 41º CRP).¹³²⁵

Haverá ainda um específico *direito a morrer*, se por este se entender – *de jure condito* – o direito à abstenção (omissão) dos profissionais de saúde, verificados certos pressupostos. Assim sendo, no plano penal, não é auxílio ao suicídio a *recusa de tratamento* por parte de um doente, mesmo quando a recusa pode provocar a morte do paciente. O médico que, respeitando a vontade do paciente, não intervém e não o salva, não comete a infração.¹³²⁶

O direito a recusar o tratamento vem sendo defendido por toda a Europa e nos EUA¹³²⁷. A Declaração dos Direitos dos Pacientes reconhece que “um paciente tem direito a recusar um ato médico ou a interrompê-lo.”

Mesmo na Europa do Sul, de tradição católica, este princípio oferece poucas dúvidas.¹³²⁸ Assim, o CDOM prescreve, nos termos do art. 49º, n.º2 que: “Em caso de *perigo de vida* de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só *pode ser feita pelo próprio* doente, expressamente e sem quaisquer coações.”

Com efeito, este direito à recusa do tratamento é uma concretização do adágio “*noli me tangere*” (Evangelho segundo São João, XX, 17).¹³²⁹

Problemática um pouco diferente é a que se prende com a recusa de tratamento em razão de convicção ideológica ou especificamente religiosa. No mundo ocidental são, fundamentalmente, três as confissões religiosas que se opõem a

¹³²⁵ João LOUREIRO, “Metáfora do Vegetal...”, *cit.*, p. 37-38.

¹³²⁶ No mesmo sentido COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, Art. 156.º, p. 651; CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 206, nota 400: “O doente pode recusar uma operação e desse modo suportar um encurtamento da sua vida.”

¹³²⁷ Vide Robert MILLER, *Problems in Hospital Law*⁶, p. 251 ss. O direito de recusa tem fundamento na *Common Law*, na legislação (*statutes*) e na Constituição (o ‘*right to privacy*’ e ‘*freedom of religion*’). Cf., ainda, Elizabeth WICKS, “The Right to Refuse Medical Treatment under the Convention on Human Rights”, *Med.L.Rev.*, 9, Summer, 2001, p. 17-40, que analisa este problema à luz do *Human Rights Act 1998*, que introduziu no direito interno inglês a CEDH.

¹³²⁸ SANTOSUOSSO, *Il consenso...*, p. 35, afirma que a decisão do Tribunal de Florença de 1990, posteriormente confirmada pelas jurisdições superiores, veio reconhecer esse mesmo princípio no ordenamento jurídico italiano.

¹³²⁹ Também assim PITCHO, *Le statut juridique du patient*, p. 50.

certo tipo de tratamentos: as *Testemunhas de Jeová*¹³³⁰, a *Christian Science*¹³³¹ e a *Cientologia*.¹³³²

Contudo, como bem salienta Kern, este não é um problema exclusivamente de liberdade religiosa, sendo a questão de princípio válida para qualquer pessoa. O Autor dá o exemplo de uma grávida que se recusa a consentir na interrupção da gravidez, correndo assim o risco sério de vir a falecer, ou um doente do foro oncológico que se recusa a submeter-se a um determinado programa terapêutico, etc.¹³³³ Trata-se de uma polémica entre o direito à liberdade, à autodeterminação e à dignidade individual e a proteção da vida e a saúde da pessoa.

Outros tratamentos vitais que normalmente são alvo de recusa são a *ressuscitação cardio-torácica*¹³³⁴ e a *nutrição e hidratação*.¹³³⁵ A opinião hoje dominante é a de que qualquer pessoa adulta tem direito de recusar os tratamentos propostos por mais irrazoável e estúpido que possa parecer aos olhos do médico.¹³³⁶ E é a que prevalece em Portugal.¹³³⁷

¹³³⁰ Os seus praticantes consideram que a ingestão de sangue ou de hemoderivados está proibida por ordem divina, plasmada na Bíblia em *Levítico*, XVII, 10: “E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma que comer sangue, eu porei a minha face e a extirparei do seu povo.”

¹³³¹ Religião fundada por Mary Baker Eddy (1821-1910); os seus crentes recusam os tratamentos hemotransfusionais, mesmo em situações de perigo para a sua vida, mas vão muito para além dessa proibição, pois consideram que qualquer doença só se pode curar através da oração, sendo ilícito o recurso a quaisquer tratamentos médicos, apenas aceitando alguns o uso de analgésicos para mitigar a dor.

¹³³² Religião fundada por L. Ron Hubbard (1911-1986). As proibições desta Religião prendem-se sobretudo com os medicamentos do foro psiquiátrico ou que alterem o “estado da mente”, conceito muito amplo que pode levar a interpretações muito amplas.

¹³³³ Gerson KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 4.

¹³³⁴ Para recusar este tratamento, alguns defendem a utilização dos DNR (*Do-Not-Resuscitate Orders*). Cf. BMA, *The Older Person: Consent and Care*, p. 29 e 51; MILLER, *Problems in Hospital Law*, p. 264.

¹³³⁵ Esta última tem sido considerada por alguns tribunais superiores dos EUA como tratamentos médicos e consequentemente admite-se o direito a *recusar* este tipo de intervenções nos mesmos termos que os restantes tratamentos. MILLER, *Problems in Hospital Law*, p. 264.

¹³³⁶ Segundo Dieter GIESEN, *International Medical Malpractice Law*, já em 1988, este princípio geral era reconhecido a nível jurídico em numerosos estados como a Inglaterra, Escócia, Irlanda, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul e Zimbábue, França, Bélgica Alemanha, Suíça e Áustria. Mais recentemente, Christian BERGERI/ Ina HAARHOFF, “Absicherung der Patientenautonomie am

Por todo o mundo existe bastante jurisprudência sobre esta matéria. Na maioria dos casos, decide-se a favor do princípio da autodeterminação¹³³⁸, mesmo que dele não se retirem todas as consequências.¹³³⁹ Esta questão tem consequências de Direito Penal, Civil, Constitucional e mesmo de Segurança social e Direito dos Seguros.¹³⁴⁰

Ao nível do dever de informação face a um paciente com um consentimento condicional ou limitado estabelece-se aqui uma especificidade: deve-se informar quais os *tratamentos alternativos* (sem utilização de produtos hematológicos) e quais os estabelecimentos que melhor atendem as exigências destes doentes.¹³⁴¹

As recentes leis promulgadas em países de cultura católica apontam no sentido claramente autonomista. Assim, a lei francesa de direitos dos pacientes faz apelo à relação de

Ende des Lebens”, in TAUPITZ (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen...*, 2002, p. 132, num estudo que envolve países dos cinco Continentes, afirmam que a recusa de tratamento, na generalidade dos países em análise, mesmo que acarrete a morte do paciente, deve ser respeitada, com as exceções do Brasil e de Israel.

¹³³⁷ COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, art. 156.º, p. 621.

Também num caso concreto, que mereceu apreciação do *Contencioso da Ordem dos Médicos*, concluiu-se, de igual modo, que: “age de forma deontologicamente correta o médico que se *abstém de efetuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após este ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento*. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal.” Paulo SANCHO, *Revista da Ordem dos Médicos*, Junho de 1997, p. 44-45.

¹³³⁸ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se, na *Decisão de 14/10/1999*, pela violação do consentimento informado, resultante da administração de tratamentos obrigatórios a membros de uma seita, maiores de idade, que foram retidos e submetidos, durante 10 dias, a um tratamento médico contra a sua vontade.

¹³³⁹ O *Conseil d'État* (26/10/2001) pronunciou-se sobre este problema. O Tribunal absolveu o arguido, sendo sensível à argumentação paternalista do médico, mas também foi bastante claro ao afirmar que o médico não tinha o dever de salvar o paciente; pelo contrário o seu dever era respeitar a opinião do mesmo. Em anotação concordante a esta decisão, Louis DUBOIS, “Le refus de soins: qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?”, *RDSS*, 2002, p. 43-49, concorda que “deixar aos médicos um certo poder de apreciação constitui uma boa resposta do direito” – trata-se de um “*espace de libre respiration étique*”.

¹³⁴⁰ Cf. KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 102 ss.

¹³⁴¹ Cf. KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 167.

confiança e de diálogo entre o médico e o paciente, no sentido de este tomar as decisões mais racionais para a sua saúde¹³⁴²; todavia, o médico deve respeitar a vontade da pessoa após a ter informado das consequências das suas escolhas. Se a vontade da pessoa de recusar ou interromper um tratamento *coloca a sua vida em perigo*, o médico deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para a convencer a aceitar os tratamentos indispensáveis.¹³⁴³

Numa palavra, o médico deverá respeitar as *más* decisões do paciente (Dworkin). Todavia, não deve *abandonar* o paciente, por vezes dominado pela ignorância ou medos irracionais, e deverá intensificar os seus deveres de informar e de o esclarecer.¹³⁴⁴

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos veio tornar clara a sua adesão ao princípio da autonomia. Se já em *Pretty vs. Reino Unido*¹³⁴⁵ o Tribunal de Estrasburgo, partindo do art. 8.º (direito à intimidade da vida privada e familiar) sustentava a autonomia do indivíduo, foi em 2011, com a decisão *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia* de 10 de junho de 2010¹³⁴⁶ que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos afirmou inequivocamente o *direito à recusa de tratamento*.¹³⁴⁷

¹³⁴² Assim, segundo o art. L. 1111-4, da *loi du 4 mars*, 'toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.'

¹³⁴³ A lei belga, de 2002, prescreve: «Si lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même.»

¹³⁴⁴ VAZ RODRIGUES, *Consentimento...*, p. 353.

¹³⁴⁵ Decisão da grande câmara do TEDH de 29/4/2002 (*Pretty vs. Reino Unido*). Cf. Nuno OLIVEIRA, "The Right to Bioethical Self-Determination in the Charter of Fundamental Rights of the European Union", in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX, 2004, 631-639.

¹³⁴⁶ Jos DUTE, "ECHR 2010/17 Case of Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia, 10 June 2010, no. 302/02 (First section)", *EJHL* 17(5) (2010) 507-513.

¹³⁴⁷ *Jehovah's Witnesses of Moscow vs. Russia*, Appl. No. 302/02, 10/6/2010, grande câmara do TEDH, *apud* Cf. Tom GOFFIN, "Advance Directives...", *EJHL* 19 (2012) 121-140: "In this case, the legal recognition of an entity of Jehovah's Witnesses was refused inter alia because they incited their members to refuse lifesaving blood transfusions. The Court decided that the decision to refuse the legal recognition was against the individual's right to autonomy. It stated: "The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the

Questão ainda diferente, a considerar também, é a que respeita ao tratamento coactivo para evitar a tentativa de suicídio. Ao contrário dos casos gerais de recusa de tratamento, Costa Andrade entende que, a partir do momento em que o suicida está inconsciente, houve um *corte comunicacional*, pelo que podemos saber a vontade *anterior*, mas não a sua vontade *atual*. Conclui, pois, pela “*impossibilidade de referenciar com segurança, a postura definitiva do paciente.*”¹³⁴⁸ Nos termos do art. 154º, n.º 3, al. b) do CP não é punível por *coação* o agente que atua para “evitar suicídio”. Também deverá aproveitar da eficácia dirimente desta *autorização legal* o médico que, face a uma tentativa falhada de suicídio, leva a cabo tratamentos para salvar a vida do “suicida”, *mesmo que este continue de forma perfeitamente lúcida e consciente, a opor-se ao tratamento que o pode salvar*. Com a adopção deste regime, a lei penal portuguesa acaba de aderir à tese de um tratamento *diferenciado* do suicida face ao paciente “normal.”¹³⁴⁹ Todavia, Para Costa Andrade, esta solução não implica a imposição ao médico de um *dever de agir*, no sentido de que a sua omissão implicaria a responsabilização do médico por eutanásia passiva.

Também na doutrina civilística, Capelo de Sousa levanta o problema de saber se se pode licitamente impedir ou violar a vontade de outrem que se queira suicidar. Para o Autor, “há aqui colisão de direitos: o direito de liberdade de ação de salvar a vida de outrem e o direito de ser deixado sozinho (*right to be let alone*) do candidato a suicida, parecendo que, face ao art. 335º, n.º 2 CC, deve, em regra, prevalecer o primeiro direito, a não ser que o salvador empregue meios de tal modo violentos que ofendam a dignidade humana do suicida ou valores essenciais da sua integridade física.”¹³⁵⁰

notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees (. . .) The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy.”

¹³⁴⁸ COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 457.

¹³⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 56, advogam "a não punição (em princípio) do médico que atua para salvar um suicida em estado de inconsciência".

¹³⁵⁰ CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 206, nota 401. Em sentido equivalente, João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 38, nota 38, afirma que a interrupção do suicídio por terceiro não é fonte de uma obrigação de indemnização.

Brevitatis causa, em nossa opinião, o tratamento arbitrário de um suicida pode ser justificado por aplicação do art. 154º n.º 3, al. b) CP.

O problema do dissentimento que vimos de tratar é substancialmente dissemelhante daquele que respeita ao *direito a morrer com dignidade*, onde se colocam com grande acuidade todas as questões jurídicas e éticas concernentes aos cuidados paliativos e à eutanásia.

46. O consentimento informado em intervenções especiais

De entre o vasto domínio das atividades em saúde, selecionamos três intervenções concretas que reputamos merecedoras de especial atenção: (1) o caso dos *ensaios clínicos de medicamentos*, pelo carácter paradigmático de grande ritualismo e formalidade no processo do consentimento informado; (2) a *doação de órgãos em vida*, uma vez que se trata de um exemplo maior de intervenções de grande risco e sem benefício terapêutico; (3) o *consentimento informado na atividade farmacêutica* visa evidenciar que as atividades de saúde não acabam na medicina e que outros profissionais de saúde têm um papel muito relevante, também no domínio da prestação de informação aos pacientes.

46.1. O consentimento para ensaios clínicos

A Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto, aprovou o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, transpondo para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2001/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril.¹³⁵¹ Denomina-se «ensaio

¹³⁵¹ Diretiva relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros respeitantes à aplicação de boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, e estabelece o regime jurídico da realização de ensaios clínicos em seres humanos com a utilização de medicamentos de uso humano. A presente lei não se aplica aos ensaios sem intervenção, os quais são objecto de regulamentação própria. Segundo o art. 2, al. d) "Ensaio sem intervenção" consiste no estudo no âmbito do qual o ou os medicamentos são receitados da forma habitual, de acordo com as condições previstas na autorização de colocação no mercado. A sujeição do paciente a determinada estratégia terapêutica não é previamente fixada por um protocolo de ensaio, antes depende da prática corrente e a decisão de receitar o medicamento está claramente dissociada da decisão de incluir ou não o paciente no estudo. Não deverá ser aplicado aos pacientes qualquer

ou ensaio clínico» qualquer investigação conduzida no ser humano, destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos ou os outros efeitos farmacodinâmicos de um ou mais medicamentos experimentais, ou identificar os efeitos indesejáveis de um ou mais medicamentos experimentais, ou a analisar a absorção, a distribuição, o metabolismo e a eliminação de um ou mais medicamentos experimentais, a fim de apurar a respectiva segurança ou eficácia.

Embora autónoma, esta lei deve enquadrar-se no quadro geral da experimentação com seres humanos que, entre nós, tem como primeiras fontes normativas a CRP e a CDHBio (Capítulo V),¹³⁵² bem como – no plano da *soft law* – as declarações e recomendações internacionais, sendo de destacar a Declaração de Helsínquia, da Associação Médica Mundial.¹³⁵³

Na Lei dos Ensaio Clínicos, encontramos uma concretização desse princípio, ao sobreporem-se os interesses do indivíduo aos interesses da ciência e da sociedade, quando prescreve, no art. 3.º, que os ensaios são realizados no estrito respeito pelo princípio da dignidade da pessoa e dos seus direitos fundamentais e que os direitos dos participantes nos ensaios prevalecem sempre sobre os interesses da ciência e da sociedade.¹³⁵⁴

outro procedimento complementar de diagnóstico ou de vigilância e serão utilizados métodos epidemiológicos para analisar os dados recolhidos.

¹³⁵² A Convenção foi assinada em 1997 e ratificada em 2001, estando em vigor, na ordem jurídica portuguesa, desde o dia 1 de Dezembro de 2001. O direito convencional tem valor supralegal, segundo o art. 8.º, n.º2 CRP. Esta norma adopta ainda a concepção monista na relação entre direito internacional e direito nacional: “2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.”

¹³⁵³ Coloque-se em evidência ainda as importantes normas emitidas pela CIOMS (Council for International Organizations of Medical Sciences): *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* (Genebra: CIOMS/OMS, 2002), pela Organização Mundial de Saúde e pela Conferência Internacional de Harmonização (*WHO and ICH Guidelines for Good Clinical Practice*), UNESCO. *Universal declaration on bioethics and human rights*, 2005.

¹³⁵⁴ Sobre a indústria farmacêutica e a realização de ensaios clínicos, vide a literatura muito crítica: Marcia ANGELL, *The Truth About Drug Companies*, 2004 e Hans WEISS, *Korrumpierte Medizin*, 2008. Com uma perspectiva mais moderada, mas ainda assim preocupada com o rumo da indústria farmacêutica e da investigação sobre o medicamento, Jürgen DREWS, *Die verspielte Zukunft – Wohin geht die Arzneimittelforschung?*, Nasel, Boston, Berlin, Birkhäuser, 1998.

Com esta base fundamental, a lei consagra uma panóplia de direitos para os participantes num ensaio clínico. Assim, podemos identificar os seguintes direitos dos participantes em ensaios clínicos de medicamentos:

- a) O direito ao respeito pelos princípios de boas práticas clínicas (art. 4.º e art. 33.º (controlo pelo INFARMED das boas práticas clínicas));
- b) O direito à avaliação de riscos e benefícios (art. 5.º e art. 24.º (medidas urgentes durante o decurso do ensaio));
- c) O direito ao consentimento informado em sentido amplo (artigos 6.º, 7.º e 8.º);
- d) O direito a compensação por danos e à reparação dos danos sofridos em virtude da participação em ensaios clínicos beneficia de um regime especial.¹³⁵⁵
- e) O direito ao controlo ético e administrativo dos ensaios clínicos (artigos 15.º a 22.º);
- f) O direito ao fornecimento gratuito e compassivo (*compassionate use*).¹³⁵⁶

No que concerne à informação e ao consentimento, a lei afasta-se da distinção clássica entre ensaios terapêuticos e ensaios não terapêuticos, que era muito relevante ao abrigo da lei anterior.¹³⁵⁷ Antes estabelece um conjunto de condições mínimas de proteção dos participantes, no seu art.6.º, e impõe

¹³⁵⁵ A lei estabelece a *responsabilidade objectiva do promotor e do investigador* pelos danos causados ao participante no ensaio. O lesado não precisa de provar a culpa do lesante, como seria a regra na responsabilidade civil; a responsabilidade do promotor e do investigador são *solidárias*. Por seu turno, em sede denexo de causalidade, a lei afirma (art. 14.º, n.º3) que “presumem-se imputáveis ao ensaio os danos que afectem a saúde do participante durante a realização do ensaio e no ano seguinte à sua conclusão.”

¹³⁵⁶ Esta expressão, no âmbito proposto pelo texto da norma, é criticada por vários especialistas, visto que o uso do medicamento aí previsto não se restringe aos casos de última esperança ou de *uso compassivo* em sentido rigoroso. Nos Estados Unidos, considera-se *Compassionate use* (<http://www.medterms.com/script/main/art.asp?articlekey=30711> (acessado a 17/12/12)): “Term used in the US for a method of providing experimental therapeutics prior to final FDA approval for use in humans. This procedure is used with very sick individuals who have no other treatment options. Often, case-by-case approval must be obtained from the FDA for “compassionate use” of a drug or therapy.”

¹³⁵⁷ Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de abril, revogado pela Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto.

regras ainda mais exigentes para a investigação com incapazes (crianças e incapazes adultos).¹³⁵⁸

As condições mínimas de proteção são as seguintes (art. 6.º):

Em *entrevista* prévia com o investigador ou um membro da equipa de investigação, devem ser explicados ao participante, de modo completo e em linguagem adequada à sua capacidade de compreensão, os objectivos, os riscos e os inconvenientes do ensaio, bem como as condições em que este será realizado. Visa-se um processo de informação e esclarecimento personalizado e cabal, com vista ao consentimento livre e esclarecido, sendo de destacar a ideia de entrevista, como um espaço de diálogo, de troca de informações e esclarecimento de dúvidas. Mais do que um formalismo burocrático, o consentimento informado assume-se como um aspecto essencial às boas práticas médicas.

Nessa entrevista o participante deve ser informado do direito que lhe assiste de, a qualquer momento, se retirar do ensaio. Garante-se, assim, o *direito à revogação do consentimento*, que já era garantido em termos gerais pelo art. 81.º, n.º 2 CC, e impõe-se uma expressa menção desse direito.

¹³⁵⁸ Todavia, a distinção entre ensaios terapêuticos e não terapêuticos ainda tem pertinência (Cf. Rainer J. SCHWEIZER / Benedikt VAN SPYK, „Arzt und Forschung,“ in Moritz W. KUHN/ Tomas POLEDNA (Hrsg.), *Artztrecht in der Praxis*,² Zürich, Schulthess, 2007, p. 538 ss.), designadamente para a interpretação do art. 7.º, n.º1, al. e). Nesta norma admitem-se os ensaios com crianças, quer quando tenham finalidades terapêuticas diretas para o sujeito, quer quando não tenham eficácia direta para este, embora ofereça benefícios diretos para o *grupo de participantes*. O art. 8.º, por sua vez, regula as condições para os participantes maiores que se encontrem incapazes de darem o consentimento livre e esclarecido, exigindo que o ensaio tenha interesse direto para o participante. Em suma, a Diretiva e a lei nacional têm um regime diferente para os menores e para os incapazes adultos. Se para os menores se admite a investigação em benefício do grupo, já aqui essa solução é vedada. A História tem mostrado que os abusos sobre doentes mentais e outros incapazes adultos são frequentes. Abrir a porta a um ensaio não terapêutico com incapazes adultos foi um risco que o legislador não quis correr. Pelo contrário, a Convenção de Oviedo, art. 17.º, n.º 2, não distingue crianças de incapazes adultos para efeitos de admissão – excepcional – da investigação não terapêutica.

Para uma análise crítica do regime em vigor, *vide* João Marques MARTINS, “Ensaio Clínicos – uma perspectiva Ético-Jurídica”, in OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, 2012, p. 99-151. Para mais desenvolvimentos, *cf.* o nosso estudo, André DIAS PEREIRA, “A transposição da Directiva sobre Ensaio Clínicos de Medicamentos para uso humano no direito português.” *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11, 2009, p. 5-28.

Com efeito, o participante, ou o seu representante legal, pode revogar, a todo o tempo, o consentimento livre e esclarecido, sem que incorra em qualquer forma de responsabilidade ou possa ser objeto de quaisquer medidas que ponham em causa o direito à saúde e à integridade moral e física (art. 7.º, n.º2). O participante goza do inalienável direito à revogação do consentimento (art. 81.º, n.º2 CC). Todavia, poderia haver algumas dúvidas na doutrina sobre se neste caso a pessoa que revoga o consentimento teria obrigação de *indemnizar* a outra parte pelos prejuízos causados. Este diploma vem afirmar claramente que não: o participante que revoga o consentimento não poderá sofrer qualquer consequência negativa, nem sequer ser obrigado a pagar uma indemnização por expectativas ou por despesas aos outros atores do ensaio clínico: promotor, investigador, monitor, etc. Por outro lado, não pode haver qualquer tipo de retaliação, prejuízo ou discriminação do seu direito de acesso aos cuidados de saúde existentes por parte dos serviços ou dos profissionais envolvidos. Ao contrário do consentimento, que carece de forma escrita, a revogação não carece de forma, podendo ser expressa ou tácita, o que constitui mais uma expressão do direito à integridade física, na sua expressão de garantia da incolumidade pessoal.

Deve estar assegurado o direito à integridade moral e física, bem como o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais que lhe dizem respeito, de harmonia com o respetivo regime jurídico. No âmbito dos ensaios clínicos, deve haver uma garantia de respeito pelos direitos fundamentais à privacidade e à proteção dos dados pessoais, sendo que muitas vezes o participante autoriza que os seus dados pessoais sejam enviados para fora do espaço da União Europeia, sem que verdadeiramente ele seja claramente ciente do que isso significa em termos de menor proteção da sua intimidade, pelo que a Comissão Nacional de Proteção de Dados deve exercer o controlo legalmente previsto nos artigos 19.º e 20.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98).¹³⁵⁹

¹³⁵⁹ Cf. A Deliberação da CEIC de 18 de Outubro de 2011: *Acesso aos dados do processo clínico dos participantes em ensaios clínicos pelos monitores*: “Delibera a CEIC que os monitores dos ensaios clínicos têm a faculdade de consultar a informação constante nos registos clínicos originais que interesse ao ensaio clínico por acesso direto condicionado, para fins de verificação dos dados fonte de acordo com e no estrito cumprimento do Protocolo.” Todavia esta Deliberação não obteve a aprovação da CNPD, estando em curso uma revisão dos procedimentos.

A participação no ensaio clínico depende ainda de, na sequência da referida entrevista, ser obtido o consentimento livre e esclarecido, devendo a correspondente declaração *escrita* conter a informação sobre a natureza, o alcance, as consequências e os riscos do ensaio. Exige-se, pois, o consentimento livre e esclarecido sob a *forma escrita*, o que confere maior solenidade e exige maior reflexão por parte do sujeito. A informação – também ela escrita – deve ser completa, incluindo as consequências e os riscos previsíveis, mesmo que raros, do ensaio. Por outro lado, neste campo, não há, em regra, lugar à aplicação do instituto do *privilégio terapêutico* (art. 157.º *in fine* CP).

Deve ainda existir um *seguro* que cubra a responsabilidade do promotor, do investigador, da respectiva equipa e do proprietário ou órgão de gestão do centro de ensaio. O seguro de responsabilidade civil visa garantir a indemnização ao lesado, caso este venha a sofrer danos decorrentes do ensaio. A responsabilidade é independente de culpa e há uma presunção de causalidade.

Os cuidados médicos dispensados e as decisões médicas tomadas em relação ao participante são da responsabilidade de um médico devidamente qualificado ou, se for o caso, de um dentista habilitado. Esta norma visa responder ao desafio colocado pela existência de profissionais de várias áreas junto do doente que se submete a um ensaio clínico. Assim, deve ser assegurado que só os profissionais da medicina ou medicina dentária, consoante os ensaios, podem tomar decisões clínicas.

Merece realce a exigência de designação de uma *pessoa de contacto*, junto do qual seja possível obter informações mais detalhadas. Esta norma visa um reforço do processo do consentimento informado. O sujeito tem o direito de contactar um médico, que lhe possa dar informações mais detalhadas, responder às suas dúvidas. O consentimento informado não se reduz a um momento; a uma dimensão burocrática pontual, antes visa um processo, um diálogo contínuo na relação entre o sujeito e a equipa médica que acompanha o ensaio.

Se aqui explicitamos este caso especial de consentimento informado é para colocar em evidência a sua expressão mais formal e ritualística. Exige-se informação escrita, consentimento escrito e assinado, uma entrevista individualizada, o esclarecimento exaustivo dos riscos e consequências secundárias, coloca-se em destaque a possibilidade de revogação do consentimento, etc.

Regras deste teor deveriam valer – embora com menos rigor – para intervenções médico-cirúrgicas de *carácter não terapêutico* e para toda a intervenção que não corresponda à medicina estandardizada e que crie graves riscos para o paciente.

46.2. Consentimento para doação de órgãos em vida

Desde 2007, um nacional ou residente em Portugal¹³⁶⁰ pode consentir na colheita de órgãos não regeneráveis para doação a qualquer pessoa, apenas estando sujeita ao controle da Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante.¹³⁶¹

A Lei n.º 22/2007, de 29 de junho alterou a Lei n.º 12/93, de 22 de abril, neste aspeto de grande relevância ética, pondo fim às limitações tradicionais, segundo as quais a colheita em vivos apenas podia ser feita com vista a doação a pessoa com “...relação de parentesco até ao 3.º grau.”

Embora esta solução tão aberta, e filiada no *princípio da autodeterminação bioética*,¹³⁶² seja compatível com as normas do Conselho da Europa, julgamos que o primeiro caminho apontado pelo art.10.º do Protocolo Adicional à Convenção de Biomedicina relativo à colheita e transplante de órgãos (assinado pela República Portuguesa em 21/2/2002, mas ainda não ratificado) seria mais prudente. Com efeito, proclama este diploma internacional, no seu art.10.º: “Organ removal from a living donor may be carried out for the benefit of a recipient with whom the donor has a *close personal relationship* as defined by law, or, *in the absence of such relationship, only under the conditions defined by law and with the approval of an appropriate independent body.*”

Ou seja, o Estado Parte naquele Protocolo deve prever que só pode ser admitido como dador de órgãos pessoas com

¹³⁶⁰ Para um estudo exaustivo de direito comparado sobre a doação de órgãos entre vivos, *vide* Leonnie LOPP, *A Common Frame of Reference for European Laws on Living Organ Donation*, 2012, (<http://www.eulod.org/>)

¹³⁶¹ Assim afirma o n.º 3 do art. 6.º: “No caso de dádiva e colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, a respetiva admissibilidade fica dependente de parecer favorável, emitido pela Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA).”

¹³⁶² Cf. Nuno OLIVEIRA “Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana”, *Lex Medicinae*, n.º 2, 2004. O Autor defendia *de lege ferenda* esta solução.

uma relação pessoal próxima, ou, se o Estado quiser ser mais liberal, deve ser criada uma entidade independente que irá aprovar essa doação.

Como vimos, a lei portuguesa seguiu o segundo caminho, com a criação da EVA, a funcionar junto da Comissão de Ética para a Saúde do Hospital respetivo. Ora estas Comissões não gozam de poderes de investigação, pelo que nos parecem relativamente frágeis.

Julgamos que seria desejável a integração obrigatória de um Magistrado do Ministério Público em cada EVA. Assim, este órgão estaria dotado de um membro com experiência forense e com capacidade de dinamizar um processo de investigação criminal, caso fosse necessário.

Mas somos mesmo de parecer que seria mais prudente exigir uma *relação pessoal próxima*, visto que há boas razões para reear que os membros dessa Entidade, regra geral, não detenham a experiência, nem as competências na investigação adequadas a possíveis casos de tráfico de órgãos, simulados de doação.

O próprio legislador, tendo consciência dos reais riscos de tráfico e da possível dificuldade da EVA em fiscalizar a seriedade do consentimento, foi mais exigente quando o doador é estrangeiro não residente em Portugal.¹³⁶³ Com efeito, o art. 6.º, n.º 6, da mesma lei prescreve: “A dádiva e a colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, que envolvam estrangeiros sem residência permanente em Portugal, só podem ser feitas mediante autorização judicial.”

O consentimento, como já vimos, tem que ser expresso, prestado por escrito (art. 6.º, n.º6) e após o dador receber informação¹³⁶⁴ exaustiva sobre os riscos e consequências

¹³⁶³ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (Parecer 50/CNECV/06) – embora reconheça que “a doação de tecidos ou órgãos a outrem, é um ato humanitário de intrínseco valor ético” (...) considera que “o carácter afectivo e estável dessa relação deve salvaguardar os riscos indesejáveis da comercialização de órgãos, riscos que a Entidade de Verificação criada deverá cuidadosamente escrutinar.” Donde, o Conselho opina que “os riscos de abuso da condição vulnerável das pessoas sem capacidade de consentir e, bem assim, da sua dignidade, ficariam melhor acautelados se a presente proposta legislativa contemplasse na sua formulação, como seria apropriado, o conteúdo do texto da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, ratificada pela Assembleia da República, no que à problemática da transplantação diz respeito.” Ou seja, que se exigisse uma proximidade existencial entre o dador e o receptor.

¹³⁶⁴ Art. 7.º – “O médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da

secundárias, incluindo a informação sobre o *risco de fracasso* de todo o procedimento.¹³⁶⁵

No caso de o doador ser um menor (e aqui entendemos o menor em sentido clássico, ou seja, com menos de 18 anos, valem as regras do art. 6.º, n.º 5, da Lei n.º 22/2007: “A dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes só podem ser efectuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O receptor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor.”¹³⁶⁶

A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial e apenas abrange *órgãos regeneráveis* (art. 6.º, n.º¹³⁶⁷ e 8.º, n.º 5).

dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente.”

¹³⁶⁵ Art. 8.º, n.º1 –“O consentimento do dador e do receptor deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco e o dador pode identificar o beneficiário. 2 –O consentimento do dador e do receptor é prestado perante: a) Um médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realize, quando se trate de transplante de órgãos, tecidos ou células regeneráveis; b) Um médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realize e que não pertença à equipa de transplante, quando se trate de transplante de órgãos, tecidos ou células não regeneráveis.”

¹³⁶⁶ Art. 8.º, n.º 3: “Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal. 4 –A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes.”

¹³⁶⁷ Art. 6.º, n.º 4: “São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes.”

Assim, seria ilegal em Portugal a situação descrita no filme *My sister's keeper* (de Nick Cassavetes, 2009), baseado no romance homónimo de Jodi Picoult, publicado em 2004, que relata a hipótese de uma menina de 11 anos fazer uma doação de um rim a favor da sua irmã. O romance e o filme são ainda muito relevantes para o debate do bebé-medicamento através da técnica de DGPI.

46.3. O consentimento informado na atividade farmacêutica

No que respeita à atividade farmacêutica,¹³⁶⁸ de acordo com o Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos¹³⁶⁹, integram o conteúdo do ato farmacêutico as atividades de “informação e consulta sobre medicamentos de uso humano e veterinário e sobre dispositivos médicos, sujeitos e não sujeitos a prescrição médica, junto de profissionais de saúde e de doentes, de modo a promover a sua correta utilização” (art. 77, al. h)).

Mais concretamente, o Estatuto prescreve que o farmacêutico tem o dever de se “assegurar que, na dispensa do medicamento, o doente recebe informação correta sobre a sua utilização” e de “dispensar ao doente o medicamento em cumprimento da prescrição médica ou exercer a escolha que os seus conhecimentos permitam e que melhor satisfaça as relações benefício/risco e benefício/custo” (art. 87.º, als. b) e c)).

A tudo isto acresce que, na sua atividade, é-lhe vedado “praticar atos contrários à ética profissional que possam influenciar a *livre escolha do doente*” (art. 90.º al. f)).

Resulta, assim, claro que sob o farmacêutico impendem não só deveres de natureza técnico-científica¹³⁷⁰ mas ainda obrigações de prestar informações e obter o consentimento do paciente em ordem a promover a autodeterminação dos cidadãos nos cuidados de saúde.

Nesse sentido fala alguma doutrina na “*informed choice*”¹³⁷¹, como conceito mais amplo que o “*informed consent*”.¹³⁷² Aquela abrangência toda a atividade sanitária e

¹³⁶⁸ Recordemos que, em 1240, o Rei Frederico II da Prússia, ao promulgar o Édito de Melfi, veio separar, pela primeira vez, a profissão do boticário do médico, legitimando assim a autonomia do farmacêutico.

¹³⁶⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 288/2001, de 10 de novembro.

¹³⁷⁰ Destaca-se o *dever de atualização técnica e científica* previsto no art. 83.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos. Cf., na doutrina francesa, Antoine LECA, *Droit pharmaceutique* (5^º édition), Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2010.

¹³⁷¹ Alastair CAMPBELL/ Grant GILLET/ Gareth JONES, *Medical Ethics*, 3. ed, Oxford : Oxford University Press, 2001, p. 24-25.

¹³⁷² A própria Lei de Bases da Saúde (LBS) apresenta uma visão ampla do consentimento informado, ao consagrar o direito à ‘*informação sobre os serviços de saúde existentes*’, o ‘*direito à livre escolha do médico*’ (Base XIV, n.º 1 al. a) da LBS), o direito à ‘*informação ao doente*’ (Base XIV, n.º 1, al. e)), o direito à ‘*segunda opinião*’ e ao ‘*consentimento livre e esclarecido*’ (Base XIV, n.º 1, al. b)). Estes vários direitos são expressões do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*; a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, hoje,

seria prévia e autónoma face à relação médico-paciente.¹³⁷³ Num tempo em que os medicamentos não sujeitos a prescrição médica obrigatória têm tendência para aumentar e a automedicação controlada é defendida por muitos, num horizonte cultural em que o cidadão está cada vez mais informado ou pode aceder à informação, constata-se ainda o facto de a farmácia de oficina ser muitas vezes o único ou, pelo menos, o canal privilegiado de acesso aos cuidados de saúde.¹³⁷⁴ Por isso mesmo, o farmacêutico é detentor de uma formação universitária e de uma competência técnica insubstituível, a qual acarreta as consequentes responsabilidades, também na área do consentimento informado.¹³⁷⁵

Na dispensa de medicamentos há uma distinção fundamental entre os medicamentos sujeitos a prescrição médica e os medicamentos não sujeitos a prescrição.

não só que o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico, *farmacêutico* e ainda no recurso às *medicinas não convencionais*.

¹³⁷³ Em sentido próximo, a Carta dos Direitos dos Utentes fala no *direito à decisão*. Este assenta, desde logo, na transparência e prestação de informação nas suas várias vertentes, incluindo a relativa aos preços, que é essencial à própria exigência de prestação de consentimento, mas que engloba também o próprio tratamento de dados e acesso aos mesmos. Este direito configura a necessária consequência da autodeterminação da pessoa humana e da defesa da sua personalidade e individualidade. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Relatório da Carta dos Direitos dos Utentes*, 2010, p. 52. Acrescenta este documento que este direito à decisão tem o corolário e expressão última no *direito ao consentimento informado*, e que implica, regra geral, que “toda e qualquer prestação de cuidados de saúde apenas seja legitimada quando consentida, de forma livre e esclarecida, pelo utente, e ao qual assiste igualmente o direito a conformar a esfera ou grau de informação que pretende obter e conhecer do seu estado de saúde. Ou seja, ao utente assiste quer o direito a saber, como o direito a não saber, e assim nessa sua liberdade exercer o correspondente direito a consentir ou não consentir.”

¹³⁷⁴ Neste quadro, cf. o documento da Organização Mundial de Saúde: WHO – *The Role of the Pharmacist in Self-Care and Self-Medication*.

¹³⁷⁵ Segundo o *Statement of Professional Standards Codes of Ethics for Pharmacists* da Federação Internacional de Farmacêuticos: “The obligations of pharmacists set out in these codes should include to respect the rights of individual patients to participate in decisions about their treatment with medicinal products and to encourage them to do so.”

Começam já a surgir estudos especializados nesta matéria. Cf. Robert VEATCH/ Any HADDAD, *Case studies in pharmacy ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Na primeira situação o papel do farmacêutico será mais modesto, na medida em que a prescrição é um ato médico, impondo-se o *dever de cooperação com os médicos o acompanhamento terapêutico do doente como “fail-safe” step*. Neste sentido foi aprovada a *Declaração de Telavive da Associação Médica Mundial Sobre as Relações Profissionais entre Médicos e Farmacêuticos na Terapia Medicamentosa*.¹³⁷⁶

A nível interno o art. 87.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos prescreve o dever de “*colaborar com todos os profissionais de saúde, promovendo junto deles e do doente a utilização segura, eficaz e racional dos medicamentos*” (al. a)).

Por outro lado, com a obrigatoriedade de o médico prescrever através da designação comum internacional (DCI) do medicamento e com a possibilidade de o paciente adquirir genéricos ou as marcas existentes no mercado¹³⁷⁷ o farmacêutico goza hoje de uma nova responsabilidade, a qual só desempenhará cabalmente se respeitar as regras do consentimento informado, nomeadamente o esclarecimento do paciente relativamente aos riscos, benefícios, consequências secundárias, custo económico,¹³⁷⁸ etc., dos vários medicamentos à escolha para cada situação.

¹³⁷⁶ Adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Telavive, Israel, em outubro de 1999.

¹³⁷⁷ Cf. da Lei n.º 11/2012, de 8 de março, alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto – Estatuto do Medicamento, especialmente o art. 120.º-A (Dispensa de medicamentos): 1 — No ato de dispensa do medicamento, o farmacêutico, ou o seu colaborador devidamente habilitado, deve informar o doente da existência dos medicamentos disponíveis na farmácia com a mesma substância ativa, forma farmacêutica, apresentação e dosagem do medicamento prescrito, bem como sobre aqueles que são comparticipados pelo Serviço Nacional de Saúde e o que tem o preço mais baixo disponível no mercado. (...) 3 — O doente tem direito a optar por qualquer medicamento que contenha a mesma denominação comum internacional da substância ativa, forma farmacêutica e dosagem do medicamento constante da prescrição médica, salvo nos casos (...).”

A propósito da disputa em torno da prescrição por DCI, a Ordem dos Farmacêuticos vem sublinhando as mais-valias da prescrição de medicamentos por DCI, quer ao nível da transparência na prescrição médica, quer na possibilidade dos doentes efetuarem uma escolha livre entre medicamentos equivalentes, tendo em conta a informação sobre o preço. Por seu turno, a Ordem dos Médicos tem alegado que este sistema pode pôr em perigo a segurança e a saúde dos pacientes.

¹³⁷⁸ O Ac. da Relação de Lisboa, de 22/10/2009 (Teresa Albuquerque) revela a importância do cumprimento do dever de informar o valor dos honorários antes da realização da intervenção cirúrgica.

Mais importante ainda é a tarefa do farmacêutico no segundo grupo de casos mencionado: os medicamentos não sujeitos a prescrição. Aqui a responsabilidade primária é do farmacêutico. Com efeito, o farmacêutico é um profissional de saúde e um prestador de serviços de saúde. A sua componente técnica de saúde deve aqui ser realçada relativamente à sua função de gestor.

Alguns casos especiais demonstram a importância do dever de informação que impende sobre o farmacêutico.

No que diz respeito à pílula do dia seguinte, o farmacêutico¹³⁷⁹ deve informar a utente dos efeitos secundários e deve explicar o funcionamento deste medicamento já por forma a permitir que a utente respeite o seu próprio sistema de valores. Por outro lado, impõe-se aqui um dever de reencaminhamento para a Medicina Familiar e Reprodutiva.

Também no caso da venda de *testes de gravidez*, deve ser promovida a interação entre o farmacêutico e a medicina familiar e reprodutiva.

Finalmente, na hipótese de venda de produtos para emagrecer e outros complementos nutricionais, entende-se que o farmacêutico deve informar, designadamente, quais os efeitos secundários, os perigos de interação com outros medicamentos e os riscos daqueles produtos.

Para além disso, o farmacêutico tem sempre uma função primordial no chamado *esclarecimento terapêutico*. Este esclarecimento vale não como pressuposto da liberdade pessoal, mas sim como exigência dos deveres objectivos de cuidado, das *leges artis* da medicina, tendo em vista a tutela da integridade físico-psíquica e/ou a vida. O profissional de saúde deve prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição, se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa. Esta informação pode envolver aconselhamento acerca de medidas que deve tomar (v.g., fazer ginástica ou dieta) ou os perigos que deve evitar (v.g., conduzir o automóvel em virtude de um problema

¹³⁷⁹ Os meios contraceptivos de emergência podem ser disponibilizados, nas farmácias nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 3.º, da Lei n.º 12/2001, de 29 de maio. O art. 4.º, n.º 2 desta Lei prescreve o dever de as farmácias disponibilizarem, em permanência, informação sobre métodos contraceptivos. Por seu turno a Ordem dos Farmacêuticos desenvolveu o “Protocolo de Intervenção Farmacêutica na Contraceção de Emergência”. Sobre esta matéria, numa perspectiva conservadora, vide José LÓPEZ GUZMÁN/ Ángela APARISI MIRALLES, *La píldora del día siguiente – aspectos farmacológicos, éticos y jurídicos*, Iacaja, 2002.

cardíaco grave). No que respeita à medicação, o esclarecimento terapêutico obriga o médico (e em certos casos o farmacêutico) a informar o paciente acerca da dose, efeitos secundários e reações adversas.¹³⁸⁰

Não podemos ainda esquecer o facto de, por vezes, o farmacêutico (quer o de oficina, quer o hospitalar) ter acesso a todo o receituário proposto por médicos de várias especialidades ao mesmo doente, o qual, se totalmente seguido, poderá causar interações medicamentosas perigosas e nefastas para o paciente. Também aqui, o farmacêutico pode ter uma função crucial na promoção da saúde dos utentes.

47. O “consentimento informado antecipado” (Guilherme de Oliveira): testamentos de paciente e nomeação de um procurador de cuidados de saúde

A hodierna realidade da medicina permite um diagnóstico mais precoce de certas patologias, bem como o traçar de um prognóstico mais ou menos seguro da evolução da doença. Com o envelhecimento da sociedade e a medicalização da ancianidade, o número de pessoas que podem prever vir a necessitar de uma intervenção médica numa altura em que já estejam incapazes de decidir tem tendência a aumentar, designadamente no âmbito das chamadas doenças neurodegenerativas.

Donde as pessoas, cada vez mais cultas e conscientes, desejam declarar antecipadamente a sua vontade no que diz respeito aos cuidados de saúde. Outros ainda, por motivos religiosos ou de consciência, recusam um determinado tipo de intervenção médica, designadamente uma transfusão de sangue ou uma transplantação de tecidos ou órgãos. Essas pessoas querem assegurar que este seu direito seja respeitado mesmo numa altura que se encontrem em situação de incapacidade.

¹³⁸⁰ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, p. 501 ss. O âmbito de *esclarecimento terapêutico* é mais amplo que no consentimento para a autodeterminação, devendo o profissional de saúde informar sobre todos os pormenores que possam ser úteis para a saúde do doente. Não faz qualquer sentido falar aqui de privilégio terapêutico, já que a informação contribui, ela própria, para que o doente assuma comportamentos positivos para a sua saúde. Distingue-se este conceito do *esclarecimento para a autodeterminação*, que se refere à informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana.

Poderemos ainda equacionar as situações de recusa de manobras de reanimação na sequência de um acidente de viação ou de um acidente vascular cerebral, devido ao desejo profundo de não querer correr o risco de uma vida de menor qualidade, no plano da capacidade de comunicação, de mobilidade ou de vida de relação. Pensamos assim nas declarações de não ressuscitar ou mesmo na recusa de hidratação ou nutrição em caso de estado vegetativo persistente.

A escolha efetiva pelo paciente tem vindo a ganhar espaço de atuação na medida em que se ultrapassem as barreiras colocadas pelo requisito da atualidade do consentimento. Neste sentido, ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a *autonomia prospetiva*. Isto conduz-nos ao estudo dos testamentos de paciente e dos procuradores de cuidados de saúde.

Para estes grupos de casos e muitos outros, sente-se a necessidade de definir o regime jurídico das declarações antecipadas de vontade, ou no ensino de Guilherme de Oliveira, de um *consentimento informado antecipado*,¹³⁸¹ agora consolidado pela Lei n.º 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

O *testamento de paciente* consiste num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, perante uma autoridade pública ou perante testemunhas,¹³⁸² e que contém declarações antecipadas de vontade a respeito dos tratamentos que

¹³⁸¹ Também assim Ronald DWORKIN, *Life's Dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993, p. 226, afirma: “O Testamento Vital é a expressão mais vincada da vontade previamente manifestada por parte do doente. Trata-se de uma reinvenção da doutrina do consentimento esclarecido segundo a qual o consentimento não produz efeitos no imediato mas antes no futuro, mais ou menos próximo, isto é de um modo prospectivo.”

¹³⁸² Em Portugal, as diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário (art. 3.º, n.º1). Noutros países admite-se que o testamento vital seja reduzido a *escrito* (Alemanha), ou declarado por escrito perante duas testemunhas (ex: Espanha), ou perante um Advogado (Áustria).

deseja¹³⁸³ ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.¹³⁸⁴

Em alternativa ou cumulativamente, pode o paciente designar um “*procurador de cuidados de saúde*”, o qual tomará as decisões por ele. O bom funcionamento deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz.¹³⁸⁵ Na nossa

¹³⁸³ Concordamos que a diretiva antecipada pode consistir num consentimento/ autorização antecipada para um dado tratamento, desde que este – no momento da sua prática – seja medicamente indicado. Assim também João LOUREIRO, “Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 4, abril/maio 2008, p. 70-71: “normalmente, pensa-se nas directivas antecipadas como um instrumento adequado para indicar o tipo de tratamentos que não devem ser iniciados ou devem cessar. No entanto, o seu objecto compreende também a indicação de cuidados que o paciente pretende que lhe sejam prestados. (...) As directivas antecipadas são via para determinar não apenas o tipo, mas também a intensidade do tratamento médico”.

¹³⁸⁴ Seguimos, com adaptações, a definição de HOTTOIS/PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, 1998, p. 352. Para BOYD/ HIGGS/ PINCHING, *The New Dictionary of Medical Ethics*, BMJ, 1997, p. 7, já em 1997, à luz do direito inglês, a recusa de tratamento antecipada, por parte de um adulto capaz, era vinculativa: a) no caso de tratamentos especificados (v.g., de uma Testemunha de Jeová) e b) no caso de tratamentos de conservação da vida (v.g., no caso de estado vegetativo permanente). Atualmente, após a aprovação da *Mental Capacity Act* de 2005 nenhuma dúvida existe quanto à eficácia vinculativa do *living will*.

¹³⁸⁵ Cf. João LOUREIRO, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, 8, p. 41. Cfr tb. João LOUREIRO, “Advance directives: a Portuguese approach”, *Lex Medicinæ*, Ano 5, 2008, n.º 9, p. 5-14. A aceitação de um procurador de cuidados de saúde implica uma revisão da doutrina sobre a representação voluntária de direitos de personalidade.

Com efeito, CAPELO de SOUSA, *DGP*, p. 403, afirma que se deveria respeitar o *princípio da intransmissibilidade dos direitos de personalidade*. Todavia, esta tese revela-se contraditória com a aceitação do regime da *representação legal*. Julgamos que cumpridos certos requisitos substanciais e formais podemos aceitar esta forma de representação voluntária, destinada não a fins patrimoniais, mas a problemas de personalidade, permitindo-se assim a autodeterminação preventiva e a representação do exercício dos direitos de personalidade. Segundo a melhor doutrina, estes institutos têm legitimidade no plano constitucional. Trata-se ainda de “uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão, que não será posta em causa se *observados certos requisitos*, proibindo-se que se passe um *cheque em branco*, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado. Assim, esta procuração não pode ser *in rem suam*, em que os

interpretação da Lei n.º25/2012, a instituição de um Procurador de Cuidados de saúde deve obedecer aos mesmos requisitos formais que a redação de um testamento vital, ou seja, aplicando-se o art. 3.º, n.º1, deve o documento ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário.¹³⁸⁶

Ao testamento do paciente costumam ser apontadas certas vantagens. Primeiramente, têm por base a vontade do paciente¹³⁸⁷ e permitem a realização do direito à *autodeterminação preventiva*¹³⁸⁸ ou *autonomia prospectiva*.¹³⁸⁹

poderes de representação são conferidos no interesse do próprio procurador. A necessidade de claras garantias procedimentais aponta para a *desejabilidade de legislação específica*, exigindo-se a articulação deste mecanismo de representação com os testamentos de paciente.” – afirma João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 41.

¹³⁸⁶ Esta interpretação resulta de argumentos sistemáticos e teleológicos. Assim, as DAV são um conceito amplo que abrange o testamento vital e o procurador de cuidados de saúde (art. 1.º) e o *Capítulo II* visa regular aspetos comuns aos testamentos vitais e aos procuradores de cuidados de saúde, donde o art. 3.º, como os seguintes, contém regras que se aplicam às duas situações. Por outro lado, o art. 12.º, n.º2, remete para o art. 262.º do CC, o qual por sua vez equipara a forma da procuração à forma do negócio jurídico a praticar, e embora o consentimento do procurador seja atual, a sua legitimidade deriva de uma procuração atribuída em circunstâncias semelhantes àquelas que conduziriam à escrita de um testamento vital, donde, também por esta via se defende a aplicação da forma prevista no n.º 1 do art. 3.º. Em segundo lugar, as razões teleológicas, que são as verdadeiramente decisivas. Pretende-se com a exigência de forma (rigorosa) do testamento vital garantir ponderação por parte do outorgante, conferir força vinculativa ao documento e facilidade probatória ao mesmo. Ora, essas mesmas razões são aplicáveis – e aplicáveis *por maioria de razão* – à procuração de cuidados de saúde.

¹³⁸⁷ Gerson KERN, *Limitierte Einwilligung*, Viena, Manz, 1999, p. 195, dá relevo à ideia da autonomia perante a morte e ao facto de o testamento de paciente apenas tocar bens jurídicos do próprio.

¹³⁸⁸ Wilhelm UHLENBRUCK, “Der patientenbrief – die privatautonomie Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *NJW* 1978, 569, um defensor da eficácia dos ‘testamentos de paciente’, afirma de forma impressiva: “o homem vivente, como presumível moribundo, [dem Lebendem als präsumtively Sterbenden] deve ter a possibilidade de exprimir uma vontade que vincule o médico, após ter sido devidamente informado sobre o quadro da doença”.

¹³⁸⁹ Cf. Rui NUNES in ESTUDO N.º E/17/APB/10 – TESTAMENTO VITAL. Cf. ainda BEAUCHAMP, Tom/ CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 6th Edition, 2009, p. 139 e ainda Fabiana REGO, “A força jurídica das declarações antecipadas de vontade”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2012.

Ronald Dworkin¹³⁹⁰ insiste no respeito pela autonomia dos pacientes, sobretudo no respeito pelas instruções que estes tenham dado quanto à aceitação ou rejeição de tratamentos de prolongamento artificial da vida, e especialmente em casos em que essas instruções são antecedentes de um processo de demência progressiva e incurável.¹³⁹¹ Por outro lado, as diretivas antecipadas reduzem o impacto emocional de tomar decisões aos familiares e aos médicos.

Podem ainda ser defendidos como expressão do princípio constitucional da *liberdade de expressão do pensamento e de culto*. Sobretudo, e esta é a grande razão histórica do seu aparecimento, apresenta-se como uma barreira à obstinação terapêutica ou “encarniçamento terapêutico”, visando com isso a preservação da dignidade humana no fim da vida.¹³⁹²

¹³⁹⁰ Cf. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993, p. 226. Cf. BEAUCHAMP, Tom/ CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 6th Edition, 2009, p. 139.

¹³⁹¹ Cf. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion...*, p. 213.

¹³⁹² IAPCHINO, *Testamento biológico e direttive anticipate*, p. 68; TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, p. 273, apresenta – de forma muito expressiva – a autonomia do paciente no final da vida como a proteção contra o abandono da pessoa como “*entwürdigten Objekt der Apparatedizin*”.

No ESTUDO N.º E/17/APB/10 –TESTAMENTO VITAL, o seu Relator Rui NUNES, coloca em destaque “a utilização excessiva de tecnologia sofisticada o que contribuiu decisivamente para uma desumanização progressiva da prestação de cuidados de saúde. Um exemplo desta desumanização é a utilização desproporcionada de meios de tratamento em doentes terminais, ou seja, aquilo que se designa por obstinação terapêutica ou distanásia.”

Por seu turno, Jean Robert DEBRAY, *L'acharnement thérapeutique*, apud RESOLUÇÃO CFM N.º 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169), define a obstinação terapêutica como o “*comportamento médico que consiste em utilizar procedimentos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que o próprio mal a ser curado. Inúteis, pois a cura é impossível e os benefícios esperados são menores que os inconvenientes provocados*”. Essa batalha fútil, travada em nome do caráter sagrado da vida, parece negar a própria vida humana naquilo que ela tem de mais essencial: a dignidade.

No direito português, a al. d) da Base II da Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro (Lei de Bases dos Cuidados Paliativos) define: «Obstinação diagnóstica e terapêutica» –“os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem

Em sentido contrário, invoca-se que o consentimento não é atual e que pode trazer grave prejuízo ao paciente já que pode ter havido evolução da medicina e pode ser uma declaração antiga e ultrapassada. Sobretudo, os detratores destes documentos, entendem que a pessoa em situação de saúde pode ter uma opinião diferente quando está em luta contra a dor e a morte.¹³⁹³

Por último, necessariamente haverá dificuldades na sua aplicação, dada a imprecisão da terminologia. Os *living wills*¹³⁹⁴ procuram afastar a “medicalização” da morte, mas trouxeram a sua “jurisdicionalização”, o que pode afetar gravemente a relação médico-paciente.¹³⁹⁵

47.1. Estado da matéria no Direito comparado

Muitos países contam com legislação sobre *testamentos de paciente e procuradores de cuidados de saúde*. Originários dos EUA, foram adotados por outros países anglo-saxónicos, do centro e norte da Europa, mas também – ao longo da última década – da Europa do sul e latina.¹³⁹⁶

O *living will* foi legalizado na Califórnia a 1 de Outubro de 1976 (*Natural Death Act*) e, em 1991, 42 Estados norte-

que daí advenha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido.”

¹³⁹³ Cf. as críticas a essa posição de Herman NYS, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living wills’)”, *EJHL* 4, 1997, p. 181. Trata-se da orientação dominante em França.

¹³⁹⁴ A expressão “*living will*” – da qual surgiu a tradução Portuguesa “testamento vital” – parece ter sido utilizada pela primeira vez por Luis Kutner, jurista em Chicago, num ensaio publicado no *Indiana Law Journal*, em 1969, que se intitulava “*Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*”. Porém a generalização de esta expressão a partir de 1969 deve-se em grande medida ao *Euthanasia Education Council*. (Apud Rui NUNES, ESTUDO N.º E/17/APB/10 –TESTAMENTO VITAL). Para uma análise crítica da nomenclatura utilizada, vide Joaquim Sabino ROGÉRIO, “Living Will” – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico-penal”, *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 10, 2008.

¹³⁹⁵ HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, p. 355.

¹³⁹⁶ Para um panorama comparativo em muitos países europeus e outros, vide *Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations*, 30 November – 1 December 2010, Palais de l’Europe, Strasbourg, France. –Conference organised by the Steering Committee on Bioethics (CDBI) of the Council of Europe. Cf. ainda, Roberto ANDORNO, Report to the Council of Europe based on the 18-22 June 2008 “Exploratory Workshop on Advance Directives” organized by the Institute of Biomedical Ethics of the University of Zurich with the support of the European Science Foundation (ESF).

americanos tinham reconhecido o valor jurídico destes testamentos, sendo que a 1 de Dezembro de 1991, o *Patient Self-Determination Act* impõe aos estabelecimentos de saúde (com financiamento federal) que informem os pacientes sobre os cuidados de saúde e sobre os direitos de consentir ou de recusar o tratamento e de realizar diretivas antecipadas.¹³⁹⁷ Por outro lado, estabelece que no caso de não respeito pelas vontades escritas, os profissionais incorrem em sanções disciplinares.¹³⁹⁸ De acordo com a legislação de muitos estados, exige-se que essa vontade seja expressa por *escrito* e, em regra, com a *assinatura de duas testemunhas*.¹³⁹⁹

A doutrina maioritária, na Europa, afirma que se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o “estado de necessidade” para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico.¹⁴⁰⁰ Por outro lado, os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.¹⁴⁰¹

Esta tese é ainda sufragada, entre outras instâncias, pelo Comité Nacional de Ética da Alemanha,¹⁴⁰² e, a nível internacional, pelo Código de Ética para a Doação de Sangue e a Transfusão, adotado pela Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue.¹⁴⁰³

¹³⁹⁷ Peter HERZOG, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ, Jochen, (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, Springer, 2000, p. 963-1045 (963), recorda-nos que o direito privado é da competência estadual. Porém, algum esforço de harmonização legislativa tem vindo a ser realizado, já que a Federação tem algumas competências em matéria de saúde e os trabalhos da *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* já tenham produzido, no âmbito que agora tratamos, o *Uniform Rights of the Terminally Ill Act* (1985) e a *Uniform Health Care Decisions Act* (1993).

¹³⁹⁸ Para mais desenvolvimentos, Cf. IAPICHINO, *Testamento Biologico*, cit., p. 28 ss.

¹³⁹⁹ HERZOG, “Landesbericht USA”, cit. p. 979.

¹⁴⁰⁰ KENNEDI / GRUBB, *Medical Law*³, Butterworths, 2000, 970. Cf. Tb. KERN, Gerson, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Manz, 1999, p. 192.

¹⁴⁰¹ TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, cit., p. 365.

¹⁴⁰² Cf. Deutscher ETHIKRAT/ GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “The National Ethics Council believes that a mentally competent person must have the right, in order to provide for the possibility of his ceasing to be mentally competent at some future date, to draw up an advance directive containing binding stipulations for or against subsequent medical treatment. (...)”

¹⁴⁰³ “Code of Ethics for Blood Donation and Transfusion”, Assembleia Geral da International Society of Blood Transfusion, 12 de

Em Espanha, as “*instrucciones previas*” estão legalmente previstas, abrangendo quer a hipótese de diretivas de tratamento, quer a nomeação de um “representante” que sirva como interlocutor com o médico ou a equipa de saúde para procurar o cumprimento das instruções prévias. A *Ley 41/2002* relega para o direito das Comunidades Autónomas a regulamentação desta matéria.¹⁴⁰⁴

O *Comité national d'éthique de França*, já em 1998, havia proposto que fosse estudada a possibilidade de qualquer pessoa designar um representante encarregado de ser o interlocutor dos médicos no momento em que o doente está incapaz de exprimir ele mesmo as suas escolhas.¹⁴⁰⁵ A *Loi du 4 mars* veio permitir a nomeação de um *representante para efeitos de cuidados de saúde*. Essa pessoa deve ser um familiar,

Julho de 2000. Este Código foi elaborado com o apoio técnico e adotado pela Organização Mundial de Saúde.

¹⁴⁰⁴ Já antes, a *lei dos direitos dos pacientes da Catalunha* regulava, no art. 8, as “*voluntats anticipades*”. O documento de vontades antecipadas é o documento dirigido ao médico responsável, no qual uma pessoa maior de idade, com capacidade suficiente e de modo livre, exprime as instruções a ter em conta, quando se encontre numa situação em que as circunstâncias não lhe permitam exprimir pessoalmente a sua vontade. A lei admite também a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Neste documento, a pessoa pode também designar um *representante* que a substitui no caso de esta não poder exprimir a sua vontade e que é o interlocutor válido e necessário ante o médico ou a equipa sanitária. No que respeita às exigências de forma, o documento ou é outorgado perante o *Notário*, caso em que não é necessária a presença de testemunhas, ou, em alternativa, pode ser redigido perante *três testemunhas* maiores de idade e em plena capacidade de exercício, das quais duas não podem ter qualquer relação de parentesco até ao segundo grau nem relações patrimoniais com o outorgante. A lei da Catalunha não admite a validade de testamentos de paciente com previsões contrárias ao ordenamento jurídico (v.g., a prática de eutanásia) ou à boa prática clínica, ou que não correspondam exatamente aos supostos de facto que o outorgante havia previsto (v.g., no caso de haver uma evolução técnica que torna determinado tratamento mais seguro e menos doloroso). Neste caso, deve o médico documentar no dossier clínico do paciente a sua decisão, justificando a não obediência à diretiva. O procedimento previsto de forma a dar publicidade ao testamento vital é o de a pessoa ou os seus familiares ou o seu representante levarem o documento ao centro de saúde de serviço da pessoa. Esse documento deve integrar-se na *história clínica* do paciente.

¹⁴⁰⁵ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, Avis n.º 58, du 12 juin 1998: *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherché*.

um amigo ou mesmo o médico assistente.¹⁴⁰⁶ Os doentes devem mesmo ser encorajados a fazê-lo quando são hospitalizados. Este regime não vale (em regra) para o caso dos adultos incapazes com representante legal.

Seguidamente, em 2005, foi aprovada a *Loi n°2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie*, que prevê:

“Toda a pessoa adulta pode redigir diretivas antecipadas para o caso de um dia estar em estado de incapacidade de exprimir a sua vontade. Essas diretivas antecipadas indicam os desejos da pessoa relativos ao fim de vida que respeitam às condições da limitação ou cessação de tratamento. Elas são revogáveis a todo o momento.

Desde que as diretivas tenham sido redigidas há menos de três anos antes do estado de inconsciência da pessoa, o médico toma-as em conta para qualquer decisão de investigação, de intervenção ou de tratamento relativo ao doente.”¹⁴⁰⁷

Assim, o direito francês admite a validade das diretivas antecipadas mas reconhece-lhe uma *eficácia meramente indicativa*.¹⁴⁰⁸ Os requisitos formais são de que a declaração seja escrita e que haja sido redigida três anos antes de o estado ter *entrado em estado de inconsciência*.

Num modelo radicalmente autonomista,¹⁴⁰⁹ a lei alemã, de 1 de Setembro de 2009, (relativa ao *Patientenverfügung* ou

¹⁴⁰⁶ Art. L.1111-6 CSP: “Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et quis era consultée au cas où ele-même serait hors d’état d’exprimer sa volonté et de recevoir l’information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit.”

¹⁴⁰⁷ Cf. Art. L1111-11 do *Code de santé publique*. (tradução nossa)

¹⁴⁰⁸ Sophie PARICARD, “L’encadrement de la volonté de mourir des personnes en fin de vie,” in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 54-56 critica o sistema, a que chama de “l’exception française”, querendo evidenciar que por quase toda a Europa se tem adotado o regime de diretivas vinculativas...

¹⁴⁰⁹ Note-se que já antes vários países haviam adotado um modelo de eficácia “forte” de diretiva antecipada: a Finlândia (Lei dos Direitos dos Doentes de 1992) A Holanda (Reforma do Código Civil de 1995 e Lei da Eutanásia de 2001[admitindo o pedido antecipado de eutanásia]), a Hungria (Lei dos cuidados de saúde de 1997), a Espanha (Ley 42/2002), a Bélgica (Lei de Direitos dos Pacientes de 22 de agosto de 2002 e a Lei da Eutanásia de 28 de maio de 2002 [admitindo o *pedido antecipado* de eutanásia]); o Reino Unido (*Mental Capacity Act* de 2005 [dando força vinculativa a uma recusa antecipada]), a Áustria (*Patientenverfügungsgesetz* de 2006). Para

Patiententestament) aceita a validade e eficácia vinculativa das declarações antecipadas de vontade, apenas exigindo que estas tenham sido redigidas *por escrito*, não impondo qualquer procedimento de consulta, nem sequer estabelecendo um prazo de validade da mesma declaração. Porém, o paciente pode, na sua redação, conferir um *variável grau de vinculatividade* e o “*Betreuer*” (o tutor ou representante) assume um papel crucial na aplicação do mesmo documento.¹⁴¹⁰

Na Áustria, a Lei do Testamento Vital (*Patientenverfügungsgesetz – PatVG*, de 8 de maio de 2006) tem uma visão dualista. Pode haver diretivas vinculativas (para tanto tem que seguir um procedimento rigoroso) e diretivas não vinculativas, consoante a vontade do paciente.

O Conselho da Europa tem vindo a pronunciar-se sobre esta matéria e, por último, a Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 1859 (2012) *Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients* impele os Estados Parte a adotar legislação que reconheça e garanta o valor dos testamentos de paciente.

Também no Brasil, em agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina publica a Resolução CFM 1.995/2012 –

mais desenvolvimentos, *vide* Roberto ANDORNO, Report to the Council of Europe based on the 18-22 June 2008 “Exploratory Workshop on Advance Directives”.

Também na Bélgica, a lei que regula a *eutanásia* admite, no Capítulo III, que o paciente realize uma diretiva em que manifesta o desejo de que seja praticada a eutanásia numa altura em que já não esteja capaz de exprimir a sua vontade.

Para uma análise do debate doutrinal em torno da publicação da Lei de 1 de setembro, *vide* Michael KÄUFL, “Advance Directives — The reform debate in Germany”, in FARIA COSTA/ Inês GODINHO, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal – Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

¹⁴¹⁰ § 1901a: *Patientenverfügung* (1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit *schriftlich* festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe *einwilligt oder sie untersagt* (Patientenverfügung), *prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen*. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.” (...)

Assim, o “*Betreuer*” tem um papel de apoio/ controlo da intervenção médica no sentido de fazer respeitar a vontade anteriormente manifestada pelo paciente.

Diretivas Antecipadas de Vontade –autorizando o “testamento vital”.¹⁴¹¹ Esta Resolução segue o modelo mais moderado, pois: “Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, *o médico levará em consideração* suas diretivas antecipadas de vontade.” (art. 2.º).

Por outro lado, este documento parecia ter abertura para que esta recusa antecipada fosse eficaz mesmo perante estados não terminais. Porém, em 30 de agosto de 2012, o mesmo Conselho Federal veio esclarecer que: “O médico, ao obedecer o desejo do paciente, respeita uma manifestação expressa dentro do conceito de ortotanásia (morte natural sem sofrimento, em pacientes em fase terminal de doenças crônicas), inclusive julgada procedente e autorizada pela Justiça Federal, tendo apoio inclusive de diversas religiões.”

Em suma, uma pessoa plenamente lúcida, saudável ou não, e maior de 18 anos, poderá declarar ao seu médico se, *em caso de doença terminal e irreversível*, optará pela morte natural ou desejará que sejam adotadas medidas extremas, dolorosas e extenuantes para mantê-la viva por mais tempo.

47.2. Exigências das diretivas antecipadas

Numa síntese das diversas soluções do direito comparado e começando a lançar pontes para um regime português, recentemente aprovado, podemos enunciar que os testamentos de paciente devem ser escritos por uma pessoa adulta e com *capacidade negocial*.¹⁴¹²

Por outro lado, no que respeita à *forma*, grande parte dos ordenamentos jurídicos que regularam esta matéria introduziram exigências de forma especiais. No mínimo, exige-se que estas diretivas sejam reduzidas a escrito; alguns exigem

¹⁴¹¹ Publicada no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Já defendendo a validade e eficácia do testamento vital e do mandato duradouro, à luz, do direito comum brasileiro, com importantes incursões no direito comparado, *vide* Adriano Marteleto GODINHO, “Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, Ano 1 (2012), no 2, p. 945-978.

¹⁴¹² Assim o consagrou o art. 2.º, n.1 e o art. 4.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

a presença de testemunhas, outros que o documento seja lavrado perante o Notário.¹⁴¹³

Também aqui se distingue a realização do testamento da sua revogação, já que esta pode ser levada a *cabo a qualquer momento e sem exigências de forma*.¹⁴¹⁴ E nem poderia ser de outra maneira, no que respeita à revogação, pois estando em causa bens pessoalíssimos, por vezes a preservação da vida, não podemos exigir uma burocracia pesada para revogar, por exemplo, uma recusa antecipada de tratamento (v.g., transfusão sanguínea).

A atualidade é outra das exigências. A robustez das declarações antecipadas de vontade é atentada por causa do requisito da atualidade do consentimento. Assim, a doutrina clássica considera que a falta de atualidade da recusa, devido ao

¹⁴¹³ Assim, algumas legislações autonómicas (de Espanha) exigem que se assine perante um *notário* que tem a função de comprovar, entre outras coisas, a identidade e a capacidade de quem realiza a manifestação, que se preste um consentimento devidamente informado e que a sua vontade seja recolhida em termos legalmente aceitáveis. Outras exigem apenas dois ou três testemunhas sobre as quais recai a responsabilidade de que quem faz o testamento é quem diz ser e que actua com plena liberdade e conhecimento de causa.

O *XXI Congresso Internacional do Notariado Latino* (Buenos Aires, 1998) propôs que “a autodeterminação para o caso da sua própria incapacidade, a decisão sobre a conservação da vida através de mecanismos artificiais e a salvaguarda da dignidade no momento da morte – que são direitos humanos – possam ser predeterminados sob o ministério de um Notário”, *apud* CALÒ, prefácio ao livro de Lucilla IAPICHINO, *Testamento Biológico...*, p. VII. No mesmo sentido, Juan GÓMEZ MARTINÉZ, “Critérios básicos para mejorar la eficacia del testamento vital”, *Diario Médico*, 20 de noviembre de 2002, é muito crítico da opção da lei espanhola, *visto que esta não exige o recurso ao Notário para a validade do documento* e remeteu a sua eficácia para um registo no Ministério da Saúde, que se regulará futuramente por regulamento. O autor apresenta as seguintes propostas: “Criar um sistema documental que assegure a identidade e a capacidade do futuro paciente; o registo deve ser obrigatório e deve funcionar em tempo real, com conexões *online* com os centros médicos. Para garantir a autenticidade da informação emitida em tempo real por meios telemáticos conta-se já com um sistema de garantias que deriva da assinatura electrónica; deve impor-se às instituições de saúde a obrigação de consultar o registo quando se apresentar um paciente que não está em condições de prestar o seu consentimento aos tratamentos ou o seu âmbito territorial deve ser o mais amplo possível, quiçá supranacional.”

¹⁴¹⁴ Art. 8.º, n.º 4: “O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.”

tempo que medeia entre a recusa e a proposta de tratamento, não permite tomar em consideração a diretiva antecipada, quando esteja em causa um tratamento para salvar a vida.¹⁴¹⁵

Todavia – perguntamos nós – terá esta tese fundamento na investigação moderna em Psicologia? Haverá algum fundamento legal para afirmar que há uma presunção de que o paciente muda de ideias quando fica inconsciente?¹⁴¹⁶

O único fundamento que se costuma invocar é o chamado princípio *favor vitae*. Contudo, este princípio já constitui, em si, uma imposição ideológica do poder dominante na sociedade.

A doutrina maioritária na Europa afirma que, se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o “estado de necessidade” para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico.¹⁴¹⁷ Por outro lado, os médicos têm o ónus da prova de que a diretiva antecipada estava ultrapassada ou não correspondia aos desejos do paciente.¹⁴¹⁸ Esta tese – da eficácia vinculativa das DAV – é ainda sufragada, entre outras instâncias, pelo Comité Nacional de Ética da Alemanha,¹⁴¹⁹ e, a nível internacional, pelo Código de Ética para a Doação de Sangue e a Transfusão, adotado pela *Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue*, que afirma:¹⁴²⁰

¹⁴¹⁵ COSTA ANDRADE, “Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido”, *RPCC*, 2004, 14 (1-2), p. 144. Para uma visão do direito francês, Cf. ROUGÉ-MAILLART / JOUSSET/ GACHES/ GUADIN/ PENNEAU, Patients Refusing Medical Attention: The Case of Jeohovah’s Witnesses in France, *Med Law* (2004) 23, p. 715-723.

¹⁴¹⁶ Também assim, Amedeo SANTOSUOSSO, *Il Consenso Informato*, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 103

¹⁴¹⁷ KENNEDI/ GRUBB, *Medical Law*³, p. 970. Similarly Gerson KERN, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Manz, 1999, p. 192.

¹⁴¹⁸ Jochen TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, in TAUPITZ, J (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000, 365. MACLEAN A R, “Advance Directives, Future Selves and Decision-Making,” *Medical Law Review*, 14, Autumn 2006, p. 291-320, sugere uma curiosa analogia com o poder paternal.

¹⁴¹⁹ Cf. GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “The National Ethics Council believes that a mentally competent person must have the right, in order to provide for the possibility of his ceasing to be mentally competent at some future date, to draw up an advance directive containing binding stipulations for or against subsequent medical treatment. (...)”

¹⁴²⁰ “Code of Ethics for Blood Donation and Transfusion”, Assembleia Geral da International Society of Blood Transfusion, 12 de

“2. Patients should be informed of the known risks and benefits of blood transfusion and/or alternative therapies and have the right to accept or refuse the procedure. *Any valid advance directive should be respected.*”

O não cumprimento de uma declaração antecipada de vontade deve apenas depender do conhecimento de circunstâncias posteriores à redação do documento que possam indicar uma mudança de opinião. Mas, repete-se, esse não cumprimento deve ser devidamente fundamentado, e essa fundamentação deve ser reduzida a escrito, no processo clínico do paciente.

Por outro lado, o conceito de *atualidade* da recusa – como bem colocou em evidência o Comité de Ética italiano – deve ser visto como um conceito *lógico* e não *cronológico*.¹⁴²¹ Poderemos assim rever a doutrina clássica do consentimento informado e aceitar a validade e eficácia de um consentimento ou de uma recusa antecipada.

Acresce ainda que algumas leis confinam a validade destas diretivas a um prazo; a lei portuguesa tem o limite de 5 anos (art. 7.º, n.º1, da Lei n.º 25/2012). Por um lado, há a consciência de que a evolução da medicina leva a que os receios face a determinadas situações terapêuticas se tornem infundados ao fim de alguns anos; por outro lado, as pessoas podem ir mudando de opinião, sem cuidarem de revogar o testamento. Outras, porém, consideram o documento válido enquanto não for revogado, mas salvaguardam a possibilidade de o médico não obedecer à diretiva, se tal se mostrar justificado em função da evolução da medicina, ou de outros indicadores que permitam supor que o doente desejaria revogar o testamento e mudar de opinião. Como afirma Gerson Kern, “*seria absurdo que devido ao seu direito de revogar o testamento – que é uma manifestação da autodeterminação – se limitasse ou negasse outra forma desse mesmo direito de autodeterminação.*”¹⁴²² Pelo contrário, há uma *presunção de que a vontade manifestada na diretiva antecipada corresponde*

Julho de 2000. Este Código foi elaborado com o apoio técnico e adotado pela Organização Mundial de Saúde.

¹⁴²¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni Anticipate Di Trattamento*, Parere del 18 dicembre 2003. O Comité invoca ainda uma situação análoga em matéria de autorização (que pode aliás resultar do silêncio) de colheita de órgãos para transplante *post-mortem*.

¹⁴²² KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 192.

à *vontade atual*, recaindo sobre o médico o ónus de provar o contrário no caso de não cumprir o que fora prescrito.¹⁴²³

Assim, mesmo depois de decorrido o prazo de 5 anos, a Diretiva tem eficácia. Concordamos, pois, com a solução constante da lei portuguesa (influenciada pela legislação francesa) que prevê (art. 7.º, n.º3) que o “documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.”

Portanto, a eficácia do testamento vital é, após a publicação da Lei n.º 25/2012, vinculativa. O médico deverá respeitar as orientações escritas num testamento vital do paciente ou as instruções do procurador de cuidados de saúde do doente incapaz.

Antes da aprovação da lei, a doutrina portuguesa mostrava-se dividida nesta matéria. Alguns autores, agora minoritários, atribuem um relevo decisivo à atualidade do consentimento.¹⁴²⁴ Mas a maioria da doutrina já defendia que se deveria admitir a eficácia forte.¹⁴²⁵ Assim, Faria Costa defendeu o valor vinculativo dos *testamentos biológicos*, não apenas em vista da omissão de tratamentos de suporte de vida, mas mesmo, segundo João Loureiro,¹⁴²⁶ em relação a certos

¹⁴²³ Jochen TAUPITZ, ‘Landesbericht Deutschland’, *cit.*, p. 365.

¹⁴²⁴ Defendendo, à luz da lei anterior, o valor meramente indiciário: COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, p. 457-458; COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, 1999, p. 385; Fernando BRONZE, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, p. 204; Álvaro GOMES RODRIGUES, “Consentimento Informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico, *Direito da Medicina I*, 2002, p. 37; Nesse sentido pronunciou-se também a Ordem dos Enfermeiros no PARECER do Conselho Jurisdicional nº 245 / 2010 –Vontade anteriormente manifestada para decisões de fim de vida.

Entretanto, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...*, 2012, anotação ao art. 156.º, p. 621 ss. afirma que “a lição do direito comparado aponta claramente no sentido do reforço do peso do testamento de paciente.”

¹⁴²⁵ A favor do valor vinculativo das diretivas antecipadas, ainda antes da aprovação da lei, João LOUREIRO, “Metáfora...”, *cit.*, p. 42; Geraldo RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, p. 258. Também a favor da presunção de atualidade da declaração antecipada de vontade, Vera RAPOSO, “Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida”, *Revista do Ministério Público*, 125, janeiro-março 2011, p. 179.

¹⁴²⁶ João LOUREIRO, “Advance directives: a Portuguese approach,” *Lex Medicinæ*, Ano 5, 2008, n.º 9, p. 7.

casos de *eutanásia ativa*.¹⁴²⁷ Também Figueiredo Dias se pronunciou a favor da força vinculativa *prima facie* dos testamentos de paciente.¹⁴²⁸ Afirma o ilustre Professor que “as disposições antecipadas de vontade, sobretudo se periodicamente reiteradas, constituem o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem.”¹⁴²⁹

Num relance sobre a atividade do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, constatamos que, já em 1995 o CNECV fez uma referência ao problema dos *living wills* (Parecer 11/CNECV/95). Posteriormente, O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida pronunciou-se sobre a validade e eficácia das declarações antecipadas de vontade, mas em termos não definitivos. Se num primeiro Parecer (45/CNECV/2005 sobre o Estado Vegetativo Permanente) se defende o respeito pelos desejos previamente expressos, no segundo sobre a *objeção ao uso de sangue* (46/CNECV/2005) afirma-se que as declarações antecipadas de vontade devem ser “*meramente indicativas*”. Por seu turno, o Parecer 57/CNECV/2009 também defendeu a necessidade de legislar sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade. Finalmente terá sido determinante a intervenção do CNECV no seu bem fundado Parecer 59 de 2010 sobre os *Projetos de Lei Relativos às Declarações Antecipadas de Vontade* para o conteúdo final da lei de 2012 e para o sucesso do processo legislativo.

Como vimos, nenhum Autor postergava completamente o valor destes testamentos. É que “existe uma diferença assinalável entre o doente que, alguma vez, por qualquer meio, exprimiu a sua opinião sobre este assunto, e aquele que nunca o fez”.¹⁴³⁰ Numa hermenêutica correta, devemos realçar que a ratificação da Convenção de Oviedo significou que o legislador, em 2001, tomou uma posição de princípio a favor da

¹⁴²⁷ FARIA COSTA, “O fim da vida e o direito penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, 793-794.

¹⁴²⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, 2007, p. 487-488 e p. 492-493). A expressão “valor, *prima facie*, vinculativo” é proposta na interpretação que João Loureiro faz do pensamento do ilustre penalista coimbrão (Cf. LOUREIRO, João Carlos, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito –II*”, *cit.*, p. 75.

¹⁴²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, 2012, antes do art. 131.º, p. 27.

¹⁴³⁰ Rui NUNES, “Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal”, *Cadernos de Bioética*, 5, Dezembro de 1993, p. 13-48.

relevância jurídica das DAV,¹⁴³¹ pois aí se afirma que “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, *será tomada em conta.*” (art. 9º)¹⁴³²

Com a aprovação da Lei n.º 25/2012, a Assembleia da República votou por unanimidade que os *desejos previamente expressos* devem ser respeitados¹⁴³³, sob pena de o médico violar o *direito à autodeterminação* e a *integridade física e moral* do paciente, factos que consubstanciam *responsabilidade civil*,¹⁴³⁴ nos termos gerais do art. 70.º e 483.º.

47.3. Um caminho de debate para alcançar a Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética apresentou à Assembleia da República um Projeto de Diploma n.º P/06/APB/06 que regula o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional. Este documento constituiu um exemplo de participação democrática e envolvimento da sociedade civil em assuntos bioéticos. Facto só por si de saudar e de louvar!¹⁴³⁵

¹⁴³¹ Tom GOFFIN, *Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe*, *EJHL*, Volume 19, Number 2, 2012, p. 121-140 propõe uma interpretação do art. 9.º CDHBio num sentido mais autonomista, isto é, o art. 9.º deve ser lido, numa perspectiva atualista e que considere as recentes Recomendações do Conselho da Europa, no sentido de que as declarações antecipadas de vontade têm *valor vinculativo*.

¹⁴³² Também a *Declaração dos Direitos dos Pacientes* (1994) reconhece que: “Os paciente têm direito a escolher uma pessoa que, na devida ocasião, receba a informação em seu nome.” (2.6.) No âmbito do Conselho da Europa, já em 1976, a Recomendação 779 sobre os *direitos dos pacientes em fase terminal* destacava a necessidade de respeitar os direitos dos paciente no final da sua vida.

¹⁴³³ A lei portuguesa optou pela solução forte, ou pela eficácia vinculativa do testamento vital. As diretivas antecipadas de vontade – apenas – “não devem ser respeitadas quando: *a)* Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las; *b)* Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado; *c)* Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura” (art. 2.º da Lei n.º 25/2012).

¹⁴³⁴ Quanto à responsabilidade criminal prevista no art. 156.º CP deixamos à doutrina penalista a discussão desse problema.

¹⁴³⁵ Cf. PARECER N.º P/05/APB/06 Sobre Directivas Antecipadas de Vontade (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES) e

Esta proposta afirma o valor vinculativo das declarações antecipadas de vontade (art. 11.º, n.º3). Seguindo legislação e doutrina corrente na Europa,¹⁴³⁶ não se exige qualquer tipo de informação ou esclarecimento prévio do paciente ou da pessoa que deseja redigir um testamento de paciente; uma consulta prévia com um médico, designadamente o médico de família, não é um requisito de validade do documento. Proclama, assim, um direito subjetivo absoluto a recusar um tratamento. Todavia, segundo a teoria geral do consentimento informado e da recusa informada, deveria haver uma prévia informação e esclarecimento por um médico. Pensamos que todas as condições de validade de uma recusa *atual* deveriam estar garantidas no caso de uma recusa *antecipada*, a saber: a informação, capacidade para consentir e vontade livre de qualquer coerção.

Por seu turno, em 2009, o Partido Socialista apresentou o Projeto de Lei n.º 788/X sobre os *direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado* que foi aprovado na generalidade na Assembleia da República. Este projeto não consagrava o direito absoluto a uma recusa antecipada vinculativa, na medida em que, nos termos do n.º 6 do art.14.º competiria *ao médico* a decisão final, tendo em conta certos critérios e exigindo-se uma fundamentação registada no processo clínico.¹⁴³⁷ Os critérios referidos eram os constantes

Projecto de Diploma N.º P/06/APB/06 Que Regula o Exercício do Direito A Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e cria o correspondente Registo Nacional (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES).

Mais tarde a Associação Portuguesa de Bioética viria a apresentar um novo projeto: o PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/16/APB/09 Que Regula o Exercício do Direito a Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e Cria o Correspondente Registo Nacional (RELATORES: HELENA MELO, RUI NUNES), baseado no ESTUDO N.º E/17/APB/10 –*Testamento Vital* (RELATOR: RUI NUNES).

¹⁴³⁶ Cf., mesmo sentido, o DEUTSCHER ETHIKRAT – Cf. GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “11.The majority view of the National Ethics Council is that the validity of an advance directive should not be made conditional on its maker’s having obtained prior expert advice. However, all members of the National Ethics Council recommend that expert advice be taken before an advance directive is drawn up.”

¹⁴³⁷ Art. 13.º, n.º 6, do Projeto de Lei nº 413/XI/2.ª: “A decisão do médico, em conformidade ou em divergência com a declaração, deve ser fundamentada e registada no processo clínico.”

da lei austríaca de 2006 no que respeita às diretivas não vinculativas, a saber: “o grau de conhecimento que o outorgante tinha do seu estado de saúde, a natureza da sua doença e da sua evolução; o grau de participação de um médico na aquisição desta informação; o rigor com que são descritos os métodos terapêuticos que se pretendem recusar ou aceitar; a data da sua redação; e demais circunstâncias que permitam avaliar o grau de convicção com que o declarante manifestou a sua vontade.” Este projeto revelou-se cauteloso, pois procurava regular esta figura em termos gerais, deixando à prática clínica e à doutrina jurídica a evolução do instituto, ora num sentido mais autonomista (modelo alemão), ora num sentido mais paternalista (modelo francês). Por outro lado, este Projeto, bem como o apresentado em 2010, encontra-se em linha com a generalidade das legislações de muitos outros países, que enquadram a temática das diretivas antecipadas numa lei geral sobre os direitos dos pacientes à informação e ao consentimento.¹⁴³⁸

47.3.1. Os Projetos de Lei de 2010

No retomar dos trabalhos parlamentares, em Setembro e Outubro de 2010, foram apresentados à Assembleia da República quatro projetos de lei relativos a esta matéria.¹⁴³⁹ Os quatro projetos baixaram à Comissão Parlamentar de Saúde para ser discutidos na especialidade, não tendo havido portanto

¹⁴³⁸ Assim, sem preocupações de exaustividade, podemos referir as leis dos seguintes países: Finlândia, 1992; Países Baixos, 1994; Lituânia, 1996; Islândia, 1997; Letónia, 1997; Hungria, 1997; Grécia, 1997; Dinamarca, 1998; Noruega, 1999; Geórgia, 2000; França, 2002; Bélgica, 2002; Espanha, 2002; Suíça, 2003; Rússia, 2003; Roménia, 2003; Chipre, 2005... Facto este ignorado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida no Parecer 57/CNECV/2009, que parece erroneamente julgar que o problema das diretivas antecipadas é algo de separado do problema mais amplo do consentimento informado.

¹⁴³⁹ O Projeto de Lei n.º 413/XI/2.^a –Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado (PS – Partido Socialista); o Projeto de Lei N.º 414/XI/2.^a regula o direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimir a sua vontade, e cria o Registo Nacional de testamento vital (RENtev). (BE – Bloco de Esquerda); o Projeto de Lei n.º 428/XI – Declarações Antecipadas de Vontade (PSD – Partido Social Democrata) e o Projeto de Lei n.º 429/XI/2.^a (Regula as Directivas Antecipadas de Vontade em matéria do Testamento Vital e nomeação de Procurador de Cuidados de Saúde e procede à criação do Registo Nacional do Testamento Vital) – CDS – Centro Democrático Social.

votação em plenário, tendo entretanto caducado, em virtude da dissolução da Assembleia da República em 2011.

Embora houvesse aparente consenso na legalização do “testamento vital”, registavam-se divergências assinaláveis entre os vários projetos. Apenas o Projeto do BE afirma o *carácter vinculativo* da declaração antecipada de vontade e da decisão do procurador de cuidados de saúde. Por seu turno, os projetos do PSD e do CDS pareciam querer reconduzir a discussão tão-somente para as decisões em fim de vida, olvidando ou procurando não aceitar as decisões existenciais, mesmo que fora das condições de estado terminal. Teria sido um erro legislativo se a Assembleia da República tivesse seguido a utilização obrigatória de um formulário pré-formulado (constante em anexo ao Projeto) e se tivesse do criado um registo com efeito *constitutivo* (Projeto do BE de 2010). Parece-nos que tal caminho teria limitado a liberdade de declaração de forma excessiva (ao criar o formulário único) e teria burocratizado o sistema em excesso ao impor um registo e um modelo pré-determinado pelo legislador.

No Projeto do PSD era muito dúbia a referência que faz ao procurador de cuidados de saúde, visto que parecia exigir que esse procurador fosse um *familiar*. Mas noutro passo, definia como “*Familiar*” “a pessoa ou *personas designadas pelo doente* ou, em caso de menores ou pessoas sem capacidade de decisão, pelo seu representante legal, com quem o doente tem uma relação próxima, *podendo ter ou não laços de parentesco com este* (al. f).” Parece que se hesitava entre uma visão tradicionalista das relações pessoais como limitadas à família, em que apenas esta poderia “representar” a pessoa doente, e uma visão mais atual em que a pessoa pode designar um terceiro, mesmo que não familiar, para ser seu procurador de cuidados de saúde.

Note-se que em 2009 a Assembleia da República veio dar relevância, para efeitos de *direito de visita*, à vontade do doente em designar uma pessoa, mesmo que não familiar. Trata-se da Lei n.º 33/2009, de 14 de julho (Direito de acompanhamento dos utentes dos serviços de urgência do Serviço Nacional de Saúde) e da Lei n.º 106/2009, de 14 de setembro (acompanhamento familiar em internamento hospitalar). Segundo essas leis a pessoa internada pode receber a visita de uma pessoa próxima por si designada.¹⁴⁴⁰ Ou seja, a

¹⁴⁴⁰ Cf. Art. 3.º Acompanhamento familiar de pessoas com deficiência ou em situação de dependência: “1 — As pessoas deficientes ou

lei portuguesa vem dar relevância ao que na literatura das ciências da saúde e da bioética se designa por “*pessoa significativa*.”¹⁴⁴¹

Por outro lado, este Projeto considerava inexistentes as declarações antecipadas de vontade nas situações em que o cumprimento das diretivas “*possa implicar a morte no caso de a pessoa não sofrer de doença terminal*” (art. 6.º, n.º1, al. b). Ora a ter sido adotada esta tese ter-se-ia limitado o direito de pessoas que não se encontrem ou venham a encontrar em estado de doença terminal emitirem declarações antecipadas de vontade. Se bem compreendemos, o Projeto do PSD consideraria inexistente uma declaração de recusa de hidratação ou nutrição da pessoa em estado vegetativo persistente (que não se trata de estado terminal), ou de recusa de tratamentos (por exemplo, pneumonia) quando a pessoa esteja em fase avançada de Alzheimer¹⁴⁴² ou outra doença do foro neurológico, e

em situação de dependência, as pessoas com doença incurável em estado avançado e as pessoas em estado final de vida, internadas em hospital ou unidade de saúde, têm direito ao acompanhamento permanente de ascendente, de descendente, do cônjuge ou equiparado e, na *ausência* ou *impedimento* destes ou *por sua vontade*, de *pessoa por si designada*.”

¹⁴⁴¹ O art. 54.º do CDOM já previa normas sobre *acompanhante do doente e limitação de visitas*: “1. *O médico respeitará o desejo do doente de fazer-se acompanhar por alguém da sua confiança*, excepto quando tal possa interferir com o normal desenvolvimento do acto médico. 2. O médico pode limitar o horário e a duração das visitas de terceiros aos doentes sob sua responsabilidade, se entender necessário à saúde do doente ou à defesa dos direitos de terceiros, tendo em vista o normal funcionamento dos serviços.”

¹⁴⁴² A ALZHEIMER EUROPE propõe o seguinte: “Alzheimer Europe believes that existing legislation on advance directives which limits their validity or binding nature to cases where a person is suffering from a terminal illness or facing unavoidable death should be amended to specifically include people suffering from dementia who lack the capacity to make health care decisions, for example by including incurable and progressive conditions within the scope of the legislation.”

Relativamente ao prazo de validade da Diretiva: “As dementia is a condition which can last for a number of years, during which time a person’s mental capacity gradually declines, Alzheimer Europe is not in favour of setting a limit on the duration of validity of advance directives. On the other hand, as long as the person has sufficient capacity, we would recommend updating or confirming an advance directive every 5 years.” – Cf. Dianne GOVE, Alzheimer Europe (Patient organisation) – The Use of Advance Directives by People with Dementia – the Views of Alzheimer Europe, in *Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations*, 30 November – 1 December 2010, Palais de l’Europe, Strasbourg, France.

mesmo o direito de recusar uma transfusão sanguínea na sequência de um acidente, visto que também aí a pessoa não sofre doença terminal. A ter sido adotada legislação neste sentido, isso teria significado um retrocesso face ao direito português, segundo o qual “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, *será tomada em conta.*” (art. 9.º da Convenção de Oviedo) e não ser considerada “*inexistente*” como propunha o Projeto referido.

Também o Projeto do CDS se revelava muito limitativo, visto que nos termos do art. 4.º, n.º2, a pessoa apenas poderia recusar “ser submetido a tratamento considerado fútil e desproporcionado no seu contexto clínico e de acordo com as boas práticas médicas, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais.” Ora, desde logo parece-nos que a recusa de cuidados fúteis e desproporcionados se revela paradoxal, visto que esses atos, por si só, configuram má prática médica e poderiam ser punidos criminalmente, como ofensa à integridade física. E sobretudo, a formulação do projeto parece querer reconduzir toda a problemática aos *estados terminais*, aos *cuidados em fim de vida*, quando, como vimos, algumas pessoas podem querer tomar decisões de aceitar ou recusar tratamentos, mesmo não estando em estado terminal. E normalmente essas pessoas não desejam sequer querer abreviar a morte! Apenas pretendem recusar certos tratamentos, como por exemplo, uma quimioterapia, uma cirurgia com efeitos secundários graves, como um *ânus contranatura*, ou mesmo recusar ou aceitar participar em ensaios clínicos terapêuticos, entre outras hipóteses com que a riqueza da vida prática nos confronta.

Por fim, uma referência breve ao problema dos prazos de validade dos testamentos de paciente, parecendo-nos sábia a decisão do legislador francês de suspender o prazo de caducidade do documento no momento em que a pessoa entra em estado de incapacidade. E nem deverá ser de outro modo, visto que os estados de incapacidade para consentir se podem prolongar por muitos anos e é exatamente nessa altura, por vezes passados alguns anos, que se vem a verificar a situação de facto na qual poderia ser relevante a diretiva antecipada. Pensemos no caso de um doente com Alzheimer que deseja recusar quimioterapia de tratamento, caso lhe venha a ser diagnosticado um cancro, ou que deseja recusar qualquer

ensaio clínico de medicamentos. Não vemos razão para negar eficácia ao testamento de paciente apenas pelo decurso de um prazo, após ter entrado numa fase de demência avançada que o reconduz à incapacidade para consentir.¹⁴⁴³

47.3.2. Projetos de Lei de 2011

Com o arranque de uma nova legislatura, foram apresentados novos projetos de lei sobre as DAV. Em boa verdade, os Projetos do BE, do PSD e do CDS recuperam os projetos de 2010. Com vista a promover uma solução consensual, o Partido Socialista deixa cair a ideia de aprovar uma lei global sobre o consentimento que incluísse o tema das DAV e apresenta um Projeto exclusivamente sobre esta matéria, que se caracteriza por defender o carácter vinculativo das DAV, a liberdade de redação e o registo meramente declarativo das DAV.

Aprovados na generalidade os 4 projetos baixam à Comissão de Especialidade (saúde) com as diferenças que assinalámos anteriormente. Conseguiu esta Comissão a redação de um texto único que foi sendo sucessivamente consensualizado. Pela nossa parte mostramos a nossa satisfação por entre a primeira redação e a Lei que veio a ser aprovada se ter conseguido incrementos de qualidade significativos, designadamente: (1) a eliminação do registo obrigatório, (2) as referências ao estado terminal ou doença terminal e (3) o facto de as DAV serem eficazes independentemente de prazo, a partir do momento em que a pessoa se torna incapaz.

(1) O sistema do registo obrigatório iria remeter para o *executivo* a concretização das condições práticas de exercício de um direito fundamental; as pessoas podem fazer-se acompanhar do documento, ou juntá-lo ao seu processo clínico, entregar cópia aos familiares, etc.

As referências ao estado terminal ou doença terminal iriam limitar a eficácia e o alcance das DAV e iria promover uma confusão de problemas e de planos. O problema do estado terminal coloca-se sobretudo em doentes do foro oncológico, com SIDA ou outras em sofrimento atroz e que desejam ter acesso à terapia da dor, aos cuidados paliativos ou mesmo à eutanásia. Mas estes doentes estão em regra capazes para

¹⁴⁴³ Nesse sentido pronuncia-se o Projecto do BE, no art. 8.º, n.3: “O Testamento Vital continua válido se na data da sua renovação o outorgante se encontrar incapaz de expressar pessoalmente e de forma autónoma a sua vontade.”

consentir e recusar tratamentos. Já o living will e os procuradores de cuidados de saúde são especialmente importantes para doentes de Alzheimer ou outras doenças neuro-degenerativas que querem antecipar – enquanto estão capazes – as decisões sobre a sua saúde para futuro, mas para um futuro em que, muitas vezes, ainda não estão em fase terminal, pois que podem sobreviver mais 5, 10 anos em boas condições físicas de saúde.

Os testamentos vitais são ainda muito importantes para as pessoas – como as Testemunhas de Jeová – que por motivos religiosos desejam recusar (mesmo que estejam inconscientes na sequência de um acidente) um determinado tratamento específico, mesmo que tenham excelentes probabilidades de sobrevivência com saúde e por longos anos. Ou seja, cidadãos que estão bem longe de um “estado terminal”.

A possibilidade de as DAV serem eficazes, mesmo depois de decorrido o prazo de 5 anos, desde que o outorgante tenha ficado incapaz nesse tempo, constituía uma reivindicação das associações de doentes de Alzheimer. Só assim se assegura que um doente ao qual foi diagnosticado uma doença neuro-degenerativa e que tem opiniões que deseja que sejam respeitadas e que lavrou, junto do Notário, um testamento vital, tem a segurança de que elas são cumpridas, mesmo que ele sobreviva mais de 5 anos...

47.4. Breve análise da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho

Com o amadurecimento do debate científico e político, a Comissão de Saúde conseguiu alcançar um texto único. A recusa antecipada chegou a ser apresentada na opinião pública como um tema fraturante; mas através da imposição de um procedimento rigoroso (formalização junto do Notário), o legislador encontrou a chave de resolução desse conflito bioético.

Sendo doutrina comum que o doente tem o direito de recusar tratamento, mesmo que isso cause uma diminuição do seu tempo de vida,¹⁴⁴⁴ já o direito a uma recusa antecipada é objeto de densa e dura discussão na opinião pública e entre especialistas de bioética em Portugal.

¹⁴⁴⁴ Tese aceite pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, designadamente no Parecer sobre objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos (46/CNECV/2005), mais exactamente nas conclusões 3. 4. 5. e 6.

i. aconselhamento médico

Teria sido ideal impor um sistema em que um *médico* fosse envolvido no processo de aconselhamento de um testamento do paciente.¹⁴⁴⁵ Esse profissional permitiria assegurar o esclarecimento e a liberdade do paciente que assume – antecipadamente – uma decisão tão importante. Todavia, as dificuldades de acesso à consulta médica em algumas regiões do país e a confiança no discernimento do cidadão adulto e capaz fizeram com que o legislador não adotasse esse requisito, embora o refira como possível¹⁴⁴⁶ e, dizemos nós, aconselhável.¹⁴⁴⁷

Um caminho diferente é seguido pela lei austríaca de 8 Maio de 2006, que distingue as declarações antecipadas de vontade *vinculativas* e as declarações antecipadas de vontade *indicativas*. Para as primeiras, as vinculativas, a Lei exige que a pessoa tenha uma entrevista prévia com um médico, o qual irá atestar que a pessoa tem capacidade para consentir e está livre de qualquer coerção para consentir ou recusar qualquer intervenção médica no futuro (§ 5 of *Patientenverfügungsgesetz*, de 8 de Maio de 2006).¹⁴⁴⁸ Este modelo, da *consulta médica prévia obrigatória*, garante que a diretiva antecipada que consente ou que recusa uma determinada intervenção foi tomada em liberdade e com o devido esclarecimento. As declarações antecipadas não vinculativas não estão sujeitas a condições de validade tão exigentes. Também estas, porém, devem, *prima facie*, ser respeitadas.

¹⁴⁴⁵ Nesse sentido, André DIAS PEREIRA, “Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation”, *EJHL*, 16, 2009, p. 1-7.

¹⁴⁴⁶ No art. 3.º, n.º2: No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

¹⁴⁴⁷ Nesse sentido, na Alemanha, o GERMAN NATIONAL ETHICS COUNCIL, *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005: “11.The majority view of the National Ethics Council is that the validity of an advance directive should not be made conditional on its maker’s having obtained prior expert advice. However, all members of the National Ethics Council recommend that expert advice be taken before an advance directive is drawn up.”

¹⁴⁴⁸ Cf. KÖRTNER, *Das österreichische Patientenverfügungsgesetz Entstehungsgeschichte, Inhalt, Bewertung*.

Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) – que se afigura controversa na doutrina e no próprio Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de *vulnerabilidade*.

As questões de direito médico sensíveis e controversas, como é o caso da presente, conduzem a discussão, tantas vezes, a argumentos inconclusivos e não aceites universalmente. É muito difícil persuadir todos os membros do “auditório” da bondade de uma determinada opinião.

Por isso, deveremos reservar um papel determinante às questões do procedimento. Mais do que uma resposta universal e fechada para um dado problema, um sistema procedimental de avaliação dos argumentos e um processo retórico que inclua vários atores pode ser a melhor solução.

No caso das diretivas antecipadas, concordamos que estas devem ser vinculativas. Contudo, essa força vinculativa dos testamentos de paciente deve depender de um controlo procedimental rigoroso, que deveria incluir o envolvimento de um médico, que preste esclarecimentos e que ateste a capacidade para consentir e para recusar um tratamento médico, bem como a ausência de qualquer coação.

ii. *Formalização ‘forte’: o papel do Notário*

Em segundo lugar, a assinatura desse documento sendo feita junto de um *Notário*, garante que se assegura a *capacidade*, o *esclarecimento* e a *liberdade* do paciente.

Este era já o caminho seguido pela lei austríaca, que distingue as declarações antecipadas de vontade *vinculativas* e as declarações antecipadas de vontade *indicativas*. Para aquelas, a lei exige que a pessoa tenha uma entrevista prévia com um médico, o qual irá atestar que a pessoa tem capacidade para redigir um testamento vital¹⁴⁴⁹ e está livre de qualquer coerção para consentir ou recusar qualquer intervenção médica no futuro e a sua redação só é válida se for junto de um *Notário*, de um *Advogado*¹⁴⁵⁰ ou de um *funcionário de uma*

¹⁴⁴⁹ Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, p. 246: defendemos que se trata da *capacidade de exercício* de direitos, à semelhança do proposto pela APB (art. 4.º, al. b)).

¹⁴⁵⁰ À luz do Direito português poderia o intérprete, baseado no artº 38º do Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de março (Extensão do regime dos

Associação de Doentes.¹⁴⁵¹ Este modelo, da *consulta médica prévia obrigatória* e do *controlo jurídico* no momento da sua assinatura ou redação, garante que o testamento de paciente que consente ou que recusa uma determinada intervenção foi tomada em liberdade e com o devido esclarecimento.¹⁴⁵²

Com este paradigma assegura-se um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de *vulnerabilidade*. A difusão de diretivas antecipadas deve ser apoiada e os médicos de família deveriam ter um papel capital em todo este processo, desde logo porque a população em geral tem mais contacto com o médico do que com o notário. Por outro lado, os médicos deveriam ser formados no sentido de aceitar

reconhecimentos de assinaturas e da autenticação e tradução de documentos), que atribui competências aos Advogados concorrentes com os Notários, defender que também o Advogado (e outros profissionais, como as câmaras de comércio, solicitadores, etc...) poderia formalizar o testamento vital (e ou a procuração de cuidados de saúde). *Tal interpretação não procede*, quer pela interpretação da Lei 25/2012, quer pela leitura do referido Decreto-Lei de 2006. Quanto à primeira, o legislador em 2012 quis expressamente afastar o Advogado (e as outras entidades) desta competência, como resulta do texto da lei e de todo o debate público e parlamentar em torno da necessidade de se garantir uma forma ‘forte’, com uma *assinatura presencial* perante um funcionário do RENTEV especialmente habilitado para o efeito ou perante o Notário. Por outro lado, a o Decreto Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, tem em vista a agilização dos procedimentos no âmbito das atividades empresarias e societárias. As tradicionais competências dos Notários, no domínio dos direitos pessoais, como o testamento e as sucessões, não foram colocadas na disponibilidade da atuação dos Advogados, câmaras de comércio e indústria, os conservadores, os oficiais de registo, ou os solicitadores... E parece de elementar sensatez resguardar para o Notário, que tem competências de fé pública uma questão tão específica, pessoal e delicada como a redação de um testamento vital ou a nomeação de um procurador de cuidados de saúde.

Defendemos, aliás, que deve ser *o próprio Notário* (e não um funcionário com delegação de competências) a assumir a função de realizar o *reconhecimento presencial da assinatura* e, em caso de nomeação de procurador de cuidados de saúde, deverá exigir-se um documento mais forte, designadamente um *termo de autenticação* ou mesmo um *instrumento público*.

¹⁴⁵¹ Cf. KÖRTNER, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz Entstehungsgeschichte, Inhalt, Bewertung.

¹⁴⁵² As declarações meramente indicativas não estão sujeitas a condições de validade tão exigentes. Contudo, também estas devem, *prima facie*, ser respeitadas, mas poderão ser desobedecidas se o médico tiver dúvidas sobre o esclarecimento, a liberdade ou a atualidade da declaração.

opiniões diferentes, mesmo que pareçam irracionais ou não fundamentadas, desde que baseadas numa vontade livre e esclarecida.

Vulnerável, sem dúvida. *Mas cidadão!* Titular de direitos fundamentais, senhor da cidade, o Homem livre tem o inalienável direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da Constituição), ou seja, a *escrever a sua biografia*, sobretudo de escrever as últimas páginas da sua vida.

Uma sociedade plural – a existência mesmo de “moral strangers” (Tristram Engelhardt)¹⁴⁵³ – é uma realidade também no nosso país e a República sairá mais forte se respeitar a singularidade de todos os concidadãos.

¹⁴⁵³ Tristram ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*², New York/Oxford, 1996.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À DOCUMENTAÇÃO E AO ACESSO À INFORMAÇÃO PESSOAL DE SAÚDE

48. O Dever de Documentação

O dever jurídico de documentação tem fundamento legal, deontológico e contratual.

Quanto ao plano legal, podemos lançar mão de várias normas. Por um lado, podemos mobilizar a obrigação de “informação” e de “apresentação de documentos” (artigos 573.º e 575.º CC).¹⁴⁵⁴ Por outro lado, o dever de documentação decorre também do contrato de mandato, cujo art. 1161º, alínea d) do Código Civil impõe o *dever de prestar contas*.¹⁴⁵⁵ Por seu turno, as alíneas d) e e)¹⁴⁵⁶ do n.º 2 da Base II e a Base XIV da LBS também consubstanciam este dever.

No plano deontológico, “o médico, seja qual for o enquadramento da sua ação profissional, deve registar cuidadosamente os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-as ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo profissional.” Esta norma – constante do art. 100.º, n.º 1 CDOM – tem a virtualidade heurística de densificar o conteúdo do art. 7º, al. e), do Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de setembro (Estatuto do Médico), segundo o qual o médico tem o dever de “contribuir com a criação e manutenção de boas

¹⁴⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica...*, p. 42. No mesmo sentido FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, *cit.*, p. 114, entende haver um dever de documentação (acesso a documentos, elaboração ou entrega de documentos, v.g. atestados e fichas clínicas).

¹⁴⁵⁵ Norma aplicável, na medida em que interpretemos este dever em sentido amplo e consideremos que o processo clínico é o instrumento adequado para justificar o *iter* do processo terapêutico, ou seja, que permite ao médico (ou à instituição de saúde) “prestar contas” ao paciente. No mesmo sentido, cf. Luís PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, p. 13.

¹⁴⁵⁶ “d) Os serviços de saúde estruturam-se e funcionam de acordo com o interesse dos utentes e articulam-se entre si e ainda com os serviços de segurança e bem-estar social; e) A gestão dos recursos disponíveis deve ser conduzida por forma a obter deles o maior proveito socialmente útil e a evitar o desperdício e a utilização indevida dos serviços;”

condições técnicas e humanas de trabalho para a eficácia dos serviços”.¹⁴⁵⁷

Na formulação do BGH, o dever de documentação tem origem *delitual* e *contratual* e é um requisito fundamental para a segurança do paciente no tratamento. Recentemente esta obrigação, bem como o direito de consulta dos registos clínicos, é também analisada como um aspeto do *direito de personalidade* do paciente.¹⁴⁵⁸

Em suma, os grandes *objetivos* da existência do processo clínico são:

1. melhorar os cuidados de saúde prestados ao doente;
2. partilhar informação clínica entre os profissionais de saúde;
3. diminuir o erro;
4. melhorar a forma como a informação é obtida, registada e disponibilizada;
5. garantir a mobilidade e acesso remoto;
6. melhorar o suporte à decisão clínica;
7. acesso fácil a *standards* terapêuticos; e, por último,
8. a racionalização de recursos.

No plano contratual, entende-se ainda que resulta de um *dever lateral* (*Nebenpflicht*) do contrato médico ou da relação entre o hospital e o paciente a obrigação de documentação das intervenções e tratamentos médicos.

Esta obrigação resulta também de um *dever de cuidado do médico*, isto é, de uma obrigação inserta nas *leges artis* (*Therapiepflicht*). Na verdade, para que os cuidados de saúde sejam zelosos e organizados impõe-se que o médico proceda ao registo e à documentação das consultas, exames, diagnósticos e tratamentos efetuados.

Relativamente à *segurança do tratamento*, devemos ter em conta que hoje se pratica uma medicina de equipa, com elevada tecnologia, pelo que o adequado registo das informações médicas permite evitar acidentes graves. Um bom registo clínico permite que o médico duplique ou omita certos exames ou tratamentos, facilita a mudança de médico ou o

¹⁴⁵⁷ Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulamentação...”, *RLJ*, p. 36.

¹⁴⁵⁸ Cf. LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, p. 481-482.

tratamento simultâneo por vários médicos, nomeadamente no caso de o paciente desejar uma *segunda opinião*.¹⁴⁵⁹

Outros ainda entendem que a *obrigação de documentação* constitui uma dimensão do *dever de informação* do médico.¹⁴⁶⁰ Este princípio exige que o médico torne possível ao paciente a prova indiciária através da diligente redação dos dados clínicos. No marco da relação de paridade entre o médico e o paciente, satisfaz o interesse primário deste último ser adequadamente informado e poder examinar, se o desejar, os documentos pertinentes sobre o decurso da doença.

A afirmação deste dever de documentação tem depois também influência na distribuição da carga probatória.¹⁴⁶¹ É claro, por exemplo, que o médico fica prejudicado no plano probatório não apenas se subtrair ou alterar documentos que têm importância para esclarecer a controvérsia, mas também se a redação dos atos médicos for inexata ou incompleta (*Dokumentationsfehler*). De qualquer modo, convém lembrar que o processo clínico não constitui sempre uma verdade irrefutável e absoluta, pelo que deve ser avaliada conjuntamente com os restantes elementos probatórios presentes no processo.¹⁴⁶²

O processo clínico pode ser um instrumento importante na relação médico-paciente e também um meio de prova da informação fornecida e do consentimento obtido.¹⁴⁶³ A documentação contribui decisivamente para a facilidade de prova (*Beweissicherung*).

A importância do processo clínico como *meio de prova* vem-se afirmando cada vez mais, seja nas ações de *negligência médica*, seja nas *ações de consentimento informado*. Nas primeiras, é sabido que só a reconstituição do *iter* do tratamento permite averiguar da culpa do médico; quanto às

¹⁴⁵⁹ Cf. LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 485.

¹⁴⁶⁰ Cf. ÁNGEL YÁGUEZ, in *Comentario del Código Civil*, art. 1902 del CC) coordenado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, Tomo 8, p. 524.

¹⁴⁶¹ A *Cámara Civil y Comercial de Junín* (Argentina), na decisão de 15-12-1994, declara que “constitui uma presunção contra o profissional a inexistência da história clínica ou a existência de irregularidades na mesma”.

¹⁴⁶² GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento informado*, p. 152.

¹⁴⁶³ A *Declaración dos Direitos dos Pacientes* (OMS, Europa, 1994) afirma que “à saída de um estabelecimento de tratamento, os pacientes deveriam poder, a seu pedido, obter um resumo escrito do diagnóstico, tratamento e cuidados que a ele dizem respeito” (2.9.)

segundas, cada vez mais a doutrina apela a uma boa documentação da informação e do consentimento em detrimento do burocratizado e estandardizado formulário para consentimento. Entende-se que o processo clínico pode ter uma importância decisiva num processo de responsabilidade por violação do consentimento informado. Entre nós, o art. 344º, n.º 2, estabelece a *inversão do ónus da prova* quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova à parte onerada. Assim, especialmente para aqueles que entendem que impende sobre o paciente o ónus da prova da falta de informação ou de consentimento, esta situação pode permitir o ganho da causa, pelo que o médico deve ser o primeiro a ter interesse em ser zeloso na conservação e no adequado registo da ficha clínica.¹⁴⁶⁴

A existência de uma boa documentação clínica facilita a *fundamentação dos honorários (Rechenschaftslegung)*. A facilidade probatória e o facto de a documentação constituir um instrumento para cobrança de honorários são finalidades criticadas por alguma doutrina neste contexto; todavia, parece que é razoável e pragmático aceitar que estas são efetivamente finalidades importantes – especialmente relevantes no que respeita à justificação dos *Grupos de Diagnóstico Homogéneo (GDH)* – e legítimas do dever de documentação. Este dever tanto favorece o médico como o paciente e permite uma melhor execução do contrato.¹⁴⁶⁵

Para além disso, é de grande importância na boa relação médico-paciente e simultaneamente pode ajudar a controlar os ‘galopantes’ custos de saúde. Nesse sentido, as legislações modernas¹⁴⁶⁶ exigem que o médico registe as consultas e organize um processo onde deve incluir, entre outros, os exames, as análises, os apontamentos das consultas, formulários do consentimento, etc.¹⁴⁶⁷ Ao nível do *controlo dos custos de saúde*, um adequado registo da história clínica pode permitir grandes poupanças: na verdade, uma das principais causas do exponencial aumento dos custos de saúde é a

¹⁴⁶⁴ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus...”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 131.

¹⁴⁶⁵ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 485.

¹⁴⁶⁶ No plano histórico, encontram-se os primeiros documentos, com informações relativas aos pacientes, nos hospitais de Bagdad nos séculos IX, X e XI da era de Cristo.

¹⁴⁶⁷ Assim, DUPUY, *Le Dossier Médical*, Bordeaux, 2002, p. 15 ss..

multiplicação de exames supérfluos e repetidos sobre o mesmo paciente.

48.1. O conteúdo do dever de documentação

Segundo o n.º 2 do art. 100.º do Código Deontológico, “a ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre profissionais que tratam ou virão a tratar do doente. Deve, por isso, ser suficientemente clara e detalhada para cumprir a sua finalidade.”

A Lei n.º 12/2005 não avança com uma lista completa dos itens que devem constar do processo clínico; antes afirma no art. 5.º, n.º 2: “entende-se por “processo clínico” qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares.”

O adequado cumprimento do dever de documentação pressupõe o registo de vários *itens*, como a anamnese, o diagnóstico, a terapia, os dados clínicos, os resultados de análises, e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos registados, o doseamento da medicação, o dever de informar para o consentimento, o relatório das operações; os acontecimentos inesperados, a mudança de médico ou de cirurgião, a passagem pelos cuidados intensivos, o abandono do hospital contra a indicação médica, etc...¹⁴⁶⁸

Além disto, a *forma* da documentação também deve ser objeto de cuidado. Os hospitais vão uniformizando e sistematizando os processos, o que é salutar enquanto demonstra o rigor e o cuidado nesta tarefa, mas deve hodiernamente salientar-se a necessidade de prestar especial atenção ao *processo clínico eletrónico*.

O registo da história clínica deve ser feito em devido *tempo*, o que significa que se deve verificar uma relação imediata com o tratamento ou com a intervenção médica. Com efeito, se a documentação for realizada semanas ou meses depois da intervenção, pode defender-se, no caso de um processo de responsabilidade médica, uma *inversão do ónus da prova*, tal como nos casos de ausência ou insuficiente documentação.

¹⁴⁶⁸ O art. 7:454, do Código Civil holandês, especifica em detalhe os deveres de documentação e registo que impendem sobre o prestador de cuidados de saúde; também a lei espanhola e a lei belga conferem uma grande importância ao dever de documentação.

A documentação dos históricos clínicos é necessária para assegurar a transparência da atividade médica, gozando de uma presunção *iuris tantum* de veracidade.

A jurisprudência alemã entende que há uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da intervenção e a exigência de documentar com brevidade. Assim, por exemplo, uma cirurgia de alto risco deve ser objeto de um registo minucioso e *imediato*; intervenções de rotina podem ser registadas após algum tempo.¹⁴⁶⁹

Na proposta de Rui Cascão¹⁴⁷⁰ – que subscrevemos – um processo clínico deve incluir detalhadamente os seguintes dados, acompanhados da identificação das pessoas envolvidas no respetivo procedimento (médicos, enfermeiros, etc.):

- “a) identificação do paciente;
- b) memória de anamnese (entrevista prévia ao paciente);
- c) diagnóstico (incluindo resultados das análises, exames, etc.);
- d) estado de saúde do paciente à altura da admissão;
- e) evolução do seu estado de saúde;
- f) informação prestada a paciente, bem como o meio através do qual essa informação foi prestada;
- g) registo do consentimento informado por parte do paciente;
- h) correspondência com outros profissionais de saúde relativa ao paciente;
- i) métodos terapêuticos utilizados;
- j) monitorização do paciente;
- l) fármacos, produtos e materiais empregues (e respetiva dosagem, lote, marca e outros elementos relevantes) e
- m) prognóstico.”

¹⁴⁶⁹ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 487.

¹⁴⁷⁰ Rui CASCÃO, “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *Lex Medicinæ*, Ano IV, nº8, p. 27-28.

49. O direito de acesso à informação pessoal de saúde

49.1. Acesso ao processo clínico em geral

Até finais da década de 90 do século passado, a maior parte das ordens jurídicas nos países latinos admitiam o acesso à história clínica, mas apenas através de um médico nomeado pelo paciente. Era o chamado “*sistema do acesso indireto*”.

A tradição portuguesa vai também no sentido de consagrar o direito de *acesso indireto ou mediatizado* à informação de saúde. Assim o indicam, quer a Lei de Proteção de Dados Pessoais que dispõe no seu art. 11.º, n.º 5, que o direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, *é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados*, quer a Lei n.º 12/2005, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde, que postula no art. 3.º, n.º3, que o acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, *é feito através de médico*, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação.

No mesmo sentido, o atual CDOM refere, no n.º 4 do seu art.100.º que “o doente tem direito a conhecer a posição registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, *pelo próprio médico assistente* ou, no caso de instituição de saúde, *por médico designado pelo paciente para o efeito*”.

Porém, a Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e sua Reutilização – LADA), veio consagrar a seguinte norma: “A comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico *se o requerente o solicitar* (art. 7.º).”

Ora, a interpretação mais correta, quer pelo *elemento gramatical*, quer pelo *elemento sistemático* (a regra geral no âmbito desta lei é o *acesso direto*, incluindo a consulta e reprodução)¹⁴⁷¹ é a de considerar que o médico apenas intermedeia o acesso aos dados de saúde *se o requerente o desejar*.

¹⁴⁷¹ Art. 5.º (Direito de acesso): “Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo.”

Na nossa interpretação, não deve ser aceite a leitura segundo a qual, ‘se o requerente solicitar a comunicação de dados de saúde, estes são comunicados por intermédio de um médico’.

É evidente que, a ser válida esta exegese, o direito português revela-se bicéfalo também¹⁴⁷² nesta matéria.

O direito de acesso à informação de saúde revela-se, portanto, como Jano, com um rosto voltado para os hospitais públicos, em que o acesso passou a ser, desde 2007, *direto*, e com a outra face mirando as clínicas privadas, nas quais se mantém o regime de acesso *indireto*.¹⁴⁷³

Com efeito, já se levantavam dúvidas sobre a bondade do regime paternalista vigente no direito português.¹⁴⁷⁴ A Comissão Nacional de Proteção de Dados, por exemplo, exprimiou-se de forma crítica no *Relatório de auditoria ao tratamento de informação de saúde nos hospitais* (aprovado a 9 de novembro de 2004), afirmando:

“Apresentando-se as limitações ao direito de acesso como excepcionais, será de admitir que a regra geral contida no art. 11.º, n.º 5, da Lei n.º 67/98 pode ter de sofrer uma inflexão. Daí que se considere adequado ponderar, em termos legislativos, se deve continuar a manter-se a regra do *acesso por intermediação*”.

E nem se julgue que isso seria surpreendente no panorama europeu, visto que o acesso direto constitui o regime

¹⁴⁷² Ele já é consabidamente bifronte no que respeita ao regime da responsabilidade civil dos médicos e estabelecimentos de saúde, consoante se esteja perante medicina pública ou medicina privada: ali são competentes os tribunais administrativos e aplica-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, aqui tramita-se junto dos tribunais judiciais e aplica-se o Código Civil.

¹⁴⁷³ Carla BARBOSA, “Aspectos jurídicos do acesso ao processo clínico”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 13, 2010, p. 117-118, entende – num juízo que acompanhamos – que da conjugação das normas dos artigos 7º e 2º, n.º3, resulta o carácter de *especialidade* em matéria de saúde do artigo 7º e, deste modo, “fica legitimado o apelo ao princípio da derrogação da lei anterior pela lei posterior, com a consequência da prevalência do regime de acesso sem intermediação (por vontade do interessado) trazido pela nova LADA.” No mesmo sentido, cf. a *Carta dos Direitos do Utente* afirma (10) “O doente tem direito de acesso aos dados registados no seu processo clínico.”

¹⁴⁷⁴ Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 531.

claramente dominante na Europa, incluindo nos países latinos.¹⁴⁷⁵

Em Espanha, o art. 18 da *Ley 41/2002* consagra o direito de *acesso livre e direto* e o direito de obter cópia destes dados, salvaguardando os direitos de *terceiras pessoas à confidencialidade dos dados*, o *interesse terapêutico do paciente* e o *direito dos profissionais* à reserva das suas *anotações subjetivas*.

Também a *loi du 4 mars 2002* confere aos pacientes o direito de aceder às informações médicas contidas no seu processo clínico. Mais concretamente, esta lei, quebrando a tradição gaulesa, consagra a possibilidade para o paciente de *aceder diretamente à ficha clínica* que lhe diz respeito. Anteriormente, o doente só podia tomar conhecimento dessas informações pelo *intermédio* de um médico. A consagração do direito de acesso direto ao processo clínico é a resposta do legislador às reivindicações das associações de utentes. Contudo, certamente que se assiste a alguma resistência por parte de alguns médicos: para além de verem a sua ‘privacidade’ profissional devassada por esta lei, os médicos temem que o paciente fique mais exposto aos riscos de pressão dos empregadores e seguradores no sentido de conhecerem os seus processos.^{1476 1477}

Por outro lado, o legislador gaulês tem salvaguardado certas hipóteses para as quais este direito de acesso será *indireto* – assim acontece, nomeadamente, no caso de uma *hospitalização compulsiva*. Esta limitação justifica-se pela necessidade médica de dispor de um poder de controlo da difusão de informação sobre a patologia relativamente ao seu paciente.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁵ O acesso direto é o sistema adotado pelo recente Regulamento Europeu sobre proteção de dados pessoais.

¹⁴⁷⁶ Cr. Olivier DUPUY, *Le dossier Médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, note d’actualisation, p. 6.

¹⁴⁷⁷ Para uma visão crítica – que não subscrevemos – desta evolução cf. Jean-Marie CLÉMENT, *Droits des Malades*, Bordeaux, 2002, p. 24, que desconfia do “empowerment” que esta lei da “démocratie sanitaire” acarretou para o cidadão doente.

¹⁴⁷⁸ Nos termos do art. 6 do *décret du 29 avril 2002*. Cr. Olivier DUPUY, *Le dossier Médical*, note d’actualisation, p. 8. Também o direito de consulta do processo relativo a um *menor não emancipado* é exercido pelos titulares da autoridade parental. Contudo, também pode ter lugar a pedido do menor *por intermédio do médico*. O menor que quiser manter segredo de determinado tratamento pode-se opor a que o médico comunique

Na Bélgica aceita-se também o acesso *direto* ao seu processo. O art. 9, §2, da Lei sobre direitos dos pacientes reconhece o direito de consultar a história clínica, mas considera que as *anotações pessoais* do profissional de saúde e os *dados relativos a terceiros* não são abrangidos por esse direito de consulta.

Nos países do norte da Europa, o *acesso direto* ao processo clínico é já tradicional. Nos Países Baixos, segundo o art. 456 BWB,¹⁴⁷⁹ o direito de acesso à totalidade do processo é reconhecido ao paciente, excetuando as informações suscetíveis de lesar a *vida privada de terceiras pessoas*¹⁴⁸⁰.

Na Dinamarca, o direito de acesso ao processo clínico abrange todas as informações, *incluindo as notas pessoais ou, por exemplo, os comentários* a uma radiografia, mas cada pedido é examinado e a consulta pode ser direta ou com a ajuda de um médico.

Na Alemanha, por sua vez, a lei autoriza o acesso direto aos “*dados objetivos*” do processo (resultados de exames, radiografias, troca de correspondência entre médicos) mas restringe à autorização dos médicos o acesso aos *elementos subjetivos* (anotações pessoais, por exemplo). Assim, o acesso ao processo clínico pode estar sujeito a algumas limitações temporais e objetivas (para proteção do interesse do médico em não ver devassadas as suas anotações pessoais e de terceiras pessoas). O BGH limita o direito de acesso aos resultados de índole objetiva, científica e às referências a tratamentos, especialmente no domínio da medicação e relatórios sobre cirurgias. Está vedado o direito de acesso a *valorações subjetivas do médico*, como a reprodução de impressões pessoais sobre o paciente ou sobre os seus familiares. O médico e/ou o hospital/ clínica têm o direito de esconder essas observações, desde que seja notório que isso se verificou.¹⁴⁸¹

ao titular da autoridade parental as informações relativas a essa intervenção. O médico deve fazer menção escrita dessa oposição.

¹⁴⁷⁹ Como referimos, nos Países Baixos, o contrato médico está regulado no Código Civil de 1992, no livro 7 referente aos contratos em especial. Cf. Ewoud HONDIUS/ Annet van HOOFT, "The New Dutch Law on Medical Services", *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1-17, 1996 e Loes MARKENSTEIN, "Country Report The Netherlands", in Jochen TAUPITZ (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of The Patient...*, p. 741 ss.

¹⁴⁸⁰ Jean-Marie CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, p. 16.

¹⁴⁸¹ Cf. LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 489.

Também no Reino Unido se consagra o direito de *acesso direto* do paciente à informação de saúde. Todavia, a lei mantém uma exceção (o *privilégio terapêutico*), na medida em que o acesso pode ser condicionado caso a informação possa causar um *grave dano* ao paciente (*‘likely to cause serious harm’*).¹⁴⁸²

Podemos concluir que a evolução no direito comparado vai no sentido de conceder ao paciente o direito de acesso direto ou imediato ao processo clínico.¹⁴⁸³

Todavia, toda a ‘desordem’ normativa portuguesa não é isenta de problemas, porquanto a dita LADA de 2007 não acautela devidamente as exigências que em matéria de prestação de cuidados de saúde se fazem sentir, designadamente: a preservação do carácter reservado das “anotações pessoais do médico”, ou nas palavras do Projeto de Lei n.º 788/X sobre Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado: “*as anotações subjetivas feitas pelo profissional para sua orientação particular.*”

Estes legítimos interesses dos médicos (e da prestação de cuidados de saúde) não parecem estar assegurados na LADA, a menos que se entenda que estamos perante a exceção prevista no art. 3.º, n.º 2, al. a) que dispõe: “Não se consideram documentos administrativos, para efeitos da presente lei: a) *As notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante.*” Mas não estamos seguros de que assim seja.

Por outro lado, esta mesma LADA não acautela devidamente os segredos de terceiros, a menos que se faça uma restrição em nome da interpretação conforme à Constituição, que impõe o respeito pela *intimidade da vida privada e familiar de terceiros* cujas informações de saúde eventualmente constem do processo clínico do requerente. E, finalmente, não vemos que esteja prevista qualquer *cláusula de exceção (privilégio terapêutico)* que permita não transmitir a informação ao requerente quando “esta informação a ser conhecida pelo doente, poria em perigo a sua vida ou seria suscetível de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

¹⁴⁸² MASON/ Mc CALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, 5th Ed., p. 210.

¹⁴⁸³ Sobre esta matéria, cf. Luis MARTINÉZ-CALCERRADA/ Ricardo de LORENZO, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo II, Colex, 2001, com indicação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Donde, esta é uma matéria cujo aprimoramento legal não se nos afigura despiciendo ou bizantino. Todas estas cautelas estavam previstas e reguladas no já referido Projeto de Lei, aprovado na generalidade pela Assembleia da República a 28 de Maio de 2009, no sentido de uniformizar os regimes de direito público e direito privado, consagrando o sistema de acesso direto à informação clínica, mas com as cautelas de respeito pelos *interesses dos médicos*, de *terceiros* e de *eventual privilégio terapêutico* que nos parecem necessárias.

Com efeito, no Capítulo III, intitulado *Autonomia e Processo Clínico*¹⁴⁸⁴, previa-se a definição de processo clínico,¹⁴⁸⁵ impunha-se a nomeação de um responsável pelo acesso ao processo clínico¹⁴⁸⁶ e regulava-se de forma unitária, para o direito privado e para o direito público o acesso ao processo clínico.

¹⁴⁸⁴ A matéria relativa ao processo clínico tem obviamente ligação ao direito à informação e ao consentimento informado. Desde a Espanha à Finlândia, as leis que regulam o consentimento informado, consagram também normas sobre o processo clínico e o acesso à informação.

¹⁴⁸⁵ Art. 20.º (Processo clínico) 1. O processo clínico contém todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa viva ou falecida, e à sua história clínica ou familiar. 2. O profissional de saúde deve registar todos os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, de uma forma clara e pormenorizada. 3. O doente é o titular da informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, os resultados de análises e de outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos. 4. Não se consideram informação de saúde as anotações subjetivas feitas pelo profissional para sua orientação particular.

¹⁴⁸⁶ Art. 21.º: 1. “A unidade prestadora de cuidados de saúde nomeia um responsável pelo acesso à informação constante do processo clínico. 2. Cabe a este responsável dar parecer sobre os requerimentos formulados, de acordo com as normas constantes deste diploma, e assegurar o seu seguimento dentro dos serviços de cada unidade prestadora de cuidados de saúde. 3. O responsável pelo acesso ao processo clínico garante o cumprimento das exigências de segurança estabelecidas pela legislação que regula a proteção de dados pessoais e o armazenamento da informação em território sob a jurisdição português.”

Este artigo foi fonte de incompreensão por parte de algumas leituras de *não juristas* (embora alguns juristas do CNECV tivessem votado a favor...). Desconhecendo a linguagem própria do direito da proteção de dados, os relatores do Parecer 57/CNECV/09 levantam a hipótese de se nomear um “funcionário” que iria “contaminar” a *relação médico-doente com um elemento estranho*... Naturalmente, esse responsável deveria ser um *médico* e a norma visava tão-só realçar os deveres de proteção constantes da LPDP. Tal viria a ser clarificado no Projeto de Lei nº 413/XI/2.ª, art. 20.º, n.º 1, *in fine*.

Mantendo o direito de acesso direto (sem intermediação de um médico), esta proposta salvaguardava as situações de *privilégio terapêutico*¹⁴⁸⁷ e de proteção das *anotações subjetivas feitas pelo profissional para sua orientação particular*, salvo consentimento expresso do profissional. As informações de saúde de *terceiros* estariam por definição salvaguardadas porque não são informação de saúde do próprio.

Tivesse este Projeto sido aprovado e teríamos no ordenamento jurídico português disposições mais coerentes e que permitiriam a *otimização* dos interesses e direitos conflitantes em causa neste domínio.

49.2. Acesso ao processo clínico em caso de ação judicial

Em caso de litígio, o médico tem o *dever de cooperação para a descoberta da verdade* (art. 519º, n.º1 CPC), o qual impõe a obrigação de facultar à contraparte e ao tribunal os documentos que estão em seu poder.

Quando pretenda fazer uso desses documentos, o paciente requererá que o médico demandado seja notificado para os apresentar dentro do prazo que o tribunal designar (art. 528º, n.º1 CPC); se o médico se recusar a fazê-lo, o tribunal apreciará livremente a sua conduta para efeitos probatórios (art. 529º CPC), isto é, poderá, se assim o entender, *dar como provados* os factos que o paciente se propunha demonstrar através desses documentos.¹⁴⁸⁸

Quando seja entregue,¹⁴⁸⁹ o processo clínico passa a ser considerado como documento integrante do processo (*Teil der Prozessakte*) e não há razões de índole terapêutica que justifiquem uma limitação ao direito de consulta do processo.¹⁴⁹⁰

¹⁴⁸⁷ Art. 22.º, n.º 2: “Em casos excepcionais, o acesso pelo doente à informação sobre a sua saúde pode ser limitado quando a ser conhecida pelo doente, poria em perigo a sua vida ou seria susceptível de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica, ficando a limitação, e o seu motivo, registados no processo clínico.”

¹⁴⁸⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 134. Cf. tb. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 28 e 32.

¹⁴⁸⁹ Contudo, este é um processo complexo em que deve ser ouvida a Ordem dos Médicos, nos termos do art. 69.º e 73.º do Código Deontológico.

¹⁴⁹⁰ Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 491.

50. A questão da propriedade do processo clínico

A questão da propriedade do processo clínico dá origem a frequentes dificuldades terminológicas e confusões conceptuais. O termo “propriedade” é aqui usado em sentido amplo, querendo significar *titularidade* ou *domínio* sobre a *informação contida no processo*.

Normalmente a lei não se pronuncia claramente sobre esta questão. Por isso, a doutrina costuma analisar este problema tendo em conta os seguintes aspetos: a quem incumbe a conservação do “processo”? Tem o doente direito de acesso direto ao processo clínico?¹⁴⁹¹ Tem o médico direito de propriedade intelectual sobre os registos clínicos?¹⁴⁹²

No direito francês, a questão da *propriedade do ‘dossier médical’* é controversa. Para Dupuy,¹⁴⁹³ a unidade de saúde está obrigada ao dever de conservação, o que lhe confere uma responsabilidade ligada à sua obrigação de arquivamento em boas condições e de comunicação ao paciente quando este o desejar. Mas este dever não é assimilável às prerrogativas (próprias do direito de propriedade) de *fructus*, de *usus* e de *abusus* sobre o “dossier”. O médico, por seu turno, tem o *direito de propriedade intelectual de uma parte variável do seu conteúdo* e nomeadamente das suas *notas pessoais*; contudo não é considerado depositário do processo. Por outro lado, o paciente não tinha, tradicionalmente direito de acesso direto ao “dossier”, o que constituía uma limitação importante. Segundo Dupuy, à luz da lei francesa que cria a regra de acesso livre e direto do paciente ao “dossier médical”, *o paciente deve ser considerado o proprietário do processo clínico*.

Todavia, noutro sentido, a Lei da Galiza,¹⁴⁹⁴ que admite o *acesso direto* ao processo clínico,¹⁴⁹⁵ prescreve que a

¹⁴⁹¹ Olivier DUPUY, *L’information médicale, information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, p. 192 ss.

¹⁴⁹² MASON & McCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, p. 211.

¹⁴⁹³ *Le dossier Médical*, note d’actualisation, p. 9 ss.

¹⁴⁹⁴ A Comunidade Autónoma da Galiza regula esta matéria na *Ley 3/2001, de 28 de mayo*, com as modificações introduzidas pela *Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes*. Estas modificações visam adaptar a lei da Comunidade Autónoma à legislação nacional do Reino de Espanha: *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*.

Administração de Saúde é *proprietária* da “história clínica”.¹⁴⁹⁶ Assim, ao contrário do que defende Dupuy, não parece que se possa extrapolar do regime de acesso à história clínica a resposta para a questão da propriedade.

Entre nós, onde o problema não se encontra absolutamente esclarecido, este argumento serviria para afirmar que o médico ou o hospital são os *proprietários*. Neste sentido, aliás, o CDOM afirma que, “o médico é o detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses dos doentes e da instituição à qual eventualmente preste os serviços clínicos a que correspondem tais registos” (art.100.º, n.º 3).

Na opinião da Ordem dos Médicos, “a informação constante do ficheiro clínico é um direito do doente que em qualquer momento pode solicitar que lhe seja fornecida ou enviada a médico à sua escolha. *O ficheiro, em si, é propriedade do médico sendo a única forma de preservar a liberdade de transcrição e o registo de elementos de uso pessoal, e que o médico pretende salvaguardar de qualquer exposição de outra pessoa.*”¹⁴⁹⁷ Nas organizações complexas,

¹⁴⁹⁵ Cf. Art. 19: “1. El paciente tiene el derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en la misma. (...) 2. En los supuestos de procedimientos administrativos de exigencia de responsabilidad patrimonial o en las denuncias previas a la formalización de un litigio sobre la asistencia sanitaria se permitirá que el paciente tenga *acceso directo a la historia clínica*, en la forma y con los requisitos que se regulen legal o reglamentariamente. (...) 4. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del *derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos* que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del *derecho de los profesionales participantes en su elaboración*, los cuales pueden *oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas*. (...)”

¹⁴⁹⁶ Afirma o art. 15, relativo à “*Propiedad y Custodia*.” “1. Las historias clínicas son documentos confidenciales *propiedad de la Administración sanitaria* o entidad titular del centro sanitario, cuando el medico trabaje por cuenta e bajo la dependencia de una institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al medico que realiza la atención sanitaria.” 2. La entidad o el facultativo propietario es responsable de la custodia de las historias clínicas y deberá adoptar todas las medidas precisas para garantizar la confidencialidad de los datos o de la información contenida en ellas. (...)”

¹⁴⁹⁷ Cf. Parecer do Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas, homologado pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos, in *Norte Médico*, 2000, p. 42: “Ficheiros Clínicos: Enquadramento Legal e Ético.”

públicas ou privadas, em que vários médicos registam no mesmo processo clínico, este é da responsabilidade do Diretor Clínico da instituição.

Todavia, os *novos ventos* que sopram na Medicina poderão vir a impor um reequacionamento do problema. A informação genética poderá conduzir a uma nova perspetiva da propriedade da informação de saúde e do processo clínico.

Com efeito, um novo argumento para a discussão prende-se com o facto de, atualmente, a nova *medicina preditiva ou predizente* impor a necessidade de tutela reforçada dos dados de saúde, em especial a informação genética, já que a informação de saúde se afirma como um objeto de exploração comercial.

Essa nova perspetiva pode justificar o regime inovador previsto na Lei n.º12/2005 dispõe no art. 3º, n.º 1:

“A *informação de saúde*, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames de subsidiários, intervenções e diagnósticos, é *propriedade* da pessoa, sendo as *unidades do sistema de saúde* os *depositários* da informação, a qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e investigação em saúde e outros estabelecidos em lei.”

Parece paradoxal que uma lei que mantém, como vimos, o regime conservador de *acesso indireto* ao processo clínico afirme que o utente é *proprietário da informação*. Assim, a ligação que Dupuy faz entre acesso direto e propriedade também não se verifica aqui.

Ademais, importa ter em conta a subtileza da Lei n.º 12/2005: não se afirma que o paciente é proprietário do *processo, qua tale*, mas sim da *informação de saúde*. Na Sociedade da Informação em que vivemos, a informação de saúde – e em especial a informação genética – são um valor mercantil importante, pelo que as ameaças à *autodeterminação informacional* se fazem sentir com particular importância.¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁸ O *direito à autodeterminação informacional*, consagrado no art. 35.º CRP, – que aqui não podemos desenvolver – configura uma forma de otimização da tutela da privacidade e pressupõe a faculdade de controlar o fluxo do conteúdo informacional que aquele valor encerra, a incluir o direito ao controlo de dados, o direito à não difusão (impedindo o acesso de terceiros e a interconexão de ficheiros) e o direito ao não tratamento de dados sensíveis sem consentimento. Sobre esta matéria, *vide* Catarina SARMENTO E CASTRO, “O direito à autodeterminação informativa e os

Na nova economia, dominada pelo investimento na genética, na genómica, na sequenciação do genoma humano e suas aplicações médicas, as *informações de saúde* podem converter-se num “produto” apetecível.¹⁴⁹⁹ Basta pensar nas bases de dados genéticos da Islândia, da Estónia, de Taiwan ou do Reino Unido, ou nos problemas levantados pelo já clássico caso *Moore*, decidido pelo Supremo Tribunal da Califórnia.¹⁵⁰⁰

Assim sendo, compreende-se que, partindo da distinção entre processo clínico e informação de saúde, se defenda que esta última é *propriedade do paciente*.¹⁵⁰¹ Mas trata-se de uma opção legislativa controversa.

Por outro lado, como vimos, o legislador parece não ter tomado em consideração a necessidade de conciliar os interesses do paciente com os interesses do médico e de terceiros. Com efeito, a lei apenas admite que se não apresente todo o processo clínico em “circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial.”¹⁵⁰²

Não parece, pois, ter em conta os interesses do médico e de terceiros, tal como acontece, por exemplo, na lei belga, que prescreve (art. 9, §2): “as anotações pessoais do profissional de saúde e os danos relativos a terceiros não entram no quadro do direito de consulta.”¹⁵⁰³

Poderemos interpretar extensivamente essa exceção de forma a respeitar os interesses do médico de manter reserva sobre as suas anotações pessoais e a confidencialidade de informações de saúde de terceiras pessoas?

novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de Setembro”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

¹⁴⁹⁹ Cf. Francis FUKUYAMA, *Our Post-Human Future*, 2002.

¹⁵⁰⁰ *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990).

¹⁵⁰¹ Fica assim comprometido o entendimento tradicional segundo o qual o médico seria titular do direito de propriedade intelectual sobre as informações registadas. Cf. MASON & Mc CALL SMITH, *Law and Medical Ethics*, p. 211. “...the ownership of the contained intellectual property – ie the copyright – is held by the person who has created the notes or his employer, and not by the subject of those notes.”

¹⁵⁰² Segundo o art. 3.º, n.º2: “O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado.

¹⁵⁰³ Cf. também o art. 18.3 *Ley 41/2002*, de 14 de novembro (Espanha).

Se considerarmos que a pessoa tem o “direito de propriedade” sobre a sua informação de saúde – “incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos” – como prescreve o n.º1 do art. 3.º, parece razoável afirmar que neste conceito não se incluem informações de saúde relativas a terceiros, nem as anotações pessoais do médico.

Esta interpretação faz jus à necessidade de “concordância prática” entre valores constitucionais conflitantes¹⁵⁰⁴ e pode ser defendida à luz do art. 18.º, n.º2 CRP, na medida em que só assim se respeita o princípio da proporcionalidade e o respeito pelo “núcleo essencial”¹⁵⁰⁵ do direito à intimidade da vida privada e familiar de terceiros (art. 26.º, n.º1 CRP) e do próprio médico.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰⁴ Ou, numa perspetiva juscivilística, a *colisão de direitos* que é regulada no art. 335.º CC.

¹⁵⁰⁵ Princípios da proibição do excesso e da salvaguarda do núcleo essencial, como ensina GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1225.

¹⁵⁰⁶ O direito de personalidade do médico merece também proteção –LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 491.

51. O Processo Clínico Eletrónico: desafios ao sigilo médico

Tem-se questionado se o paciente tem o direito de impedir que alguns dados clínicos particulares constem do processo eletrónico, como forma de tutelar a reserva da intimidade da vida privada, ou se, pelo contrário, interesses de boa gestão do sistema de saúde e a própria proteção da saúde do paciente devem impor que *toda* a informação de saúde conste de um processo clínico eletrónico unificado.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida emitiu um Parecer Sobre Informação de Saúde e Registos Informáticos de Saúde, postulando:

“9. Que, em qualquer altura do seu relacionamento com as instituições de saúde ou com profissionais de saúde qualquer cidadão tenha direito, podendo fazê-lo por escrito, a que *determinado dado clínico relativo a si próprio* (desde que imposições legais baseadas em razões de Saúde Pública o não impeçam) *seja considerado absolutamente reservado* e, conseqüentemente, vedado a outros acessos para além do acesso pelo profissional a quem foi voluntariamente transmitido. Para tanto, o profissional ou a instituição de saúde deverá, no momento do registo, ou logo que tal se torne possível, dar conhecimento à pessoa desse direito.”¹⁵⁰⁷

Aderimos a esta concepção prudente face à utilização do processo eletrónico, em respeito ao *princípio da integridade* (art. 2.º Convenção de Oviedo).¹⁵⁰⁸

Não ignoramos que há importantes vantagens em manter um processo clínico único ou integrado, que pode e deve assentar no médico de família, como acontece noutros

¹⁵⁰⁷ Parecer 60/CNECV/2011 de Setembro de 2011.

¹⁵⁰⁸ Explicando o princípio da integridade afirma Jacob Dahl RENDTORFF, “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 5 (3), 2002, p. 235-244, afirma: “Integrity concerns the untouchable core of the personality that must not be subject to unwarranted external intervention. In a wider context this implies the protection of the personal integrity of the individual, e.g to the protection of individuals in relation to the public storage of personal data.”

países. São vantagens para a saúde do doente e para evitar custos acrescidos nos serviços de saúde.¹⁵⁰⁹

Não existe ainda um processo único do doente no SNS (Serviço Nacional de Saúde), muito menos no sistema de saúde *lato sensu*,¹⁵¹⁰ embora esteja em curso um processo de informatização dos registos eletrónicos: *Electronic Health Record* (EHR) (registo eletrónico de saúde).¹⁵¹¹

Cada cidadão pode, na verdade, manter “*depositados*” vários processos clínicos em diferentes hospitais, clínicas, centros de saúde ou consultórios particulares, e – salvo disposição legal em contrário, cuja constitucionalidade poderia ser duvidosa – o cidadão goza do direito de não autorizar a sua *interconexão*.

Em França está em curso a instalação de um Dossier Médico Pessoal (DMP – *dossier médical personnel*), que será informatizado e digitalizado, consultável em linha, em qualquer consultório médico, devidamente preparado para o efeito. A opção do legislador francês foi a de que a criação do *dossier* é *voluntária* e a informação que dele consta é previamente *autorizada* pelo paciente. *Não há, pois, lugar a uma junção de processos obrigatória, automática ou meramente burocrática*. O paciente continua como o titular da sua informação de saúde e o centro de autodeterminação do seu destino.¹⁵¹²

Acresce que o doente tem o *direito de escolher quais os profissionais de saúde* que poderão aceder ao processo único e pode ainda saber quem consultou e acrescentar um documento

¹⁵⁰⁹ Maria Francisca MORAES/ José PIMENTA DA GRAÇA, O Processo Único, *Medicina Interna*, Vol. 8, N. 2, 2001; Jorge SIMÕES/ Ana DIAS, “Gestão da Saúde e Despesa Pública”, in Nazaré da COSTA CABRAL/, Olívio MOTA AMADOR/ Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS (ORG.), *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 81–100.

¹⁵¹⁰ Cf. Base XII da Lei de Bases da Saúde: “1 –O *sistema de saúde* é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas atividades. 2 –O *Serviço Nacional de Saúde* abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio.” (...)

¹⁵¹¹ Cfr. [http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Electronic_Health_Record_\(EHR\)](http://portalcodgdh.min-saude.pt/index.php/Electronic_Health_Record_(EHR))

¹⁵¹² Na medida em que a vontade do cidadão doente não ponha em perigo terceiros ou a saúde pública, pelo que este raciocínio não valerá para os casos de doenças infecto-contagiosas ou outras doenças de notificação obrigatória, por exemplo.

ao seu processo. O doente pode ainda decidir se quer *ocultar alguns dados* constantes do dossier, se ele julga que eles não interessam ao conjunto dos profissionais, como por exemplo, a interrupção voluntária da gravidez. No limite, o doente pode mesmo exigir a “*eliminação*” do dossier médico pessoal informatizado.¹⁵¹³

Foi esse o sentido do Parecer, de 29 de maio de 2008, do *Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*, no seu Avis n°104: *Le «dossier médical personnel» et l’informatisation des données de santé*.¹⁵¹⁴

Julgamos que, do mesmo modo, em Portugal, seria aplicável o disposto no art.12.º, da Lei de Proteção de Dados Pessoais, sobre o direito de oposição do titular dos dados:

“O titular dos dados tem o direito de: “a) (...) se *opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento*, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados; (...).”

¹⁵¹³ Letitia CLAVREUL, « Tout ce qu’il faut savoir avant de créer son dossier médical personnel », *Le Monde*, 7.1.11.

¹⁵¹⁴ Conclui o COMITE CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE: O DMP (*dossier médical personnel*) poderia ser proposto nas seguintes condições: a. Para sujeitos voluntários; b que sofram de doenças cujo estado necessite da intervenção de numerosos profissionais ao longo do tratamento; c. Tendo compreendido a importância para eles para estabelecer um registo computadorizado suscetível de assegurar, nomeadamente pela exaustividade dos dados reunidos, a otimização do tratamento da sua doença pelos profissionais de saúde, tanto no plano do diagnóstico, como da terapêutica; d. Possuindo a chave de entrada no seu dossier com a possibilidade de só permitir o acesso a qualquer pessoa de sua escolha, e, para além das pessoas próximas (família, pessoa de confiança) apenas para pessoas sujeitas a sigilo profissional; e. Garantindo-se que não incorre em qualquer sanção em caso de recusa de permitir o acesso a qualquer autoridade ou organismo ao processo de que apenas os sujeitos voluntários e as pessoas obrigadas a segredo saberão da sua existência; f. A aplicação inicial deverá ser realizada em regiões piloto, particularmente naquelas que começaram a desenvolver uma experiência neste campo; g. Com uma avaliação dos resultados face aos objectivos prosseguidos após 3 a 5 anos, e de acordo com um conjunto de critérios definidos na implementação deste novo DMP; h. Antes de qualquer extensão nacional, mas ainda somente às pessoas voluntárias.” (tradução nossa).

Devemos tomar em conta os ensinamentos do direito francês e podemos ainda invocar o *princípio da precaução*, bem como o *direito ao esquecimento* (Orlando de Carvalho), direito que, na área da saúde, embora com restrições em virtude de interesses de saúde pública e de proteção de terceiros, também deve ser garantido.

Já Orlando de Carvalho¹⁵¹⁵ falava de um “direito à história pessoal”, adentro de um “direito à projeção vital”, como um “*direito a que não seja divulgada a nossa vida quer quanto à narração, quer quanto à reprodução*”, com proibição “de historiar ou filmar a vida de uma pessoa.”

E não poderiam ser mais atuais estas considerações sábias do Mestre Conimbricense, pois um processo clínico unificado representa, em certo sentido, uma orwelliana descrição da vida de saúde e quantas vezes da vida íntima do cidadão, que se vê assim amarrado a essa *história tirânica*, e contra a qual – numa sociedade democrática e pluralista – se impõem garantir o direito a controlar a informação e mesmo a eliminá-la, salvo interesses prevalentes de terceiros, da saúde pública ou da boa gestão do sistema de saúde.¹⁵¹⁶

Quanto mais a informação circula, maior é o perigo de se extraviar ou de ter um mau uso. Donde a “cadeia de custódia” deve ser muito rigorosa, cautelosa e, sempre que possível, *controlada pelo próprio cidadão doente*.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁵ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 42

¹⁵¹⁶ Sobre o “direito ao esquecimento”, cf. CAPELO DE SOUSA, *DGP*, p. 234 e p. 319, onde se afirma que “é de admitir, com a adequada passagem do tempo, um direito ao esquecimento de acontecimentos mesmo públicos em que uma determinada pessoa se envolveu.”

Este direito é consagrado na recente proposta de Regulamento de dados pessoais apresentado em inícios de 2012. O Regulamento introduz um novo direito – o direito ao esquecimento (*the right to be forgotten*) – estabelecendo que, perante um pedido de eliminação de dados, o responsável deverá adotar mecanismos que assegurem que todos os dados foram efetivamente eliminados. Em particular, e quando o responsável tenha, de alguma forma, tornado os dados públicos ou comunicado tais dados a terceiros, deverá eliminar os links e cópias de tais dados, assegurando que o mesmo é efectuado pelos terceiros a quem comunicou os dados.

¹⁵¹⁷ Com efeito, um processo eletrónico único gera inegáveis perigos, como refere Emmanuel KESSLER, *Le dossier médical personnel : Big Docteur ou Big Brother?*, 14 de Dez de 2010. Cf. ainda Sandeep S. MANGALMURTI/ Lindsey MURTAGH/ Michelle M. MELLO, “Medical Malpractice Liability in the Age of Electronic Health Records”, *New England Journal of Medicine*, November 18, 2010, 363, p. 2060-2067: “Implementing new information systems may initially elevate, rather than

decrease, providers' malpractice risk (...).” Pelo lado positivo, realçam: “They promote complete documentation and timely access to patient information, facilitating sound clinical decision making. The use of electronic intermediaries may decrease transcription errors, improve communication among providers, and limit the duplication of tests. Clinical-decision support systems may offer a safety net by reminding harried providers of clinical guidelines and catching errors before they cause harm. Empirical evidence suggests that comprehensive EHR systems can improve adherence to clinical guidelines and reduce rates of medication errors. As the use of EHRs spreads, it may reshape medical liability by altering the way in which courts determine the standard of care and by changing the standard of care itself.”

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA: OS DADOS DE SAÚDE

52. A intimidade da vida privada e familiar

Optamos por colocar em destaque no título deste capítulo a terminologia constante do art. 80.º do Código Civil. É com esta perspectiva, olhando a partir da pessoa (doente) que nos parece ser mais adequado colocar o problema. Em primeira linha afirma-se o direito à intimidade,¹⁵¹⁸ em segunda linha surge o dever de segredo do médico e o dever de confidencialidade.¹⁵¹⁹ Estes são apenas a expressão negativa, o lado passivo, de uma dimensão positiva, de um lado ativo que se reconhece à pessoa, em especial à pessoa doente. E

¹⁵¹⁸ Como ensina Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva da intimidade da vida privada”, in *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, cit. o objecto deste direito é “o controlo de informação sobre a vida privada. O interesse que visa proteger é o interesse em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou simplesmente a circulação de informação sobre a vida privada – isto é, genericamente, sobre os factos, comunicações ou posições sobre ou próximos do indivíduo ou confidenciais ou reservados –, bem como o interesse na subtracção à atenção dos outros (anonimato *lato sensu*), ou interesse na solidão (na exclusão do acesso físico dos outros à pessoa).”

¹⁵¹⁹ Importa referir que, não obstante os conceitos de privacidade e confidencialidade estarem interligados, eles possuem significados diferentes. Enquanto a privacidade diz respeito ao direito a ficar sozinho, ao direito a impedir intrusões de terceiros, a confidencialidade prende-se com o direito de cada um a proteger as suas informações de revelações indesejadas. Enrique Costas define a confidencialidade como “el recinto acorazado que envuelve y protege el secreto personal participado, la camara segura donde ese secreto puede reposar *con-fidencia*, confiado”, dizendo ainda que “los limites del secreto van, por tanto, más allá del secreto, comprenden su periferia: aquellos detalles, referencias, métodos e instrumentos que, aun siendo en sí mismos inocuos, pudieran dejar traslucir el secreto o deslizar su revelación” (Costas, Enrique, “Confidencialidad y ficheros de datos”, in *Jano*, 1991; XLI, n.º 20, *apud* Carla BARBOSA, *op. Cit.*

Por outro lado, há profissões vinculadas a um dever de sigilo ou confidencialidade, embora a informação não atinja a esfera da intimidade ou mesmo da privacidade, como é o caso da confidencialidade dos contabilistas, dos economistas ou mesmo dos advogados de empresa. No domínio da saúde, porém, a informação é confidencial e faz parte da intimidade da vida privada, sendo assim duplamente protegida: já pelos deveres profissionais de confidencialidade, já pelo respeito devido à intimidade da vida privada que tem como sujeitos passivos todos os demais membros da comunidade jurídica.

destacamos ainda a força heurística da expressão *intimidade da vida privada e familiar*, constante aliás da DUDH e da CDDH.

Após quase 2500 anos depois de Hipócrates, a obrigação do médico de guardar segredo mantém toda a atualidade e assume-se como, cada vez mais, uma necessidade. O sigilo médico está no cerne da relação médico-paciente e é o pilar sobre que assenta esta relação pessoalíssima que exige, necessariamente, *confiança*. Com efeito – como escreveu Louis Portes¹⁵²⁰ – “não existe medicina sem confiança, tal como não existe confiança sem confidências nem confidências sem segredo.”

Por isso o Código Internacional de Ética Médica¹⁵²¹ afirma:

“O Médico deve respeitar o direito do paciente à confidencialidade. É ético revelar informação confidencial quando o paciente *consinta* ou quando haja uma *ameaça real e iminente para o paciente* ou para *terceiros* e essa ameaça possa ser afastada pela quebra da confidencialidade.”

Num breve relance sobre a História, constatamos que o dever deontológico de segredo médico remonta a Hipócrates. Contudo, durante a Idade Média, este dever não era garantido no mundo Ocidental. Pelo contrário, sempre manteve a sua vigência na medicina árabe e judaica. Na Idade Moderna, o segredo médico ressurgiu na Europa, fruto do pensamento iluminista, primeiro, e liberal, depois.

Desde a Segunda Guerra Mundial, a defesa do segredo médico parece seguir uma nova via inspirada pela defesa dos direitos humanos. “No plano filosófico, o respeito pelo segredo baseia-se num direito natural à intimidade que faz parte do desenvolvimento da pessoa. O segredo identifica-se com uma condição necessária à realização de certas relações interpessoais onde a intimidade entra em jogo: o respeito, o

¹⁵²⁰ Apud HOTTOIS/ PARIZEU, *Dicionário de Bioética*, Lisboa, p.330.

¹⁵²¹ O Código Internacional de Ética Médica da Associação Médica Mundial (*World Medical Association International Code of Medical Ethics*) foi adotado pela 3.^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Londres, Inglaterra, em Outubro de 1949; e alterada pela 22.^a Assembleia Geral da AMM em Sidney, Austrália, em Agosto de 1968 e pela 35.^a Assembleia Geral da AMM em Veneza, Itália, em Outubro de 1983 e pela Assembleia Geral da AMM, em Pilanesberg, África do Sul, em Outubro de 2006.

amor, a amizade, a confiança. O segredo concorre para o *estatuto da pessoa humana*, porquanto visa proteger a intimidade e o poder de autodeterminação do ser humano.”¹⁵²² Donde o surgimento de diversos textos nacionais e internacionais, que iremos apenas enumerar de seguida.

i. Fontes internacionais

Sob a égide das Nações Unidas foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948¹⁵²³ que consagra o *direito à intimidade da vida privada*.¹⁵²⁴ No âmbito da UNESCO¹⁵²⁵ merecem atenção os seguintes documentos: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 11 de novembro de 1997¹⁵²⁶ a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004¹⁵²⁷ e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 19 de outubro

¹⁵²² Gilbert HOTTOIS/ Marie-Hélène PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p.331.

¹⁵²³ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948 (DR, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros).

¹⁵²⁴ O art. 12.º prescreve: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.” Ainda no direito primário onusiano, afirma o art. 17.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação.” Este Pacto foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de Junho (DR, I Série A, n.º 133/78 (retificada mediante aviso de retificação publicado no DR n.º 153/78, de 6 de Julho). Cf. ainda o art. 16.º da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de Novembro de 1989, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro.

¹⁵²⁵ Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura.

¹⁵²⁶ Adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 11 de Novembro de 1997, cf. art. 7.º

¹⁵²⁷ Adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 16 de Outubro de 2003 (cf. art. 14.º).

de 2005.¹⁵²⁸ Da Organização Mundial de Saúde, destaca-se a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes, de 1994.¹⁵²⁹

A Associação Médica Mundial, sendo embora uma organização de direito privado, tem assumido um papel de grande relevo no plano da ética e direito médicos, gozando as suas Declarações de uma *auctoritas* que confere a esta forma de *soft law* um peso muito proeminente.¹⁵³⁰ Destacam-se a Declaração de Helsínquia (1964)¹⁵³¹ sobre princípios éticos aplicáveis às investigações médicas que incidam sobre sujeitos humanos; a Declaração de Lisboa (1981) sobre os Direitos do Doente¹⁵³² e a Declaração de Budapeste (1993) sobre Confidencialidade e Defesa do Paciente (*Statement on Patient Advocacy and Confidentiality*).¹⁵³³

No âmbito do Conselho da Europa, devemos destacar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁵³⁴; a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (art. 10.º) e a

¹⁵²⁸ Adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 19 de Outubro de 2005. Com esta Declaração, pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único –(cf. art. 9º).

¹⁵²⁹ *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa*, Amesterdão, 28-30 de Março de 1994, Organização Mundial de Saúde, Secretaria Regional da Europa.

¹⁵³⁰ Cf. www.wma.net.

¹⁵³¹ Adotada em Helsínquia em Junho de 1964 e alterada em Tóquio em Outubro de 1975, em Veneza em Outubro de 1983, em Hong Kong em Setembro de 1989, em Somerset West (África do Sul) em Outubro de 1996 e em Edimburgo em Outubro de 2000. Foram ainda adotadas duas notas explicativas ao texto da Declaração, em Washington em 2002 e em Tóquio em 2004 e em 2008 em Seul. O CNECV, no Parecer 66/CNECV/2012 lança mão deste último texto.

¹⁵³² Adotada em Lisboa em Setembro e Outubro de 1981 e alterada em Bali em Setembro de 1995.

¹⁵³³ Adotada pela 45.ª Assembleia Geral da AMM realizada em Budapeste, em Outubro de 1993, revista em Pilanesberg, África do Sul, em Outubro de 2006.

¹⁵³⁴ Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, publicada no DR, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no DR, I Série, n.º 286/78, de 14 de dezembro), art 8.º: Direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal.¹⁵³⁵

Por seu turno, no Direito da União Europeia importa lembrar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁵³⁶ e a Diretiva 95/46/CV do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.¹⁵³⁷

O Parlamento Europeu aprovou a *Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes*,¹⁵³⁸ na qual se enumeram um conjunto de direitos com vista a proteger a pessoa doente. Mais recentemente, foi anunciada a *Carta Europeia dos Direitos do Paciente*, redigida em 2002 pela *Active Citizenship Network* e que mereceu aprovação por parte do Comité Económico e Social Europeu.¹⁵³⁹

ii. Fontes nacionais

A Lei Fundamental apresenta um extenso leque de direitos fundamentais. O *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar* é protegido pelo art.26.º da CRP. O direito à intimidade da vida privada e familiar inclui dois direitos menores: a) o *direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar*; e b) o *direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida*

¹⁵³⁵ Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 1 de fevereiro de 1981. Aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2001, de 25 de junho.

¹⁵³⁶ O Tratado de Lisboa incorpora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo que estes direitos passaram a ter força normativa plena com a entrada em vigor do Tratado. Segundo o art. 7.º: “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

¹⁵³⁷ Esta Diretiva foi transposta para o direito português, pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Está em debate a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho *relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados* (COM/2012/010 final –2012/0010 (COD)); sobre esta matéria, cf. Parecer n.º18/2012 da CNPD.

¹⁵³⁸ Carta Europeia dos Direitos do Paciente, Resolução de 19 de Janeiro de 1984, JOCE C 46, de 20 de Fevereiro de 1984, p. 104.

¹⁵³⁹ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “Os direitos do paciente” (2008/C 10/18), de Janeiro de 2008 (*Jornal Oficial da União Europeia*, 15.1.2008, C 10/67 ss.); cf. art. 6: Direito de privacidade e confidencialidade.

privada e familiar de outrem, afirma Gomes Canotilho e Vital Moreira.¹⁵⁴⁰

Segundo Paulo Mota Pinto “os elementos respeitantes à saúde, tais como, por exemplo, a história clínica da pessoa, integram também, sem dúvida, a vida privada protegida”, recordando que “no Acórdão n.º 355/97, embora para chegar a uma conclusão de inconstitucionalidade orgânica (já que a regulamentação da matéria em questão, relativa aos “direitos, liberdades e garantias”, estava reservada à Assembleia da República), o TC afirmou que “o tratamento autonomizado de dados relativos a doenças oncológicas integra-se na esfera de privacidade dos doentes, interferindo, nessa medida, na definição do conteúdo da vida privada, matéria respeitante a direitos, liberdades e garantias”. A conclusão é a de que “os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira (...), fazem parte da vida privada de cada um.”¹⁵⁴¹

Acresce ainda que o *direito à autodeterminação informacional*¹⁵⁴² e as regras básicas de proteção dos dados pessoais gozam de tutela constitucional, no art. 35.º. Este artigo consagra um conjunto de direitos fundamentais, relacionados com o tratamento informático de dados pessoais, com destaque para o direito ao sigilo, bem como a correspondente obrigação de confidencialidade que recai sobre os responsáveis pelos ficheiros e a proibição de acesso aos mesmos por terceiro.¹⁵⁴³

Por outro lado, o sigilo médico beneficia do regime especial, previsto no art.18.º da CRP, dos *direitos, liberdades e*

¹⁵⁴⁰ GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.º Ed., p. 467.

¹⁵⁴¹ Paulo MOTA PINTO, “A protecção da vida privada e a Constituição”, *BFD* (2000), p. 167.

¹⁵⁴² Este direito – que brota do *direito geral de personalidade* –foi enunciado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) na decisão de 15 de dezembro de 1983 (BVerfG, 15.12.1983 –1 BvR 209/83), que caracterizou este direito como a “faculdade de o indivíduo, a partir da autodeterminação, decidir basicamente sobre si mesmo quando e dentro de que limites pode revelar situações referentes à sua vida” e afirmou que se trata de “um direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais.”

¹⁵⁴³ Cf. Helena MONIZ, “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática”, *RPCC*, ano 7.º, II, Abril-Junho de 1997, p. 245-261.

garantias: aplicação imediata, vinculação de todos os sujeitos de direito, públicos e privados, e restrições impostas apenas por lei e na medida do necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

O direito à confidencialidade da informação de saúde e o correspondente dever de guardar sigilo por parte do médico, de outros profissionais de saúde e ainda de outras pessoas cuja profissão está relacionada com a prestação de cuidados de saúde, está prevista em várias normas de diplomas específicos do direito da saúde.¹⁵⁴⁴

O direito fundamental à intimidade da vida privada e familiar merece também a proteção de *ultima ratio* que é conferida pelo Direito Penal. Na compreensão do conceito de privacidade a doutrina penalista portuguesa adopta a *doutrina das três esferas* ou dos *três degraus*, segundo a qual se deverá distinguir: a) a esfera da *intimidade*; b) a esfera da *privacidade* e c) a esfera da *vida normal da relação*.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴⁴ Cf. Lei n.º 48/90, de 24 de agosto (Lei de Bases da Saúde) Base XIV, al. “d); o art. 15.º da Lei n.º 3/84, de 24 de Março (Lei da Educação sexual e acesso ao planeamento familiar); o art. 43.º da Lei de Ensaios Clínicos (Lei n.º 46/2004); o art. 4.º da Lei n.º 22/2007, de 29 de junho (Transplante de órgãos). A Lei n.º 32/2006, de 31 de julho (PMA) prevê o dever de sigilo no art 15.º, n.º 1 e no art. 43.º pune a *Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade*: “Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.” Este tipo legal de crime em legislação extravagante merece alguma reflexão crítica. Ou esta norma está em situação de *concurso aparente* com o tipo fundamental de crime previsto no art. 195.º do Código Penal, ou visa alargar a punibilidade a “*todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos.*” Ou seja, as pessoas podem ser punidas mesmo que não se enquadrem no filtro normativo do art. 195.º do Código Penal: “segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte.” Na primeira hipótese, trata-se de uma norma redundante; na segunda, poderá tratar-se de um alargamento da punibilidade excessivo e desproporcionado. As Cartas de Direitos dos Pacientes, embora não vinculativas, sintetizam de forma clara os direitos dos pacientes e contêm explicações muito úteis para os profissionais de saúde (cf. a *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes* e a *Carta dos Direitos do Doente Internado*).

¹⁵⁴⁵ Sobre a teoria das três esferas ou três degraus (*Dreistufentheorie*) vide, COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 95 ss. e no âmbito da doutrina laboral, vide MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 38. Paulo MOTA PINTO, O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *BFD* (1993) não concorda que a *teoria das três esferas* se aplique, sem reservas, no direito português.

“Na base do tipo legal de crime violação de segredo (art. 195.º do CP) está o dever de confidencialidade, em que se pretende proteger, para lá do simples interesse comunitário da confiança na discrição e reserva, a privacidade em sentido material, isto é, a privacidade no seu círculo mais extenso, abrangendo não só a esfera da intimidade como a esfera da privacidade *stricto sensu*.”¹⁵⁴⁶

O médico, outros profissionais de saúde e outras pessoas no exercício da sua profissão devem guardar confidencialidade relativamente não só aos dados sobre a *saúde*, como sobre outros aspetos relativos à *vida privada* do paciente. Ora, no entendimento de Helena Moniz, que acompanhamos, fazem parte da *esfera íntima* da pessoa: os dados relativos à filiação, residência, número de telefone, estado de saúde, vida conjugal, amorosa e afectiva, os fatos que decorrem dentro do lar, as informações transmitidas por carta ou outros meios de telecomunicações, os fatos passados que caíram no esquecimento, etc.^{1547 1548}

Destarte, os dados relativos ao *estado de saúde* merecem a mais forte proteção. Neste sentido, podemos constatar que a Lei nº 67/98 prevê um regime especial para os dados de saúde, considerando-os “dados sensíveis” (art. 7.º) e impondo “medidas especiais de segurança” (art. 15.º), quando esses dados forem objeto de tratamento, o que demonstra a natureza especialmente protegida destas informações.

No âmbito da relação clínica, o médico tem conhecimento de factos que pertencem à área de

¹⁵⁴⁶ Helena MONIZ, “Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000,” *RPCC*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000, p. 636.

¹⁵⁴⁷ Helena MONIZ, “Notas...” cit., p. 237.

¹⁵⁴⁸ Já o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 121/80, de 23 de julho de 1981 (*Coleção Pareceres – Volume VII*): considera que a privacidade compreende “aqueles atos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, aparecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais; em suma, tudo: sentimentos, acções e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem, mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a ideia que deles faz o público em geral.” Julgamos que esta noção, embora relevante, pode confundir o direito à reserva da intimidade da vida privada com o direito à honra, à reputação e ao decoro, referidos no n.º 3 do art. 79.º do CC.

*confidencialidade e reserva, mesmo à área da intimidade. A sua revelação ou divulgação arbitrárias (sem consentimento do paciente) e não justificadas “configuram um atentado socialmente intolerável a bens jurídicos criminalmente tutelados. E podendo, como tal, ser punida já a título de devassa da vida privada (art. 192.º CP), já sob a forma de violação de segredo (art. 195.º CP).”*¹⁵⁴⁹

O crime de *devassa da vida privada* é um *crime comum*, isto é, não depende da qualidade específica do agente. Quando o agente é um médico (ou outro profissional obrigado a sigilo), verifica-se uma relação de *concurso de normas* com o crime de violação de segredo (art. 195.º CP). A vida privada das pessoas merece a proteção do Direito Penal, e isto independentemente do carácter desonroso ou não desses factos. O bem jurídico que aqui está em jogo é a privacidade e não a honra. Por outro lado, o direito pretende evitar não apenas o acesso à informação (alíneas a) a c), mas também a divulgação desses factos (al. d)).

No que respeita ao crime de violação de segredo, o segredo terá de ser *alheio* (do paciente ou de terceiro); obtido *no exercício da profissão*: “só é segredo médico aquilo que o médico sabe de outra pessoa, apenas porque é médico;” “não é segredo penalmente relevante aquilo que o agente conhece em veste puramente “privada”.

Se o médico revelar informações sobre a saúde do paciente a terceiros, está preenchido o tipo legal de crime. E a ilicitude verificar-se-á se não houver qualquer causa de justificação. Trata-se de um crime semipúblico, pelo que é necessária a apresentação de *queixa*.¹⁵⁵⁰

O Código Penal alemão,¹⁵⁵¹ no § 203 StGB, refere-se à “violação de segredo da esfera privada”, abrangendo o segredo revelado ao médico ou conhecido por ele de outra forma. Ao contrário da norma portuguesa, o tipo legal de crime alemão contém uma *lista detalhada e extensa de todos aqueles que podem estar sujeitos à obrigação de segredo*¹⁵⁵² e, como

¹⁵⁴⁹ COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico, SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.162.

¹⁵⁵⁰ Cf. art. 198.º CP.

¹⁵⁵¹ Código Penal de 15 de Maio de 1871 na redação publicada em 13/11/1998.

¹⁵⁵² Em Portugal, como vimos, o tipo legal de crime é muito aberto, recorrendo-se a uma cláusula geral. O princípio da tipicidade assume assim uma grande – quiçá excessiva – elasticidade.

destaca Peter Hünerfeld,¹⁵⁵³ abrange os membros de uma seguradora que realiza seguros de saúde, de acidente e de vida, ou de pessoas que realizam a contabilidade do médico privado. Está também expressamente prevista a punição da revelação não autorizada de segredo depois da morte do interessado.

No plano civilístico, o direito ao sigilo médico enquadra-se no âmbito dos *direitos de personalidade*. Os direitos de personalidade são direitos absolutos, que impõem não apenas uma obrigação passiva universal, mas ainda um *dever de respeito*. O direito ao sigilo pode radicar em duas fontes, quer no *direito-quadro* que é o *direito geral de personalidade*, consagrado na lei, no art.70.º, quer no direito especial da personalidade, consagrado no art. 80.º, o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. O art. 483.º sanciona com o dever de indemnizar a violação de direitos de outrem, nomeadamente os direitos de personalidade. Provando-se o comportamento ilícito e culposo do médico, pode o lesado intentar uma ação de indemnização solicitando o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do ilícito praticado.

Importa lembrar que o sigilo médico assume uma importância extraordinária no mundo do trabalho. O art. 16.º do Código do Trabalho consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁵⁵⁴, enquanto o art.17.º, n.º 2, não permite que o empregador possa exigir “ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.” Acresce que o empregador não tem o direito de tomar conhecimento sobre o estado de saúde do trabalhador, competindo ao médico atestar a sua aptidão ou não para o trabalho e disso informar a

¹⁵⁵³ Peter HÜNERFELD, *Esfera Privada e Segredo*, *RPCC*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 198.

¹⁵⁵⁴ Art. 16.º (Reserva da intimidade da vida privada). Segundo Guilherme DRAY, in Pedro ROMANO MARTINEZ/ Luís MONTEIRO/ Joana VASCONCELOS/ Pedro BRITO/ Guilherme DRAY / Luís SILVA, *Código do Trabalho*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, p. 102 esta norma vai (aparentemente) mais longe do que o art. 80.º do Código Civil visto que abrange “quer o *acesso*, quer a *divulgação* de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, o que significa que para além da *intromissão*, também a *difusão* de tais elementos não é permitida.” Na doutrina juscivilista Paulo MOTA PINTO, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*,” *BFD*, 69 (1993), p. 531, já defendia esta distinção.

entidade patronal.¹⁵⁵⁵ Nesse sentido,¹⁵⁵⁶ dispõe o art. 19.º, n.º 3, do Código do Trabalho: “O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador *está ou não apto* para desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste.”¹⁵⁵⁷ A própria ficha clínica é objeto de proteção legal reforçada. O art. 247.º, n.º 2, da Lei n.º 35/2004, de 29 de julho, prescreve: “A ficha clínica está sujeita ao segredo profissional, só podendo ser facultada às *autoridades de saúde* e aos médicos da *Inspeção-Geral do Trabalho*.”¹⁵⁵⁸ Numa palavra: para além do comando constitucional e da legislação geral, o Direito impõe ao médico, no âmbito da medicina do trabalho, especiais exigências de *confidencialidade*.

O sigilo faz parte do estatuto profissional dos médicos e da deontologia que rege a respectiva atividade. O doente só revelará os detalhes pessoais se tiver a segurança e a confiança de que o médico os não revelará a terceiros. “O médico é o *confidente necessário* do doente. Este tem de lhe revelar aspetos íntimos para que o clínico possa proceder a um diagnóstico correto, primeiro passo para se alcançar o resultado desejado.”¹⁵⁵⁹

Na raiz da proteção da confidencialidade médica está a não revelação de segredos conhecidos no exercício da profissão, em ordem a proteger a esfera de segredo e de

¹⁵⁵⁵ Art. 17.º, n.º 3 – “As informações previstas no número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está apto ou não apto a desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste.”

¹⁵⁵⁶ Esta regra foi claramente enunciada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03, de 25 de junho de 2003. Veja-se também o Parecer da CNPD (Parecer n.º 8/2003) – sobre o Novo Código do Trabalho.

¹⁵⁵⁷ Para uma crítica da possibilidade de o trabalhador dar o seu consentimento, *vide* José João ABRANTES, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 165, n. 52 e o Parecer CNPD n.º 8/2003 – sobre o Novo Código do Trabalho da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

¹⁵⁵⁸ Redação da Lei n.º 9/2006, de 20 de março, que regulamenta o Código do Trabalho.

¹⁵⁵⁹ Luís VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico no direito português vigente”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 267. Assim, o Capítulo XI do CDOM regula a matéria do *segredo profissional* e o art. 85º afirma como princípio geral: “*O segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, e pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança.*”

privacidade do paciente.¹⁵⁶⁰ O Código Deontológico procura incluir no âmbito de proteção do segredo profissional factos a que o médico tenha acesso privilegiado pela conversa e observação do doente. A obrigação de segredo médico existe, quer o serviço solicitado tenha ou não sido prestado e quer seja ou não remunerado, e mantém-se *após a morte do doente*.

Ao abrigo do CDOM é também expressamente proibido ao médico enviar doentes para fins de diagnóstico ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada ao segredo médico. Daqui resulta que o segredo abrange não apenas os factos conhecidos *direta e exclusivamente* no exercício da profissão médica, mas ainda o conjunto de factos de que o médico teve conhecimento *porque era médico*.¹⁵⁶¹ Nesse sentido aponta quer o citado art. 86.º do CDOM, quer o art. 195.º do CP¹⁵⁶², quer, no plano do Direito Civil, o *princípio da boa fé*.¹⁵⁶³

A violação dos deveres deontológicos origina responsabilidade disciplinar. Qualquer interessado pode *participar* esse facto junto da Ordem dos Médicos os factos, instaurando-se o competente processo.¹⁵⁶⁴

52.1. Bens jurídicos protegidos

¹⁵⁶⁰ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 548. Nesse sentido, dispõe também o art. 67.º (Segredo profissional): “O segredo profissional impõe-se a todos os Médicos e constitui matéria de interesse moral e social.”

¹⁵⁶¹ Cf. ÁLVARO DIAS, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, *RPDC*, Ano II, n.º 4 (Maio de 1994), p. 9-32, 28 e ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, p. 303-304.

¹⁵⁶² COSTA ANDRADE, Comentário ao artigo 195.º do Código Penal, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 1116 ss..

¹⁵⁶³ “Assim, quando um doente encontra ocasionalmente o seu médico e lhe confia dados relativos ao seu estado de saúde ou sempre que uma pessoa, num qualquer evento social, contacta com um médico e, atendendo aos especiais conhecimentos deste, lhe revela pormenores ligados à sua saúde que não confiaria a mais ninguém que não fosse médico, nestas hipóteses há um investimento de confiança na discrição do médico, que parece perfeitamente justificado atento o conhecimento geral da existência de uma deontologia médica e, nela, do sigilo profissional.” – VASCONCELOS ABREU, *O segredo médico...*, p. 268.

¹⁵⁶⁴ Vide o *Estatuto Disciplinar dos Médicos*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 217/94, de 20 de agosto: artigos 6º, n.º 2 e 7º.

No plano clínico, o segredo é necessário ao procedimento e ao diagnóstico. O médico precisa de saber tudo para intervir com competência. “Donde seja indispensável que ao paciente seja assegurado que as confidências permanecerão no segredo, para que possa falar livremente. Semelhante compromisso permite estabelecer uma relação de confiança necessária a uma ação terapêutica rigorosa e coerente. Assim, a regra do segredo pode ser entendida como um valor instrumental visando a realização de fins imediatos (a saúde) e remotos (a humanidade no homem).”¹⁵⁶⁵

Quando as normas jurídicas estabelecem o dever de sigilo e garantem a confidencialidade das informações médicas não o fazem apenas para proteger a intimidade ou privacidade dos pacientes. Visam também proteger a própria *dignidade da profissão médica* e a *confiança da sociedade e dos pacientes na medicina e nos profissionais de saúde*. Donde, a extrema importância desta matéria para manter um bom sistema de saúde e para garantir a qualidade da assistência médica.

O segredo médico também visa promover interesses coletivos de saúde pública e de prestígio da medicina. Se houvesse falta de confiança na discrição dos médicos ou se não houvesse garantias de confidencialidade, muitos doentes, nomeadamente os portadores de doenças transmissíveis, poderiam abster-se de procurar cuidados de saúde, assim causando, consciente ou inconscientemente, o contágio de familiares e outros cidadãos.

Perante estes dois fundamentos, um de carácter mais *personalista* outro mais *comunitarista*, a doutrina moderna defende a primazia do primeiro. O dever de sigilo médico é o reverso do direito fundamental à intimidade da vida privada do paciente, por outro lado, este dever é estruturante e fundante da relação jurídica médico-paciente.¹⁵⁶⁶

No mesmo sentido, no Direito Penal português, “(...) tudo se conjuga no sentido da prevalência ou primado da dimensão pessoal-individual, isto é, da *elevação da privacidade à categoria de bem jurídico típico* (...)”. Costa Andrade invoca o elemento sistemático, o elemento literal e o elemento histórico (conversão em crime semipúblico). Assim, o *bem jurídico* no direito português é a *privacidade em sentido*

¹⁵⁶⁵ HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, Lisboa, p.331.

¹⁵⁶⁶ Cf. VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico...”, *cit.*, p. 270.

material, isto é, atos e factos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública: sentimentos, ações e abstenções. Mas apenas na medida em que é mediatizada por um segredo profissional. Sendo que, em segunda linha, é possível identificar a tutela de valores comunitários como o *prestígio e a confiança em determinadas profissões* (cf. art.135.º, n.º 5, do Código de Processo Penal).¹⁵⁶⁷

52.2. Objeto do direito ao sigilo

Só os fatos sigilosos, os fatos que não são conhecidos de terceiros, são objeto do dever de segredo. “O carácter reservado não emerge da obrigação de segredo, mas esta daquele.”¹⁵⁶⁸ As informações relativas à saúde de uma pessoa fazem parte da sua vida privada.¹⁵⁶⁹ Porém, o dever de segredo não abrange apenas as informações de saúde.¹⁵⁷⁰ “No ambiente de saúde ou de serviços sociais, o segredo médico define-se geralmente como uma regra deontológica que impõe a obrigação de discrição a qualquer indivíduo depositário, pelas suas funções, das informações que lhe são confiadas. A obrigação não abrange apenas as confidências mas também os fatos descobertos no exercício, ou por ocasião do exercício, da profissão.”¹⁵⁷¹

O *objeto* do dever de segredo abrange, designadamente: a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao medicamento, etc; os exames e meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e

¹⁵⁶⁷ Cf. COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense...*, p. 1119 ss. Em França e na Alemanha os confrontos de posições são semelhantes (interesse do doente, interesse da profissão médica, interesse da sociedade em geral), não se podendo afirmar que uma tese seja dominante; contudo, no direito alemão, o argumento da privacidade é mais convincente, visto que o processo penal depende de *queixa* (§203 e 205 StGB) –cf. Sabine MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Medical Privilege, A Comparison of German and French Law*, *EJHL* 5, 1998, p. 89-116)

¹⁵⁶⁸ VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico...”, *cit.*, p. 274.

¹⁵⁶⁹ Paulo MOTA PINTO, “O direito à reserva da intimidade da vida privada”, *cit.*, p. 527.

¹⁵⁷⁰ A informação de saúde está definida na Lei de informação genética e informação pessoal de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro): Art. 2.º (Informação de saúde) “*Para os efeitos desta lei*, a informação de saúde abrange todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar.

¹⁵⁷¹ HOTTOIS/ PARIZEU, *Dicionário de Bioética*, p.328.

tomografia computadorizada; as alternativas e os métodos de tratamento; os hábitos de vida; a situação económica ou profissional do paciente; as características físicas e psicológicas do doente; os traços de carácter revelados pelo paciente, as suas reações aos diferentes atos médicos; os fatos atinentes à sua vida privada, profissional, à situação económica, financeira ou política; os gostos, vícios, abusos, excessos e atos ilícitos.¹⁵⁷²

E pode mesmo abranger mais aspetos.¹⁵⁷³ De acordo com a experiência jurisprudencial alemã, o segredo médico abrange o *nome* do paciente;¹⁵⁷⁴ o *facto da própria consulta ou tratamento*; as *circunstâncias (hora, acompanhantes, tipo de viatura) em que um paciente chega ao hospital e que permitam identificá-lo*; a capacidade para fazer testamento; doença venérea; consumo de estupefacientes; seropositividade; a desfloração, feridas e cicatrizes.¹⁵⁷⁵ Os *segredos de terceiro* também são abrangidos pelo dever de confidencialidade.¹⁵⁷⁶

¹⁵⁷² Cf. LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 550 e COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, p. 184-185.

¹⁵⁷³ Segundo o art. 86º do CDOM, o segredo médico impõe-se em todas as circunstâncias dado que resulta de um direito inalienável de todos os doentes. Abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela, compreendendo os factos revelados diretamente pela pessoa, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela; os fatos apercebidos pelo médico, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros; os factos resultantes do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e terapêutica referentes ao doente; os fatos comunicados por outro médico ou profissional de saúde, obrigado, quanto aos mesmos, a segredo médico.

¹⁵⁷⁴ Helena MONIZ, “Segredo Médico...”, cit., p. 641, entende que a identificação, em princípio, por si só, não constitui uma informação no âmbito do segredo profissional. Todavia, em casos especiais, a identidade do paciente é protegida pelo sigilo médico. Assim acontece no âmbito da Lei n.º30/2000, de 29 de novembro, relativa ao regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Segundo o art. 3.º é garantido ao consumidor que solicita o tratamento espontâneo “*o sigilo, estando os médicos, técnicos e restante pessoal de saúde que assistam o consumidor sujeitos ao dever de segredo profissional, não sendo obrigados a depor em inquérito ou processo judicial ou a prestar informações sobre a natureza e evolução do processo terapêutico ou sobre a identidade do consumidor.*”

¹⁵⁷⁵ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 551

¹⁵⁷⁶ COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, p. 184-185: “Aqui também podem estar em causa factos relativos à saúde – v.g. a confiança ao médico que o seu cônjuge é seropositivo. Ou fatos relativos a outras áreas da vida privada do terceiro. Como acontece com o paciente que conta ao médico que o chefe do seu serviço mantém relações sexuais

52.3. Sujeitos do dever: pessoas obrigadas ao sigilo

Numa perspectiva de Direito Civil, não é decisivo distinguir quais as pessoas que estão sujeitas ao dever de sigilo das que o não estão, visto que todas as pessoas podem vir a ser chamadas à responsabilidade (ou podem ser réus numa ação de proteção de direitos de personalidade, nos termos do art. 70.º, n.º2) se violarem a *intimidade da vida privada* de outrem. Ou seja, não estando o Direito Civil sujeito ao princípio da tipicidade, o bem jurídico intimidade – que é lesado pela revelação de informações sobre a saúde de terceiros – tanto merece proteção perante agressões praticadas por pessoas obrigadas ao dever de sigilo, como perante agressões perpetradas por terceiros.¹⁵⁷⁷

Todavia, na medida em que possa ajudar na definição de uma conduta ilícita (por violação do dever de confidencialidade) sempre deixaremos um elenco das profissões oneradas, mas simultaneamente prestigiadas, com o dever de sigilo.

Assim, todos os profissionais de saúde, bem como o pessoal auxiliar à prestação de cuidados estão obrigados ao dever de confidencialidade. Assim, acontece com os Médicos,¹⁵⁷⁸ com os Médicos Dentistas¹⁵⁷⁹, os Enfermeiros¹⁵⁸⁰, os Farmacêuticos¹⁵⁸¹ e os terapeutas não convencionais.¹⁵⁸² Por

extraconjugais; ou aqueloutro que conta ao psiquiatra os excessos do seu cônjuge.”

¹⁵⁷⁷ Como vimos, o Código Penal prevê o crime de *devassa da vida privada* (art. 192.º CP) que configura um crime comum.

¹⁵⁷⁸ Cf. o Estatuto da Ordem dos Médicos (Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de junho) impõe o segredo profissional como um dos deveres dos médicos (art. 13.º, c) EOM), cuja violação pode conduzir à aplicação de uma pena disciplinar. No mesmo sentido, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, prescreve, no art. 67.º o dever de sigilo.

¹⁵⁷⁹ Cf. o Estatuto da Ordem dos Médicos Dentistas (aprovado pela Lei n.º 110/91, de 29 de agosto, com a redação da Lei n.º 82/98, de 10 de dezembro, e da Lei n.º 44/2003, de 22 de agosto) estabelece o dever de segredo no art. 12.º, n.º 1, al. c). Também o Código Deontológico dos Médicos Dentistas, que foi aprovado pela Assembleia Geral da Ordem dos Médicos Dentistas, contém normas relativas a esta matéria.

¹⁵⁸⁰ O Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 104 /98, de 21 de abril) prevê o dever de sigilo (art. 85.º).

¹⁵⁸¹ O art. 101.º e 102.º Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos (publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º288/2001, de 10 de novembro)

outro lado, também os *Técnicos de tratamento de dados* estão também obrigados a sigilo¹⁵⁸³ e, em suma, *todo o pessoal hospitalar* é obrigado a guardar segredo de ofício relativamente aos factos de que tenha conhecimento no exercício das suas funções, nos mesmos termos do pessoal médico.¹⁵⁸⁴ Donde todas estas pessoas têm um especial dever de cuidado quer de se abster de comportamentos que lesem a intimidade da vida privada quer de praticar atos que visem proteger essa mesma privacidade – lado positivo do dever geral de respeito que impende sobre a contraparte de um direito de personalidade.

53. Quebra legítima do sigilo médico – causas de justificação

O direito à intimidade da vida privada não é um direito absoluto; é aliás frequentemente objeto de ‘conformação’ com vista à tutela de outros direitos e interesses juridicamente protegidos.

Analisemos sucintamente algumas situações que poderão configurar uma causa de justificação da violação do dever de sigilo, algumas gerais, como o consentimento (art. 340.º, n.º1 CC), o consentimento presumido (art. 340.º, n.º3 CC), o estado de necessidade (art. 339.º CC) e a prossecução de interesses legítimos, outras têm um fundamento legal específico.

53.1. O consentimento

contém, no capítulo relativo à deontologia profissional, uma a secção relativa ao sigilo profissional, que impõe não apenas condutas negativas mas também deveres positivos de precaução.

¹⁵⁸² A Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais) prescreve que no âmbito das terapêuticas não convencionais se impõe a obrigação de respeitar a confidencialidade dos dados pessoais e de guardar sigilo (art. 10.º e 14.º).

¹⁵⁸³ Cf. o n.º 4 do art. 7.º da LPDP, os profissionais não médicos que fizerem o tratamento de dados estão também obrigados ao dever de sigilo, podendo incorrer na prática do crime previsto no art. 47.º da mesma Lei. Por seu turno, o art. 17.º prescreve: “1 –Os responsáveis do tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções.

¹⁵⁸⁴ Segundo o art. 57.º do Estatuto Hospitalar (Decreto n.º 48357, de 27 de abril de 1968), (A vigência do Estatuto Hospitalar foi expressamente ressalvada pelo n.º2 do art. 21.º do Decreto-Lei n.º 19/88, de 21 de janeiro (aprova a lei de gestão hospitalar), em tudo o que não se encontre regulado neste diploma e respetiva regulamentação).

Se o interessado consentir na revelação do segredo não há lugar a qualquer ilícito.¹⁵⁸⁵ O consentimento do titular do segredo é livre;¹⁵⁸⁶ todavia, por vezes a revelação de um segredo de uma pessoa pode implicar a violação da privacidade de outra pessoa.¹⁵⁸⁷ O consentimento pode ser expresso ou tácito.¹⁵⁸⁸ Os tribunais alemães têm uma interpretação restritiva do *consentimento tácito*. Assim, ele abrange os casos de aconselhamento entre colaboradores ou ajudantes do médico e o médico. Mas nem sempre estão justificados os casos de *aconselhamento* entre médicos por ocasião de um tratamento. No nosso sistema jurídico, entendemos que, em regra, será de aplicar o consentimento presumido.

53.2.O consentimento presumido

O consentimento presumido (art. 39.º do CP e art. 340.º, n.º3 CC) constitui uma causa de justificação autónoma, distinta do consentimento. Este instituto tem relevo quando o interessado (ou o seu representante legal) não pode pronunciar-se sobre o tratamento, tratando-se de situações especiais, como por exemplo, a comunicação a familiares de uma vítima, que chegou inconsciente, de um acidente.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁵ O consentimento também é condição necessária para as publicações, quando identificar o paciente. Segundo o art. 102.º CDOM: “O Médico pode servir-se das suas observações clínicas para as suas publicações, mas deve proceder de modo a que não seja possível a identificação dos doentes, a menos que previamente autorizado a tal.”

¹⁵⁸⁶ No direito francês, costuma entender-se que o sigilo médico é geral e absoluto e que nem o próprio titular pode autorizar o médico a revelar informação confidencial. –Sabine MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Medical Privilege, A Comparison of German and French Law, EJHL* 5, 1998, p. 95 ss. Esta tese é única do direito gaulês, pois nem ordenamentos jurídicos que fundam o direito à confidencialidade na Constituição, como a Alemanha e os EUA, aceitam esta ideia de um direito geral e absoluto, antes considerando que a deve ser ponderado ou harmonizado com outros direitos.

¹⁵⁸⁷ O art. 88.º do CDOM afirma: “*Excluem o dever de segredo médico: a) O consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu representante legal, quando a revelação não prejudique terceiros pessoas com interesse na manutenção do segredo médico.*”

¹⁵⁸⁸ Cf. art. 38.º CP e art. 217.º CC.

¹⁵⁸⁹ Agora expressamente previsto na Lei n.º 33/2009, de 14 de julho: Direito de acompanhamento dos utentes dos serviços de urgência do Serviço Nacional de Saúde (SNS). Afirma o art. 4.º (Direitos e deveres do acompanhante): “1 –O acompanhante tem direito a informação adequada e em tempo razoável sobre o doente, nas diferentes fases do atendimento, com as exceções seguintes: a) Indicação expressa em contrário do doente; b) Matéria reservada por segredo clínico.”

Após a morte, poderá justificar-se a *quebra de sigilo*, lançando mão do consentimento presumido, numa situação de conflito entre herdeiros, em que são necessários certos conhecimentos que apenas podem ser obtidos através do médico que tratou o falecido.¹⁵⁹⁰ O mesmo se aplica no caso de os familiares de uma vítima de erro médico quererem ter acesso ao processo clínico para fundamentar uma ação de responsabilidade, poderá também defender-se o consentimento presumido.

No mesmo sentido, a alínea b) do art. 88.º do CDOM permite ainda a revelação do segredo na medida do que for absolutamente necessário à *defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do doente*. Mas esta quebra do sigilo está sujeita a dois limites: não pode o médico revelar mais do que o necessário e carece de prévia consulta ao *Presidente (!)* (isto é, Bastonário) da Ordem. A norma tem interesse, entre outros casos, para que as pessoas constantes do elenco do art. 71.º, n.º 2 possam reagir contra ofensas a bens de personalidade do já falecido, ou quando os familiares queiram ter acesso aos ficheiros clínicos com o objectivo de responsabilizar o médico. “A vontade hipotética de um cidadão comum, reconstruída em termos objetivos, com apelo ao princípio da boa fé, vai certamente no sentido de facultar aos familiares o acesso à informação necessária para uma eventual responsabilização do médico que o assistiu sem sucesso.”¹⁵⁹¹

Finalmente, apenas se deve lançar-se mão da causa de justificação consentimento presumido quando o *consentimento não for possível* ou quando *desproporcionalmente difícil ou oneroso*.¹⁵⁹² Por outro lado, a utilização desse instituto só é

¹⁵⁹⁰ HÜNERFELD, *Esfera Privada e Segredo*, cit., p. 201; no direito francês BERNARD, *160 questions en responsabilité médicale*, p. 75: “les ayant droit peuvent avoir accès à des informations couvertes par le secret si seules celles-ci leur premettent de faire valoir leurs droits patrimoniaux.”

¹⁵⁹¹ VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico...”, cit., p. 278.

¹⁵⁹² Podemos lançar mão, por analogia, do critério constante da obrigação de indemnização, no art. 566.º, n.º1, CC: “1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.” No nosso caso a obrigação não é a de indemnização cujo remédio principal é a *restitutio in integrum*, mas que admite – subsidiariamente – a indemnização em dinheiro, mas sim a “obrigação” de obter o consentimento do titular da informação, que pode ser “suprida” pelo consentimento presumido, quando o cumprimento daquela for excessivamente oneroso para o devedor/ médico.

legítima se tiver em vista a proteção de uma *finalidade terapêutica atual* do paciente, isto é, que tenha em vista contribuir para cuidados de saúde de que o doente careça ou previsivelmente venha a necessitar no futuro próximo.

Sendo esta uma figura excepcional deveremos lançar mão do *princípio de controlo procedimental*, segundo o qual se exige que haja uma *fundamentação suficiente* por parte do médico que solicita a informação. Só assim pode o obrigado ao sigilo justificadamente quebrar o segredo revelando informação confidencial.

53.2.1. O segredo partilhado

No âmbito do consentimento presumido podemos influir o que a doutrina chama de *segredo partilhado*. O interesse do doente, fundamento da obrigação do segredo médico, justifica que a obrigação possa circular, na medida do necessário, entre os diferentes profissionais que intervêm no tratamento.

Assim acontece desde logo, quando, de acordo com o dever de respeito por qualificações e competência, o médico assistente “quando lhe pareça indicado, deve pedir a colaboração de outro médico ou indicar ao doente um colega que julgue mais qualificado” (art. 36.º, n.º 3 CDOM).¹⁵⁹³ Esta transmissão de informações a outro especialista tem na sua base o *consentimento* do doente de solicitar os serviços de um médico especialista. Porque existe este *triângulo de confiança* entre o médico assistente, doente e médico consultor, é legítimo que a circulação circule entre as partes desta relação complexa, triangular ou mesmo quadrangular. Ou seja, o doente é o “pivot” em torno do qual gira a informação, pelo que a transferência mútua de informações entre o médico assistente e os médicos responsáveis pelo internamento fundamenta-se num consentimento, ainda que tácito, do doente. Por outro lado, a própria norma em análise realça que se trata de transmitir apenas as “informações úteis”... e não outras.

¹⁵⁹³ Estando em causa exames e terapêuticas especializados, o art. 138º do novo CDOM impõe o dever de recomendação. No caso de hospitalização, prescreve o art. 140º: “1. O médico assistente que envie um doente a um hospital deve transmitir aos respetivos serviços médicos os elementos necessários à continuidade dos cuidados clínicos. 2. Os médicos responsáveis pelo doente no decurso do seu internamento hospitalar devem prestar ao médico assistente todas as informações úteis acerca do respetivo caso clínico, através de relatório escrito.”

Não se veja nesta norma uma autorização genérica de envio de informações de umas instituições hospitalares para outras, sem consideração pela vontade do doente. Antes o cumprimento de um *dever de colaboração entre médicos que se fundamenta no consentimento do doente*, ou – em casos excepcionais e devidamente fundamentados – no seu *consentimento presumido* e que abrange apenas a informação de saúde pertinente para o processo terapêutico em causa, mais exatamente “as informações úteis acerca do *respetivo* caso clínico.”

Assim, na ausência de disposição legal em contrário, esta causa de justificação – o consentimento presumido – não inclui, em regra, *finalidades científicas*,¹⁵⁹⁴ nem *finalidades de organização dos serviços*. Desde logo porque só mediatamente estes fins serão úteis ao doente. Em segundo lugar porque, em regra, é possível e fácil (não despropositadamente oneroso) pedir o consentimento ao próprio titular dos dados, o cidadão doente.

53.2.2. Transferência de fichas

Para a doutrina alemã, o *consentimento tácito* não abrange os casos de o médico que deixa de exercer e transmite com o seu consultório os ficheiros dos pacientes a outro médico.¹⁵⁹⁵ Podemos estar perante casos de violação do dever de sigilo.

Contudo, o art.103.º (*Destino dos registos em caso de transmissão de consultório*)¹⁵⁹⁶ do CDOM parece apontar para uma situação de *consentimento presumido* dos pacientes, salvaguardando a possibilidade de os pacientes se recusarem a essa transmissão.

Estamos assim perante duas perspetivas antagónicas. Para alguns (os tribunais alemães), os pacientes deverão dar o *consentimento expresse* para que haja transmissão das fichas do doente; segundo o CDOM haverá uma situação de consentimento presumido. Seria mais conforme ao direito à intimidade da vida privada (art. 26.º CRP) exigir que o médico *notifique* todos os doentes notificando-os de que vai transmitir o consultório e solicitando-lhes *autorização expressa*

¹⁵⁹⁴ Salvo se a informação for anonimizada.

¹⁵⁹⁵ HÜNERFELD, *ob. Cit.*, p. 200.

¹⁵⁹⁶ Art. 103.º, n.º 1: “Quando o Médico cesse a sua atividade profissional, as suas fichas devem ser transmitidas ao Médico que lhe suceda, salvaguardada a vontade dos doentes interessados e garantido o segredo profissional.”

(consentimento expresso) para transmitir os seus processos, ou pelo menos, impor um dever geral de aviso, presumindo-se – na ausência de resposta em contrário – que o paciente autoriza a transmissão de fichas. Outros dirão que esta *burocratização* excessiva poderia lesar o bem jurídico “saúde” dos próprios pacientes. Com efeito, o processo clínico tem um valor precioso para a prática clínica, permitindo um melhor diagnóstico e um tratamento mais adequado. Donde, as eventuais exigências de notificação ao paciente e de autorização expressa do mesmo poderiam conduzir a uma indesejável destruição do processo.

Não nos parece seguro que esta norma do CDOM possa considerar-se válida.¹⁵⁹⁷ Assim, com vista a salvaguardar o seu conteúdo normativo *conforme à Constituição*, deve ser interpretada de forma restritiva, *otimizand*o o conflito de interesses aqui presente. Assim, as fichas podem ser transmitidas ao médico que suceda no consultório, quando *o médico cesse a atividade*; mas não quando o primeiro médico continue a exercer em local diferente. Por outro lado, o depositário dos processos clínicos deve *notificar* todos os doentes para que estes possam recusar a transferência de ficheiro.

Contudo, se a notificação for impossível aceitamos a transmissão do ficheiro, com base na ideia do *risco permitido*. Esta interpretação coaduna-se ainda com a letra da norma, que releva a salvaguarda da vontade *dos doentes interessados* e a *garantia do segredo profissional*.

53.3.O direito de necessidade

O direito de necessidade é uma cláusula de exclusão da ilicitude tradicional, prevista quer no Código Penal (art.34.º), quer no Código Civil (art.339.º). A doutrina¹⁵⁹⁸ entende que se pode aplicar o direito de necessidade em alguns grupos de casos em que se sacrifica a intimidade da vida privada em favor de um valor concretamente superior.

É o que acontece nos casos (1) *relativos à administração da justiça penal*, no caso de perigo fundamentado de *repetição* de prática de ilícitos penais graves

¹⁵⁹⁷ No mesmo sentido, referindo-se aos ficheiros de pessoas falecidas, VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico...”, *cit.*, p. 284.

¹⁵⁹⁸ Recorremos a exemplos de HÜNERFELD, *Esfera Privada e Segredo*, *cit.*, p. 204 e de COSTA ANDRADE, *Comentário*, I, p. 1159 ss..

ou quando seja necessário para evitar a condenação de um inocente.

Também assim (2) em situações *relativas à proteção de interesses de terceiros*, no caso da informação a um familiar que coabite com o paciente dos perigos de infeção de uma doença grave, nos estritos termos que veremos de seguida, ou na hipótese de o médico informar as autoridades de trânsito sobre a doença grave e permanente de que alguém é portador, porque devido a ela o doente constitui um perigo real para a segurança rodoviária, tornando-se imperativo a cassação da licença de condução.

O direito de necessidade é ainda aceite (3) *para defesa de interesses do próprio médico*, pela necessidade de salvaguarda dos legítimos interesses do médico também pode justificar a quebra do sigilo. O médico poderá, após consulta ao ‘Presidente’ da Ordem (*sic*),¹⁵⁹⁹ quebrar o sigilo a que se encontra vinculado nos casos em que isso seja absolutamente necessário à defesa da sua dignidade, da sua honra e dos seus legítimos interesses (art. 88.º, al. b) do CDOM). Um exemplo será no âmbito de um processo de responsabilidade médica movido pelo paciente contra o médico, este vir a juízo defender-se. Assim, a quebra do sigilo é legítima para afastar a imputação desonrosa feita ao médico.

53.3.1. Comunicação a terceiros de que o paciente sofre de doença transmissível grave

Tem sido maioritariamente aceite a licitude, através do direito de necessidade, da revelação de segredo relativo a doença grave e transmissível para a salvaguarda da vida e da saúde de terceiros, nomeadamente no caso da SIDA.

É essa a opinião do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, que se que deu o seguinte parecer (Parecer 32/CNECV/2000).¹⁶⁰⁰ Também Costa Andrade entende que é

¹⁵⁹⁹ Deve interpretar-se *Bastonário da Ordem*; a designação *Presidente da Ordem* é um resquício do Estatuto da Ordem dos Médicos de 1956 (Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40651, de 21 de junho de 1956), que se manteve na versão do Código Deontológico de 1985 e de 2008, por inércia de redação. A Ordem dos Médicos foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 29171, de 24 de novembro de 1938.

¹⁶⁰⁰ “(...) 2. Se, mesmo assim, não conseguir persuadir o seu doente, a médica deve informá-lo que irá cumprir a sua obrigação de comunicar à mulher a seropositividade do seu marido e os riscos da sua transmissão, o

hoje praticamente consensual a licitude (*ex vi* direito de necessidade) da revelação do segredo relativo a doença grave e transmissível com vista à salvaguarda da vida e da saúde de terceiros. O médico pode revelar aos familiares que alguém é portador da doença sexualmente transmissível caso ele não se disponha a fazê-lo. Reconhece-se ao médico o direito de necessidade de informar os familiares do portador da doença que se recusa a fazê-lo bem como outros médicos ou profissionais de saúde que vão lidar com ele.¹⁶⁰¹ Segundo o Penalista coimbrão, já se questiona inclusivamente, se, para além do *direito*, não haverá casos em que o médico tem o *dever de* o fazer. Por exemplo, no caso de um casal em que o médico é simultaneamente médico de ambos, tendo portanto o dever de informar um dos seus consulentes sobre os riscos de saúde em que incorre, mesmo violando outro dever, o de manter sigilo sobre o estado clínico de outro dos seus doentes.¹⁶⁰²

Se afirmarmos a existência de um dever de informar,¹⁶⁰³ estando o médico na posição de garante face ao cônjuge lesado, pode incorrer em responsabilidade criminal por prática de *homicídio* ou *ofensas à integridade física por omissão* (art. 10º CP – que regula a omissão impura).

Outros autores, como o francês Olivier Dupuy,¹⁶⁰⁴ defendem que o médico está obrigado ao dever de sigilo, mesmo perante o cônjuge, por várias razões. Desde logo, tratar-se-ia de uma violação do artigo do Código Penal francês que incrimina a violação do sigilo profissional e o mesmo Código não prevê uma exceção a essa regra da confidencialidade.¹⁶⁰⁵

que não pressupõe, neste caso, quebra do sigilo médico. 3. Esta comunicação é indispensável para que a mulher do doente possa fazer os testes de diagnóstico e iniciar tratamento, caso já tenha sido infectada.”

¹⁶⁰¹ COSTA ANDRADE, *Comentário*, I, p. 1160 ss..

¹⁶⁰² COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, p., 243 ss.

¹⁶⁰³ Nesse sentido, Peter HÜNERFELD, *Esfera Privada e Segredo*, *cit.*, p. 212: “deve-se, em princípio, considerar que o médico está obrigado a informar o parceiro em perigo, quando ambos os parceiros se encontram em tratamento no mesmo médico e este for o único meio fiável que permita informar o parceiro da existência de uma infecção VIH.”

¹⁶⁰⁴ Olivier DUPUY, *L'information médicale*, p. 60.

¹⁶⁰⁵ Porém, numa interpretação estrita, o n.º2 do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem parece exigir que limites ao direito à reserva da intimidade da vida privada estejam previstos em lei. Afirma a Convenção: “2 – Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver *prevista na lei* e constituir uma providência que, numa *sociedade democrática*, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções

Para além disso, *uma prática de denúncia sistemática dissuadiria as pessoas de realizar os testes de despistagem do vírus considerando que a sua família iria ficar a conhecer o seu estado de saúde*. Pode-se pensar que a introdução de um direito à revelação induziria paradoxalmente ao desenvolvimento de uma desresponsabilização dos indivíduos contaminados. O paciente renunciaria à despistagem tendo em conta o risco de marginalização social e familiar involuntária. Acresce que o médico teria muita dificuldade na identificação da pessoa a informar e a capacidade de revelação que se concedesse aos médicos não permitiria garantir uma difusão perfeita da informação.

Isto sem embargo de se poder impor um controlo *anonimizado* para efeitos estatísticos e epidemiológicos.¹⁶⁰⁶ Contudo, a comunicação nominal não deve ser usada no caso do VIH. Na Alemanha existe apenas o dever de comunicação *não nominal*. Isto é, não se revela o nome do portador de VIH.
1607/ 1608

penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a *proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*.”

¹⁶⁰⁶ Portaria n.º 258/2005, de 16 de março. Cf. Maria do Céu RUEFF, “Confidencialidade, Aconselhamento e Discriminação”, *Arquivos de Medicina*, v. 23, n.º2, Porto, mar. 2009. Afirma a Autora: “O objectivo da Portaria expressa no verso da folha de notificação: *Definição de Casos de Sida para Fins de Vigilância Epidemiológica*. Estatuíu-se *apenas* o dever de declaração dos casos de HIV/Sida ao Centro de Vigilância Epidemiológica das Doenças Transmissíveis, a coberto de confidencialidade, para um correto entendimento do número de casos. Isto não desencadeia a aplicação à situação de HIV/Sida de regimes associados às tradicionais doenças contagiosas, nomeadamente: a Lei n.º 2 036, de 9 de Agosto de 1949 (luta contra as doenças contagiosas), ou diplomas que preveem a evicção escolar por motivos de doenças transmissíveis./ A Portaria n.º 258/2005 prevê o modo de proteção dos dados a fornecer, pelo que *o dever de declaração é feito de modo “procedimentalmente” controlado, não se confundindo com comunicação de informação a terceiros*.”

¹⁶⁰⁷ A *Recomendação R (89) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Parte sobre os assuntos éticos da infecção VIH nos serviços de saúde e nos equipamentos sociais* impõe aos Estados o dever de lutar contra a discriminação dos portadores de HIV/SIDA na relação laboral, colocando especial ênfase nos deveres de *confidencialidade* e de *não discriminação* dos portadores de VIH que recaem sobre os profissionais de saúde da medicina do trabalho.

Esta mesma linha de raciocínio é seguida pelos tribunais da União Europeia. Vejam-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Setembro de 1992 (in *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 1992-9, p. II 2197”) e o Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça, de 5 de Outubro de 1994 (*Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*,

Concordamos que, em situações limite, o médico pode revelar essa informação ao cônjuge, parceiro sexual ou outro terceiro que esteja perante um perigo iminente de contágio.¹⁶⁰⁹ Já a afirmação de que o médico tem um *dever de informar*, cujo não cumprimento poderia levar à condenação por homicídio ou ofensa à integridade física grave, deve merecer a maior cautela e prudência por parte do aplicador do Direito.

A responsabilização de um médico pela sua omissão (art. 496.º CC) de um dever de comunicar um dado de saúde,¹⁶¹⁰ conduz a uma afetação radical da relação médico-paciente que tem na sua base, necessariamente, a *confiança*. Como afirmam Mason e McCall Smith:

“The crucial dilemma here is whether relaxation of the confidentiality rule would lead to failure to seek advice and treatment and hence to the spread of the disease, or whether the imposition of absolute secrecy improperly denies others the opportunity to avoid the risk of exposure to infection.”¹⁶¹¹

Por isso, a quebra da confidencialidade deve ser excepcional. “Any departure from the strictest anonymity in respect of HIV-related information must be subject to intense scrutiny.”¹⁶¹²

1994-10, I-4781 a 4793). Cf. António COLAÇO, “O infectado de VIH: a aguardar cidadania plena em sede laboral (Resenha jurisprudencial; pistas para uma solução jurídica), *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2003, n.º 93, p. 101-112.

¹⁶⁰⁸ Sobre os problemas jurídicos colocados pelo VIH/SIDA e suas implicações no âmbito do direito ao sigilo médico e do direito à não discriminação, vejam-se os nossos trabalhos: André Gonçalo DIAS PEREIRA, “Os Direitos dos Utentes Seropositivos nos Lares de Terceira Idade”, *Lex Medicinæ*, n.º 5, 2006, p. 145-158; IDEM, “Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de caso”, *Lex Medicinæ*, N.º 6, 2006, p. 121-135; IDEM, “Cirurgião Seropositivo: do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 97-114.

¹⁶⁰⁹ No mesmo sentido pronunciou-se a Associação Médica canadiana, afirmando que o médico, em último recurso, podia efetivamente divulgar essa doença ao cônjuge – Cf. HOTTOIS/ PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p. 333. Na doutrina portuguesa, entre outros, vide Carla AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública*, cit., p. 32-33; VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, p. 248-252.

¹⁶¹⁰ Cf. exemplos de decisões da jurisprudência alemã, em COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico*, cit., p. 244. Nestes casos, o médico encontra-se numa posição de garante.

¹⁶¹¹ MASON/ MCCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*⁵, 1999, p. 198.

¹⁶¹² MASON/ MCCALL SMITH, *Law and Medical Ethics*⁵, p. 199.

Contudo, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, na sua versão de Novembro de 2008 trouxe relevantes novidades nesta matéria. Aí se afirma, no art.89.º que:

“2. Sendo a preservação da vida o valor fundamental, deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar este comportamento, nomeadamente declarando que irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. *Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer.*”

O Código estabelece assim, aparentemente, um *dever de informar* as pessoas em risco. A Ordem dos Médicos optou pela consagração da chamada *doutrina Tarasoff*.

A “*Tarasoff rule*” foi aplicada pelo Supremo Tribunal da Califórnia¹⁶¹³ e em 1985 plasmada em lei nesse mesmo Estado americano. Segundo essa lei californiana, um psicoterapeuta tem o *dever de proteger ou avisar uma terceira pessoa* se o terapeuta acreditar ou prever que o paciente representa um *perigo sério de ofensa grave à integridade física de uma vítima razoavelmente identificável*.¹⁶¹⁴

A consagração desta norma na parte final do n.º 2 do art. 89.º do Código Deontológico terá relevância meramente interna, em processos disciplinares, ou pode ter relevância externa, designadamente num processo de responsabilidade civil?

¹⁶¹³ *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr. 14 (Cal. 1976)

¹⁶¹⁴ Apesar de a lei pretender restringir o alcance desse dever de violação do sigilo profissional, em 2004 o Tribunal de Apelação da Califórnia (nas decisões *Ewing v. Goldstein* (120 Cal. Ap. 4th 807 [2004]) e *Ewing v. Northridge Hospital Medical Center* (120 Cal. Ap. 4th 1289 [2004]) voltou a ampliar esse dever. No Canadá, um grupo de peritos de Ontário defendeu em 1998 o dever de avisar em caso de risco grave e iminente para terceira pessoa. Cf. Lorraine E. FERRIS/ John CARLISLE/ Brian HOFFMAN/ Cheryl KATZ/ Marvin SILVERMAN, *Defining the physician’s duty to warn: consensus statement of Ontario’s Medical Expert Panel on Duty to Inform*, *CMAJ (Canadian Medical Association)* JUNE 2, 1998; 158 (11): the panel members concluded that the need to protect the public from serious risk of harm is a paramount concern that should supersede the duty of confidentiality.

Julgamos que a referida norma não é decisiva por duas ordens de razões. Primeiro, porque se trata de um Código que afirma claramente a diferença entre a Deontologia e o Direito/Lei; segundo, porque foi publicado sob a forma de um Regulamento, na II.^a Série do Diário da República, e que consequentemente não seguiu os exigentes trâmites de publicidade e controlo a que se submete a Lei em sentido formal.

Dar o passo de impor responsabilidade civil do médico de forma ampla,¹⁶¹⁵ poderia ferir gravemente a relação médico-paciente. Assim, somos de parecer que apenas em casos extremos pode o tribunal mobilizar essa norma (o art. 89.º, n.º 2 CDOM), no sentido de aplicar o art. 486.º CC que consagra a responsabilidade por omissões e condenar civilmente um médico que, em consciência, tenha optado por respeitar o comando hipocrático de guardar segredo em detrimento de avisar a potencial vítima.

53.4. A cobrança (judicial ou extrajudicial) de honorários

Esta polémica questão está regulada no art. 90.º do CDOM: “Na cobrança judicial ou extrajudicial de honorários, o Médico não pode quebrar o segredo profissional a que está vinculado, *salvo* o disposto no art. 88.º, a) e b).”

Esta ressalva da parte final deste artigo deve ser interpretada no sentido de permitir a quebra de segredo para a cobrança de honorários. Se o médico obtiver um *parecer favorável do Presidente da Ordem dos Médicos*, pode quebrar, dentro do princípio da proporcionalidade, o sigilo médico para cobrar honorários.¹⁶¹⁶ Aliás, se assim não fosse, não se descortina como poderia o médico fazer valer o seu direito constitucionalmente tutelado (art. 22.º CRP). No mesmo sentido, Peter Hünerfeld aceita a divulgação de segredo necessária à sua autodefesa, e o mesmo vale no que se refere à defesa dos seus direitos no âmbito de um litígio referente ao pagamento de honorários.¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁵ Não nos pronunciamos – pois não é o objeto do nosso estudo – sobre a responsabilidade criminal, embora o princípio da unidade da ordem jurídica em sentido unilateral possa conduzir a que a solução seja, em regra, semelhante.

¹⁶¹⁶ Cf. a interpretação de VASCONCELOS ABREU, “O segredo médico...”, *cit.*, p. 278.

¹⁶¹⁷ HÜNERFELD, “Esfera Privada e Segredo”, *cit.*, p. 204

Este caso não configura um verdadeiro estado de necessidade, já que os interesses patrimoniais do médico não se afiguram (pelo menos em abstracto) *sensivelmente superiores* ao interesse pessoal da privacidade do paciente. Tecnicamente, Costa Andrade entende estarmos aqui perante uma situação de *quase-legítima-defesa*.¹⁶¹⁸ Laufs e Uhlenbruck, por seu turno, preferem enquadrar este caso na causa de justificação “*prossecução de interesses legítimos*.”¹⁶¹⁹

53.5. Autorizações legais

O segredo médico não é absoluto. O interesse social que exige o segredo em geral requer a sua revelação em determinados casos, previstos na lei. O grau de especialidade desta matéria recomenda a que se remeta para um estudo de maior fôlego sobre a matéria, que verse especificamente sobre o Direito da Saúde Pública.¹⁶²⁰

As exceções legais ao dever de segredo médico remetem para o estudo específico do Direito Processual¹⁶²¹, do

¹⁶¹⁸ COSTA ANDRADE, *Comentário*, I, p. 800.

¹⁶¹⁹ LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 559

¹⁶²⁰ Historicamente, as *leis de saúde pública* obrigam a declarar à autoridade sanitária certas doenças transmissíveis, estabelecem a lista dessas doenças bem como as formas e condições da sua declaração. A proteção da *saúde pública* constitui uma típica exceção à regra da confidencialidade. A Lei n.º 81/2009, de 21 de agosto, institui um sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, atualiza, analisa e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, bem como prepara planos de contingência face a situações de emergência ou tão graves como de calamidade pública. Os deveres de participação constam também do Decreto-Lei n.º 89/77, de 8 de março, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 229/94, de 13 de setembro, que regulamenta o afastamento temporário da frequência escolar e demais atividades desenvolvidas nos estabelecimentos de ensino dos alunos, pessoal docente, administrativo e auxiliar quando atingidos por doenças transmissíveis. Na Alemanha, vigora, desde 1 de Janeiro de 2001, a lei de proteção contra a transmissão, por meio de infeção, de doenças graves (*Infektionsschutzgesetz*). No caso de determinadas doenças infecciosas e de doenças provocadas por determinados micróbios patogénicos a lei impõe o dever de comunicação à autoridade de saúde *nominal*, ou seja, o médico deve quebrar o sigilo com vista a proteger a saúde pública. Este exemplo é de especial interesse em regiões que podem ser vítimas de uma epidemia de SARS ou de gripe das aves. (Cf. George J. ANNAS, Terrorismo, Tortura e outras epidemias pós 11 de Setembro, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Março de 2007, 38, p. 15-32 e Wendy K. MARINER, O papel do direito no controlo de epidemias: o exemplo da TB, VIH e da SARS, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Março de 2007, 38, 33-64.)

¹⁶²¹ Sobre essa complexa matéria, *vide* COSTA ANDRADE, *Comentário...*, I, p. 1161 ss.. Sendo o tribunal a solicitar diretamente o

Direito do Trabalho ¹⁶²² e do Direito Administrativo da Saúde ¹⁶²³, que aqui não podemos avançar, sob pena de descentramento do tema da dissertação.

53.6. Conclusão

O segredo médico é um dos *direitos do paciente* mais antigos e estruturantes da relação médico-paciente, e deveria ser complementado com o estudo do regime da proteção de dados pessoais (que aqui não pode ser levada a cabo), por um lado, e com a temática do direito de acesso ao processo clínico (que aqui foi esboçado), por outro.

A lei consagrou uma boa proteção do sigilo. Mas, como em tantas outras áreas, da teoria à prática vai uma distância grande. E os casos de violação grosseira do dever de sigilo por parte de muitos profissionais de saúde é um facto lamentavelmente corrente.

A intimidade da vida privada da pessoa doente ergue-se como um dos pilares fundamentais na relação médico-paciente que se quer estruturada na *confiança* e na radical *solidariedade existencial* que marca – deve marcar de forma indelével – esta conexão.

acesso à informação de saúde, caso haja oposição em facultar tal acesso, a questão dirime-se nos termos dos artigos 519º, n.º4 e 519º-A CPC e do art. 135º do CPP, sendo o critério decisório o da *prevalência do interesse preponderante* que pode conduzir à conclusão que o acesso é imprescindível para a descoberta da verdade ou que é necessário para proteger bens jurídicos atendíveis. Cf. tb. sobre este tema o Parecer do Conselho de Jurisdição da Ordem dos Enfermeiros 194/2010 da Ordem dos Enfermeiros sobre *Segurança da Informação da Saúde e Sigilo Profissional em Enfermagem*.

¹⁶²² Por exemplo, “A entidade responsável, os estabelecimentos hospitalares, os serviços competentes da segurança social e os médicos *são obrigados a fornecer aos tribunais do trabalho* todos os esclarecimentos e documentos que lhes sejam requisitados relativamente a observações e tratamentos feitos a sinistrados ou, por qualquer outro modo, relacionados com o acidente.” – afirma o art. 37.º da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.

¹⁶²³ O Decreto-Lei n.º 275/2007, de 30 de julho, regula a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde. Como garantia do exercício da atividade de inspeção, o art.5.º prescreve: “Sem prejuízo das garantias gerais do exercício da atividade de inspeção, *os dirigentes e pessoal de inspeção da IGAS podem requisitar, para consulta ou junção aos autos, processos ou documentos, designadamente os existentes nos arquivos clínicos das instituições e serviços.*”

PARTE IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

SECÇÃO I – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE JURE CONDITO

CAPÍTULO 1 – O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

54. A relação médico-paciente como contrato de prestação de serviços (médicos)

O direito é hoje capaz de realizar a anatomia da relação clínica, compreender a sua fisiologia e procura, ainda, atuar em casos de patologia. O contrato apresenta-se como um instrumento técnico-jurídico que permite – em regra – um bom enquadramento desta relação da vida social juridicamente relevante, pela qual se atribuem direitos subjetivos – com carácter de sinalagmaticidade – a ambos os intervenientes: a pessoa doente e o profissional de saúde.

54.1. Origem histórica e direito comparado

Em França, ao longo do séc. XIX, a relação médico-paciente esteve apenas sujeita ao regime da responsabilidade extracontratual.¹⁶²⁴ Com a decisão de 20 de Maio de 1936 da Câmara Civil da *Cour de cassation*, o famoso *arrêt “Mercier”*, foi assumida a relação contratual médico-paciente, nos seguintes termos:

“Forma-se entre o médico e o seu cliente um *verdadeiro contrato* comportando, para o médico, a obrigação, se

¹⁶²⁴ A. MORELLE, “La relation médecin-malade dans le droit français”, in F. LEMAIRE/ S. RAMEIX/ J.P. GHANASSIA (Dir.), *Consentement aux soins : vers une réglementation? Journées d'éthique médicale Maurice Rapin*, Paris, Flammarion Médecine Sciences ed., 1995, p. 25-29. Já antes o Tribunal da Cassação e outros tribunais franceses se haviam pronunciado no sentido *contratualista* – cf. Yves-Henri LELEU/ Gilles GENICOT, *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001, p. 48 e Gérard MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4^{ème} édition, Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2011, p. 328, com uma resenha do debate jurídico na década de 30 do século passado.

não obviamente de curar o doente, ao menos de lhe fornecer os cuidados, não quaisquer uns, mas conscienciosos, atentos, e, reserva feita a circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência; que a violação mesmo involuntária desta obrigação contratual será sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual.”

Com esta decisão, não só a relação médico-paciente passa a ser definida nos termos contratuais,¹⁶²⁵ mas também o aresto define de maneira precisa a *obrigação de meios* que se impõe ao médico e o campo da responsabilidade médica é, deste modo, sensivelmente restrito.

De um ponto de vista simbólico, a afirmação da existência de um contrato teve, na época desta decisão, uma importância fundamental. Ela permitia fazer passar as relações entre médico e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito: a mensagem do *arrêt Mercier* é que o médico é um contraente, um prestador de serviços.¹⁶²⁶

Em 1995, o legislador dos Países Baixos viria a tipificar e a regulamentar o *contrato de serviços médicos* no próprio Código Civil, no livro relativo aos contratos. Por seu turno, na Alemanha, a natureza jurídica do contrato de cuidados médicos consiste, segundo a doutrina e a jurisprudência dominante, num *contrato de prestação de serviços*, donde deriva que o médico não garante um resultado e os honorários são devidos independentemente do resultado.¹⁶²⁷

¹⁶²⁵ O contrato é pois um instituto bastante maleável. Para uma análise histórica deste instituto *vide* Francisco Manuel de Brito PEREIRA COELHO, “Contrato” – Evolução do Conceito no Direito Português, *BFD*, LXIV, 1988, p. 233-296. Na doutrina é ainda hoje fundamental a obra de Inocêncio GALVÃO TELLES, *Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. VII, p. 114-282; *vide* ainda FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, I – Conceito, Fontes, Formação*, 4.^a edição, Coimbra, Almedina, 2008 e, abordando temas hodiernos que desafiam a doutrina geral do contrato, SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra, Almedina, 2007.

¹⁶²⁶ A. MORELLE, “La relation médecin-malade dans le droit français”, *cit.*, 28 ss.

¹⁶²⁷ Cf. LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, III (Der Arztvertrag), Rd 1-2; RADAU, *Ersetzung...*, p. 20; STEFFEN/ PAUGE, *Arzthaftungsrecht*, p. 5. Na Alemanha, o contrato entre o paciente e o médico ou uma clínica tem uma natureza de direito privado,

54.2. Críticas à visão contratualista

Xavier Dijon¹⁶²⁸ põe em causa a natureza contratual da relação médico-paciente, atendendo aos seguintes argumentos:

De um lado, este contrato não tem um *objeto determinável*, dada a natureza evolutiva e por vezes imprevisível da relação terapêutica: o direito à proteção da integridade física implica uma renovação do consentimento sempre que haja lugar a uma nova intervenção. Ora, parece pouco prático imaginar uma sucessão de contratos, a cada ato médico importante que suponha um novo acordo de vontades.

Doutro passo, interroga-se sobre a *licitude de se realizar um contrato sobre o direito fundamental à integridade física*. De facto, o consentimento para uma lesão da integridade física é por essência revogável, o que parece incompatível com a noção de contrato.

Contudo, estas críticas não têm em conta a diferença entre o *contrato-base* da relação clínica e o *consentimento* que se estabelece para cada intervenção médica, pelo que caem, assim, por terra estas objeções.¹⁶²⁹ Por outro lado, um contrato que tenha por objeto a integridade física ou mesmo o corpo humano não repugna ao Direito, visto que o ato médico visa promover as condições de saúde e o bem-estar da pessoa e não constitui uma mera ofensa corporal em sentido tradicional, pelo que o “poder de agressão” é antes uma mera “tolerância.”¹⁶³⁰

exceto quando se trate uma intervenção coerciva de acordo com as leis de internamento compulsivo. A natureza do contrato não se modifica mesmo quando a relação se dá entre médicos (colegas) ou amigos, não havendo lugar à cobrança de honorários.

Também o direito italiano considera que as regras da responsabilidade contratual são aplicáveis à relação médico-paciente – cf. Raffaella PASTORE / Giuseppe PALMIERI, *La Responsabilità nell'esercizio della professione medica; Profili civili, penali, amministrative e di diritto del lavoro*, Piacenza, CELT – Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 15.

¹⁶²⁸ Xavier DIJON, *Le sujet de droit et son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 403 ss.

¹⁶²⁹ Na Bélgica, a natureza contratual da relação médica é defendida pela maioria dos autores e uma jurisprudência quase unânime. O mesmo valendo para o chamado “*Contrat d'Hospitalisation*” – Cf. LELEU/GÉNICOT, *Le droit médical*, p. 48.

¹⁶³⁰ Orlando de Carvalho enriqueceu a dogmática juscivilística portuguesa ao decantar dentro da figura geral do consentimento três subtipos: o tolerante, o autorizante e o vinculante. O consentimento *tolerante* exclui a ilicitude de uma agressão, legitimando-se um poder factual de agressão mas não outorgando um direito de agressão, nos termos

Um outro argumento passa pelo *desequilíbrio das prestações*. O contrato normalmente acarreta direitos e obrigações para ambas as partes, contudo, o contrato de serviços médicos afigura-se bastante desequilibrado, com apenas duas obrigações do lado do paciente (a de pagar os honorários e a de fornecer ao médico a necessária informação e cooperação) e múltiplos deveres por parte do médico;¹⁶³¹ por outro lado, os deveres que surgem desta relação jurídica resultam em regra de normas imperativas e não de convenção entre as partes.¹⁶³²

Acresce que nem sempre há uma correspondência entre as partes no contrato e na relação médico-paciente. E isto quer

do art. 340º CC, de que são exemplos as intervenções cirúrgicas consentidas em benefício próprio.

O consentimento *autorizante* atribui um poder jurídico de agressão, mas com o poder de o revogar o consentimento livremente e a todo o tempo, embora com *uma certa obrigação de indemnizar*, nos termos do art. 81º, n.º 2. A nosso ver, o regime do consentimento autorizante poderá valer para outros direitos de personalidade, como, por exemplo, a imagem ou a privacidade (cf. Paulo MOTA PINTO, “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, p. 553). Quanto à limitação do direito à integridade física, o consentimento autorizante poderá valer para certas práticas circenses ou certas práticas desportivas especialmente perigosas (v.g., boxe).

Finalmente, o consentimento *vinculante* é irrevogável unilateralmente, nos termos gerais dos negócios jurídicos, v.g., dos artigos 230º ss. e 406º do CC. Neste caso, não há atribuição de um poder de lesão, mas tão só uma disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzem numa limitação ao exercício desses direitos nos termos do art. 81º, n.º 2. “Serão assim, lícitos e irrevogáveis, nos termos gerais, os contratos de trabalho e de práticas desportivas não isentos de certos perigos, desde que razoáveis e não limitativos da personalidade, e o próprio contrato de aleitamento, desde que salvaguardadas as necessidades próprias da aleitante para a sua descendência, uma vez que aí se dispõe de um produto orgânico destacável e caducável.”

No que concerne ao consentimento informado para intervenções médicas (em benefício próprio ou alheio), o instituto que merece a nossa especial atenção é o do *consentimento tolerante*, regulado na lei civil pelo art. 340º. O seu regime assenta em dois pontos fundamentais: a *livre revogabilidade* e a *não ressarcibilidade* de quaisquer prejuízos. Desde logo, porque o consentimento do paciente não dá lugar a quaisquer “*legítimas expectativas da outra parte*”.

¹⁶³¹ Ewoud HONDIUS/ Annet VAN HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, p. 10.

¹⁶³² Cf. Rute TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico*, p. 57.

pela parte do paciente, quer pela parte do médico. Quanto ao primeiro caso, na hipótese de um paciente menor, quem tem a obrigação de pagar os serviços são os pais; nas situações complexas dos trabalhadores sujeitos a exames a cargo da entidade empregadora, ou no âmbito das relações entre as seguradoras e os médicos, verifica-se uma *não identidade* entre a pessoa do paciente e a pessoa do devedor dos honorários.¹⁶³³

Da parte dos profissionais, muitas vezes o médico assistente é um mero “auxiliar” (na terminologia do art. 800.º), sendo um terceiro (uma pessoa colectiva ou outro médico) o verdadeiro contraente.

Por outro lado, o contrato pressupõe a capacidade negocial, uma capacidade que nem sempre está presente, por exemplo, nos doentes do foro psiquiátrico ou que está totalmente ausente nos doentes em estado vegetativo ou em coma.¹⁶³⁴

Todavia, como afirma Erwin Deutsch, a opção contratual tem a grande vantagem de o contrato se basear na *autonomia das partes* e de colocar em *posição de paridade* o médico e o paciente. Este é o habitat natural para os direitos do paciente tais como o direito à informação, ao consentimento e o acesso aos registos médicos. O contrato de direito civil confere, com grande naturalidade, a base jurídica para os direitos, obrigações e deveres do médico bem como os do paciente. O contrato médico consiste numa relação contratual que pode ser vista como um “organismo”, contendo um início e um fim, aí se desenvolvendo deveres principais e secundários. E, finalmente, os direitos do paciente, previstos na *Declaração de Lisboa*, de livre escolha do médico, de esclarecimento e à autodeterminação são bem recebidos no contrato civil.¹⁶³⁵

¹⁶³³ HONDIUS/ VAN HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *cit.*, p. 10.

¹⁶³⁴ HONDIUS/ VAN HOOFT, “The New Dutch Law on Medical Services”, *cit.*, p. 10.

¹⁶³⁵ Na Alemanha foi apresentado, em 1982, um projeto de lei que visava regulamentar o contrato de serviços médicos, tendo-se pronunciado-se contra a tipificação legal do contrato de serviços médicos o 52º (*Deutsche Juristen Tag*), opinião esta que aliás foi decisiva para que o governo alemão abandonasse o projecto de regulação, no BGB, deste contrato. *Vide* DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht...*, p. 38; LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*³, p. 352. Todavia, podemos considerar que se trata de um *contrato social típico*.

54.3. O direito português

No direito português, a relação médico-paciente configura um contrato consensual (art. 219.º CC), marcadamente pessoal, de execução continuada, em regra sinalagmático e oneroso.¹⁶³⁶ A declaração de proposta resulta de o médico manter o seu consultório aberto e o doente ao entabular um contato está a manifestar a sua aceitação.

Moitinho de Almeida afirmou, em 1972: “as relações mais comuns entre médicos e doentes assumem natureza contratual”.¹⁶³⁷ Este contrato é qualificado pela doutrina nacional como *contrato de prestação de serviços*.¹⁶³⁸

Ferreira de Almeida entende que este contrato, embora não seja um tipo legal (porque não tem regulamentação legal própria), é um *tipo social e nominado*, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais. Trata-se de um “*contrato socialmente típico*”¹⁶³⁹ inserido na categoria ampla de *contratos de prestação de serviços* (art. 1154.º), onde se incluem prestações de “trabalho intelectual”.^{1640 1641}

¹⁶³⁶ Luís Filipe PIRES de SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, s.d..

¹⁶³⁷ MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Juridica*, XXI, 1972, p. 327 ss.

¹⁶³⁸ HENRIQUES GASPAR, “A Responsabilidade Civil do Médico”, *CJ*, 1978, 1, p. 543; PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra, 1986, art. 1154, n.º 2 e art. 1156, n.º 4, relativamente à generalidade dos “acordos no domínio das profissões liberais”, ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, 222 e ss; Rute TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, 72 ss.

¹⁶³⁹ Sobre os contratos socialmente típicos, vide PAIS de VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 59 e ss e PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, 2000, *passim*, especialmente p. 30 a 44.

¹⁶⁴⁰ E nem se invoque que em sede de responsabilidade contratual não haveria lugar à indemnização por danos não patrimoniais. Não há dúvidas que, ao menos, quando está em causa a “*violação ou ofensa a bens de natureza não patrimonial inseridos no quadro contratual*,” “a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais “é indiscutível”, como afirma PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 32, nota 77. No mesmo sentido também já FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 27.

¹⁶⁴¹ Nas ordens jurídicas onde está tipificado legalmente o contrato de prestação de serviços, a opinião dominante vai no sentido de se lhe reconhecer essa natureza. Na doutrina espanhola, defende-se que se trata de um contrato de prestação de serviços especial (FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidade Médica*, Quarta Edición, Granada, Comares

Figueiredo Dias, Sinde Monteiro¹⁶⁴² e Ferreira de Almeida¹⁶⁴³ defenderam a tipificação de um contrato de prestação de serviços médicos.¹⁶⁴⁴ Perante a falta de tipicidade legal, podemos ensaiar uma apresentação sumária do conteúdo desse contrato.¹⁶⁴⁵

Editorial, 2002, p. 30). A decisão do Tribunal Supremo, de 7/2/1990 qualifica “*de contratos de servicios especial el que une al medico com el paciente.....*”.

Segundo LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, p. 349, na Alemanha, o contrato médico é visto como um contrato de serviços: *Der Arztvertrag ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag*. Pode-se, todavia, considerar que em certos casos há aspetos de um *Werkvertrag* (contrato de empreitada), nomeadamente no caso de realização de próteses ou a realização de exames laboratoriais. O mesmo se diga, com Hans PUTZO, *Arztrecht, Grundlagen und Folgen*, Adenylchemie, 1979, p. 15, de certas prestações dos médicos dentistas, como as próteses, ou nos casos de puro contrato de diagnóstico (*reinen Diagnosenvertrag*) ou no caso de esterilização.

No recente estudo de direito comparado coordenado por BARENDRECHT *et. al.*, *Service Contracts*, p. 811 ss. podemos ler que: “In most European countries the contract for treatment falls into the existing categories of *contract for services* (Austria, Italy, Portugal, Germany, Netherlands), *contract for work* (France, some Austrian doctrine) and *mandate* (Switzerland), or assume it to be a *sui generis* contract (some Austrian and Portuguese doctrine). The only country regulating the contract for treatment as a nominate contract is The Netherlands, whose Civil Code contains rules for such contracts. In some countries (Germany, Spain), if a contract for services cannot be deemed perfect (e.g., lack of consent), the rules on *negotiarum gestio* are applied.”

¹⁶⁴² FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “*lege ferenda*””, *Scientia Iuridica*, XXXIII, Jan-Abril, 1984. p. 107.

¹⁶⁴³ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Os Contratos Civis...*”, p. 88.

¹⁶⁴⁴ Uma alteração legislativa que viesse no sentido de tipificar o contrato de serviços médicos, talvez pudesse ser aplicável quer às relações de direito privado, quer às relações estabelecidas entre os ‘utentes’ e os hospitais e centros de saúde públicos. Com efeito, os tratamentos médicos, no nosso país, são frequentemente realizados de forma concomitante, ora no hospital, ora no consultório. Cf., por exemplo, o caso decidido pelo Ac. STJ, 5/7/2001. É estranho que o direito responda de formas tão distintas quando a realidade material entrecruza e confunde os dois planos (medicina privada e medicina pública). Basta ver que, consoante se esteja perante a responsabilidade administrativa ou civil, o réu é distinto (ali o hospital, aqui o médico), com diferentes jurisdições (no primeiro caso, a administrativa, no segundo, a comum); para além do próprio regime ser diferente: de um lado, a Lei n.º 67/2007, do outro, o Código Civil.

¹⁶⁴⁵ Na síntese de Colm McGRAPH, *World Association for Medical Law – Newsletter*, December 2011, “most interesting for the coming decade is the news that some European systems, such as the Czech Republic, are even on the cusp of introducing dedicated provisions

Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil (nunca é um ato de comércio), celebrado *intuitu personae*, e é um contrato de consumo e, portanto, merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores.¹⁶⁴⁶

Procurando discernir o conteúdo desse contrato socialmente típico, deparamo-nos com o facto de estes contratos serem normalmente realizados oralmente e sem serem acompanhados de detalhadas negociações pré-negociais dada a relação de confiança e a permanente continuidade que esta relação normalmente acarreta. Por isso, a *integração contratual* (art. 239.º CC) é, neste contexto, extremamente útil.

Assim, este contrato estará enquadrado pelos seguintes patamares:¹⁶⁴⁷

Em primeiro lugar, devem aplicar-se as *regras legais imperativas*, designadamente as impostas pela regulação da profissão médica e pela proteção dos consumidores e as normas que atribuem direitos e deveres aos pacientes.

Em segundo lugar, o *costume, normas deontológicas e usos* (que não contrariem as normas legais imperativas). A integração das normas deontológicas e dos usos assenta nos seguintes pressupostos: (a) que o costume *praeter legem* seja aceite como fonte de direito colocada ao mesmo nível hierárquico das normas legais supletivas; (b) que se qualifiquem as normas deontológicas emitidas pela Ordem dos Médicos como normas corporativas, isto é que promanam do poder regulamentar próprio das associações de Direito Público;¹⁶⁴⁸ (c) que se admita a natureza normativa de certos usos e que a remissão do art. 239.º, 1.ª parte, os possa incluir.

Em terceiro lugar, deve recorrer-se às normas dos *contratos de mandato* ou de *empreitada* (se e na medida em que haja suficiente analogia). O art. 1156.º remete-nos para as disposições sobre o mandato, mas pressupõe que se façam as necessárias adaptações. Quando em relação a determinado aspeto do contrato de prestação do serviço médico exista maior proximidade com o modelo legal da empreitada do que com o

regarding the treatment contract in the forthcoming draft code and similar issues have been raised recently in Germany.”

¹⁶⁴⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Os Contratos Civis...*”, p. 89. No mesmo sentido, ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”, 2010, p. 5.

¹⁶⁴⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Os Contratos Civis...*”, p. 99 ss..

¹⁶⁴⁸ O atual Código Deontológico da Ordem dos Médicos tem a natureza de um Regulamento.

do mandato, a preferência pelas regras daquele contrato justificar-se-á, tanto mais que a empreitada é, tal como o mandato, um tipo incluído na categoria dos contratos de prestação de serviço.¹⁶⁴⁹

54.4. Normas do contrato de mandato aplicáveis aos serviços médicos

Uma vez que o contrato de mandato se assume como o principal referente juscivilístico de enquadramento do contrato (de serviço) médico, importa fazer o cotejo de algumas das suas normas mais relevantes.

Segundo o art. 1158.º, o serviço presume-se oneroso, visto que o médico se encontra no exercício da sua profissão.¹⁶⁵⁰ O art. 1161.º estabelece as obrigações do mandatário, isto é, do médico. A obrigação de seguir as instruções do mandante, não se coaduna com a *autonomia técnica e científica e independência* do médico [isenção e liberdade profissionais], amplamente consagrados no Código Deontológico. Assim o princípio da independência dos médicos (art. 3.º CDOM), a isenção e liberdade profissionais (art. 32.º CDOM), e a liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento (art. 142.º CDOM).

Já o *dever de prestar informação* coaduna-se como mais um fundamento, de natureza civil e especificamente contratual, no sentido do dever de esclarecimento, cuja norma fundamental se encontra no art. 157.º CP.

Também o art. 1162.º, al. a) pode ser relevante para a matéria do alcance do consentimento (regulado primacialmente no art. 156.º, n.º 2 CP); na verdade, segundo esta norma, o mandatário (médico) pode afastar-se das instruções se puder afirmar que o mandante aprovaria a sua conduta, num raciocínio análogo ao do consentimento presumido.

O art. 1163.º prevê a aprovação tácita da execução ou inexecução do mandato. É de admitir, em regra, que o consentimento seja prestado tacitamente (art. 217.º CC); por outro lado, se o doente concordar *a posteriori* com a atuação do médico também nos parece lícita a atuação deste.

O direito de o mandatário se fazer substituir (art. 1165.º CC) deve ser conciliado com o direito à escolha do médico

¹⁶⁴⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Os Contratos Civis...*”, p. 101.

¹⁶⁵⁰ Cf., também, o regime da *gestão de negócios* (art. 470.º CC) que se presume onerosa, quando corresponde ao exercício da atividade profissional do gestor.

(Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial) e o respeito pela vontade do paciente.

Todavia, o art. 1166.º, ao estabelecer o regime da responsabilidade *conjunta*, não será aplicável já que, aceitando a doutrina do *cúmulo* das responsabilidades,¹⁶⁵¹ haverá sempre na atividade médica uma ofensa a um direito de personalidade, logo geradora de responsabilidade extracontratual, se poderá aplicar o regime da responsabilidade solidária, previsto no art. 497.º CC.

Continuando no cotejo das normas relativas ao contrato de mandato, verificamos que do art. 1167.º, relativo às obrigações do mandante (o paciente), podemos colher a obrigação de este fornecer ao médico os “meios necessários à execução do mandato”, o que mais não é do que o dever de informar o médico, para que este possa fazer a anamnese e estabelecer um diagnóstico correto; em segundo lugar, está expresso o dever de pagar a retribuição e a provisão por conta conforme aos usos.

O art. 1170.º estabelece que o mandato é livremente revogável, o que está em plena conformidade com a natureza do contrato médico; trata-se de uma relação de índole pessoalíssima, em que a confiança entre as partes é essencial e, logo, a liberdade de o paciente abandonar o contrato é fundamental.¹⁶⁵² O que aqui não encontramos é a regulação das necessárias cautelas que o médico deve ter se quiser pôr fim ao contrato. Também não se aceitará convenção em contrário (que será nula no caso do contrato médico), bem como a renúncia ao direito de revogar.

O mandato também *no interesse do mandatário* é inadmissível nesta área que agita direitos *pessoalíssimos*, pelo

¹⁶⁵¹ Cf., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003), p. 425-437.

¹⁶⁵² Quanto à livre revogabilidade do consentimento, considere-se o art. 81.º, n.º 2 CC. Também o Código Penal, no n.º 2 do seu art. 38.º, determina que “[o] consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente *revogado* até à execução do fato.”.

A possibilidade de denúncia deriva do seu carácter de relação contratual duradoura, mas apenas por parte do paciente se pode exercer o direito de *denúncia ad libitum*. Quanto à hipótese de o médico pôr fim à relação, matéria já versada, relembramos que apenas o pode fazer nos termos previstos no art. 41.º do Código Deontológico.

que um tal contrato será nulo por violação da ordem pública (art. 280.º).

O princípio da liberdade contratual vigora também no âmbito do contrato médico. O contrato médico normalmente não carece de formalidades e quase nunca é reduzido a escrito. Através de comportamentos concludentes ou de declarações expressas dá-se início ao contrato.

No plano da liberdade contratual, assinala-se que o paciente tem livre direito de escolha do médico.¹⁶⁵³ De igual modo, o médico não é obrigado a tratar qualquer paciente, salvo quando se trate de um caso de urgência ou quando seja o único médico disponível para ajudar ou tratar a pessoa.¹⁶⁵⁴

55. Tipologias de contrato médico

A medicina privada envolve hoje vários intervenientes que jogam um papel económico e social dinâmico, ao qual nem sempre é fácil dar coerência jurídica. O ‘João Semana’ que Fernando Namora imortalizou em *Retalhos da Vida de um Médico*, já não configura o tipo social dominante nos dias de hoje. Há clínicas, consultórios partilhados, sociedades de médicos, companhias de seguros, entidades empregadoras.

O paciente poderá, para satisfação das suas necessidades, optar por recorrer, no âmbito do sistema de saúde português:

- (i) “aos prestadores de cuidados de saúde do SNS;
- (ii) aos prestadores de cuidados de saúde, próprios, convencionados ou em regime livre, de um dado *subsistema (público ou privado)* de saúde, caso seja beneficiário de tal subsistema e nos termos definidos por este último;
- (iii) aos prestadores de cuidados de saúde, próprios, convencionados ou em regime livre, ao abrigo de um dado *seguro de saúde*, caso haja

¹⁶⁵³ Declaração de Lisboa da AMM sobre Direitos dos Pacientes de 1981. Art. 2: 2. Direito de escolher seu médico. a) O paciente tem o direito de escolher livremente o médico de sua confiança no hospital ou na instituição de serviços de saúde, seja ele do sector privado ou público. b) O paciente tem o direito de pedir a opinião de outro médico em qualquer fase do tratamento.

¹⁶⁵⁴ Sobre a recusa de continuação da relação clínica, veja-se o que dissemos sobre os *deveres dos pacientes* e em especial o art. 41.º do CDOM. Trata-se de um dos exemplos clássicos de exceção ao princípio da autonomia privada, na dimensão de liberdade contratual, no que respeita à liberdade de contratação.

contratado uma tal cobertura do risco de doença e nos termos acordados com a entidade seguradora; e/ou

- (iv) aos prestadores de cuidados de saúde, privados e com ou sem fins lucrativos, mediante a contraprestação acordada com o concreto prestador livremente escolhido.”¹⁶⁵⁵

Assim, podemos encontrar diversas modalidades de relação médico-paciente, umas regidas pelo direito público, outras regidas pelo direito privado.

55.1. Relações de Direito Público (remissão)

O Serviço Nacional de Saúde é o maior prestador de cuidados médicos em Portugal. Em todas as situações em que o utente recorre aos cuidados médicos do SNS, seja uma consulta em centro de saúde do SNS (centro de saúde tradicional ou USF [Unidades de Saúde Familiares]), seja uma consulta hospitalar de especialidade ou um internamento nos hospitais públicos *lato senso* (Institutos Públicos, EPE ou PPP)¹⁶⁵⁶ a relação jurídica está subordinada ao Direito Administrativo, aplicando-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

Em capítulo autónomo desenvolveremos o problema da responsabilidade civil administrativa decorrente de danos ocorridos em hospitais e centros de saúde públicos.

¹⁶⁵⁵ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”*, 2011, p. 12 ss.

¹⁶⁵⁶ As PPP (Parcerias Público-Privadas) podem ser qualificadas como *concessões de serviço público*, pelo que a jurisdição competente é a administrativa, nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. i) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, e pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de dezembro). Por seu turno, no plano do direito material, o art. 1.º, n.º 5, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, afirma: “As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito “público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.”

Para uma análise dogmática da empresarialização da Administração Pública e das PPP's em especial – cf. João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 47 a 69.

55.2. Relações de Direito Privado

55.2.1. O contrato médico clássico

A forma mais tradicional de relação médico-paciente tem lugar num consultório privado no qual o médico exerce a sua profissão liberal, e na qual poderá haver a estipulação de cláusulas contratuais específicas. Contudo, normalmente isso não acontece pelo que devemos lançar mão da interpretação contratual (art. 239.º), que indica como primeiro critério a aplicação de “disposição especial”, ou seja de normas legais e regulamentares.

A interpretação do contrato irá conduzir naturalmente a que o médico veja o paciente como o parceiro contratual “ao qual deverão ser colocadas à disposição medidas adequadas de acordo com o estado da ciência médica.”¹⁶⁵⁷

O médico que leva a cabo os tratamentos, em regime de ambulatório, no seu consultório privado, é o único responsável pelo cumprimento defeituoso das suas obrigações (art. 798.º) e assume ainda a responsabilidade pelos atos dos seus auxiliares (art. 800.º).

Na Alemanha, defende-se que a substituição do médico para gozo de férias não afasta a sua responsabilidade; o médico substituto é considerado um auxiliar do médico sem responsabilidade contratual própria.¹⁶⁵⁸ Aceitamos esta tese no caso de o doente estar envolvido num procedimento terapêutico prolongado e o médico substituto ter tido uma mera intervenção pontual.

55.2.2. Serviços médico-sociais de direito privado

Nos últimos anos, em virtude de reformas na estrutura administrativa, têm vindo a assumir a natureza de direito privado alguns serviços médico-sociais, designadamente: os SAMS (Serviços de Assistência Médico-Social),¹⁶⁵⁹ a PT-ACS

¹⁶⁵⁷ RADAU, *Ersetzung...*, p. 22.

¹⁶⁵⁸ RADAU, *Ersetzung...*, p. 53.

¹⁶⁵⁹ Os SAMS constituem uma entidade dotada de autonomia administrativa e financeira, gerida pelo Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas e asseguram aos seus beneficiários a proteção na saúde através da prestação interna de cuidados de saúde e da atribuição de participações por despesas realizadas fora dos seus serviços. Estes serviços são regulados pelo direito privado e estaremos, em regra, perante o chamado “contrato total.” No caso de os beneficiários recorrerem a serviços externos, os SAMS atribuem participações –pagamento ou reembolso de despesas –nos

(PT Associação de Cuidados de Saúde),¹⁶⁶⁰ o IOS-CTT,¹⁶⁶¹ a Sávda/EDP e a CPAS (Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores).

Dependendo do sistema, o paciente pode escolher livremente o seu médico e tem os mesmos direitos que um paciente privado, podendo valer aqui o que diremos sobre as relações com seguradoras privadas.

55.2.3. O contrato do médico com os pacientes dos serviços médico-sociais de direito público (“seguros sociais de saúde”)

Em Portugal, verificam-se relações jurídicas que envolvem sistemas de proteção na saúde especiais de direito público, designadamente a ADSE (Proteção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública).¹⁶⁶² Todavia a relação médico-paciente mantém-se no quadro do *Direito Privado*.

termos do respectivo Regulamento e segundo o valor definido em Tabelas, nomeadamente em consultas, intervenções clínicas, internamentos, medicamentos, exames auxiliares de diagnóstico e tratamentos. Neste segundo caso, verifica-se uma relação triangular, mas que pode ser de dois tipos: no caso do reembolso das despesas, o médico mantém uma relação jurídica apenas com o paciente e este, por sua vez, com os SAMS, contra o qual tem a pretensão a um reembolso. Se houver lugar a um pagamento (total ou parcial) da prestação médica, já a relação é plenamente triangular, visto que o médico estabelece uma relação jurídica com o paciente (que abrange apenas aspetos pessoais, se o pagamento for total, ou aspetos pessoais e patrimoniais, se o pagamento dos SAMS for parcial) e com os SAMS (que abrange os aspetos patrimoniais).

¹⁶⁶⁰ A Portugal Telecom – Associação de Cuidados de Saúde (PT – ACS) é uma associação sem fins lucrativos, legalmente equiparada a IPSS (Instituição Particular de Solidariedade Social) pelo art. 10º, nº 1, do Decreto-Lei nº 122/94, de 14 de maio, equiparação reiterada pelo art.4º do Decreto-Lei nº 265-A/95, de 17 de outubro, quer na sua redação inicial, quer na que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 2/97, de 7 de Janeiro. A PT –ACS tem por objecto a promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação, direta ou indireta, de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação. Para a prossecução do seu objecto constitui, nomeadamente, atribuição da PT ACS: a gestão de Planos de Saúde; e a prestação de serviços de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho.

¹⁶⁶¹ IOS/CTT (Instituto de Obras Sociais–CTT) O Instituto de Obras Sociais (IOS) tem por fim a proteção social dos seus beneficiários nos seguintes domínios: Cuidados de Saúde; Prestações de Segurança Social; Ação Social.

¹⁶⁶² O sistema de saúde de polícias, militares e funcionários judiciais foi integrado na ADSE.

Esta forma de medicina é muito usual na Alemanha. Neste país, a relação com estas seguradoras (*Krankenkassen*) tem natureza de Direito Público; porém, a relação entre o médico e o paciente e a responsabilidade que daí advier mantêm o seu cunho jusprivatístico. A especificidade do contrato médico com o paciente das “*Krankenkassen*” reside no fato de, em vez de o médico ter uma pretensão de honorários contra o paciente, tem uma *pretensão de direito público* a uma remuneração por parte da “*Krankenkasse*”.

Também entre nós, dependendo da relação contratual, umas vezes o médico terá direito a uma prestação face à ADSE, outras face ao paciente que depois requer o reembolso à ADSE, mas tal não afasta a aplicação das regras do Direito Civil, incluindo da responsabilidade civil entre o paciente e o médico.

55.2.4. O contrato médico no âmbito de um seguro privado de saúde

O seguro de saúde pode compreender as seguintes modalidades: 1) Prestações convencionadas ou sistema da assistência; 2) Regime de prestações indemnizatórias ou sistema de reembolso; 3) Regime de sistema misto, que combina os dois regimes *supra* aludidos.¹⁶⁶³

1) Prestações convencionadas ou sistema da assistência

No caso de seguro com prestações convencionadas ou sistema de assistência, o segurador dispõe de uma rede de

¹⁶⁶³ No que em concreto respeita à realidade do funcionamento dos seguros de saúde, importa destacar o aparecimento das entidades gestoras de redes de convencionados. Referenciado aquelas que são consideradas as três maiores redes de seguros de saúde (Multicare, AdvanceCare e Medis), nestas, as *entidades detentoras das redes* (que contratam e/ou gerem as relações contratuais com os prestadores de cuidados de saúde) prestam simultaneamente serviços às entidades seguradoras no sentido de permitir o acesso aos segurados destas à rede de prestadores convencionados assim gerida. Refira-se, ainda, que no âmbito das três aludidas redes, é permitida a utilização de dois tipos de regimes distintos, a saber, um regime de prestação direta (regime convencionado) e um regime de prestação de reembolso (regime livre). Cf. Relatório sobre “A Carta dos Direitos dos Utentes”, *Entidade Reguladora da Saúde*, 2011, *cit.* p. 12 ss. A lei portuguesa não prevê a hipótese de prestação de cuidados diretos, isto é, a própria seguradora ser titular de estabelecimentos de saúde, nos quais presta cuidados de saúde aos seus clientes. Todavia, se tal acontecesse, a seguradora responderia diretamente pelos danos causados quer no âmbito do serviço hospitalar, quer pelos erros médicos.

prestadores de cuidados de saúde (rede convencionada) aos quais o utente (segurado) recorre, suportando apenas uma parte do preço com o cuidado recebido. O remanescente do preço ficará a cargo da entidade seguradora, que o liquidará diretamente ao prestador.

Neste caso, em que o Seguro de Saúde indica o prestador, parece que se deve colocar a hipótese de responsabilizar solidariamente a seguradora pelos danos causados. De acordo com a doutrina da *culpa in eligendo*, a seguradora responderia pelos danos causados ilicitamente pelo médico que esta tenha indicado.

Poderíamos dar um passo mais e considerar que a relação entre o médico e a seguradora pode configurar uma relação de *auxiliar*, para efeitos do art. 800.º CC, em especial no caso de o pagamento ser feito direta e totalmente pela seguradora ao médico. Ou seja, embora o médico goze de autonomia técnica e esteja protegido pelo princípio deontológico da independência profissional, no plano externo ele surge face ao doente como um mero auxiliar da seguradora, a verdadeira face e o sujeito jurídico que contrata com o cidadão. Nesta relação triangular médico-seguradora-paciente se pode defender que, no plano das relações externas face ao doente, a seguradora responde diretamente pelos danos causados por ação culposa do seu auxiliar, nos termos do art. 800.º.¹⁶⁶⁴ Assim se protegeria melhor o paciente que, em rigor, não escolheu o seu médico e se responsabilizaria a seguradora pela escolha, vigilância e controlo da qualidade dos médicos que seleciona para a prestação dos atos médicos que constituem o objeto do seu contrato com o paciente.¹⁶⁶⁵

2) *Regime de prestações indemnizatórias ou sistema de reembolso*

No regime de prestações indemnizatórias ou sistema de reembolso, o utente segurado escolhe livremente o prestador ao qual pretende recorrer e paga a totalidade das despesas com os

¹⁶⁶⁴ Sem embargo de, em nosso parecer, o médico poder responder solidariamente, com base na responsabilidade delitual derivada da violação de um direito absoluto (arts. 483.º e 497.º CC).

¹⁶⁶⁵ Assim, para o direito brasileiro, KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 284: “tem assentado a jurisprudência, a nosso sentir com inteira correção, que a empresa locadora direta de serviços médico-hospitalares, credenciando médicos e nosocómios para suprirem a deficiência de seus próprios serviços, compartilha da responsabilidade civil dos profissionais e dos hospitais que seleciona.”

cuidados de saúde recebidos, sendo posteriormente reembolsado de uma parte delas pelo segurador.

Nestes casos não parece haver qualquer fundamento a favor de uma eventual pretensão do paciente de demandar a seguradora. Ou seja, não nos parece que esta possa ser responsabilizada por erro médico.¹⁶⁶⁶ Já se a seguradora tiver uma lista de médicos recomendados, pode incorrer em responsabilidade civil por informações, nos termos gerais do art. 483.º e 485.º, ambos do Código Civil.¹⁶⁶⁷

55.2.5. Internamento em clínica privada

O internamento em clínica privada pode assumir diversos tipos, pelo que faremos uma análise autonomizada.

¹⁶⁶⁶ Entre o médico e o cliente da seguradora estabelece-se uma relação contratual, como afirma o Ac. STJ, 15/12/2011 (Gregório Silva Jesus): “Nesta conformidade, tendo-se o autor apresentado aos réus médicos a coberto de um contrato de seguro celebrado pela sua entidade patronal e tendo eles actuado no âmbito de um contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos –previsto no art. 1154º –que mantinham com a seguradora, o conteúdo da relação estabelecida entre o autor e os médicos está impressivamente contratualizado.”

Para uma análise dos problemas jurídicos emergentes da *relação pentalateral* dos serviços de saúde financiados pelas *Krankenkasse*, vide Antje BUDEE, *Der Arzvertrag nach dem SGB V*, Köhler-Druck, Tübingen, 1997; trata-se de uma complexa “*Fünfeckverhältnis*”, a envolver os segurados, as companhias de seguros de saúde (Krankenkasse), as associações de *Krankenkasse*, a associação dos médicos das companhias de seguros e o médico que realiza o contrato (IDEM, *ibidem*, p. 182).

¹⁶⁶⁷ Cf. sobre esta matéria, SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil Profissional no convencionamento médico”, in AA. VV., *A medicina privada, os seguros de saúde e os subsistemas: intervenções e debates*, Lisboa, Hospital CUF, 2000, p. 53-57.

56. Contrato médico com internamento: relações polimórficas clínica-médico-paciente

56.1. O contrato total

Havendo um contrato total (*totaler Krankenhausaufnahmevertrag*)¹⁶⁶⁸, a clínica responde pelos atos médicos e pelos atos ligados ao internamento hospitalar. Podemos classificar como um contrato misto (combinado)¹⁶⁶⁹ que engloba um *contrato de prestação de serviços médicos*, a que se junta um *contrato de internamento* (prestação de serviço médico e paramédico), bem como um *contrato de locação* e eventualmente de *compra e venda* (fornecimento de medicamentos) e ainda de *empreitada* (confecção de alimentos).¹⁶⁷⁰

Os domínios de responsabilidade de um hospital ou de uma clínica podem ser muito vastos e muitas vezes não se prendem com a atividade médica propriamente dita e podem ser elencados como segue:¹⁶⁷¹

- i) Todos os domínios da atividade médica e responsabilidade médica para a saúde e o bem-estar do paciente que estão a cargo do hospital;
- ii) Nos domínios do cuidado, alojamento e acomodação dos pacientes;
- iii) Na responsabilidade pelas exigências legais (do direito social) de respeitar os constrangimentos económicos no exercício dos cuidados médicos;
- iv) Na farmácia hospitalar, na entrega dos medicamentos prescritos pelos médicos e nos produtos e dispositivos médicos requeridos;

¹⁶⁶⁸ Cf. LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, III (Der Arztvertrag), Rd 8; Karl Otto BERGMANN/ Hans-Friedrich KIENZLE (Hrsg.), *Krankenhaustaftung Organisation, Schadensverhütung und Versicherung – Leitfaden für die tägliche Praxis*, 3. Auflage, Düsseldorf, Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010, p. 6.

¹⁶⁶⁹ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 338.

¹⁶⁷⁰ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis...”, p. 89 ss. Cf. Ainda Daniela ENGLJÄRINGER, *Ärztliche Aufklärungspflicht...*, p. 16 ss.; Gerson KERN, *Limitierte Einwilligung...*, p. 152 ss.

¹⁶⁷¹ Seguimos de perto Norbert NETZER, *Haftungsrecht und Haftpflicht im Krankenhaus*, München – Essen – Ebene Reichenau, bettendorf'sche verlagsantalt GmbH, 1996, p. 12-13.

- v) Manter equipamentos médicos, máquinas, instrumentos e utensílios à disposição, em bom estado de funcionamento e com segurança;
- vi) Garantir o cumprimento das regras de higiene em todo o hospital, incluindo os anexos e armazéns e não apenas nas zonas de prestação de cuidados de saúde;
- vii) Compra, armazenamento, preparação e distribuição de alimentos para o pessoal e para os pacientes; no âmbito da responsabilidade pelos profissionais, designadamente as exigências de segurança e de saúde ocupacional;
- viii) Pela organização do serviço e pelo respeito das regras de comportamento por parte do pessoal; segurança e proteção da saúde e da vida de todas as pessoas que se encontrem no edifício ou nos acessos, incluindo as visitas;
- ix) Pelo cumprimento das exigências legais em matéria de recolha de lixo hospitalar, designadamente o material radioativo, produtos tóxicos e outros.
- x) Dever de segurança dos doentes internados, mesmo face a agressões de outros doentes.¹⁶⁷²

¹⁶⁷² O Ac. STJ, 22/9/2006 (Lucas Coelho) manteve a condenação da clínica “ré pelos danos patrimoniais e morais sofridos pela autora em consequência da agressão, contra ela perpetrada (...) por outro doente internado na mesma clínica em convalescença.” Todavia, o STJ aplicou, não a presunção do art. 491.º, mas a via da *responsabilidade contratual* que impõe deveres de conduta e que impõe uma inversão do ónus da prova da culpa ao devedor (ré, detentora da clínica). “Na verdade, a relação obrigacional emergente de contrato sinalagmático, tal como o contrato de internamento (...), compreende os correspectivos “deveres de prestação” (*Leistungspflichten*), primários e secundários, mas não deixa de originar ainda outros “deveres de conduta”, funcionalmente auxiliares, deveres de recíproco respeito e consideração pelos interesses da contraparte que decorrem do princípio da boa fé (art.762.º, n.º 2, do Código Civil), traduzindo um tipo de comportamento próprio em geral dos contraentes probos e leais, com vista, ora à proteção do credor de danos susceptíveis de atingirem os seus bens jurídicos na vida da relação obrigacional (*Schutzpflichten*), ora à conservação da relação de confiança indispensável ao desenvolvimento de relações jurídicas duradouras, tais as relações laborais e societárias (*Loyalitätspflichten*); VIII) Facilmente se conclui, por consequência, que um dever de proteção e segurança da autora no período posterior à intervenção cirúrgica a que foi sujeita na Clínica dos autos emergia do contrato, recaindo sobre a ré, qualificável como *Schutzpflicht* de boa fé conforme o art.762.º, n.º 2, do Código Civil, cujo incumprimento

No caso de *contrato total*, é a clínica¹⁶⁷³ que responde por todos os danos ocorridos, sejam eles de carácter médico, assistencial, de equipamento ou de hotelaria. De acordo com o art. 800.º, a clínica responde pelos atos dos seus auxiliares, sejam estes médicos, enfermeiros ou auxiliares administrativos ou de limpeza, os quais, por sua vez, nenhuma relação contratual mantêm com o paciente.¹⁶⁷⁴

Devemos ainda lembrar, acompanhando Carneiro da Frada, que os “deveres do titular do estabelecimento de saúde relativos aos recursos humanos de que se serve (médicos, enfermeiros, pessoal auxiliar), que incluem os tradicionais deveres *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando*, dos deveres respeitantes aos equipamentos e meios de cura disponibilizados, os de higiene e conforto dos doentes, etc., cuja violação pode ser fonte de responsabilidade. Joga-se, aqui, com ênfase, a vertente organizacional, atento o dever de coordenar e planear corretamente a prestação dos serviços médicos (que, quando não é cumprido, pode ser tão ou mais gravoso como um ato médico defeituoso). A intervenção da

permitiu a agressão que vitimou a demandante e os danos patrimoniais e morais que sofreu.”

¹⁶⁷³ O titular da clínica pode ser uma pessoa singular (ou várias), uma sociedade em forma comercial, uma Fundação, ou uma Associação, designadamente no regime de IPSS – Instituição Particular de Solidariedade Social. Sobre estas últimas e a importância do “terceiro sector” ou o “sector da economia social”, designadamente na área da saúde, *vide* Licínio LOPES, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 209 a 264.

¹⁶⁷⁴ No mesmo sentido, à luz do direito italiano, Raffaella PASTORE / Giuseppe PALMIERI, *La Responsabilità nell'esercizio della professione medica*, 2008, p. 15-16. Todavia, nas últimas décadas vem-se desenvolvendo a tese, que os Autores citados criticam, segundo a qual se verifica “un rapporto contrattuale anche tra il paziente e i singoli professionisti che all'interno della struttura ospedaliera, pubblica o privata, svolgono l'attività di cura nell'interesse del paziente medesimo, alargando in questo modo l'ambito della responsabilità contrattuale.” Esta tese, aplicada pela *Corte di cassazione* n. 589 del 1999, aplica a figura das *relações contratuais de facto* derivadas do “*contatto sociale*”, in virtù del quale il contrato di *spedalità*, che si instaura tra il paziente e la struttura ospedaliera che lo accoglie, comporta anche l'insorgenza di un rapporto contrattuale tra il paziente e i singoli professionisti che all'interno della struttura svolgono prestazioni professionali nel suo interesse.” Não vemos razões para dar esse passo na dogmática portuguesa.

doutrina da *culpa de organização* alarga o campo da responsabilidade e facilita a tutela dos lesados.”¹⁶⁷⁵

56.2. O contrato total com escolha de médico (contrato médico adicional)

Por vezes, nas clínicas privadas, o paciente deseja que uma determinada prestação, por exemplo uma cirurgia, seja levada a cabo por um determinado cirurgião, tendo acordado com ele um pagamento adicional de honorários (*totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag*).¹⁶⁷⁶ Segundo a decisão do BGH de 19/06/1985,¹⁶⁷⁷ trata-se aqui ainda de um contrato total mas com a especificidade de haver um contrato médico adicional (relativo a determinadas prestações).

Daqui decorre que a clínica se encontra contratualmente obrigada à realização de prestações adequadas às escolhas terapêuticas do paciente e da assistência médica solicitada. Por seu turno, o médico contratado tem o dever de prestar a assistência médica acordada e tem o direito a uma conta de honorários autónoma. Esta conta pode constar do mesmo recibo, embora em parcelas separadas.

Assim, no contrato de internamento com escolha de médico (contrato médico adicional), a clínica também assume a responsabilidade por todos os danos ocorridos, incluindo a assistência médica e os danos causados pelo médico escolhido.¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil...*, p. 117-118. Admitindo esta figura, SINDE MONTEIRO, “Ofensa ao crédito ou ao bom nome, “culpa de organização” e responsabilidade da empresa : Acórdão de 1 de Dezembro de 2008: Tribunal da Relação de Lisboa, *RLJ*, Ano 139, n. 3959 (2009), p. 117-136.

¹⁶⁷⁶ Karl Otto BERGMANN/ Hans-Friedrich KIENZLE (Hrsg.), *Krankenhaushaftung Organisation, Schadensverhütung und Versicherung – Leitfaden für die tägliche Praxis*, 3. Auflage, Düsseldorf, Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, 2010, p. 10.

¹⁶⁷⁷ BGHZ 95, 63=NJW 1985, 2189= VersR 1985, 1043.

¹⁶⁷⁸ LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 2009, III (Der Arztvertrag), Rd 10. A jurisprudência alemã considera que, nestas situações, uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil se apresenta como violadora do § 309 Nr 7 a BGB – norma paralela ao nosso art.18.º a) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais; solução semelhante merece o nosso apoio, à luz da lei portuguesa.

56.3. O contrato dividido

No caso de contrato dividido (*Gespaltener Arzt-Krankenhaus-Vertrag*), a clínica apenas assume as obrigações decorrentes do internamento (hospedagem, cuidados paramédicos, etc.), enquanto o serviço médico é direta e autonomamente celebrado por um médico (atos médicos). A clínica não é, pois, responsável pelos atos médicos mas apenas pelos atos relativos ao internamento.¹⁶⁷⁹ Neste caso há dois contratos separados.

Na Alemanha, o modelo básico é o chamado contrato com o médico “habitual” (*Belegarztvertrag*), isto é, um médico que tem direito a ocupar um conjunto de camas na clínica. A clínica responde apenas pelos instrumentos, pelos cuidados de enfermagem e de assistência. O médico (*Belegarzt*) é o único responsável pela prestação de cuidados médicos.

No contrato dividido, a responsabilidade da clínica e do médico assistente é dividida nos exatos termos acordados no contrato, isto é, a clínica responde pelas prestações genéricas de assistência hospitalar: preparação das instalações e equipamentos, contratação e disponibilização de assistentes e ajudantes da equipa médica (excluindo aqueles que o médico escolher pessoalmente) prestação de medicamentos, comida e instalações hoteleiras. O titular da clínica responde, pois, pelos comportamentos dos seus órgãos, representantes e auxiliares (art. 800.º).

O médico contratado, por seu turno, responde pelas prestações de natureza médica e terapêutica, pelo seu próprio incumprimento (art. 798.º) e os dos seus auxiliares (art. 800.º).¹⁶⁸⁰

Em suma, a clínica tem, nestes casos, a possibilidade de reclamar a ilegitimidade numa lide de responsabilidade médica, ou, pelo menos, de não ser responsabilizada (solidariamente) pelos danos decorrentes de um erro médico.¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁹ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis...”, p. 89 ss.

¹⁶⁸⁰ Todavia, o médico que interna um paciente seu numa clínica que, notoriamente, não atende às condições mínimas de higiene, poderá ser também responsabilizado pelos danos advindos da sua negligência (KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 282). Compete ao tribunal arbitrar o montante da indemnização atribuível ao médico e à clínica, nos termos do art. 497.º CC.

¹⁶⁸¹ Nos Estados Unidos, os médicos são em regra os réus nas ações de responsabilidade médica. Contudo, as instituições de saúde podem

56.4. Consequências da distinção

Somos da opinião que sobre a clínica impende o *onus da prova* de que se trata de um contrato dividido e não de um contrato total.

No mesmo sentido, se pronunciou a Entidade Reguladora da Saúde, tendo recomendado a todos os prestadores de cuidados de saúde: “... nos casos em que existam responsáveis distintos pelo internamento e pela prestação dos cuidados de saúde, todos os prestadores de cuidados de saúde envolvidos deverão, para *afastar a assunção de existência de um contrato total com a entidade responsável pelo internamento*, esclarecer clara e atempadamente os utentes quanto à dualidade de contratos celebrados, seus âmbitos, objetivos e entidades subjetivamente responsáveis pelo cumprimento dos mesmos, de forma a que os utentes conheçam inequivocamente qual a entidade responsável, em cada momento, por cada ato ou diligência (praticada ou omitida).”¹⁶⁸²

O Study Group on a European Civil Code¹⁶⁸³ propõe, no Capítulo 7, referente ao contrato de serviços de tratamento médico, uma norma (Article 7:111) que apesar de indiciar um regime rigoroso de responsabilidade central da instituição

responder solidariamente. A culpa da entidade é difícil de provar, embora se possa lançar mão dos deveres de vigilância (*fulfillment of oversight duties*). Muito relevante é constatar que a instituição pode ser demandada por responsabilidade do comitente pelos atos do comissário (ou “vicária” “vicarious”) pelos atos dos médicos, mesmo que estes não sejam empregados da clínica, *desde que a instituição exerça um certo nível de controlo sobre a relação clínica em causa*. Para uma análise detalhada do direito de vários países com base na Common Law, incluindo a África do Sul, Austrália, Canadá, Estados Unidos da América e Reino Unido, *vide* Marésa CRONJÉ-RETIEF, *The Legal Liability of Hospitals*, The Hague, Boston, London, Kluwer Law International, 2000, *passim*.

¹⁶⁸² Recomendação n.º1/09 da ERS, de 19 de fevereiro de 2009. A legitimidade da ERS para emitir recomendações resulta da alínea a) do art. 26.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro.

Para uma compreensão do estatuto das Autoridades Reguladoras Independentes, em especial dos seus poderes – *vide* João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 157, os quais incluem poderes regulamentares. Cf. ainda o estudo do economista Jorge Abreu SIMÕES, “Iniciativa PPP na Saúde – Aspectos de Política, Finanças e Gestão”, in Nazaré da COSTA CABRAL/, Olívio MOTA AMADOR/ Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS (ORG.), *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 205-232.

¹⁶⁸³ BARENDRECHT *et. al.*, *Service Contracts*, p. 895 ss.

(“*Central Liability of Treatment Providing Organisations*”), antes configura um dever de aviso e uma inversão do ónus da prova de que a instituição não é parte no contrato, isto é, de que não se trata de um contrato total.¹⁶⁸⁴

Os índices que o tribunal pode utilizar para atestar se se trata de uma figura ou da outra serão:

- i. A existência de dois recibos separados (um para os cuidados de internamento e outro para o tratamento médico), ou pelo menos, um recibo com os honorários discriminados e diferenciados;
- ii. A relação contratual que une o médico à clínica: tratando-se de um contrato de trabalho, ou uma prestação de serviços regular, o médico presume-se um auxiliar da clínica, aplicando-se o regime do contrato total, ou de um contrato total com escolha de médico; já se o médico tem total independência de horários, de organização do tempo ao longo do ano, ou se o paciente procura a clínica a pedido do médico, então estaremos perante um verdadeiro contrato dividido, pelo que a clínica não será responsabilizada pelos erros médicos.

Na prática portuguesa relevam, entre outras especialidades, as clínicas dentárias, as quais, encabeçadas por um Médico dentista afamado, têm ao seu serviço outros colegas, normalmente mais novos, que laboram, por vezes, ao abrigo de um contrato de trabalho, outras vezes, como profissionais independentes emitindo recibos a favor da clínica, passando esta o recibo dos serviços prestados ao paciente ou, noutros casos, este dentista passa diretamente o recibo ao doente.

¹⁶⁸⁴ Art. 7:111: (1) If, in the process of performance of the treatment contract, activities take place in a hospital or on the premises of another treatment-providing organisation, and the hospital or that other treatment-providing organisation is not party to the treatment contract, *it must make clear to the patient that it is not the contracting party.*

(2) Where the treatment provider cannot be identified, the hospital or treatment-providing organisation in which the treatment took place shall be treated as the treatment provider unless the hospital or treatment-providing organisation informs the patient, within a reasonable time, of the identity of the treatment provider.

Só nesta última hipótese a clínica poderá eximir-se da responsabilidade pelos danos causados por erro médico. Já nas primeiras hipóteses devemos entender que o dentista atuou como um *auxiliar* da clínica (seja esta uma pessoa coletiva,¹⁶⁸⁵ seja propriedade de uma pessoa singular), pelo que haverá responsabilidade solidária, nos termos do art. 497.^{o1686}

Esta distinção entre contrato total e contrato dividido revela-se muito importante e obedece aos comandos do direito português em vigor, permitindo a isenção de responsabilidade da clínica em certos casos.

Porém, numa visão que parta dos direitos, *rectius*, dos interesses dos doentes, podem surgir dificuldades jurídicas e processuais, levando ao fracasso de ações de indemnização por dificuldade em encontrar o réu responsável, ou porque este não tem património ou um seguro de responsabilidade civil para suportar os danos.

Nesse sentido, algumas propostas de direito comparado merecem a nossa atenção: a '*responsabilidade central*' da instituição e a '*responsabilidade empresarial*'.

56.5. A 'Responsabilidade Central' da instituição de saúde

Em intervenções médicas complexas, pode ser difícil encontrar a pessoa responsável, ou tal indivíduo simplesmente pode não existir, uma vez que é uma cadeia de pequenas falhas que levaram ao dano. Acresce que alguns deles podem não ser funcionários do hospital.

O Código Civil Holandês prescreve que o hospital (público ou privado) é responsável pelo que ocorrer em suas instalações e, posteriormente, o hospital tem regresso contra o médico em causa.¹⁶⁸⁷ Trata-se da *responsabilidade central* da instituição prestadora de cuidados de saúde, o que significa que o paciente lesado pode intentar a ação diretamente contra a

¹⁶⁸⁵ Que responde nos termos do art. 165.º CC, que manda aplicar os pressupostos do art. 500.º, em caso de responsabilidade extracontratual; responde nos termos do art. 800.º, em caso de contrato – MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 321-325.

¹⁶⁸⁶ Apesar de na base da relação do doente com a "clínica" (propriedade de uma pessoa coletiva ou de pessoa singular) estar um contrato, o paciente pode lançar mão da norma do referido artigo, pois seguimos a *tese do cúmulo*; cf., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 430-431.

¹⁶⁸⁷ HONDIUS, "General Introduction", *cit.*, p. 16.

instituição prestadora, sem necessidade de identificar os concretos agentes causadores do dano.

Esta figura foi consagrada no art. 7:462 *Burgerlijk Wetboek*. Segundo esta norma, o hospital (público ou privado) é sempre responsável civilmente face ao paciente, mesmo relativamente a cuidados de saúde prestados por profissionais de saúde sem vínculo funcional ao hospital, ainda que com desconhecimento por parte do mesmo. Isto traz evidentes vantagens processuais para o paciente lesado, visto que pode demandar o hospital onde se realizou o tratamento, incumbindo a este exigir o regresso – se a tanto tiver direito – ao verdadeiro agente causador da lesão.

No mesmo sentido parece ir o texto proposto pelo *Anteprojeto do Código do Consumidor* que dispõe, no art. 406.º (Cuidados prestados em unidades privadas de saúde):

- “1. As unidades de saúde submetidas a um estatuto normativo de direito privado, ainda que atuem no âmbito de contratos de prestação de cuidados aos utentes do Serviço Nacional de Saúde, são solidariamente responsáveis com os médicos que nelas desenvolvam a sua atividade quando desta resultem prejuízos para os utentes.
2. Existe ainda responsabilidade solidária, nos termos do número anterior, quando se trate de prejuízos causados por *atos médicos* em que colaborem como auxiliares pessoas pertencentes às referidas unidades de saúde.”¹⁶⁸⁸

Este regime, proposto pela Comissão para um Código do Consumidor merece a nossa concordância. Este regime iria promover a justiça processual e material entre o paciente lesado e a clínica que beneficiou economicamente das atividades dos médicos, remetendo para as ações de regresso o apuramento concreto da repartição de responsabilidades entre a clínica e o médico. Todavia, sem a sua aprovação por forma de lei, não se pode, por via doutrinal, impor esta solução.

¹⁶⁸⁸ Isto sem embargo de, a jusante, o referido projeto propor: “2. Nas relações internas, deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano. 3. Em caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais.”, como determina o art. 392.º, aplicável por remissão do art. 407.º do referido Anteprojeto.

56.6. A ‘Responsabilidade Empresarial’ – Princípios Europeus de Responsabilidade Civil

Ao discorrer sobre a responsabilidade de uma instituição, assume especial interesse, no direito europeu comparado, considerar o projeto do Grupo de Tilburg/ Viena: o *European Group on Tort Law*. Segundo este projeto, a Responsabilidade empresarial (“*Entreprise Liability*”) está prevista nos *Princípios Europeus de Responsabilidade Civil* no art. 4:202, nos seguintes termos:

(1) “Aquele que exercer uma atividade económica ou profissional de carácter duradouro e utilizar auxiliares ou equipamento técnico é responsável pelos danos causados por um defeito da empresa ou do que nela se produza, exceto se provar que agiu de acordo com o padrão de conduta exigível.

(2) „Defeito” é qualquer desvio dos padrões que se podem razoavelmente esperar da empresa ou dos seus produtos ou serviços.”¹⁶⁸⁹

Esta figura da responsabilidade empresarial é uma proposta inovadora do *European Group on Tort Law* e, como tal, não está plasmada no nosso Código. Todavia, este prevê a aplicação das normas da responsabilidade do comitente pelos atos do comissário (art. 500.º, que se aplicam também às pessoas coletivas por força do art. 165.º).¹⁶⁹⁰ Por outro lado, temos a responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, independente de culpa.¹⁶⁹¹

Contudo, o campo de aplicação da figura da “responsabilidade empresarial” é mais amplo, embora o seu

¹⁶⁸⁹ Tradução de SINDE MONTEIRO/ André DIAS PEREIRA, *Principles of European Tort Law*, p. 253.

¹⁶⁹⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, p. 663, admite que o médico possa funcionar como comissário relativamente ao dono da casa de saúde em que presta serviço.

¹⁶⁹¹ Embora se possa considerar a meio caminho entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade objetiva, visto que acolhe várias causas de exclusão da responsabilidade, designadamente os *riscos do desenvolvimento* (al. e) do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril. Aliás, as matizes da responsabilidade objetiva levam ao que alguns autores chamam o *arco-íris da culpa à responsabilidade objetiva* – “rainbow from fault to strict liability” – KOCH/ KOZIOL, “Comparative Conclusions”, in KOCH/ KOZIOL (Eds.), *Unification of Strict Liability*, 2002, p. 395 e Israel GILEAD, “On the Justification of Strict Liability”, in H. KOZIOL/B.C. STEININGER, *European Tort Law 2004*, 2005, p. 30.

comando consista apenas numa inversão do ónus da prova da culpa.

Sob o manto da responsabilidade empresarial, refiram-se as seguintes hipóteses de responsabilidade: (1) pelos atos dos auxiliares; (2) pelo equipamento, (3) por produtos e (4) serviços.

Ora, (1) a *responsabilidade por atos dos auxiliares* resulta direta nos termos do art. 800.º e é bastante ampla no caso de aplicação art. 500.º; (2) Sobre o equipamento recai a presunção de culpa do art. 493.º, n.º1 CC ¹⁶⁹²; (3) A responsabilidade do produtor de produtos defeituosos é objetiva; (4) Quanto à responsabilidade por serviços, caso se esteja em sede contratual, o credor também beneficia de uma presunção de culpa (art. 799.º, n.º 1 CC).¹⁶⁹³ Donde, o direito português vigente apenas confere menos proteção do que os *Principles of European Tort Law* na medida em que não há uma inversão do ónus da prova da culpa no caso da responsabilidade extracontratual por *serviços*.

Ao invés do Código Civil holandês, que prescreve uma responsabilidade direta e imediata da instituição, aqui trata-se, na verdade, de uma presunção de culpa ilidível que sobre esta recai.

De todo o modo, trata-se de mais um contributo, *de jure condendo*, no sentido da responsabilização da instituição em detrimento da procura da culpa individual do agente.

¹⁶⁹² CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil...*, p. 116, defende a aplicação presunção de culpa do art. 493.º, n.º1, para aquele que detém equipamentos técnicos de diagnóstico ou de cura com a obrigação de os vigiar.

¹⁶⁹³ Nos serviços médicos, porém, como veremos, o difícil não é a prova da culpa, mas do incumprimento ou cumprimento defeituoso (ilicitude contratual).

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS INSTITUIÇÕES DE SAÚDE

57. Aspetos jurídicos da responsabilidade civil contratual

A modernização do direito das obrigações a que se vai assistindo em diversos instrumentos internacionais, bem como na reforma do direito das obrigações operada em vários países europeus, tem conduzido à emergência de uma *categoria unitária de incumprimento*.¹⁶⁹⁴

Assim acontece no CISG (*Convenção das Nações Unidas sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias*, Viena, 11 de abril de 1980), no UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts*) nos PETL (*Principles of European Tort Law – Princípios Europeus de Direito da Responsabilidade Civil*), na Diretiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999 sobre determinados aspetos da compra e venda e das garantias dos bens de consumo e nas reformas que tiveram lugar na Alemanha, na Holanda e em muitos países do leste europeu que nos últimos vinte anos vêm aprovando novos Códigos Cíveis ou reformando os anteriores. Talvez esta mais moderna forma de ver o incumprimento contratual – *a categoria unitária* – se ajuste melhor aos contratos de serviços, designadamente o contrato médico.

Todavia, o Código Civil Português mantém-se fiel à tradição que distingue as diversas formas de incumprimento, pelo que poderemos distinguir a responsabilidade civil por *não cumprimento*, por *mora* ou por *cumprimento defeituoso*.

Nos casos mais difíceis e controvertidos em tribunal, a categoria que estará em jogo é a do *cumprimento defeituoso*, previsto no Código Civil no art. 799.º, n.º1. Nesta norma também se prevê que incumbe ao devedor provar que o cumprimento defeituoso “não procede de culpa sua”.¹⁶⁹⁵

¹⁶⁹⁴ Cf. Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, 2006.

¹⁶⁹⁵ No Ac. STJ, 17/12/2009 (Pires da Rosa), num caso de cirurgia estética em que a Relação havia absolvido o Réu, o Supremo condena o Réu no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais no valor de € 6.500 e de uma indemnização por danos não patrimoniais no valor de €25.000; o Supremo considerou que constatando-se um *incumprimento* o

A doutrina e a jurisprudência têm vindo a debater a aplicabilidade desta presunção de culpa, quando o ato médico se integra no cumprimento dum contrato entre médico e paciente, defendendo a doutrina dominante – como veremos *infra* – que tal presunção se aplica na responsabilidade médica, apesar de estarmos perante obrigações de meios.¹⁶⁹⁶

O cumprimento defeituoso pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado. Para além do não cumprimento adequado dos deveres principais de prestação pode haver responsabilidade por violação de deveres laterais de conduta.

O contrato médico é um contrato de prestação de serviços, pelo que não há uma regulação específica de garantias contratuais (*Gewährleistungsvorschriften*), como acontece por exemplo na compra e venda ou no contrato de empreitada.¹⁶⁹⁷ Donde apenas se aplicam as regras gerais da responsabilidade por cumprimento defeituoso.¹⁶⁹⁸

Em função do caso concreto, o credor (o paciente), além da indemnização a que haja lugar, poderá lançar mão dos instrumentos previstos nos artigos 801.º e 802.º, designadamente recusar a sua prestação (não pagar os

demandado não logrou fazer prova da sua ausência de culpa (art.799.º, n.º1 CC).

Segundo Maria Victória ROCHA, “A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual”, *Revista de Direito e Economia*, 1989, p. 63. “A presunção explica-se porque a lei recorre a critérios de normalidade, com base nos quais, quem prova um facto deve provar também as circunstâncias que excepcionalmente ou anormalmente o acompanham, mas não as que normalmente o acompanham. Ora a culpa é, segundo uma máxima da experiência, normalmente inerente ao facto do incumprimento contratual, pelo que o juiz, com base na mera prova da infracção deve pronunciar-se pela responsabilidade, salvo se o devedor provar a ausência de culpa”.

¹⁶⁹⁶ Cf. PINTO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde”, in AA. VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, p. 231, ÁLVARO RODRIGUES, “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos,” *Direito e Justiça*, XIV, 3, p. 209. Também em Espanha, no que respeita à natureza das obrigações contratuais profissionais do médico, em regra, “se trata de una obligación de medios.” – MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, p. 3.

¹⁶⁹⁷ Embora em certos casos específicos, como a colocação de próteses, se defenda a aplicação das regras específicas do contrato de empreitada, com aspetos vantajosos (obrigação de resultado) e desvantajosos (ex: prazos de caducidade).

¹⁶⁹⁸ No direito alemão defende-se o mesmo entendimento – cf. Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 31.

honorários), pedir uma redução da contraprestação ou a resolução do contrato.

Os erros de tratamento (*Behandlungsfehler* ou *Kunstfehler*) podem resultar de um erro de diagnóstico, na execução de cuidados errados ou na omissão de tratamentos. Em qualquer um destes casos, há uma violação do dever de cuidado médico.

i) Erros de diagnóstico

O erro de diagnóstico dificilmente acarreta responsabilidade do médico.¹⁶⁹⁹ Todavia, a jurisprudência portuguesa já tem proferido decisões de condenação em caso de erro de diagnóstico.¹⁷⁰⁰ Acresce que – acompanhando Luís Sousa – podemos apresentar casos em que o tribunal deve considerar o erro negligente. Assim, “constituirão situações violadoras das *legis artis* em sede de realização de diagnóstico:

a) o estabelecimento de diagnóstico sem se ter visto e examinado o paciente;

b) se para a emissão do diagnóstico, o médico não se socorreu de todos os instrumentos e aparatos que podem ser utilizados na sua atividade;

c) o desdém por um sintoma evidente;

¹⁶⁹⁹ Como exemplo de uma absolvição apesar do *erro de diagnóstico*, por incapacidade de provar o *incumprimento*, cf. Ac. STJ, 24/5/2011 (Hélder Roque). O médico com recurso apenas a observação e apalpação diagnosticou epididimite. Todavia, apurou-se que houve erro de diagnóstico sobre a doença de que padecia, que não era a epididimite, mas sim a torção testicular, e que, em resultado disso, veio a perder o testículo esquerdo, uma vez que a operação e remoção do órgão afetado, irreversivelmente, foi feita tarde demais, tendo-lhe sido causados, em consequência, graves danos morais. Por seu turno, num caso de *tratamento errado*, o Ac. STA, 25/5/2005 (Angelina Dominges) condenou o hospital a pagar uma indemnização de €40.000 pela torção do testículo do paciente. Estes dois casos são paradigmáticos da maior facilidade de alcançar uma condenação quando se trata de erro de tratamento do que de erro de diagnóstico.

¹⁷⁰⁰ O Ac. Relação de Lisboa, 19/4/2005 (Pimentel Marcos), decidindo um caso de erro de diagnóstico do cancro da mama, que acarretou perda de esperança de vida e sofrimento à paciente lesada, condenou o Réu ao pagamento de €50.000 por danos não patrimoniais e de €495 por danos patrimoniais. O Ac. Relação de Lisboa, 20/4/2006 (Olindo Geraldes), condenou o médico por não ter usado os meios complementares de diagnóstico adequados, afirmando: “Agem com culpa, na modalidade negligência, os médicos que, *podendo e devendo recorrer aos meios complementares de diagnóstico, os não utilizam.*”

d) a não realização de todos os exames e comprovações (disponíveis na altura dos fatos face à evolução da ciência) que o estado clínico impõe para emitir o diagnóstico (ligeireza na elaboração do diagnóstico);

e) a não consideração dos resultados de tais exames ou a sua insuficiente valoração no momento da emissão do diagnóstico.¹⁷⁰¹

ii) *Erros de tratamento*

Segundo a jurisprudência alemã, o erro de tratamento consiste numa violação dos princípios gerais da ciência médica. Esta definição contudo não abrange os casos em que não há ou ainda não há uma definição das regras aceites pela generalidade da medicina. Nestes casos não podemos falar de uma violação das regras, mas antes da violação de um outro *dever objetivo de cuidado*. Essa violação pode ter lugar quando o médico ultrapassa as fronteiras do espaço de decisão médica. Todavia, a conduta do médico é lícita se um médico cuidadoso daquela especialidade e categoria teria, pelo menos como possível, seguido o mesmo caminho.

Por outro lado, não raras vezes, as regras constantes de *protocolos* encontram-se desatualizadas ou desadequadas. Nesses casos, o médico não só pode, como deve, afastar-se dessas regras (abstratas) e seguir o dever objetivo de conduta imposto pela boa prática médica. Com efeito, se as regras da arte fossem sempre inevitavelmente obedecidas, nunca haveria evolução e avanço na ciência médica.¹⁷⁰²

Donde, se nos afigura da maior utilidade estabelecer uma relação entre a responsabilidade civil e os *índices de evidência*, designadamente os previstos pela Direção Geral das Atividades em Saúde.¹⁷⁰³ Ou seja, se o médico respeita esses índices de evidência, presume-se que atuou de acordo com as *leges artis*. Um desvio a essas regras é possível, mas deve ser motivado e justificado, por escrito, no processo clínico do doente.

¹⁷⁰¹ PIRES de SOUSA, *Ónus da Prova...*, p. 21.

¹⁷⁰² LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, X, (Standards und medizinischer Fortschritt), Rn. 11 e 12.

¹⁷⁰³ A DGS emite circulares informativas com orientações técnicas sobre aspetos clínicos. Por exemplo a Circular Informativa Nº: 34/DSCS DATA: 19/11/08 contém a Orientação Técnica sobre Exacerbações da Doença Pulmonar Obstrutiva Crónica (DPOC).

58. Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Contratual

O paciente, que foi lesado por uma intervenção médica, pode recorrer aos instrumentos jurídicos da responsabilidade contratual (contrato de prestação de serviços) ou extracontratual contra o médico ou contra o hospital ou clínica.¹⁷⁰⁴ Para tanto, o paciente tem o ónus da prova dos danos, da causalidade e da ilicitude, ou *incumprimento* (em regra na forma de *cumprimento defeituoso*) por parte dos profissionais de saúde. A prova de todos estes elementos a cargo de um leigo, como é o paciente, sem conhecimentos técnico-científicos, carece quase sempre do complemento de peritos médicos.

No âmbito da responsabilidade contratual, designadamente por cumprimento defeituoso, há lugar à distinção entre ilicitude e culpa,¹⁷⁰⁵ pelo menos no plano dogmático ou intelectual, já que, no plano do juízo prático, essa distinção se assevera muito difícil.¹⁷⁰⁶

A responsabilidade contratual segue, a par com a responsabilidade delitual, um sistema dualista, que concebe a figura da ilicitude (contrariedade ao direito, juízo de censura

¹⁷⁰⁴ Cf., para mais desenvolvimentos, PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde...”, *cit.*, 127 ss.

¹⁷⁰⁵ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Delitual. Da Ilicitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil Português*, Vol. III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2005.

Na jurisprudência, *vide* o Ac. STJ, 22/09/2011 (Bettencourt Faria) que afirma: “I – Na responsabilidade contratual por negligência em ato médico, compete ao lesante provar a não culpa, mas a ilicitude da atuação deve ser provada pelo lesado. II – *Ilicitude e culpa no ato médico danoso são conceitos diferentes*, indicando o primeiro o que houve de errado na atuação do médico e o segundo se esse erro deve ser-lhe assacado a título de negligência.” Escreve-se ainda no Ac.: “É forçoso reconhecer, (...) que, por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da atividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infração aos procedimentos adequados. Tal infração é – objetivamente – ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjetivamente – um menor zelo ou a negligência na prática do ato médico.”

¹⁷⁰⁶ Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, p. 469, afirma: “o atual Direito de responsabilidade civil português corresponde a um sistema híbrido: a responsabilidade obrigacional segue o modelo napoleónico, assente na *faute*, enquanto a responsabilidade delitual segue o germânico, apoiado na contraposição entre a culpa e a ilicitude.” Em escritos posteriores, o ilustre Professor veio a corrigir essa posição.

externo) como diferente da culpa (juízo de censura interno ao agente que podia ter agido de outra maneira).¹⁷⁰⁷

O sistema da *faute* – oriundo do direito francês – não vigora, pois, no direito português. Donde a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado e a sua conjugação com a presunção de culpa, prevista no art. 799.º, n.º1, deva merecer especial cautela e atenção. Esta presunção de culpa tem-se revelado de grande importância na jurisprudência portuguesa, podendo-se afirmar que este é o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.¹⁷⁰⁸ A maioria dos Autores defende que, muito embora caiba ao demandante o ónus da prova da violação das *leges artis* (*ilicitude*), no tocante à culpa, deve a mesma *presumir-se*, nos termos do art. 799.º, cabendo ao médico o ónus da prova da falta de culpa, isto é, a prova de que, naquelas circunstâncias, não podia e não devia ter agido de maneira diferente.^{1709 1710}

¹⁷⁰⁷ O médico “deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe “que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício” (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias”, afirma ÁLVARO DIAS, “Culpa médica: algumas ideias-força”, *RPDC*, Ano IV, n.º 5, p. 21 e 23).

Nos termos do Ac. STA, 23/11/2005: agir com culpa significa atuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E essa conduta será reprovável quando o lesante em face das circunstâncias concretas da situação “*podia e devia ter agido de outro modo*”.

¹⁷⁰⁸ Na jurisprudência, esta posição foi acolhida, entre outros arestos, no Supremo Tribunal de Justiça: Ac. STJ, 17/12/2002 (Afonso de Melo); Ac. STJ, 22/5/2003 (Neves Ribeiro), Ac. STJ, 18/9/2007 (Alves Velho); Ac. STJ, 27/11/2007; Ac. STJ, 15/10/2009 (Rodrigues dos Santos); Ac. STJ, 17/12/2009; Ac. STJ, 30/6/2011 e Ac. STJ, 15/12/2011 (Gregório Silva Jesus). No Tribunal da Relação do Porto: Ac. de 17/11/2005 (Mário Fernandes) e Ac. de 20/7/2006, (Gonçalo Silvano); No Tribunal da Relação de Guimarães, Ac. de 27/9/2012 (Rita Romeira); no Tribunal da Relação de Lisboa: Ac. de 23/01/2007 (Maria do Rosário Morgado), Ac. de 08/01/2008 (Ana Resende), Ac. de 28/10/2008 (Rosário Gonçalves), Ac. de 15/12/2011 (Pedro Martins); Ac. de 9/3/2010 (Maria do Rosário Morgado): que afirma “Pela nossa parte, tendo presente a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento, o desequilíbrio (estrutural) da relação estabelecida entre o médico e o doente, a particular dificuldade na efetivação da tutela de tais interesses, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais débil, entendemos que nada justifica afastar a regra consagrada no art. 799.º, n.º1, do CC, que faz recair sobre o devedor uma presunção de culpa.”

¹⁷⁰⁹ Na doutrina, VAZ SERRA, “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a

uma das partes”, *BMJ*, n.º 47, pág. 99; HENRIQUES GASPAR, “Da Responsabilidade Civil do Médico”, *CJ*, 1978, tomo I, págs. 344-345; FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 46; Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cíveis...*, p.117, quando se invoque tratamento defeituoso para efeito de obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade contratual é necessário provar “a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *legis artes*, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano.” No ensino de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p. 245: “Estabelece-se, pois, uma presunção de culpa de que o incumprimento é imputável ao devedor, ficando o credor dispensado dessa prova. Cabe ao credor provar a existência do seu direito, de acordo com o art. 342.º, n.º1, enquanto ao devedor, porque o cumprimento é um facto extintivo do direito de crédito, cabe o ónus de o provar, nos termos do art. 342.º, n.º2”. Também Álvaro GOMES RODRIGUES, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos, *Revista Direito e Justiça*, 2000, XIV, 182 ss. admite a aplicação da presunção de culpa. “O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso./ Com isto em nada se está a agravar a posição processual do médico, que disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos./ Por outro lado, tal posição tem o mérito de não dificultar substancialmente a posição do doente que, desde logo, está numa posição processual mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina não dispõe de conhecimentos adequados e, doutra banda, não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração da culpa do médico inadimplente.”

Esta é a tese que seguíamos já em André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, 2004, p. 422 ss.

¹⁷¹⁰ No Anteprojeto do Código do Consumidor encontramos regras sobre a responsabilidade do prestador de serviços, em geral, no art. 401.º: “O prestador de serviços é responsável pelos danos causados por sua culpa, no âmbito da prestação do serviço, à saúde e à integridade física do consumidor ou a bens móveis ou imóveis, incluindo os que foram objecto do serviço prestado. Art.402.º (Culpa): 1. “O ónus da prova da falta de culpa compete ao prestador do serviço. 2. Para apreciar a culpa atender-se-á a um comportamento do prestador de serviços que garanta, em condições normais e razoavelmente previsíveis, a segurança que legitimamente se pode esperar. 3. O simples facto da existência ou da possibilidade de um serviço mais aperfeiçoado, no momento da prestação ou posteriormente, não constitui motivo de culpa.”

Por seu turno, o art. 405.º regula a *responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde*, em especial: 1. “A prestação de cuidados de saúde implica a utilização de meios de diagnóstico e terapêutica adequados e tecnicamente corretos perante a situação concreta a que se dirigem. 2. Na ação destinada a obter a indemnização dos prejuízos provenientes da prestação de cuidados de saúde, *incumbe ao autor a prova dos danos sofridos, da sua ligação causal com os cuidados prestados ou omitidos,*

A tese contrária considera que a presunção de culpa do devedor não tem, em regra, cabimento no âmbito da responsabilidade civil por ato médico, com o argumento de que a obrigação a que este se encontra vinculado é uma obrigação de meios, pois o médico estará (apenas) adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos atualizados e comprovados à data da intervenção, mas não a cura.¹⁷¹¹

No ordenamento jurídico germânico, o direito a uma indemnização por cumprimento defeituoso em razão da violação de deveres do contrato de cuidados médicos apenas é possível se essa violação do dever for *ilícita* e *culposa*, seguindo a distinção conceptual operada por Jehring em *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*.¹⁷¹²

A ilicitude de uma violação do dever objectivo de cuidado é *indiciada* pela violação do dever. Vale isto por dizer: *a tipicidade indicia a ilicitude*. A ilicitude não se verifica quando se verifique uma causa de exclusão da ilicitude (por exemplo: direito de necessidade).

Por seu turno, o conceito de culpa contratual acompanha a definição delitual, prevista no art. 487.º, n.º 1. Esta pode assumir a forma de dolo ou de negligência e exige que se esteja perante uma pessoa imputável. O dolo apenas

assim como da desadequação dos meios de diagnóstico e de terapêutica aplicados em face dos conhecimentos técnicos disponíveis.”

A redação proposta sintetiza em termos corretos e adequados a distribuição do ónus probatório entre o prestador de serviços médicos e o paciente, pelo que a adoção legislativa deste Anteprojeto seria um bom contributo para a resolução de contendas no âmbito da responsabilidade médica.

¹⁷¹¹ Entendendo que o *ónus da prova da culpa* recai sobre o Autor, ou seja, o paciente, TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica,” *Direito da Saúde e Bioética*, 1996, p. 137 e 140; MOITINHO DE ALMEIDA, “Responsabilidade Civil do Médico e o seu Seguro,” *Scientia Jurídica*, Tomo XXI, 1972, p. 337; João Álvaro DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, p. 225; RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade De Direito da Universidade do Porto*, 2004, p. 115-195 (115) e 140; Manuel ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Almedina, 2007, p. 46 ss. Na jurisprudência, vide o Ac. STJ, 05/07/2001 e o Ac. Relação do Porto, 6/3/2006 (Caimoto Jácome).

¹⁷¹² Para Rudolf von JEHRING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, à culpa deve ser acrescentado um filtro objetivo: a *ilicitude*. Esta tese viria a assumir a forma de lei em 1896, no BGB, e seria exportado para muitos ordenamentos jurídicos de inspiração germânica, incluído o português, pela mão de VAZ SERRA, com o Código Civil de 1966.

acontece, no domínio da responsabilidade médica, em casos muito raros.

Age com negligência aquele que não respeita os deveres de cuidado no tráfego. Assim, é necessário distinguir o cuidado interior do cuidado exterior (*äusserer Sorgfalt und innerer Sorgfalt*). O *cuidado exterior* caracteriza-se pelo dever que o médico tem de aplicar o *standard* da ciência no momento do tratamento, que a diagnose e a terapia correspondam ao que de um médico dessa especialidade seria de esperar. O *cuidado interior* refere-se ao padrão subjetivo-individual da culpa, isto é a necessidade de reconhecer o dever de cuidado exterior bem como outros pressupostos pessoais.¹⁷¹³ Há negligência quando o cuidado externo e o cuidado interno forem deixados sem atenção.¹⁷¹⁴

Em Direito Civil, ao contrário do Direito Penal, a negligência não tem como referente a pessoa do devedor, um critério concreto, antes o critério do “*bonus pater familias*”, isto é de um *padrão objetivo e abstrato*, o médico devidamente competente, diligente e capaz.

O critério de apreciação da culpa está previsto no art. 487.º em termos objetivistas, isto é, segundo a teoria da *culpa em abstrato*¹⁷¹⁵ e, dentro desta, da *culpa como deficiência da conduta*. Ao afirmarmos a culpa como *deficiência da conduta* e não apenas como *deficiência da vontade*, pretendemos incluir na culpa não apenas a falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também a falta de senso, de perícia ou de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade).¹⁷¹⁶ O grau de diligência exigível é a de um homem normal, medianamente sagaz, prudente, avisado e cuidadoso: o “*bonus pater familias*.” Este critério traduz-se no domínio em análise como o médico normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe.

¹⁷¹³ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 126-127.

¹⁷¹⁴ Cf. um caso de culpa grave no Ac. STJ, 30/6/2011 (Sérgio Poças), em que o profissional de saúde fez uma intervenção sobre a *artéria* femural e não sobre a *veia* femural como devia.

¹⁷¹⁵ O critério *objetivo* de apreciação da culpa opõe-se ao critério *subjetivo*. O direito português segue assim a orientação dominante na Europa. Cf. Pierre WIDMER, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion for Imputation”, in Pierre WIDMER (Ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, 2005, p. 348.

¹⁷¹⁶ SINDE MONTEIRO, *Relatório*..., p. 35 ss.

Trata-se, pois, de um padrão de conduta objetivamente determinado, tão exigente quanto o necessário para afastar do ‘mercado’ todos aqueles que não reúnam as condições para o exercício de profissões tão exigentes e complexas quanto as da saúde.¹⁷¹⁷

Assim, um comportamento não é desculpável, isto é, não se verificam causas de exclusão da culpa em casos como os seguintes: determinadas especificidades do devedor, as suas capacidades ou o estado dos seus conhecimentos ou a sua experiência; também não se considera desculpado devido a maus hábitos e descuidos típicos de uma determinada profissão.

Este critério especialmente exigente da *culpa* é de algum modo temperado pela distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado. Com efeito, na atividade médica encontramos, em regra, uma *obrigação de meios*, isto é, o médico não se vincula à obtenção de determinado resultado (a cura), apenas se obriga a empregar a diligência, o cuidado devido, com vista ao tratamento do doente.¹⁷¹⁸

Seguindo a doutrina dominante, entendemos que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da prestação médica é objeto de prova por parte do Autor. Prova essa que se revela difícil visto que sobre o médico recai uma obrigação de meios ou de diligência e não uma obrigação de resultado, donde a prova do incumprimento passa pela demonstração de que o médico não agiu de acordo com as *leges artis*.¹⁷¹⁹

¹⁷¹⁷ Cf. SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 35 ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 535; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p. 302.

¹⁷¹⁸ Neste sentido, o Ac. STA, 9/3/1995, melhor decidiu: “(...) II – Tendo a doente falecido por uma insuficiência hepática aguda, que pode ter sido provocada pelo vírus da mononucleose infecciosa, que lhe foi detectada através das análises efectuadas, embora tal consequência seja rara e, por isso dificilmente previsível, tendo os médicos que assistiram a doente feito tudo o que de acordo com seus conhecimentos e meios disponíveis estava ao seu alcance, não há ilicitude ou culpa por parte destes.”

¹⁷¹⁹ Maria de Fátima GALHARDAS, “Negligência médica no código penal revisto”, *Sub Judice*, n.º 11, Janeiro-Junho, 1996, define *leges artis* como o conjunto de regras da arte médica, isto é das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre.

59. Obrigação de meios e obrigação de resultado

Hans-Georg Gadamer escreveu que “*o médico sabe-se um simples ajudante da natureza*”.¹⁷²⁰

Esta afirmação contém em si o busílis da natureza especial da prestação do médico. A incerteza, a incapacidade de controlar completamente os processos causais, as reações fisiológicas específicas do paciente conferem à atuação do médico um carácter algo *aleatório*. Daí que, no plano jurídico, quando esteja em causa a responsabilidade contratual, se tenha vindo a desenvolver a noção de *obrigação de resultado* e *obrigação de meios*.

Aceite por Manuel de Andrade,¹⁷²¹ esta distinção passa sucintamente pelos seguintes traços: “Nas *obrigações de meios*, o devedor obriga-se apenas a desenvolver os esforços e a diligência normais, em ordem a satisfazer o interesse fundamental do credor: constitui exemplo típico a obrigação contratual do médico, visto que este não se obriga a curar o doente, mas apenas a tratá-lo convenientemente, a fim de tentar obter a sua cura; o mesmo vale, *mutatis mutandis*, a respeito da obrigação do advogado, no que concerne ao êxito da causa que patrocina.”¹⁷²²

No caso das obrigações de resultado, o devedor obriga-se a proporcionar ao credor determinado resultado ou efeito útil, como sucede quando o primeiro se obriga a entregar certa coisa (uma quantia em dinheiro, *v.g.*), ou o vendedor a transferir o domínio ou posse da coisa. Estas obrigações são, regra geral, obrigações de prestação de coisa ou obrigações de *non facere*.¹⁷²³

Explicada a distinção, o que nos parece menos esclarecido é o exato alcance que esta assume em matéria de ónus da prova. Na verdade, já se tem pretendido que o *ónus da prova da culpa* recai sempre sobre o lesado (credor), visto que o médico tem uma mera obrigação de meios.¹⁷²⁴

¹⁷²⁰ GADAMER, *O Mistério da Saúde*, p. 123.

¹⁷²¹ Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, p. 410 a 415.

¹⁷²² PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266.

¹⁷²³ PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266.

¹⁷²⁴ Cf. MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 13; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, p. 133-134, Coimbra, 1995, reimpressão, e ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 225.

Não nos parece ser essa a correta impositação do problema.

Com Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, pensamos que a natureza da obrigação “há-de influenciar a repartição do ónus da prova; só por absurdo se pode admitir que o doente, para obter uma indemnização, além dos outros pressupostos gerais, tenha apenas de provar a não obtenção de um resultado, isto é, de forma típica, a não recuperação da saúde.”¹⁷²⁵

Todavia, a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de *provar o incumprimento* das obrigações do médico, isto é, tem de provar objetivamente que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis.

Já assim afirmava António Gaspar: “revestindo o não-cumprimento da obrigação do médico essencialmente a forma de *defeituoso cumprimento*, antes de mais, para que se configure o não-cumprimento é necessário que se prove o defeito do cumprimento. E a prova deste defeito tem de estar a cargo do doente (credor). Na verdade, o n.º 1 do art. 799.º apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor); *mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente-credor.*”¹⁷²⁶

“Isto – escrevem Figueiredo Dias e Sinde Monteiro – é quiçá o mais difícil de conseguir. Mas, em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às *leis da arte e da ciência médica*, ou ter de provar que *aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente*. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de o fazer. Parece pois justo *impor-lhe esse ónus.*”¹⁷²⁷

Acompanhamos ainda Antunes Varela: “Se o doente morre, porque o médico não foi assíduo ou não soube atualizar-se; se o advogado perdeu a ação, porque negligentemente perdeu um prazo ou deixou extraviar documentos, é evidente que há não cumprimento das obrigações assumidas, porque

¹⁷²⁵ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31; VAZ SERRA, “Culpa do devedor”, *BMJ*, 68, 1957, p. 82 ss.

¹⁷²⁶ António GASPARGAR, “A responsabilidade civil do médico”, *CJ*, 1978, I, p. 344-345.

¹⁷²⁷ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

estas se encontram sujeitas, como todas as demais, ao *dever geral de diligência* (art. 762.º, n.º2).”¹⁷²⁸

A prova deste incumprimento (falta de assiduidade do médico, falta de conhecimento das *leges artis*¹⁷²⁹) recai sobre o paciente, mas *a culpa* – o *juízo de censura* que se faz àquele concreto agente por não agir com “a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” (art. 487.º, n.º 2 *ex vi* art. 799.º, n.º 2) – *é presumida pela lei* (art. 799.º, n.º 1).¹⁷³⁰

Em suma, o *ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente*.¹⁷³¹ A prova do incumprimento do contrato, por sua vez, é que se afigura mais difícil: não basta, pois, ao lesado provar que não ficou em melhor estado de saúde ou que, porventura esse estado se agravou, ou mesmo que veio a falecer; terá de provar

¹⁷²⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, p. 88.

¹⁷²⁹ No Direito Penal, a doutrina tende a considerar que as *normas de tráfego*, entre as quais as *leges artis* médicas, constituem um *critério concretizador do cuidado objectivamente devido*, integrante da negligência. Trata-se de “normas de cuidado que *servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respectivo*, não da observância *geral* do cuidado com que toda a pessoa deve comportar-se no seu relacionamento interpessoal e comunitário.” (...) As “*normas de tráfego*” podem ser *normas escritas (não jurídicas) de comportamento, fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinados a conformar as atividades respectivas dentro de padrões de qualidade, nomeadamente, a evitar a concretização de perigos para bens jurídicos que de tais atividades pode resultar.*” – FIGUEIREDO DIAS, “Velhos e Novos rumos da Doutrina da Negligência”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Portuguesa, 2002, p. 673-675. Na elaborada dogmática penal constrói-se ao lado de um tipo de ilícito subjetivo negligente, um tipo de ilícito negligente, no qual se determinam os critérios concretizadores do cuidado objectivamente devido. Já no Direito Civil, a distinção entre ilicitude e culpa se apresenta mais rudimentar, cabendo à ilicitude as dimensões objectivas e à culpa a censura subjetiva, como ensina SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, p. 23 ss.

¹⁷³⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, p. 88.

¹⁷³¹ FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis.”, *cit*, p. 110, afirma: “a pretensa qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios não pode alterar esta repartição do ónus da prova. Inclusive no direito espanhol, de raiz napoleónica, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El Régimen de la Prueba en a Responsabilidad Civil Médica (Hechos y Derecho)*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 57 ss., conclui pela *invariabilidade* das regras de distribuição do ónus probatório quer se qualifique a obrigação de meios ou de resultado.

que o médico não cumpriu os seus deveres de atuação técnica, não respeitou as *leges artis*.¹⁷³²

A inversão do ónus da prova da culpa – para além do argumento literal e dogmático – pode ser justificada pelos seguintes motivos: a especial dignidade dos interesses afectados pelo (in)cumprimento, o desequilíbrio estrutural da relação estabelecida entre o médico e o doente e a particular dificuldade da tutela dos interesses do doente, à luz das preocupações crescentes do legislador de favorecimento dos lesados, enquanto parte contratual mais fraca.¹⁷³³

59.1. Crítica à distinção obrigação de meios/ obrigação de resultado

Ferreira de Almeida discorda da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, considerando-a despreciosa no direito português. O Autor considera ainda que será difícil de conciliar o conceito de obrigação de meios com a qualificação de contrato de prestação de serviço, uma vez que este se tipifica pela “obrigação de proporcionar certo resultado” (art. 1154.º).

Assim, a prestação principal do médico dirige-se a *tratar* e não a *curar*, isto é, *o resultado do seu serviço consiste*

¹⁷³² É certo que no sistema, de raiz napoleónica, da *faute* não se faz a distinção (tão clara) entre o *incumprimento do dever* e a *culpa* do agente. Mas, na transposição dos conceitos para o direito português devemos ter cautelas e não ultrapassar as nossas categorias dogmáticas e sobretudo os comandos da nossa lei. É natural que os autores que trabalham sob o manto do *Code Napoléon* afirmem que “le créancier d’une obligation de moyens devra établir que le débiteur a commis une *faute* ou n’a *pas tout mis en oeuvre* pour exécuter son engagement” (v.g., LELEU/ GENICOT, *Le droit médical*, p. 105), ou, como escreve MALICIER et al., *La responsabilité médicale*, p. 29, ao distinguir responsabilidade contratual de responsabilidade delitual: “Ainsi, en *l’un et l’autre cas*, il incombe au demandeur, c’est-à-dire au malade, *d’apporter la preuve de la faute médicale*”. Todavia, não podemos traduzir para o direito português como estando o credor-paciente obrigado a provar a culpa. *Faute*, neste sentido, não é traduzível para a nossa categoria dogmática da *culpa*.

¹⁷³³ PIRES DE SOUSA, *Ónus da Prova...*, p. 36. No mesmo sentido, ÁLVARO RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, 2000, XIV, p. 209, escreve: “O ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.” Também Ricardo Lucas RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010, p. 103, concorda que deve transferir-se o ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova.

no tratamento e não na cura.¹⁷³⁴ Nos casos em que o médico se comprometa para além da obrigação de tratamento (por exemplo, em certas operações estéticas), o objeto do contrato, e portanto da prestação devida pelo médico, é uma predeterminada e acordada modificação do corpo humano, equiparável a uma obra.¹⁷³⁵

¹⁷³⁴ PIRES DE SOUSA, *Ónus da Prova...*, p. 33, segue a doutrina de Ferreira de Almeida e acrescenta alguns argumentos que merecem a nossa melhor atenção, mas que todavia não temos por conclusivos no sentido de afastar esta já clássica distinção aceite na doutrina e na jurisprudência. Segundo o Autor, esta distinção “está marcada pela origem francesa, tendo servido para resolver a contradição literal entre os artigos 1137 e 1147, do *Code Civil*, sobre o ónus da prova da culpa na responsabilidade civil contratual, não se colocando tal questão no direito português.” Por outro lado, na generalidade dos contratos, “a prestação principal do médico destina-se a “tratar” e não a “curar”, soçobrando sentido à manutenção e insistência na ideia da obrigação de meios para explicar que a obrigação do médico se dirige a tratar e não a curar.” Acrescenta ainda que “o conceito de obrigação de meios poderá gerar, afinal, uma ideia injustificada de responsabilidade diminuída.” Donde, “a obrigação tipificadora dos contratos de prestação de serviço médico é a *obrigação de tratamento*, sendo a obrigação inicial que o médico assume genérica, indeterminada e imprecisa. Tal obrigação determina-se apenas pelo alvo ou objectivo a atingir (o tratamento e não a cura). A determinação da prestação é confiada a uma das partes (art. 400º, nº1, do CC). O médico responde pelos atos médicos, na medida em que os selecionou e na medida em que, como resultado dessa seleção, passam a assumir a natureza de atos devidos.” Conclui que “o contrato de prestação de serviços médicos é um *contrato de particularização sucessiva da prestação característica*, respondendo o médico pela escolha das prestações concretas que faz, as quais deve executar de acordo com as *legis artis ad hoc*.”

¹⁷³⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Civis..”, *cit*, p. 111-112. Defendendo o abandono desta categoria, na doutrina brasileira, *vide* Miguel KFOURI NETO, *Culpa Médica e ónus da Prova*, p. 237.

Por seu turno, TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *in Direito da Saúde e Bioética*, p. 125-127 e 136-137, entende que a obrigação assumida pelo médico não será de qualificar como uma obrigação de meios, mas antes 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 uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”, podendo essa responsabilidade não só ser contratual ou extracontratual como coexistirem. Sustenta ainda que muito embora a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799.º, n.º 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, todavia, *essa mesma presunção de culpa não se justifica na área da responsabilidade médica*. Isso porque “a

59.2. Posição adotada

Creemos que o labor doutrinal de Demogue¹⁷³⁶ e seus sequazes não é desprovido de sentido no direito médico português¹⁷³⁷. Se é verdade que a dogmática deve evitar a prolixidade conceptual, não é a isso o que aqui se verifica.

existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional, pelo que parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos. Dado que *a posição do médico não deve ser sobrecarregada*, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”. Pela nossa parte, não aderimos aos argumentos expostos pelo eminente Jurista. Quanto à criação de um outro conceito “obrigações de risco ou de resultado aleatório”, parece-nos que nada acrescenta à noção mais intuitiva e bem conhecida da dogmática de obrigação de meios. Quanto à interpretação *contra legem* que o Autor propõe do art. 799.º, n.º1, somos de parecer que os raciocínios expendidos não invertem o ónus de contra-argumentação que sempre se impõe sobre o intérprete que procura desviar-se do sentido literal da norma; pelo contrário, o Autor entende que o médico está numa posição de fragilidade (“*a posição do médico não deve ser sobrecarregada*”), o que a análise empírica dos processos de responsabilidade médica prontamente desmente. E – relembramos – a prova do incumprimento ou cumprimento defeituoso, da ilicitude contratual, impende sobre o paciente e esta é a mais difícil de conseguir (violação das *leges artis*), sendo a culpa um mero juízo de censura subjetivo.

¹⁷³⁶ DEMOGUE, *Traité des Obligations*, tomo V, Paris, 1925, n.º 1237, e tomo IV, Paris, 1931, n.º 599. H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3ª ed., Tomo 1, n.º 103-2º, distinguem entre as obrigações determinadas (v.g., obter certo resultado; não causar dano a outrem com as coisas de que se é depositário) e as obrigações gerais de prudência e diligência (desenvolver esforços para alcançar um certo resultado; conduzir-se como um homem prudente e diligente).

¹⁷³⁷ De resto é este o entendimento dominante nos países latinos: na França (país onde o próprio Código de Deontologia médica acolhe, no art. 32, esta distinção), Itália, Bélgica, Espanha e mesmo na Inglaterra, afirma FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de Responsabilidad Médica*, p. 37 ss..

No direito espanhol, Esther MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, p. 4 cita a Sentença de 7/2/1990 do Tribunal Supremo, que decide: “...el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica”.

Também o Projeto de Diretiva CEE de 24 de outubro de 1990 sobre a *responsabilidade do prestador de serviços* confirmava que “as obrigações do médico continuam em geral como obrigações de meios e não de resultado.”

Pelo contrário, esta distinção é útil e operante. Permite, por um lado, realçar que o objeto da prestação médica não é a cura, não é um resultado certo, mas sim o de ser diligente, cuidadoso e respeitador das *leges artis* em ordem a alcançar o *trattamento* do paciente. Estas compreendem um conjunto de normas e princípios profissionais que não se encontram coligidos em apenas um diploma, estando antes dispersados na *praxis* médica, de acordo com o estado da ciência médica num preciso momento histórico.

Em segundo lugar, permite discernir, no âmbito da própria profissão médica, atividades ou intervenções para as quais se exige um resultado certo (próteses, análises clínicas, exames oftalmológicos, etc.) de outras, em que a álea das condições pessoais do doente, da interação medicamentosa, entre outros fatores, não podem fazer recair sobre o médico, sem mais, a responsabilidade de um resultado negativo.

A jurisprudência italiana tem lançado mão de uma diferenciação que nos parece útil; trata-se de distinguir entre as *intervenciones de fácil ejecución* e as *intervenciones de difícil ejecución*, para consagrar um diverso regime probatório.¹⁷³⁸ Assim, no primeiro caso, provada pelo paciente a não difícil execução da intervenção requerida, compete ao profissional o ónus de demonstrar que o insucesso da operação não é devido à sua própria negligência ou imperícia; enquanto no segundo caso, uma vez provado pelo profissional que a intervenção implica problemas técnicos de particular dificuldade, é o paciente que deve demonstrar que as técnicas utilizadas não eram idóneas à execução da intervenção ou dos cuidados pós-operatórios.¹⁷³⁹

¹⁷³⁸ Em Itália esta distinção também é aceite, como informa LUCA/GALIONE/ MACCIONI, *La Responsabilità Medica*, 2011, p. 213 ss. Todavia, nos casos de intervenções « di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (comme pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio res ipsa loquitur (Cass. Civ. 22.1.1999, sez. III, n. 589, *Danno e Responsabilità*, 1999, 298 ss.). O Ac. STJ, 4/3/2008 (Fonseca Ramos) faz eco desta doutrina.

¹⁷³⁹ Luca NIVARRA, “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai) il punto sulla giurisprudenza”, *Europa e diritto privato*, 2, 2000, p. 519, com indicação da Jurisprudência. Segundo PASTORE/ PALMIERI, *La Responsabilità...*, 2008, p. 22 “la corrente interpretativa che distingue tra interventi e terapie di facile esecuzione e interventi di difficile esecuzione non arriva ad introdurre nell’ordinamento, ancorché per creazione giurisprudenziale, una trasformazione

59.3. Alcance prático da distinção em função da atividade médica exercida

Não é muito avisado tentar definir *a priori* e em abstrato quais são as obrigações de meios e quais as de resultado. Ainda assim, iremos definir critérios orientadores em razão da especialidade médica exercida.

A doutrina vem discutindo se certas intervenções médicas configuram verdadeiras obrigações de resultado. Seguindo Vanswevelt¹⁷⁴⁰ podemos distinguir entre: (1) obrigações de resultado resultantes da lei, (2) obrigações de resultado derivadas da vontade das partes e (3) obrigações intrinsecamente de resultado.

Quanto às primeiras, casos há em que uma *regra legal* impõe a adoção de um comportamento preciso, sem dar liberdade de apreciação ao médico. Exemplos disso serão: a obrigação de respeitar o segredo profissional, a obrigação de socorrer uma pessoa em perigo, a obrigação para o hospital de ter à sua disposição pessoal (anestesiastas, enfermeiras) e material (reservas de sangue, ampolas de adrenalina, medicamentos, etc.) suficientes.

Na hipótese de *obrigações de resultado resultantes da vontade das partes*, devemos questionar se tal cláusula será válida. Entre nós, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro defendem que o médico pode prometer um *resultado*.¹⁷⁴¹ Este tipo de obrigações de resultado pode abranger, de um lado, os *meios* a utilizar¹⁷⁴², e, do outro, o próprio *resultado final do tratamento*.¹⁷⁴³

dell'obbligazione del medico in obbligazione di risultato, ma si limita ad utilizzare ai fini del processo il mezzo probatorio delle presunzioni nella distribuzione e articolazione dell'onera della prova tra il paziente, da una parte, e il medio e la struttura sanitaria, dall'altra parte. E ciò nel senso che, in caso di interventi di facile esecuzione, il paziente, sulla base del peggioramento del suo quadro clinico, può invocare la presunzione che tale peggioramento sia stata la conseguenza dell'inadempimento del medico, mentre il medico ha la possibilità di dare la prova che tale peggioramento si è verificato per causa a lui non imputabile.”

¹⁷⁴⁰ Thierry VANSWEEVELT, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, p. 116.

¹⁷⁴¹ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 31.

¹⁷⁴² Praticar uma raquianestesia num paciente vítima de meningite, quando era expressamente conveniente utilizar apenas clorofórmio; deixar um parto decorrer naturalmente quando o médico tinha prometido realizar uma cesariana; praticar uma histeropexia no decurso de uma interrupção da gravidez quando a paciente tinha expressamente proibido isso. Nestes casos,

Assim, em primeiro lugar, devemos atender à *vontade das partes* – que gozam do poder conformador dos contratos (art. 405.º CC) – para apurar se estas pretenderam determinar o carácter das obrigações assumidas. Mas, regra geral, deve fazer-se apelo a critérios suplementares, desde logo, o *caráter aleatório* da intervenção. Se o resultado esperado é aleatório ou incerto, a obrigação será normalmente de meios; se a realização aparece quase segura, recorrendo a uma utilização normal dos meios disponíveis, ela poderá ser de resultado.¹⁷⁴⁴

Em terceiro lugar, a doutrina francófona identifica as *obrigações intrinsecamente de resultado*, quando este *não apresenta qualquer carácter aleatório*.

A jurisprudência tem identificado, neste campo, situações tais como:

(1) tratar erroneamente o paciente saudável ou o órgão são: operação ao apêndice em vez de ablação de um tumor, amputação da perna errada¹⁷⁴⁵;

(2) a realização de exames ou intervenções simples: v.g., análises de sangue, exames de urina, transfusões sanguíneas, radiografias, apendicectomia, circuncisão, extração dentária, etc., tudo dependendo das dificuldades e complexidade relativa de cada hipótese específica;

o paciente pode alegar a *inexecução da promessa assumida*, cabendo ao médico defender-se invocando, nomeadamente, o estado de necessidade.

¹⁷⁴³ Pense-se, por exemplo, no caso de uma promessa de uma esterilização definitiva aquando de uma vasectomia; garantir um tratamento completamente seguro, sem sequelas visíveis, nomeadamente em cirurgia estética ou reparadora, mostrando fotografias de casos bem sucedidos sem relativizar esses resultados positivos; ou o caso de o médico prometer executar um ato médico num momento determinado ou prometer executar pessoalmente tal ato (por exemplo: parto). Considere-se ainda a hipótese de o médico prometer um resultado determinado (v.g., cirurgia estética – a maior parte das vezes há um resultado geométrico previsto – com “croquis”) ou de um centro de transfusão sanguínea, se afirma que a colheita não acarreta qualquer risco. Cf. LELEU/GENICOT, *Le droit médical*, p. 108.

Em Itália, a Jurisprudência segue a mesma doutrina: *Corte di Cassazione*, em 10 de Setembro 1999, decidiu: “... In sede di informazione al cliente in ordin all’intervento da eseguire, há dato per certo il raggiungimento di un obiettivo, non avvertendo il paziente dell’esistenza di margini di insuccesso. (intervento di incollaggio della tube); Corte Cassazione, 16 de Fevereiro de 2001: “il medico è responsabile nei confronti del cliente per il mancato raggiungimento del risultato *solo se há garantido il predetto risultato al paziente...*”

¹⁷⁴⁴ Cf. LELEU/GENICOT, *Le droit médical*, p. 105.

¹⁷⁴⁵ Aproximando-se assim da doutrina norte-americana do *res ipsa loquitur* – sobre esta figura vide Peter de CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, 2001, p. 325.

(3) utilização de material em bom estado;¹⁷⁴⁶

(4) No caso de fabrico de prótese dentária (que resulta de um ato técnico sem qualquer álea) não deve haver qualquer vício; o mesmo se passa com “pace-maker”. Já a *concepção* e a *colocação* destes aparelhos são típicas obrigações de meios.¹⁷⁴⁷

59.4. Casos duvidosos

A doutrina e a jurisprudência não é unânime relativamente a algumas intervenções médicas, havendo divergência sobre se se trata de uma obrigação de resultado ou uma obrigação de meios, o que acarreta relevantes consequências no sucesso das ações de responsabilidade civil médica.

59.4.1. A esterilização

¹⁷⁴⁶ Assim surgiu a doutrina da *obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels* (Cour de Cassation, de 9/11/1999). Esta *obligation de sécurité* significa que o hospital tem o dever de manter o doente até ao fim da sua estadia são e salvo de todo o dano diferente daqueles que possam resultar da álea própria à intervenção (quedas, infecções). O *Tribunal de Apelação Administrativo de Paris* (15/1/1999) condenou o hospital no dever de reparação dos *danos sem relação com o estado anterior do paciente nem com a evolução previsível desse estado*. Já antes a *Cour Cassation* (21/5/1996) presumira a responsabilidade de uma clínica no caso de uma *infecção nosocomial* que vitimou um paciente após uma intervenção, salvo se o estabelecimento demonstrar que não houve culpa da sua parte, isto é, se provar a assepsização dos locais e a esterilização dos instrumentos – Cf. MALICIER *et al.*, *La responsabilité médicale*, p. 28.

A obrigação de segurança está muito desenvolvida no Direito do Trabalho (cf. Milena ROUXINOL, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008). Julgamos que uma linha de investigação futura do Direito da Medicina consistirá em analisar de que forma se pode aprender com a dogmática mais antiga do Direito Laboral e elaborar – com mais rigor – uma obrigação de segurança no domínio sanitário.

¹⁷⁴⁷ Cf., entre outros, MALICIER *et al.*, *La responsabilité médicale*, p.28. Para o direito italiano, *vide* LUCA/ GALIONE/ MACCIONI, *La Responsabilità Medica*, 2011, p. 257 ss.; neste ordenamento jurídico, a jurisprudência considera estar-se perante uma *obrigação de resultado* no caso de *cirurgia estética* (em especial, a cirurgia estética que visa eliminar ou reduzir alterações somáticas essencialmente morfológicas, não se aplicando às alterações anatomo-funcionais de natureza patológica), o *transplante de cabelos*, a *esterilização* e *alguns tratamentos dentários*.

A natureza da obrigação de uma esterilização, seja masculina, seja feminina, é um dos pontos de controvérsia. No primeiro caso, está em causa a vasectomia, no segundo a laqueação das trompas.

Se para alguns a esterilização (máxime a vasectomia) configura uma *obrigação de resultado*,¹⁷⁴⁸ para outros trata-se de uma obrigação de meios. Esta última é a tese que nos parece mais correta, visto que o resultado depende da biologia própria do paciente, designadamente da endocrinologia e da proteónica de cada indivíduo.¹⁷⁴⁹

Contudo, se a informação prestada não foi completa, designadamente se não se explicou ao paciente o risco de fracasso da intervenção, ou se não se informou da necessidade de continuar a utilizar um outro método anticoncepcional durante um determinado período de tempo, haverá lugar à responsabilidade médica por violação do dever de informação. Como vimos na Parte II deste trabalho, nos casos de *intervenciones d'agrément* ou *voluntárias* os deveres de esclarecimento atingem a sua graduação máxima e a responsabilidade por falta de um consentimento informado constitui a resposta correta do sistema jurídico para a proteção dos bens jurídicos integridade física e autodeterminação.

59.4.2. Cirurgia estética

Também em matéria de cirurgia estética há grandes divergências na doutrina. A mais antiga entende que se deve fazer uma distinção entre a *cirurgia puramente estética* e a

¹⁷⁴⁸ Em Espanha, decidiu a *Sentencia de la sala Primera del Tribunal Supremo*, de 2/6/1999: “Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos entre otros, de *cirugía estética, vasectomía y odontología*”.

¹⁷⁴⁹ No sentido – que subscrevemos – de que a *laqueação de trompas* não configura uma *obrigação de resultado*, cf. Ac. Relação de Lisboa, 23/10/2007 (Isabel Salgado): “(...) II – A singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover “um mal de saúde “da paciente, mas tendo como finalidade exclusiva no caso a alcançar um método anticoncepcional definitivo, que não se revelou eficaz, dele não resultou, porém, qualquer dano de saúde a mesma. III – *O risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e, tal também não foi assegurado pela médica.*”

cirurgia reparadora.¹⁷⁵⁰ Outros entendem que não se deve considerar que a intervenção puramente estética seja em si uma obrigação de resultado¹⁷⁵¹.

Estas intervenções têm um carácter *aleatório* como quaisquer outras, sendo, aliás, por vezes, de enormíssima complexidade técnica e com assinaláveis riscos. Somos de parecer que apenas se pode tornar uma obrigação de resultado em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das *informações* que o médico forneceu ao doente. Explicando melhor, uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o *esclarecimento* sobre os seus fins. Com Martínez-Pereda Rodríguez, afirmamos que o acento não se deve colocar tanto na distinção entre obrigações de meios e de resultado, “ni tampoco de demonizar la cirugía estética, sino *insistir en el deber de información*.”¹⁷⁵²

Sugestivamente, Galán Cortés entende que a obrigação do cirurgião estético deve ser qualificada como uma *obligación de medios “acentuada”*, salvo se tiver prometido um “resultado”, pois a sua condição não pode ser pior que a de qualquer outro tipo de cirurgião. “Efetivamente, nesta cirurgia também intervém o ‘azar’ ou o elemento aleatório, conatural a toda a atuação cirúrgica, dada a incidência, na sua evolução posterior, de múltiplos e variados fatores endógenos e exógenos que podem prejudicar o fim ou resultado perseguido. E é precisamente essa *especial e rigorosa obrigação de informar o cliente*, a que faz que considere como “acentuada” a sua genérica obrigação de meios.”¹⁷⁵³

59.5. A distinção na jurisprudência portuguesa

Ao longo da exposição precedente fomos deixando registo de alguns acórdãos do STJ e do STA nos quais se revela que a jurisprudência portuguesa acolhe a distinção e procura ir discernindo casos de obrigações de resultado.

¹⁷⁵⁰ Assim, por exemplo, KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 283.

¹⁷⁵¹ Thierry VANSWEEVELT, *La Responsabilité Civile...*, n.º 110-111.

¹⁷⁵² Assim, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, p. 346 ss.; Cf. ainda o estudo de Fernanda GALHEGO, *A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

¹⁷⁵³ GALÁN CORTÉS, *Consentimiento informado...*, p. 268.

Assim, na atividade médica encontramos, em regra, uma *obrigação de meios*, isto é, o médico não se vincula à obtenção de determinado resultado (a cura), apenas se obriga a empregar a diligência, o cuidado devido, com vista ao tratamento do doente.¹⁷⁵⁴

Noutros casos, tem-se defendido a existência de uma obrigação de resultado.

Na síntese levada a cabo pelo Ac. STJ, 15/12/2011 (Gregório Silva Jesus): “...casos há em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto, constituindo exemplo de escola a *cirurgia estética de embelezamento* (cf. Ac. do STJ de 17/12/09 (Pires da Rosa)) (mas já não a cirurgia estética reconstrutiva geralmente considerada como exemplo cirúrgico de obrigação de meios), a par da execução das *manobras próprias de parto* (Ac. do STJ de 7/10/10 (Ferreira de Almeida)), no campo da *odontologia*, por exemplo, a simples extração de um dente ou colocação de um implante, e ainda nas *áreas da vasectomia e exames laboratoriais* (Ac. do STJ de 4/03/08 (Fonseca Ramos)).”

Vejamos com mais pormenor e sentido crítico. O STJ lançou em debate alguns conceitos que carecem de maior precisão e que merecem uma análise mais detalhada.

¹⁷⁵⁴ Cf. Ac. STJ, 11/7/2006 sumariou: “1 –É de meios, não de resultado, a obrigação a que o cirurgião se vincula perante a doente com quem contrata a realização duma cirurgia à glândula tiróide (tiroidectomia) em determinado hospital.”

59.5.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4/3/2008 (Fonseca Ramos): a realização de exames médicos na área da bioquímica, radiologia e análises clínicas como obrigação de resultado

O problema do erro de diagnóstico e a afirmação de uma obrigação de resultado a cargo do *anatomopatologista* é objeto de decisão no Ac. STJ, 4/3/2008.¹⁷⁵⁵ Segundo o STJ, a responsabilidade médica, neste caso, tem natureza contratual, aplicando-se as regras da prestação de serviços. A prestação do anatomopatologista configura uma *obrigação de resultado*, por isso este médico foi considerado responsável – e condenado a pagar uma compensação por danos não patrimoniais de €224.459 – porque o resultado se provou ser errado. Os argumentos utilizados pelo STJ são os seguintes: *o facto de os exames laboratoriais serem uma atividade médica com alto nível de especialização, o que exige a certeza dos resultados.*

Com carácter de *obiter dicta*, o STJ afirma ainda que *os exames médicos na área da bioquímica, radiologia e, sobretudo, análises clínicas seguem o regime, mais rigoroso, das obrigações de resultado.* Pelo contrário, especialidades como a medicina interna, cirurgia, cardiologia, gastroenterologia, estão sujeitas ao regime das *obrigações de meios*. O STJ segue, pois, a doutrina italiana acima exposta que distingue entre intervenções médicas complexas e intervenções simples.

O Supremo Tribunal distingue as especialidades que envolvem uma margem de risco maior, que estariam sujeitas a uma mera obrigação de meios, das especialidades em que “*o ato médico não comporta, no estado atual da ciência, senão uma ínfima margem de risco*”, que estariam sujeitas ao regime da obrigação de resultado.

¹⁷⁵⁵ Resumindo o caso, ao Autor foi diagnosticado um cancro da próstata por parte do réu, um médico anatomopatologista. Perante esse diagnóstico o queixoso submeteu-se a uma prostatectomia radical. Antes da cirurgia o Autor era um empresário saudável, vigoroso, com uma vida social e sexual ativa. Devido à cirurgia o risco de impotência verificou-se, ficando este homem incontinente e impotente, o que lhe acarreta graves sofrimentos psicológicos e morais e fortes inibições sociais e profissionais. Posteriormente, veio a descobrir-se que o diagnóstico estava errado e o erro deveu-se a uma análise incorreta, que esteve na causa de uma operação desnecessária e com graves consequências secundárias. O réu requer uma compensação por danos patrimoniais e não patrimoniais, com base na ação ilícita e culposa do patologista. O pedido é de €400.000 por danos não patrimoniais e de €4.500 por danos patrimoniais.

Nestes casos, “até por razões de *justiça distributiva*,¹⁷⁵⁶ haveremos de considerar que assumiu um compromisso que implica a obtenção de um resultado, aquele resultado que foi prometido ao paciente.” O STJ refere-se a especialidades que se prendam com os exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas. Assim, e aplicando ao caso decidendo: “se se vier a confirmar *a posteriori* que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então, temos de concluir que atuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise.”

É importante esclarecer que não subscrevemos a afirmação genérica de que qualquer intervenção das especialidades referidas deva estar sujeita ao regime das *obrigações de resultado*. Com efeito, algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e mesmo das análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente. Onde, só casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser sujeita ao regime das obrigações de resultado.¹⁷⁵⁷ Por outro lado, deve ser aqui lembrada a obrigação de informação, sendo que por essa via se poderá encontrar a resolução dos casos mais complexos.¹⁷⁵⁸

Esta decisão do STJ é de grande importância, já que a mais alta instância jurisdicional portuguesa aceita claramente a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado e elabora – com pertinência – sobre os critérios de distinção e a sua aplicação prática a diversas especialidades médicas.

¹⁷⁵⁶ O Direito Civil clássico entende que está ao serviço da chamada *justiça comutativa*, relegando para o Direito Público, designadamente o direito fiscal e o direito administrativo a função de realizar *justiça distributiva*. Neste sentido, vide Ac. STJ, 24/1/2008, que condena o Réu a pagar uma indemnização de (€52.780 + €78.000) pelo aluguer de um carro de substituição durante cerca de 10 meses... Merece, por isso, crítica reflexão esta argumentação do Supremo Tribunal no sentido de fazer incidir sobre um juízo de ilicitude do comportamento do réu – médico anatomopatologista – critérios de *justiça distributiva*. Tanto mais que o Autor da ação, segundo se pode ler no Acórdão, era um empresário com relativo sucesso e os danos, sendo graves, nem sequer são impeditivos de continuar a exercer a sua profissão e a auferir rendimentos...

¹⁷⁵⁷ Um outro caso em que se prova um *erro de diagnóstico* de cancro verifica-se no Ac. Relação de Lisboa, 19/4/2005, já referido.

¹⁷⁵⁸ Para uma análise do dever de informação no domínio da radiologia, vide Maria Manuel Borges MERUJE, “Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 12, 2009.

Contudo, na nossa opinião, não podemos tirar conclusões definitivas e rígidas a propósito da natureza de obrigação de meios ou de resultado das atividades de uma determinada especialidade médica, em geral. Designadamente no âmbito das análises laboratoriais e dos exames de anatomopatologia, nem sempre é possível garantir um resultado e em certos casos a interpretação do resultado depende da interpretação do especialista. Donde o Tribunal deve recorrer a *peritos médicos* que ajudem a avaliar se determinada intervenção ou exame é *complexa* ou *simples*, se se pode exigir um resultado certo ou apenas o cumprimento dos deveres de cuidado e zelo profissional.

Definir *a priori* uma especialidade médica como realizando exames simples e especialidades com procedimentos complexos não pode ser aceite, porque não corresponde à realidade da medicina.

59.5.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/12/2009 (Pires da Rosa): a cirurgia estética como obrigação de *quase resultado*

No Ac. STJ, 17/12/2009 considerou-se que a cirurgia estética se não pode ser “uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se *em absoluto* com a melhoria estética desejada (e acordada entre ambos) é seguramente uma obrigação de *quase resultado* porque é obrigação em que só o resultado *vale a pena*. Só o resultado *vale a pena*, quer para a autora quer para o réu.”

A imprevisibilidade das reações do organismo humano constitui um dos argumentos dos que criticam a configuração destas obrigações como de resultado. Ainda que o cirurgião tenha empregado toda a técnica, recursos disponíveis e perícia no caso concreto, podem advir consequências indesejadas. Cada corpo humano, na sua individualidade, pode apresentar hipersensibilidades, reações diversas imprevisíveis, não sendo a evolução dos quadros clínicos sempre igual. A boa cicatrização, por exemplo, é sempre um fenómeno aleatório. Não há cirurgia sem riscos; acresce que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que escapa – em grande parte – ao controlo do médico.¹⁷⁵⁹ Por isso, o reforço do dever de esclarecimento é a chave da solução destes casos.

¹⁷⁵⁹ Na doutrina brasileira, também se começa a defender que a cirurgia estética não há lugar a uma obrigação de resultado. Cf. Miguel

59.5.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7/10/2010 (Ferreira de Almeida) (a obstetrícia como obrigação de resultado)

Este acórdão decide um caso dramático na especialidade de obstetrícia. Durante o parto, o obstetra utilizou uma ventosa e causou graves danos na cabeça e no abdómen do bebé. Este nasceu vivo, mas faleceu após algumas horas de grave sofrimento.¹⁷⁶⁰

KFOURI NETO, *Culpa Médica e ónus da Prova*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 51 ss.; Eduardo DANTAS, “A responsabilidade Civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio”, *Lex Medicinæ*, Ano 4, n.º 7, 2007. Em sentido contrário, Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, 2003, p. 380, defende que existe uma *obrigação de resultado*, a qual apenas inverte o *ónus da prova*; isto é se o médico provar que agiu de acordo com as *legis artis*, que não foi negligente, não responde pelos danos causados.

¹⁷⁶⁰ A obstetrícia é uma especialidade de grande risco jurídico. O Ac. do STA, 9/3/1999 condenou o Réu por não indução parto; o Ac. STA, 3/6/2004 (Cândido Pinho) condenou o hospital por danos causados por negligência leve do médico obstetra; trata-se de um caso de responsabilidade por omissão: “I –Agem com negligência os serviços de certo Hospital Distrital que tomam a *decisão de não* induzir o trabalho de parto de certa parturiente às 42 semanas, quando o mesmo é recomendado pelo respetivo ginecologista assistente, se aquela decisão não é fundamentada em meios complementares de diagnóstico, que não foram realizados, tratando-se para mais no caso de parturiente com sequelas de poliomielite.”

No Ac. STA, 16/3/2005 na sequência de um parto tardio, a criança acaba por morrer aos 6 anos de idade, tendo o STA baixado a indemnização para €35.000.

Por seu turno, o Ac. Relação de Guimarães, 18/3/2010 (Conceição Buchó) absolve os Réus na sequência de um parto que culminou com a morte da criança, após expulsão com a ajuda de ventosa, visto que “da matéria de facto provada, não pode imputar-se ao 1º (nem ao 2.º) Réu qualquer comportamento culposo ou negligente, nem qualquer omissão que revista estas características.”

Veja-se outro exemplo de responsabilidade por *omissão*, este caso da Espanha, decidido pelo Tribunal Supremo em 31/7/2002. Os autores são um casal cujo filho recém-nascido morreu durante o parto; os Réus são a parteira, que assistiu ao parto, e o médico que, embora informado acerca das complicações do parto, *não compareceu* para realizar qualquer intervenção. O Tribunal considerou que a negligência consiste na incapacidade de parar os riscos e os perigos que poderiam causar os danos à criança. O ónus da prova recai sobre os profissionais que assistiram a mulher, porque eles têm um estatuto especial (conhecimentos profissionais) em comparação com os pacientes. O Tribunal condenou a parteira e o médico pela morte da criança, e o médico é *especialmente negligente porque não assistiu ao parto*, tendo-

Após verem recusada a sua demanda no tribunal de primeira instância e no tribunal da relação, os pais recorreram ao STJ que anulou as decisões anteriores e mandou baixar à primeira instância para apurar mais factos.

O aspeto mais relevante desta decisão é o facto de o STJ ter afirmado:

“V. Em regra, a obrigação do médico é uma *obrigação de meios* (ou de *pura diligência*), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (ato ou omissão) do prestador obrigado não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do almejado resultado.

VI. Já se se tratar de *médico especialista*, (v.g. um médico obstetra) sobre o qual recai um específico *dever do emprego da técnica adequada*, se torna compreensível a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado* – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (*prova do incumprimento*), o que tem por base uma *presunção da censurabilidade ético-jurídica* da sua conduta.”

Se esta tese fosse de assumir nos tribunais portugueses, estaríamos a assistir a uma Revolução Copernicana na responsabilidade médica: de uma situação de grande dificuldade de prova do incumprimento e da culpa médica, passaríamos a uma situação de *muito difícil prova de ausência de responsabilidade!*

Parece-nos que houve neste caso uma utilização abusiva do conceito de obrigação de resultado como forma de alcançar uma decisão justa no caso concreto. A prova pericial revelou-se

se ausentado do hospital durante o período em que estava de serviço. Por outro lado, o Tribunal considera estabelecida a causalidade entre o comportamento do médico e os danos causados, uma vez que o comportamento culposos do médico concorreu com outras causas para a concretização do evento danoso. O fato de o sofrimento do feto poder ser considerado como imprevisível não exonera a responsabilidade do médico. Por seu turno, a parteira foi considerada negligente porque informou o médico demasiado tarde. Contudo, ela não tinha competência para agir sozinha num parto com complicações. Assim, foi estabelecido o nexo de causalidade: embora a sua conduta dos réus não fosse a única causa do desenlace, contribuiu para que este ocorresse.

muito difícil, pelo que o STJ entendeu haver lugar a uma inversão do ónus da prova.

Este seria um caso em que se poderia lançar mão do conceito de prova *prima facie*¹⁷⁶¹ ou, no direito americano, da teoria *res ipsa loquitur*.¹⁷⁶² Com efeito, de acordo com as regras da experiência comum, mesmo de um leigo, a utilização de uma ventosa não deverá causar danos tão graves como os que ocorreram neste caso, pelo que compete aos médicos provar que não foram culpados.

Mas não podemos aceitar a tese de que sempre que estejamos perante um *médico especialista*, sobre o qual recai um específico *dever do emprego da técnica adequada*, se torna compreensível a *inversão do ónus da prova*, por se tratar de uma *obrigação de resultado*.” Isso corresponderia a uma análise grosseira do que constitui uma obrigação de resultado e a um agravamento da posição processual do médico (especialista).

Para além de que tal distinção entre médico especialista e não especialista se afigura desajustada da atual legislação sobre carreiras médicas.¹⁷⁶³ Com efeito, a maioria dos médicos são detentores de uma especialidade reconhecida pela Ordem dos Médicos.¹⁷⁶⁴

¹⁷⁶¹ Cf. Luís PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 57-63 distingue corretamente a prova *prima facie* da doutrina da *res ipsa loquitur*. A primeira figura aplica-se aos eventos típicos, ou seja, aos casos em que se provou um estado de coisas que, segundo a experiência da vida, indica a existência de uma causa determinada ou de uma culpa; basta à parte provar a aparência ou verosimilhança do facto. A segunda figura aplica-se quando estamos perante um facto insólito/ extraordinário face ao normal devir dos acontecimentos ditado pelas máximas da experiência, devendo preumir-se a negligência, pois, fora de tal possibilidade, seria pouco provável que o dano se produzisse por não ser habitual.

¹⁷⁶² Numa famosa decisão de 1957 (*Salgo vs. Leland Stanford Jr University Board of Trustees*, 154 Cal. Ap. 2d 560, 568 ss. fundamentou-se a doutrina “*res ipsa loquitur*”. Em parte o Tribunal acusou os peritos de uma “*conspiracy of silence*” entre os médicos pelo que seria quase impossível obter um parecer, uma perícia objetiva. No direito inglês também se aplica esta doutrina, embora presentemente se prefira a designação de “*a prima facie case*”, seguindo *Hobhouse LJ em Ratcliffe v. Plymouth and Torbay HA* (1998) 4 Med LR 162, 190.

¹⁷⁶³ Cf. Decreto-Lei n.º 177/2009, de 4 de agosto: estabelece o regime da carreira especial médica, bem como os respectivos requisitos de habilitação profissional.

¹⁷⁶⁴ O internato médico rege-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 203/2004, de 18 de agosto, na redação introduzida pelos Decretos-Leis n.os 11/2005, de 6 de janeiro, 60/2007, de 13 de março, 45/2009, de 13 de

60. A cláusula de garantia

Nas obrigações de garantia, “nem a impossibilidade objetiva exonerará o devedor, uma vez que este assumiu o risco da não verificação do resultado ou efeito pretendido, pelo que ficam a seu cargo as circunstâncias fortuitas ou de força maior que tornem impossível o cumprimento da prestação. Assim, ainda que não haja culpa do devedor, mesmo que o cumprimento se tenha tornado impossível por força de circunstâncias exteriores, impossíveis de prevenir e/ ou de suportar, o credor tem a garantia de que o devedor responderá pela não obtenção do resultado prometido.”¹⁷⁶⁵

A favor da validade da estipulação de uma cláusula contratual de garantia, no âmbito do contrato médico, pode-se argumentar com o princípio da liberdade contratual (art. 405.º), expressão do princípio da autonomia privada. Mas essa liberdade não é ilimitada. Desde logo, há limites imperativos, de que se destaca o *venire contra factum proprium*, no quadro do abuso de direito (art. 334.º).¹⁷⁶⁶ Assume relevo, nesta sede, o ‘dever’ de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites, visto que se o paciente não cumpre as prescrições, ou tem comportamentos que impedem a boa prestação da obrigação do médico, não poderá invocar a cláusula de garantia.

Na verdade, “o sentido da cláusula ou convenção de garantia é de deslocar para a esfera do devedor quaisquer circunstâncias fortuitas ou de força maior que impossibilitem o

fevereiro, e 177/2009, de 4 de agosto e pela Portaria n.º 251/2011 de 24 de junho. O internato médico realiza-se após a Licenciatura em Medicina ou após o Mestrado Integrado em Medicina e corresponde a um processo de formação médica especializada, teórica e prática, tendo como objectivo habilitar o médico ao exercício tecnicamente diferenciado numa especialidade médica. O exercício autónomo da medicina é reconhecido a partir da conclusão, com aproveitamento, do segundo ano de formação do internato médico. Sobre a matéria, vide Sara Leitão MOREIRA, Em torno da responsabilidade penal do médico interno, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2011. Para uma análise, à luz do direito alemão, vide Manfred ANDREAS/ Bernhard DEBONG/ Wolfgang BRUNS, *Handbuch Arztrecht in der Praxis*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 57-113.

¹⁷⁶⁵ PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 266-267.

¹⁷⁶⁶ Cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 267. Vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, p. 241 ss., onde analisa o instituto do abuso de direito e discerne as diversas facetas que este pode assumir.

cumprimento, ou seja, repete-se, de o fazer responder independentemente de culpa sua. Ficam de fora, portanto, *circunstâncias impeditivas imputáveis ao credor.*¹⁷⁶⁷ Assim, o paciente não pode acionar a cláusula de garantia se foi por culpa sua (v.g., não cumpriu os tratamentos) que o resultado pretendido se não verificou.

Por outro lado, pode-se questionar se este tipo de cláusulas é compatível com certos atos médicos, que se afiguram *aleatórios por natureza* e com o *princípio da independência* dos médicos. Permitir que o médico se coloque numa situação de total subordinação à vontade do paciente ou que oriente a sua ação no sentido de alcançar um determinado resultado prometido pode afigurar-se contrário à *ordem pública* (art. 280.º, n.º2). Assim, nos casos mais extremos de imprevisibilidade do resultado, parece que determinada cláusula de garantia deve ser considerada *nula*.

É importante colocar esta questão especificamente a propósito dos médicos dentistas. Se é já corrente considerar que o Dentista tem uma obrigação de resultado quando o tratamento envolve a colocação de uma prótese, nenhum jurista negará que, outras terapêuticas se reconduzem à categoria de obrigação de meios, seja o tratamento de uma periodontite, seja a extração de um dente. Por seu turno, à colocação de um implante poderá corresponder uma obrigação de garantia? Poderíamos argumentar que sim, não para aplicação automática das regras gerais do contrato de empreitada, mas de uma garantia de base contratual. Contudo, o Código Deontológico dos Médicos Dentistas determina que “*O médico dentista não deve dar garantias de sucesso total das intervenções ou tratamentos*” (art. 17.º, n.º5). Com efeito, o sucesso dos tratamentos está dependente da colaboração dos doentes. Donde, mesmo que o trabalho seja tecnicamente perfeito, pode haver fracasso terapêutico.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁶⁷ PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 267.

¹⁷⁶⁸ Neste sentido, Ac. Relação do Porto, 24/2/2011 (Filipe Carço) absolveu um médico dentista, pois não ficou provado que o médico tenha violado quaisquer deveres objectivos de cuidado, próprios do profissional normal, impostos pela cautela e bom senso clínico.

Para maiores desenvolvimentos sobre a responsabilidade do Dentista, vide Marc SABEK, *Les responsabilités du chirurgien-dentiste*, 2º édition, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011 e André Luís NIGRE, *A Odontologia à Luz do Direito*, Rio de Janeiro, Editora Rubio Lda., 2012.

61. O internamento hospitalar: deveres de cuidado

Bissaya Barreto defendia a necessidade de “...fazer esquecer o conceito, ainda corrente, sobre Hospitais medievais e mesmo posteriores, em que o Hospital era o *Dépotoir Social*, o que hoje não é verdade, pois o Hospital deve antes ser considerado um Hotel em que os hóspedes são doentes, provisoriamente inválidos, com as mesmas necessidades de conforto, de beleza, de asseio ou talvez mais...”¹⁷⁶⁹

Ora, tal só será possível se, para além de uma medicina de alta qualidade os serviços hospitalares cumprirem outros deveres de cuidado, fundamentais para que o doente se sinta um verdadeiro *Hóspede*, acolhido como *Pessoa* neste momento de vulnerabilidade que é o do acesso aos serviços de saúde, em especial em caso de internamento.

A responsabilidade derivada de atos relacionados com os serviços de hospitalização pode abranger aspetos tão díspares como a alimentação, a limpeza, conservação e aquisição de material e medicamentos, desinfeção, vigilância ou a segurança, entre outros.

Na verdade, uma relação hospitalar envolve uma relação jurídica complexa, que numa leitura contratualista, pode abranger, em caso de “contrato total”, atos médicos e *tarefas de internamento hospitalar*, as quais serão agora objeto da nossa atenção. No caso de uma relação administrativa de serviço público, estabelece-se uma relação jurídica (de direito administrativo) que deverá conter semelhantes deveres.

61.1. Dever de evitar infeções nosocomiais

As infeções nosocomiais constituem por todo o mundo uma importante causa de lesões à saúde nos hospitais.¹⁷⁷⁰ Causar ou não evitar uma infecção é um dos *tipos reais* de responsabilidade médica apontados pela doutrina.¹⁷⁷¹

Também a nossa jurisprudência tem contato com essa realidade.¹⁷⁷² Assim, o Ac. STA, 29/11/2005, condena o

¹⁷⁶⁹ Bissaya BARRETO, *Hospital Central Coimbra – guia do doente*, Coimbra, Coimbra Editora, s.d.

¹⁷⁷⁰ Por exemplo, nos Estados Unidos calcula-se que um em cada 10 pacientes (10%) adquire uma infecção nosocomial, em França esta taxa varia entre 6,87% e 7,5% e no Reino Unido alcança os 9%. – cf. Rui CASCÃO, *Prevention and Compensation of treatment Injury...*, p. 20.

¹⁷⁷¹ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 133.

¹⁷⁷² O Ac. STA, 15/4/2010, relata um caso de morte da parturiente devida a sépsis, condenando o Hospital em €80.000 pelo dano morte, €16.000 pelo sofrimento antes da morte, acrescido de €25.000 pelos danos

Hospital por não ter tomado tomou as medidas de precaução necessárias no sentido de erradicar a bactéria *serratia* no local altamente propício à sua existência e face a um estado de pós-operatório, vindo o doente a ser contagiado, ficando cego de um olho.¹⁷⁷³

Com efeito, a infeção hospitalar representa um risco permanente em qualquer ponto do mundo e impõe aos hospitais o dever de controlo contínuo, através de comissões específicas e adoção de medidas de rigorosa assepsia. Um índice decisivo para aferir da imputação subjetiva do dano decorrente da infeção nosocomial ao estabelecimento hospitalar passa por averiguar se existe e se opera de acordo com os *standards* exigidos uma comissão de controlo de infeção hospitalar. Se esta não existe ou se não se encontra a laborar de acordo com as *leges artis* internacionais, então verifica-se uma conduta ilícita e culposa da instituição, pelo que esta deve responder pelos danos causados.¹⁷⁷⁴

Segundo Miguel Kfoury Neto, “o hospital poderá eximir-se da responsabilidade civil decorrente dos danos advindos da infeção hospitalar, provando que o quadro infeccioso preexistia ao internamento ou que se deveu, preponderantemente, às condições do próprio paciente – idade, debilidade, desnutrição, utilização de medicamentos imunodepressivos no tratamento, natureza da enfermidade (doenças associadas com diabetes, visitas) – para as quais de nenhum modo contribuiu, ou que adveio de caso fortuito.”¹⁷⁷⁵

morais próprios do marido e €20.000 pelos danos próprios da filha. Já o Ac. STA, 9/5/2012 (Costa Reis) absolve a Maternidade Alfredo da Costa por não se ter logrado provar que os profissionais violaram deveres de cuidado.

¹⁷⁷³ Provou-se que o Réu tomava medidas para reduzir o número de infeções hospitalares, contudo, não se provou que, *neste caso concreto*, o hospital tenha tomado todas as medidas conhecidas no atual estado da ciência e ao seu alcance para erradicar das suas instalações a *serratia*. O Hospital agiu ilícita e culposamente, ao omitir os atos materiais de desinfeção do local onde a bactéria *serratia* se alojou no olho esquerdo do autor. Também no período do pós-operatório deveria ter o HSM tomado todas as medidas necessárias para evitar a existência de qualquer foco infeccioso e, ao não fazê-lo procedeu tal estabelecimento hospitalar de uma forma censurável e reprovável, em desacordo com as *leges artis*; foram omitidos pelo HSM os deveres gerais referidos no art. 6.º, que no caso se impunham, pelo que agiu com ilicitude e culpa. O STA manteve a sentença recorrida, condenando o Hospital de Santa Maria pelos danos causados.

¹⁷⁷⁴ Neste sentido, KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 161

¹⁷⁷⁵ KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 282.

61.2. Dever de assegurar a qualidade dos materiais: o caso do sangue contaminado

Um domínio por excelência em que pode ser legalmente fundado estabelecer a responsabilidade objetiva do hospital é o das contaminações com VIH resultantes de transfusões sanguíneas.

O Ac. STA, 1/3/2005 (Alberto Oliveira), concluiu que o hospital era responsável, nos termos da *responsabilidade pelo risco*, pelos danos causados por contaminação pelo VIH na sequência de uma transfusão de sangue. Aí se afirma que: “I – Para efeitos do disposto no art. 8.º do DL n.º 48051, deve considerar-se que em janeiro de 1994, e face aos meios de despistagem então disponíveis, *era atividade excepcionalmente perigosa uma transfusão de concentrado eritrocitário resultante de recolha sanguínea (...).*” O STA considerou que se estava não só perante “uma particular intensidade danosa como, também, uma particular probabilidade, em razão da impossibilidade do afastamento do perigo de contágio com o VIH. O que tudo conflui no sentido de a atividade se dever caracterizar como *exceccionalmente perigosa*.”¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷⁶ O STA condenou o réu Hospital a pagar à autora a quantia de 29.927,87 €, a título de danos não patrimoniais, incluindo: redução da esperança de vida, mal-estar permanente, perda da qualidade vida, traumatismo e angústia, vexame e discriminação social, bem como medicação e acompanhamento médico, muito rígidos e frequentes, para o resto da vida... Julgamos que se trata de uma compensação muito baixa em razão dos danos causados.

Em Espanha, perante casos semelhantes, os montantes condenatórios são sensivelmente superiores. Num caso a sentença da *Audiencia Provincial de Madrid de 2/1/2004* condenou o Réu a pagar uma indemnização no valor de €100.000; noutra caso, o *Supremo Tribunal (Câmara Administrativa) em 10/2/2009* condenou a Comunidade Autónoma de Valência ao pagamento de €120.000 – cf. WINIGER/ KOZIOL/ KOCH/ ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law, Volume 2: Essential Cases on Damages*, p. 1052.

Na Itália há uma jurisprudência rica em torno da responsabilidade do Estado por infeções causadas por transfusões sanguíneas nos hospitais públicos. Em 1992 foi criada uma medida de segurança social que garantia uma indemnização para vítimas de vacinas e sangue contaminado, mas apenas aquando a infeção seja uma consequência previsível da transfusão. Em 2005, a *Corte di Cassazione 11609/2005* decidiu que não há responsabilidade do Estado se a transfusão ocorreu antes de o vírus ser conhecido da ciência médica. Em 2008, (*Corte di Cassazione 581/2008*) considerou que havia responsabilidade do Estado para todas as infeções desde 1978. Com a decisão da *Cazassione de 29/8/2011* decidiu-se que mesmo no caso de o vírus HVC ter sido contraído antes de 1978, o

Em sentido contrário, o Ac. STA, 15/12/2005¹⁷⁷⁷ resolve um caso de contaminação, em 1986, de um paciente com VIH 2, na sequência de transfusão sanguínea. O TAC do Porto limitara-se a analisar o caso pelo lado da responsabilidade do hospital por fatos ilícitos, tendo decidido pela não procedência da ação, já que em 1986 era impossível, em qualquer parte do mundo, detectar o VIH 2 num dador (aparentemente) saudável, já que este vírus ainda era desconhecido da comunidade científica. O STA, por seu turno, chama a atenção para a possibilidade de responsabilidade pelo risco, nos termos do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 48051. Todavia, não foi muito conseqüente, argumentando que a transfusão de sangue *não pode ser qualificada como atividade excepcionalmente perigosa*, uma vez que se trata de uma *atividade médica corrente*.

Carla Amado Gomes critica, com argumentos que nos parecem bem fundados, a solução do STA.¹⁷⁷⁸ Se é claro que a contaminação em 1986 pelo VIH 2, numa altura em que a comunidade científica ainda não conhecia o vírus, não preenche os requisitos da responsabilidade por *factos ilícitos* dos entes públicos, podemos considerar que esse mesmo facto (a transfusão de sangue, do qual não se podem conhecer todos os riscos de contaminação) constitui uma *atividade excepcionalmente perigosa* que causa um *prejuízo especial e anormal* ao paciente em causa. Salta à vista o paralelo com o exemplo de escola da responsabilidade objetiva do Estado que é o caso dos danos causados por *vacinação*.¹⁷⁷⁹ Esta atividade é excepcionalmente perigosa uma vez que os serviços de saúde não têm possibilidade de controlar os riscos envolvidos na transfusão sanguínea e o dano é especial e anormal, uma vez que não recai sobre a generalidade dos cidadãos. Bem pelo

Ministério da Saúde deve ser responsável por danos – cf. LUCA/GALIONE/ MACCIONI, *La Responsabilità Medica...*, 2011, p. 192 ss.

Em França, a *Cour de cassation* consagrou a existência de uma obrigação de resultado para os centros de transfusão, com base na qual estes estabelecimentos têm a obrigação de provar a ausência de vícios, ou seja, de contaminação no sangue fornecido. Posteriormente foi criada uma solução legislativa que prevê a compensação pelos danos causados por transfusões sanguíneas –cf. Gérard MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, p. 519.

¹⁷⁷⁷ *Cadernos de Justiça Administrativa*, [2006], 57, p. 24 ss.

¹⁷⁷⁸ Carla AMADO GOMES, “(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue com HIV: a tradição ainda é o que era (?)”, *Cadernos de Justiça Administrativa* [2006], p. 57 ss.

¹⁷⁷⁹ GOMES CANOTILHO, *A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, 1974.

contrário, apenas atinge os pacientes que foram contaminados pelo VIH.

Relativamente à interpretação desta norma urge destacar que “o legislador não fixa aprioristicamente qualquer critério orientador do que deva (...) considerar-se por “serviços, coisas ou atividades excecionalmente perigosas,”¹⁷⁸⁰ pelo que nada obsta a que se considere uma transfusão de sangue ou outro ato médico como atividade excecionalmente perigosa.¹⁷⁸¹

No mesmo sentido, Luísa Neto defende que pode haver responsabilidade civil por violação do *dever de informação*,¹⁷⁸² por um lado, e se a transfusão tiver lugar num hospital público (lato sensu) pode haver lugar à *responsabilidade pelo risco*.¹⁷⁸³

Embora o sangue possa ser visto como um produto, o regime da *responsabilidade objetiva do produtor* não se aplica quando não existem os *bancos comerciais de sangue*.¹⁷⁸⁴ Como explica Calvão da Silva, o sangue pode ser considerado como ‘produto’ para efeitos do regime de responsabilidade objectiva previsto na lei em análise, considerando que *o dador* de sangue (bem como de esperma, de órgãos ou partes do corpo humano) não está sujeito a este regime, mas “já os *bancos* de sangue, de

¹⁷⁸⁰ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 33/2004, DR II Série, n.º 222, de 20 de Setembro de 2004.

¹⁷⁸¹ Esta afirmação não contradiz a ideia segundo a qual as atividades médicas não devem ser consideradas, regra geral, como *atividades perigosas* para efeito de aplicação da presunção de culpa prevista art. 493.º, n.º2, do Código Civil, como corretamente decidiu o Ac. STJ, 22/5/2003 (Neves Ribeiro). Cf. sobre este aresto, Mafalda BARBOSA, “Notas Esparsas sobre Responsabilidade Médica”, *Lex medicinae*, n.º 7, 2007.

¹⁷⁸² Luísa NETO, “A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado,” in Vítor DUQUE/ André PEREIRA, *A Infecção VIH e o Direito*, 2010: “no contexto atual, parece dever entender-se que existe responsabilidade profissional se não houver adequada informação sobre a ocorrência deste risco ou se não forem proporcionados aos doentes os cuidados que são exigidos pelas *leges artis* (...). Em geral, pode ainda assim falar-se desta questão, dado que não é normalmente referenciada a informação relativa à utilização de produtos derivados do sangue como a albumina, a gamaglobulina e o plasma, entre outros fatores.”

¹⁷⁸³ Afirma Luísa NETO, “A infecção por VIH”, *cit.*, 2010, “uma análise mais funda nos levaria provavelmente a constatar a inexorabilidade de tal risco – em matérias de evolução incerta e de prognóstico reservado,” pelo que – “seria de admitir a responsabilidade objectiva, parecendo verificados os requisitos a que lei alude hodiernamente para imposição do dever reparatório ao Estado.”

¹⁷⁸⁴ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 619.

esperma, de tecidos e órgãos humanos que procedam ao “tratamento industrial” desses produtos, no exercício da sua atividade profissional, em ordem à sua distribuição com objetivo económico, deverão ser havidos como produtores sujeitos à responsabilidade especial do Decreto-Lei n.º 383/89.” Assim, se houver uma exploração comercial de um banco de sangue (ou de outros produtos de origem humana), mesmo que de material importado, pode haver lugar à aplicação deste regime especial de responsabilidade objetiva, como aliás já sucedeu em outros países da União Europeia.

Nesse caso, a defesa dos *riscos de desenvolvimento*¹⁷⁸⁵ só poderia ter procedência se o risco for *desconhecido*; não basta provar que o risco não podia ser evitado.¹⁷⁸⁶ Porque, pelo menos, os doentes deveriam ser avisados desse risco potencial, o que poderia configurar um caso responsabilidade objetiva por *defeito de informação*.

61.3. Dever de assegurar a limpeza e segurança das instalações

Relativamente a problemas relacionados com a limpeza, o Ac. Relação de Lisboa, 9/5/2002 (Maria do Rosário Oliveira) analisou um caso de uma queda de um paciente na casa de banho da clínica devido a chão molhado. “Ao ter uma instalação aberta à frequência do público, tem o hospital o

¹⁷⁸⁵ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 663 e p. 727, explicando que se o defeito não era cognoscível em face do estado da ciência e da técnica o produtor não é responsável (art. 5.º, al. e) do Decreto-Lei n.º 383/89). O Professor de Coimbra adverte que “o estado da ciência e da técnica não se confunde com as normas técnicas ou profissionais, com os usos e costumes da indústria nem com a lei. Vai além de tudo isso.”

¹⁷⁸⁶ O tribunal inglês – em *A v. National Blood Authority* [2001] 3 ALL ER 289 –disse que não havia defesa para os fornecedores de produtos de sangue que não puderam examinar um outro vírus pernicioso (neste caso, Hepatite C). Pelo contrário os tribunais holandeses (Tribunal do Distrito de Amesterdão, 3 de Fevereiro de 1999) consideraram que “os fornecedores dos produtos de sangue que, na altura do fornecimento, não puderam examinar o produto para verificar se estava contaminado com um vírus pernicioso (VIH), tinham o direito de confiar na defesa.” (p. 15) Com efeito, “Neste caso, os fornecedores de sangue contaminado com VIH puderam confiar na defesa em circunstâncias onde não tinham à sua disposição testes de rastreio de confiança na altura do fornecimento. Contudo, é interessante notar que um tribunal do Reino Unido decidiu num caso posterior que não havia defesa em circunstâncias semelhantes.” (p. 50) – cf. LOVELLS, *Responsabilidade do Produto na União Europeia* –Um relatório para a Comissão Europeia Fevereiro 2003, MARKT/2001/11/D.

dever de se assegurar que a mesma reúne as necessárias condições de higiene e segurança.” Note-se criticamente que o Tribunal, tendo embora alcançado um resultado justo, ignorou a presunção de culpa prevista no art. 493.º, n.º1 CC, relativa aos danos causados por coisas imóveis, que poderia ter sido aqui mobilizada.¹⁷⁸⁷

61.4. Dever de vigilância dos pacientes

O Ac. Relação de Lisboa, 28/1/2003 (Eurico Reis) condenou o hospital por não cumprimento do dever de vigilância. Neste caso, um paciente com síndrome de abstinência alcoólica agrediu violentamente uma outra paciente que estava acamada.¹⁷⁸⁸

Por seu turno, o Ac. da Relação do Porto, de 2/3/2006 (Oliveira Vasconcelos), decidiu que age com negligência um hospital que, através do seu pessoal hospitalar, não providência que um doente seja vigiado durante a noite. Neste caso, o paciente sofreu queimaduras causadas por uma botija de água quente, “tendo ou devendo ter a ré conhecimento – através do seu pessoal hospitalar – que a botija se encontrava perto dos pés do autor,” pelo que “deveria frequentemente verificar se ela não se deslocara para junto deles.”

61.5. Dever de vigilância em internamento psiquiátrico

Os doentes do foro psiquiátrico e neurológico carecem de especial proteção do perigo. O risco de suicídio, autoagressão e de automutilação são manifestamente conhecidos pelo que as instituições que recebam este tipo de pessoas doentes devem implementar sistemas de segurança, quer no que respeita ao mobiliário e materiais utilizados, quer

¹⁷⁸⁷ Também assim, MENESES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 291.

¹⁷⁸⁸ Decidiu o Tribunal: “I – A entidade exploradora de uma clínica, ao contratar o internamento de um doente, obriga-se, por um lado, a prestar-lhe o tratamento e assistência e, por outro, a garantir que o internado não se torne um perigo para si próprio ou para terceiros, se vier a ocorrer uma situação de incapacidade accidental. II – Fica nesta situação o doente a que não foi ministrada medicação adequada para evitar que sofresse de síndrome de abstinência alcoólica e, por isso, se torna agressivo. III – Se esse doente agride fisicamente outro internado, aquela entidade é responsável pelos danos causados ao lesado. IV – Esta responsabilidade resulta não só da violação do dever de vigilância (do incapaz accidental) mas também decorre do próprio contrato (de internamento e assistência) celebrado com o doente agredido.”

de vigilância com vista a evitar que estes pacientes se ausentem e se afastem.

Estes princípios devem ser conciliados com as metodologias da *nova psiquiatria* que visa um internamento aberto e favorece o tratamento em ambulatório.

A jurisprudência portuguesa tem considerado que mesmo perante casos de suicídio e de ameaça de suicídio os hospitais têm cumprido os seus deveres de vigilância.¹⁷⁸⁹ Mas, em certos casos, julgamos que a violação negligente do dever de prevenção e de vigilância deveria conduzir à condenação dos hospitais.

61.6. Dever de vigilância pós-operatória

A relação hospital-paciente não se esgota no momento em que termina o último ato médico, antes subsistem deveres pós-internamento.¹⁷⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal alemão (BGH)¹⁷⁹¹ decidiu um caso em que o falecido, marido e pai das Autoras, morreu num acidente automóvel quando conduzia vindo do hospital onde tinha recebido tratamento médico; neste tratamento foi-lhe administrado uma forte dose de sedativos. O médico de família da vítima (que havia recomendado aquela intervenção) e o médico do hospital, réu na ação, tinham avisado o paciente

¹⁷⁸⁹ Cf. Ac. STA, 29/01/2009 (Madeira dos Santos): “III –O dever de vigilância só existe em relação a perigos representáveis por um avaliador prudente. IV –Não estando provado um qualquer facto gerador da suspeita de que um doente internado num hospital pudesse tentar o suicídio e sabendo-se que a vigilância que sobre ele recaiu era conforme à patologia diagnosticada e aos riscos previsíveis, não pode dizer-se que o facto de ele se atirar «ex abrupto» de uma janela adveio de «culpa in vigilando». V – Porque a culpa e a ilicitude praticamente se sobrepõem nesse género de casos, a circunstância de não se poder imputar ao B... uma omissão culposa leva a excluir também a ilicitude desse «non facere». VI –Faltando esses essenciais elementos da responsabilidade civil, o B... tem de ser absolvido do pedido de que fosse condenado a pagar uma indemnização ao doente pelos danos por ele sofridos por causa da tentativa de suicídio.” O Ac. cita demais jurisprudência sobre a matéria. O Ac. STJ, 25/7/1985 condenou o hospital por *culpa in vigilando* de um doente psiquiátrico.

¹⁷⁹⁰ O mesmo vale para os advogados, como resulta do Ac. STJ, 17/10/2006: “3) *O mandato forense não se extingue com o trânsito em julgado da sentença que põe termo à lide para a qual foi conferido, mantendo-se, durante um período razoável, a obrigação de o Advogado acompanhar o processo enquanto a questão não se mostrar definitivamente encerrada.*” (sublinhado nosso).

¹⁷⁹¹ BGH, VI ZR 265/02 (08.04.2003), in NJW, 2309, relatado por J. FEDTKE, “Germany Country Report”, in H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2003*, Springer, Wien-New York, 2004, p. 186 ss.

dos efeitos do medicamento e ambos os médicos tinham advertido o paciente de que ele não deveria de modo algum conduzir um carro imediatamente após o tratamento. A vítima disse ao réu que embora tivesse vindo para o hospital com o seu próprio carro, pretendia apanhar um táxi no regresso. O doente foi acompanhado por pessoal do hospital durante cerca de meia hora após o final do tratamento e depois recebeu ainda outra dose de sedativos e manteve-se na zona dos tratamentos onde era vigiado de tempos a tempos. Todavia, a dada altura a vítima abandonou o local, sem lhe ter sido dada alta, e usou o seu carro no regresso a casa. O acidente ocorreu porque o carro passou para a faixa de rodagem contrária, sem razão aparente, e embateu num camião que seguia em sentido contrário. Os tribunais inferiores rejeitaram a demanda, que visava, inter alia, a compensação pela perda da assistência.

O tribunal faz o escrutínio das 3 possíveis situações de negligência analisadas mas negadas pelos tribunais inferiores:

O réu podia (1) ter dado à vítima mais sedativos do que o apropriado, agindo contra as recomendações dos produtores farmacêuticos e as *leges artis* médicas (*Verstoss gegen ärztlichen Standards*); (2) podia ter havido violação do dever de informar o paciente acerca das consequências físicas e mentais das substâncias administradas, que tornam a condução perigosa (*Aufklärungsmangel*); ou finalmente (3) o réu pode não ter realizado a vigilância adequada ao paciente, após o tratamento com vista a prevenir que o paciente abandone o hospital sem necessário acompanhamento (*Überwachungsdefizit*).

O BGH entende que o réu deveria ter-se apercebido que o paciente poderia querer sair do hospital sem estar em condições de conduzir. O réu sabia que o paciente tinha vindo no seu carro, que lhe fora administrado um medicamento que o tornava incapaz de conduzir e que podia provocar amnésia relativamente aos fatos anteriores. Havia o perigo de que o paciente se esquecesse que não deveria conduzir o carro (como lhe fora dito pelo seu médico e pelo médico do hospital). A vítima deveria estar sob permanente vigilância, de forma a prevenir que o paciente se ausentasse sem ser acompanhado. Assim considerou que o hospital não cumpriu cabalmente o *dever de vigilância*.

Alguns críticos da decisão entendem que esta jurisprudência pode incrementar em muito os deveres de cuidado relativamente à vigilância dos pacientes

(*Aufsichtspflicht*) e assim levar a um aumento dos custos do sistema de saúde.

Para satisfazer os padrões exigidos pelo BGH alguns afirmam que os pacientes terão que ser internados, em vez de fazerem consulta em *regime ambulatorio*, ou então terão que ser vigiados por mais tempo e em instalações apropriadas para o efeito.

Porém, este caso é exceccionalmente marcado pelo facto de aquele sedativo poder conduzir a *amnésia*. Assim, o médico deveria ou ter optado pelo internamento (e ao não o fazer houve *má-prática médica*), ou deveria ter acentuado os deveres de vigilância e, ao não os cumprir, violou o dever de controlar uma fonte de perigo criada por si próprio.

61.7. Dever de acompanhamento pós-operatório

Entre nós, jurisprudência tem reconhecido o dever de acompanhamento médico, designadamente nos seguintes casos:

O Ac. Relação do Porto, 24/11/2005 (Teles de Menezes), condena o Réu, médico, por violação do dever de vigilância pós-operatória, afirmando em sumário que “O contrato de prestação de serviços clínicos se não resume à operação propriamente dita, não se extinguindo o vínculo obrigacional com a operação, mas havendo, ainda, a necessidade de acompanhamento durante o pós-operatório e na recuperação.” “E, na verdade, a *culpa post factum finitum* consiste na responsabilização das partes após a extinção do contrato, pelos danos causados à outra parte em consequência de comportamentos vedados pela boa-fé.” Afirma ainda o referido aresto: “No cumprimento defeituoso a ilicitude resulta ou da violação de deveres secundários ou de deveres acessórios que acompanham o dever de prestação principal, enquadrando-se, por isso, no quadro da violação da obrigação, entendida como relação obrigacional complexa.”

No Ac. STJ, 11/7/2006 (Nuno Cameira), afirmou-se que “Por se reconhecer que existe então um dever de vigilância no período pós-operatório, deve entender-se que a *obrigação complexa* a que o cirurgião e, reflexamente, o hospital ficaram vinculados *perdura para além do momento da conclusão da cirurgia*.”

Merece ainda destaque o Ac. Relação de Lisboa, 9/3/2010 (Maria do Rosário Morgado), que decide que: “1. Por força do contrato de prestação de serviços, o médico obriga-se a prestar ao doente a assistência médica necessária,

empregando os conhecimentos e técnicas disponíveis, respeitando as *leges artis*, tendo em vista tratar (curar) o doente e diminuir-lhe o sofrimento. *Além disso, o médico, está ainda obrigado a vigiar/acompanhar o doente, no pós-operatório, prestando-lhe todos os cuidados que o seu estado exija, bem como todas as informações sobre o seu estado de saúde.*”

61.8. Dever de enviar o paciente para um hospital com melhores condições

Se o estabelecimento de saúde se apercebe ou se deveria ter apercebido que não dispõe dos meios adequados para fazer o diagnóstico ou para levar a cabo o tratamento do paciente nas condições adequadas, nasce o dever de reencaminhar – em tempo útil – a pessoa doente para o estabelecimento com essas condições.

Nesse sentido decidiu o Ac. STA, 3/7/2007 (Jorge de Sousa), num caso de atraso em remeter para os HUC, tendo daí resultado uma incapacidade permanente de 60%, donde o hospital de origem foi condenado a pagar uma indemnização de €126.015,20.

Numa visão ainda mais rigorosa, o Ac. STA, 4/10/1990 (Varela Pinto), condenou o hospital pela ausência de especialidade.

61.9. Outros deveres laterais

Os deveres laterais do médico podem ser definidos como o dever de evitar qualquer conduta que prejudique o fim do contrato ou que lese os bens jurídicos do parceiro contratual, como por exemplo o dever de avisar de um risco iminente ou de afastar esses mesmos riscos através das medidas apropriadas.

No domínio da responsabilidade médica o fundamento de pretensões contratuais com base em violação de deveres laterais resulta sobretudo da *violação de deveres de proteção (Schutzpflichten)*.

Os *deveres de proteção genéricos* resultam no dever que incumbe ao devedor de evitar a lesão da pessoa do credor, a sua propriedade e outros bens jurídicos do parceiro contratual.¹⁷⁹² Para o contrato de cuidados médicos, isto significa os bens jurídicos do paciente durante a duração do tratamento devem ser protegidos mesmo fora da terapia ou da intervenção. Isso significa que o paciente pode demandar uma

¹⁷⁹² PALANDT-HEINRICHS, §276, Rz.116.

indenização – através do cumprimento defeituoso do contrato – derivada da violação dos *deveres de proteção*, quando, por exemplo, o doente se encontra no hospital a caminho de uma sala de operações cai de uma maca e fica ferido.

Alguma doutrina aponta o *dever de esclarecimento* e de *registo da informação médica* como um dever lateral na relação clínica, o que – como já explicamos antes – não corresponde a uma visão consentânea com as exigências da relação médico-paciente nos dias de hoje. Donde, o dever de esclarecimento do médico antes de uma intervenção médica deve ser considerado como um dever autónomo junto de dever de tratamento. Porém, na medida em que este dever visa proteger o paciente de uma intervenção indesejada na sua integridade física e ampará-lo de consequências secundárias do tratamento, pode também ser visto como um dever de proteção do médico face ao paciente. Este dever de proteção não é o elemento essencial do contrato médico e por isso deve ser reconduzido a um dever lateral, cuja violação pode conduzir a uma pretensão indemnizatória por parte do paciente.¹⁷⁹³

Esta perspetiva pode ser aceite pela moderna dogmática da relação médico-paciente desde que se reforce o que já foi dito no capítulo sobre o consentimento informado. Isto é, que o dever de informar e esclarecer é, em primeira linha, um dever autónomo, que fica ombro a ombro com o dever de tratamento adequado. Esse dever autónomo visa proteger a um tempo o bem jurídico liberdade e autodeterminação nos cuidados de saúde do paciente e o bem jurídico integridade física.

Num outro plano, no âmbito dos deveres laterais de proteção, o dever de esclarecer, designadamente o esclarecimento terapêutico, volta a ser chamado à colação. Mas desta vez como dever lateral, isto é, consoante instrumento de proteção do paciente face a intervenções indesejadas e consequências secundárias graves, ou seja, enquanto protetor – sobretudo – do bem jurídico *integridade física*. Por isso, Deutsch apresenta como um caso de Negligência Médica-Tipo (*Medizinische Fahrlässigkeit: Realtypen*) a falta de informação (*Informationsmangel*)¹⁷⁹⁴.

Do mesmo modo, o dever de documentação tem uma importância autónoma, mas é também um acessório de uma prestação de cuidados de saúde de qualidade, o que aliás vai permitir a defesa de uma presunção de incumprimento das

¹⁷⁹³ Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 34-35.

¹⁷⁹⁴ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht*, p. 133-134.

leges artis caso se prove a violação do dever de documentação.¹⁷⁹⁵

62. A Responsabilidade Civil Delitual, Extracontratual ou Aquiliana

Por muito que se amplie o conceito de contrato nunca poderemos aí enquadrar situações em que não existe consentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem diretamente, nem através de um representante seu, pelo que teremos que aplicar (exclusivamente) o regime geral da *responsabilidade aquiliana*.¹⁷⁹⁶

62.1. Casos de responsabilidade delitual

Em primeiro lugar, no caso de *ausência de contrato* as normas aplicáveis são os arts. 483.º e ss.. Se o paciente está inanimado¹⁷⁹⁷, ou se se trata de um incapaz sem representante legal, ou noutros casos em que não haja um encontro de vontades.¹⁷⁹⁸

Da mesma forma quando a relação não se fundamenta na livre contratação, como nos casos da medicina do trabalho, da medicina escolar e na medicina em hospitais públicos.

Em segundo lugar, a responsabilidade delitual deve-se aplicar aos casos de *nulidade do contrato*. Assim acontecerá na prática de um aborto ilícito, contratos de disposição do corpo humano (nulos por violação da lei, da ordem pública ou dos bons costumes), ou quando o médico viola as normas penais, pode incorrer em responsabilidade extracontratual para com a vítima. Também assim, se a vítima do dano não é parte no contrato ou o dano não deriva da inexecução do contrato –

¹⁷⁹⁵ Também LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, III (Der Arztvertrag), Rd 32-36, destacam estes quatro pilares da relação médico-doente: respeito pelas „Regeln der ärztlichen Kunst“, o dever de esclarecer (*Pflicht zur Aufklärung*), o dever de *Dokumentation* e o respeito pelo sigilo (*Schweigepflicht*).

¹⁷⁹⁶ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Uma ‘Terceira Via’ no Direito da Responsabilidade Civil?*, p. 20, nota 4, optando pela valia da distinção entre responsabilidade contratual e delitual no direito português.

¹⁷⁹⁷ Cf. Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998, p. 1695.

¹⁷⁹⁸ O regime da *gestão de negócios* é aplicável nas situações de urgência, sendo o *consentimento presumido* (art. 340.º, n.º3 CC) a causa de justificação para a intervenção médica. No que à indemnização por danos causados diz respeito, o art. 466.º CC segue o princípio culpabilístico. Cf. LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 6. Auflage, 2009, III, Rn. 52.

danos sem conexão funcional com o ato médico; e ainda no caso de responsabilidade dos médicos perante terceiros (emissão de atestado que não corresponda à verdade).¹⁷⁹⁹

62.2. Diferenças entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade contratual

A tendência moderna do Direito Civil europeu vai no sentido de diminuir as diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual.¹⁸⁰⁰ Assim aconteceu na Alemanha,¹⁸⁰¹ na Holanda e nos Projetos legislativos na Suíça¹⁸⁰² e em França.¹⁸⁰³

¹⁷⁹⁹ MALICIER/ MIRAS/ FEUGLET/ FAIVRE, *La Responsabilité Médicale...*, p. 29. Cf., tb., ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...*, p. 227-228.

¹⁸⁰⁰ ZIMMERMANN, “Principles of European Contract Law and the Principles of European Tort Law, Comparison and Points of Contact”, in KOZIOL/ STEININGER, (Eds.), *European Tort Law 2003*, Wien – New York, Springer, 2004, p. 10.

¹⁸⁰¹ No direito alemão, até à reforma de 2002, o recurso às normas delituais era fundamental para poder obter uma compensação por danos não patrimoniais (*Schmerzensgeld*), nos termos do antigo §847. Por outro lado, o prazo de prescrição contratual era muito mais alargado, alcançando os 30 anos. Estas duas diferenças fundamentais desapareceram com as leis para a modernização do direito das obrigações de 2002, sendo agora os prazos de prescrição iguais para a responsabilidade contratual e delitual e sendo agora previsto na lei que também no plano contratual se pode pedir uma compensação por danos não patrimoniais. Após a Reforma do Direito das Obrigações de 2001 e 2002 na Alemanha, apenas se podem apontar como diferenças importantes as seguintes: *i*) apenas a responsabilidade contratual permite obter uma indemnização por danos puramente económicos (*reinen Vermögensinteressen*), por exemplo, no que respeita ao dever de esclarecimento sobre dúvidas de subscrição de um seguro de saúde; *ii*) a responsabilidade extracontratual permite a compensação dos danos distantes causados por um erro de tratamento, por exemplo, a infeção com VIH, e apenas dentro das fronteiras apertadas dos §§ 844,845 BGB, bem como os danos indiretos causados pela morte do paciente; *iii*) O médico funcionário público (*Beamter*) apenas goza do “privilégio de responsabilidade subsidiária” na responsabilidade delitual.

Por seu turno, os deveres de cuidado são os mesmos, ou seja, o respeito pelo padrão de uma prestação médica de qualidade. Há ainda uma diferença no que respeita à responsabilidade por terceiros, visto que na responsabilidade contratual há responsabilidade objectiva, na extracontratual apenas se consagra uma presunção de culpa. Contudo, na prática esta diferença não tem consequências assinaláveis. Também em matéria do ónus da prova, o BGH tem reduzido significativamente as diferenças. A responsabilidade por danos puramente económicos é muito limitada. Porém, o BGH tem aceite que as intervenções médicas de escopo “sócio-biológico”, não imediatamente curativas (esterilização, procriação assistida, mudança de sexo, aconselhamento genético) ou na

No direito português subsistem algumas diferenças relevantes.¹⁸⁰⁴ Assim, o ónus da prova da culpa impende sobre o lesado na responsabilidade extracontratual (art. 487.º, n.º1) e sobre o devedor na responsabilidade contratual (art. 799.º, n.º1); a solidariedade passiva vigora apenas na responsabilidade delitual, a conjugação na responsabilidade contratual (art. 497.º e art. 513.º); a prescrição de uma pretensão fundada num contrato só ocorre ao fim de 20 anos (art. 309.º), ao passo que a prescrição delitual é, em regra, de 3 anos (art. 498.º); a possibilidade de gradação equitativa da indemnização parece estar reservada à responsabilidade aquiliana (art. 494.º); o regime da responsabilidade por fato de terceiro é mais rigoroso no caso da responsabilidade contratual (art. 800.º), do que na extracontratual, onde se aplica a responsabilidade do comitente (art. 500.º); as regras da capacidade também diferem (art. 123.º, 127.º e 488.º, n.º 2), bem como o momento da constituição do devedor em mora (804.º, n.º 2, al. b)).

Finalmente, uma diferença que tradicionalmente se apresenta é a da não ressarcibilidade de danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual.¹⁸⁰⁵

experimentação com seres humanos entram num âmbito de proteção do contrato chamado *Integritätsinteresse* (interesse da integridade pessoal) com uma maior extensão do que na responsabilidade delitual. Aqui, portanto, através do contrato, o BGH tem alargado o âmbito dos danos puramente económicos a indemnizar (por exemplo, os custos de alimentação de um filho indesejado) e alargado o círculo de pessoas protegidas pelo contrato. – como explicam STEFFEN/ PAUGE, *Arzthaftungsrecht*, p. 2.

¹⁸⁰² *Revision et Unification du droit de la responsabilité civile*, Avant-projet de loi fédérale, dirigido pelos Profs. Pierre WIDMER e Pierre WESSNER (entretanto abandonado pelo poder político). O próprio título é elucidativo. Entre nós, Pedro Romano MARTINEZ, “Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico: responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2ª vol., Coimbra, Almedina, 2011, p. 459-486 critica esta via dualista, considerando-a típica de sociedades agrárias e que não corresponde às exigências dos nossos tempos.

¹⁸⁰³ Projeto liderado pelo Prof. Pierre Catala de 2005 –AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil)

¹⁸⁰⁴ Para além dos aspetos de direito internacional privado (arts. 41.º ss. CC) e de direito processual que também podem ser relevantes no caso concreto (art. 74.º CPC: *Competência para o cumprimento da obrigação*).

¹⁸⁰⁵ Cf., por exemplo, Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 211 ss.; Maria Manuel VELOSO, *A Compensação do Dano Contratual*

Pela nossa parte, todavia, subscrevemos a doutrina que entende que os danos não patrimoniais são ressarcíveis em sede contratual, desde que tenham a gravidade suficiente e mereçam a tutela do direito, como advoga Pinto Monteiro.¹⁸⁰⁶ Ora tal será, em regra, o caso na atividade médica, visto que se está perante a lesão de direitos de personalidade.¹⁸⁰⁷

62.3. O problema do cúmulo de responsabilidades

Apesar de a figura do contrato ter sido fundamental para trazer a medicina para o domínio da regulação do direito e para estabelecer entre médico e paciente uma relação de paridade, típica do direito privado, o regime extracontratual é indispensável e, entre nós, de grande importância prática, visto que o SNS tem um grande peso na prestação de cuidados médicos.

De todo o modo, os *utentes* gozarão dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos pacientes em geral, com as necessárias adaptações (v.g., não há lugar ao pagamento de honorários).

Donde, se o médico realiza uma observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou descuidado negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação, responde tanto por violação de um contrato de prestação de serviços médicos como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente (artigos 70.º, n.º1 e 483.º, n.º1).¹⁸⁰⁸ O problema do *cúmulo de responsabilidades* está, pois, omnipresente na matéria da responsabilidade médica.¹⁸⁰⁹

não Patrimonial (em especial no direito de autor), Coimbra, polic., 1998, p. 93 ss.

¹⁸⁰⁶ PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas... cit.*, p. 84-89 (nota 164). Com efeito, a maioria da doutrina e a jurisprudência atual são favoráveis à indemnização por danos morais no âmbito da responsabilidade contratual – Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 396, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I., p. 318; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 396. Contra: PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I., p. 501 e *Das Obrigações em Geral*, vol. I., p. 605

¹⁸⁰⁷ Na jurisprudência, cf., por exemplo, Ac. STJ, 22/9/2005 (Lucas Coelho); Ac. STJ, 1/7/2010 (Serra Baptista); Ac. Relação de Lisboa, 9/3/2010 (Maria do Rosário Morgado); Ac. Relação do Porto, 24/11/2005 (Teles de Menezes).

¹⁸⁰⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, p. 136.

¹⁸⁰⁹ Para um estudo monográfico sobre a matéria à luz do direito alemão, vide Christian KATZENMEIER, *Vertragliche und deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel*, Berlin, Dunckler & Humblot, 1993.

Perante as várias teses em confronto, aderimos à concepção do *cúmulo* defendida por Vaz Serra, aliás prevista no art. 767º, n.º 1, do Anteprojeto da sua autoria.¹⁸¹⁰ Tal solução não foi recebida no Código Civil, o que inculca que estaremos perante uma *lacuna voluntária do legislador*¹⁸¹¹ a ser suprida pela doutrina e pela jurisprudência.

Mota Pinto pronunciou-se a favor da tese do *cúmulo* nos seguintes termos: “Representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente, um fato ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos (p. ex., pluralidade de autores do dano)”¹⁸¹².

No mesmo sentido, Sinde Monteiro afirma: “(...) se as partes concluíram um contrato, isso significa que querem que para as relações entre elas valham apenas as regras que disciplinam esse contrato; a disciplina particular do contrato absorveria o regime mais geral da lei. Mas, em sentido contrário, pode-se argumentar que o facto de terem concluído um contrato não tem de forma alguma de significar que se presume terem querido renunciar à proteção que em geral lhes é garantida pela lei; *a minore ad maius*, dir-se-á até que a proibição geral de lesar os direitos de outrem é individualizada e fortalecida pelo dever contratual visando o mesmo objetivo.” (...) E conclui, “na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, deve-se aceitar, como a solução natural, a da concorrência (*rectius*, *cúmulo*) de responsabilidades.”¹⁸¹³

¹⁸¹⁰ Em rigor, o Autor propôs a *tese da opção* bem como a possibilidade de *cumular* regras de uma e outra forma de responsabilidade. VAZ SERRA, Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, BMJ n.º 85, p. 208 ss. e 238-239. Cf. ainda SINDE MONTEIRO, *Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, cit., p. 8.

¹⁸¹¹ Sobre o problema das lacunas, Cf. CASTANHEIRA NEVES *Metodologia...*, p. 79 e 80, 143 a 148 e 213 a 229; Fernando José BRONZE: *Lições...*, p. 175 a 196 e 609 a 625.; Fernando José BRONZE em “Praxis, problema, nomos (um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)” in *Estudos de Homenagem ao Doutor Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, p. 37 a 66.

¹⁸¹² MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982, p. 411.

¹⁸¹³ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 40. Do mesmo modo se afirma nas Lições de Rui de ALARCÃO: “A admissibilidade do concurso de responsabilidades implica que haja uma única ação, a que corresponde no plano material um único

Contra a tese do cúmulo e da opção, destaca-se a opinião de Almeida Costa¹⁸¹⁴, defendendo que deverá adoptar-se o *princípio da consumpção* o que significa que o regime da responsabilidade contratual “consume” o da extracontratual.¹⁸¹⁵

1816

Um argumento novo e importante a favor do *cúmulo* é aduzido por Luís Sousa, para quem “facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o *princípio do favorecimento da vítima*. Admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços *sui generis* fossem impunes condutas que – na ausência do contrato – integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma da não proteção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à proteção

direito, que tem como objeto unitário o ressarcimento do dano, mas que pode ser fundamentada em diversas normas (*Anspruchsnormenkonkurrenz*).” No mesmo sentido, PINTO MONTEIRO *Cláusulas Limitativas... cit.*, p. 430-431. Na jurisprudência, Cf. STJ, 19/6/2001 (Pinto Monteiro) foi expressamente admitido “o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades”; no mesmo sentido, Ac. Relação de Coimbra, 4/4/2005 (Francisco Lourenço).

¹⁸¹⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 499 ss.

¹⁸¹⁵ A questão da determinação do foro competente constitui um dos argumentos de quem critica a admissibilidade da teoria da opção na medida em que, admitindo-se esta, daí decorreria uma certa indeterminação do foro competente (o da responsabilidade contratual ou o da responsabilidade extracontratual?) – cf. ÁLVARO RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, p. 195-198.

¹⁸¹⁶ Na jurisprudência há uma corrente que defende a tese do *concurso aparente de normas*; nesse sentido o Ac. STJ, 22/09/2011: a circunstância de a violação de direitos tão solenes como o direito à vida ser tratada como mera hipótese de incumprimento contratual não deve chocar, uma vez que a dignidade da defesa dos interesses em questão não resulta do facto de a responsabilidade por essa lesão ser qualificada como proveniente de “delito”, mas antes da eficácia dessa mesma defesa. Ora, à luz de tal entendimento, será perspetivando a responsabilidade do lesante como derivada de contrato que a posição do lesado fica mais bem salvaguardada, desde logo por força da presunção de culpa plasmada no art.799.º. Entendeu, assim, o Supremo, no caso em apreço, que a eventual responsabilidade do médico só poderia emergir da relação contratual estabelecida com o paciente.

A tese da opção entre as duas responsabilidades foi seguida, entre outros, pelo Ac. STJ, 4/3/2008 (Fonseca Ramos) e pelos Acórdãos da Relação de Lisboa, 24/4/2006 (Fátima Galante) e 11/9/2007 (Rosa Ribeiro Coelho). Na tese da opção, o Autor que siga a tutela contratual é mais favorecido na sua pretensão indemnizatória face às regras em matéria de ónus da prova (Ac. STJ, 5/7/2001 (Ferreira de Almeida), mas já não no que respeita ao regime da pluralidade passiva.

geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma proteção acrescida.”¹⁸¹⁷

A tese do cúmulo tem consequências no plano do processo civil. Assim, sendo facultado ao autor a opção entre a tutela da responsabilidade contratual e a tutela proveniente da responsabilidade extracontratual, há que aferir quais as implicações daí decorrentes em sede de fixação da competência do tribunal.¹⁸¹⁸

Os argumentos a favor da tese da *opção* não nos convencem, devendo “o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades” ser aceite, no direito português. Os direitos de personalidade da pessoa doente (*maxime* a integridade física e psíquica) gozam de proteção absoluta, por via da responsabilidade extracontratual (arts 70.º e 483.º). Com base neste regime há um “acquis” de proteção, designadamente o regime da *responsabilidade solidária* (art. 497.º), que não pode ser limitado, se o paciente vier a lançar mão de normas da responsabilidade contratual, que no caso lhe sejam mais favoráveis, designadamente o prazo de prescrição (art. 309.º) e o regime do ónus da prova da culpa (art. 799.º, n.º1).

Donde, no domínio dos direitos absolutos (*maxime* de personalidade) verificam-se duas camadas de normatividade protetora: em primeiro lugar a proteção delitual (que garante a responsabilidade por danos não patrimoniais e a responsabilidade solidária); em segundo lugar, se e quando aplicável, as normas da responsabilidade contratual.

Querer impor uma solução geométrica de uma rigorosa opção é cair num mero formalismo, sem fundamento legal e que contraria não só os princípios do Direito da Medicina, de proteção do direito a uma indemnização pelo *dano injusto*, mas

¹⁸¹⁷ Luís PIRES DE SOUSA, *O ónus da prova*, cit. ...

¹⁸¹⁸ Cf. art. 74.º, n.º 1 e n.º 2, do Código de Processo Civil.

Esta tese é aceite no direito espanhol: “para lograr un resarcimiento del daño en favor de la víctima, se admite la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades. En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones de resarcimiento (ejercitándolas incluso alternativa y subsidiariamente): la originada por el contrato y la derivada del ato ilícito extracontratual cuando “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contratual y violación del deber general de no causar daño a otro”. ESTHER MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, p. 2, com indicação de jurisprudência. Cf. tb. FÉRNANDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, *La Ley – Actualidad*, Madrid, 1995, p. 52.

também do próprio Direito Civil que visa uma justa repartição dos encargos e dos danos.

63. Problemas de ilicitude e de culpa na responsabilidade delitual

De entre os pressupostos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, elencados no art. 483º, n.º1 CC, merece destaque a autonomização do requisito da ilicitude face à culpa, o que afasta o direito português da tradição do *Code* de 1804 e nos aproxima do sistema de responsabilidade civil de Jhering, plasmado no BGB.

A ilicitude pode ser vista como uma *ilicitude do resultado* ou como uma *ilicitude da conduta*.¹⁸¹⁹ Para a primeira perspetiva, a ilicitude prevista no art. 483.º, n.º1, consiste na “violação de *direitos de outrem*”, defendendo a melhor doutrina, desde Vaz Serra, que aqui se visam proteger (apenas) os *direitos absolutos*, nomeadamente os *direitos de personalidade*.¹⁸²⁰ A mesma norma considera ainda ilícita a violação de disposições legais de proteção, donde poderíamos lançar mão dos tipos legais de crime previstos no Código Penal que protegem diversos direitos dos pacientes (integridade física, liberdade, privacidade, etc.). Todavia, como assinala Vaz Serra, com a consagração do direito geral de personalidade (art. 70 CC) esta forma de ilicitude torna-se menos relevante na responsabilidade médica em Portugal.¹⁸²¹

Olhando pela ilicitude da conduta, podemos constatar que a não observação dos *deveres de cuidado exigíveis* na responsabilidade delitual são equivalentes aos que se aplicam na responsabilidade contratual por *cumprimento defeituoso*. Assim, o médico deve respeitar os deveres profissionais e não apenas o seu cuidado normal. Donde as regras da arte e a atuação de acordo com o estado da ciência médica são o critério da licitude.

¹⁸¹⁹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Informações ...*, p. 176, escreve: “a qualificação de um determinado ato como ilícito pressupõe sempre a violação pelo agente de uma norma de conduta. Esta pode estar com precisão descrita na norma (de direito escrito ou não escrito) ou resultar do reconhecimento pela ordem jurídica de direitos subjetivos dotados de eficácia *erga omnes*./ Num caso (violação de direitos absolutos) existe uma ilicitude pelo resultado do comportamento, enquanto no outro é a ilicitude da maneira de agir que o torna o agente responsável.”

¹⁸²⁰ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Informações ...*, 181 ss.

¹⁸²¹ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Informações ...* p. 237.

Já quanto a um *juízo de censura subjetivo*, isto é, ao critério da *culpa*, o critério de sua apreciação está previsto no art. 487.º CC, que aponta para uma *culpa em abstracto* e como uma culpa como *deficiência da conduta*. Donde, o médico deve ponderar devidamente os riscos e as possibilidades de sucesso de um tratamento e deve estar em condições de avaliar os seus limites e as suas capacidades e não assumir tarefas para as quais não está preparado, técnica, física ou intelectualmente.¹⁸²²

63.1. Presunções de culpa

Se em sede de responsabilidade contratual se verifica uma genérica presunção de culpa, embora ao credor (paciente) sempre incumba provar o mais difícil, isto é, o cumprimento defeituoso, o nexo de causalidade¹⁸²³ e os danos, já na responsabilidade extracontratual, em regra, “é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.” (art. 487.º, n.º1 CC).

Todavia, o Código Civil prevê algumas presunções de culpa que podem ser relevantes no contexto médico e hospitalar, para além de que, como se verá, muitas vezes essa inversão do ónus da prova abraçar além da culpa a própria ilicitude.¹⁸²⁴

i. O art. 491.º

A *responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem* pode assumir especial relevo em hospitais psiquiátricos ou em situações de internamento de pessoas com problemas de adição (designadamente alcoólica) que causem danos a terceiros.¹⁸²⁵

ii. O art. 493.º, n.º1

Em segundo lugar, a presunção de culpa que incide sobre o detentor de coisa móvel (art. 493.º, n.º 1) afigura-se de grande importância para solucionar questões ligadas a danos

¹⁸²² Cf. *supra* o que foi explanado sobre a culpa na responsabilidade contratual.

¹⁸²³ Cf. Ac. STJ, 1/7/2010 (Serra Baptista), caso em que o STJ não deu razão à pretensão da A. em virtude de não se ter feito prova do nexo de causalidade entre o erro de diagnóstico e os danos reclamados.

¹⁸²⁴ Ou seja, acabam por ser mais “fortes” do que a genérica presunção do art. 799.º, n.º1.

¹⁸²⁵ Cf. o *supra* referido Ac. Relação de Lisboa, 28/1/2003 (Eurico Reis).

causados por material hospitalar, instrumentos médicos,¹⁸²⁶ ou mesmo medicamentos e dispositivos médicos.¹⁸²⁷

iii. O art. 493.º, n.º2

Finalmente, a presunção de culpa que resulta da prática de uma “atividade perigosa”, prevista no n.º 2 do art. 493.º,¹⁸²⁸ tem vindo a ser objeto de alguma querela.

Em regra, esta norma não é aplicada em regra no âmbito da responsabilidade médica;¹⁸²⁹ contudo alguns arestos vão defendendo essa possibilidade em algumas atuações médicas concretas.

No Ac. STJ, 13/3/2007 (Nuno Cameira), entendeu-se que uma *transfusão de sangue* é uma atividade perigosa por sua própria natureza e pela natureza dos meios utilizados. Argumentou o tribunal que a inversão do ónus da prova determinada pelo art. 493º, n.º 2, tem como consequência que *tanto se presume a culpa como a ilicitude* porquanto a imputação da violação das *legis artis* a que a transfusão de sangue efetuada devia obediência converte essa falta em elemento da ilicitude: *ao presumir-se a culpa está a presumir-se de igual modo a ilicitude, o incumprimento dos deveres*. Todavia, o tribunal acabou por absolver os Réus por, à data dos factos, a ciência médica não permitir a despistagem do vírus da hepatite C.¹⁸³⁰

Uma decisão controversa é a do Ac. STJ, 9/12/2008 (Mário Cruz), segundo a qual as operações cirúrgicas que

¹⁸²⁶ Cf. Ac. STJ, 18/2/1992, que aplica a presunção de culpa do art. 493.º, n.º1, aos danos causados por um cauterizador elétrico.

¹⁸²⁷ A presunção de culpa por coisas e atividades perigosas é inspirada nos arts. 2050 e 2051 do *Codice Civile*, como informa Christian von BAR *The Common European Law of Torts I*, 1998, Clarendon Press, p. 118.

¹⁸²⁸ Na análise desta norma, afirma MENESES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, p. 308, que o legislador exige a demonstração de que o agente “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir” os danos, o que parece apontar para um critério mais rigoroso de apreciação da culpa, ou seja, para um critério da culpa levíssima”.

¹⁸²⁹ Mafalda BARBOSA, “Notas esparsas sobre responsabilidade médica – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2003”, *Lex Medicinæ*, 7, 2007, 119–150, opina no sentido de que em regra esta norma não se deve aplicar no contexto da atividade médica.

¹⁸³⁰ Como vimos, o Ac. STA, 1/3/2005 (Alberto Oliveira) considerou como *atividade excepcionalmente perigosa* (para aplicação do art. 8.º do DL 48051) a transfusão de sangue que veio a causar a infeção com vírus da sida ao doente, condenando o hospital em causa.

envolvam a *abertura do abdómen* poderão enquadrar-se nas *atividades perigosas* a que se reporta o art. 493.º, n.º 2. Problemático, na medida em que a cirurgia com abdómen aberto é muito frequente e nem sempre se revela perigosa.¹⁸³¹ Depois, porque seguindo esta jurisprudência se amplia o campo de aplicação desta presunção de culpa a um grande número de situações, o que vem a traduzir-se num regime mais rigoroso para a cirurgia (do abdómen) do que para outras especialidades médicas.

Mais longe ainda vai o Ac. Relação de Coimbra, 6/5/2008 (Jaime Ferreira, ao considerar que a *atividade médico-cirúrgica em geral* é uma *atividade perigosa*, aplicando o art. 493.º, n.º2. Assim sendo, cumpre a quem a exerce mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem.

Para saber se essa aplicação generosa ultrapassa a justa interpretação das normas, deveremos lançar um olhar sobre o que se passa noutras áreas da vida social. Com efeito, a jurisprudência tem vindo a preencher aquela cláusula geral, considerando como perigosas atividades muito diversificadas.

Assim aconteceu, nomeadamente, com: a explosão em terreno pedregoso (Ac. STJ, 16/2/78), a prova de corrida de automóveis (Ac. STJ, 12/5/81), a indústria que produz detritos inflamáveis (Ac. STJ, 2/11/89), a utilização de locomotiva a carvão (Ac. STJ, 27/3/79), a utilização de uma empilhadora de toros de madeira (Ac. STJ, 27/10/92), o lançamento de foguetes (Ac. STJ, 18/3/93), a navegação marítima (Ac. STJ, 12/7/94), o emprego de compressor com ponteiro de aço na construção civil (Ac. STJ, 7/6/94), o uso de grua (Ac. STJ, 30/6/98), a caça com arma de fogo (Ac. STJ, 17/12/98), o derrube de um pinheiro (Ac. Relação do Porto, 12/11/99), a condução de energia eléctrica em alta tensão por fios aéreos (Ac. STJ, 25/3/2004).¹⁸³²

¹⁸³¹ As taxas de mortalidade e de morbilidade da cirurgia com abdómen aberto variam muito em função dos órgãos intervencionados. Os riscos de uma apendicectomia são muito inferiores a uma operação ao estômago.

Neste caso, compensou-se os danos provocados pelo esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente durante uma intervenção aos ovários. A afirmação genérica de que uma cirurgia ao abdómen constitui uma atividade perigosa parece-nos excessiva; melhor seria que se lançasse mão das *presunções judiciais* em matéria de causalidade e de culpa.

¹⁸³² Cf. Mário Jorge LEMOS PINTO, *Responsabilidade Civil e Presunções de Culpa*, Universidade Católica do Porto, 2004.

No domínio desportivo vejam-se os seguintes arestos: Ac. STJ, 6/6/2002 (considera o karting uma atividade perigosa); o Ac. STJ, 30/11/2004 (circulação de motas de água); Ac. STJ, 8/3/2005 (afogamento numa piscina aberta ao público); o Ac. STJ, 17/11/2005 (prova de rally); Ac. STJ, 4/7/06 (jacuzzi).

Podemos concluir que o Supremo Tribunal de Justiça tem uma *concepção alargada* de atividade perigosa,¹⁸³³ que merece a nossa concordância, pois o escopo desta norma é exatamente de abertura às exigências de proteção das pessoas numa sociedade de risco e em que os danos corporais se tornam cada vez mais intoleráveis. Donde, podemos concluir que esta norma (art. 493, n.º2)¹⁸³⁴ tem uma grande margem de progressão no sentido de oferecer alguma *igualdade de armas*

É sabido que ainda hoje a jurisprudência acata o Assento (nº 1/80) de 21 de novembro de 1979, segundo o qual a condução automóvel não é considerada uma atividade perigosa, pelo que a excluem do nº 2 do art.493º, apesar de, os Assentos terem perdido o valor normativo, enquanto fonte imediata de direito. Sobre o tema cf. SOUSA RIBEIRO, “O Ónus da Prova da Culpa na Responsabilidade Civil por Acidente de Viação”, *BFD, Estudos em Homenagem Prof. Teixeira Ribeiro*, II, 1979 e SINDE MONTEIRO, “Acidentes de Viação, Comentário ao Assento”, *BFD*, LVII, 1981, p. 232 ss. Embora a questão seja tecnicamente pertinente, visto que os Assentos já não eficácia vinculativa, o aumento dos montantes de indemnização em caso de responsabilidade objetiva e a abrangência das pessoas transportadas gratuitamente leva a que no domínio dos acidentes de viação se tenha um regime fluido e operante com base na responsabilidade pelo risco, de culpa provada (a que acresce a presunção de culpa de quem conduz por conta de outrem (art. 503.º, n.º3 CC), sem a necessidade de se invocar a presunção de culpa do art. 493.º, n.º2, pelo menos se compararmos com a situação anterior a 2004. Sobre as mudanças operadas em 2004, no sentido de fazer coincidir os limites da responsabilidade objetiva com o seguro obrigatório de responsabilidade civil, cf. André DIAS PEREIRA, „Strict Liability Caps for road accidents,“ *GPR – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/ European Community Private Law Review/ Revue de droit privé communautaire*, 2/2005, p. 69-71.

¹⁸³³ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 538 interpreta o art. 493.º, n.º2, como uma atividade que mercê de “pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados” tenha insita ou envolva uma probabilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes atividades em geral. Os exemplos dados na doutrina são: fabrico de explosivos, navegação aérea, transporte de matérias inflamáveis, aplicação médica de raios X, ondas curtas, etc.

Na doutrina entende-se que o art. 493.º, n.º2, estabelece uma presunção de culpa pela prática de atividades perigosas, o que se entende ser o caso do *esqui*, do *montanhismo* e do *rafting*, entre outras.

¹⁸³⁴ A qual pode ter também interesse em sede contratual, se aceitarmos a doutrina do cúmulo e se entendermos que esta inversão abrange, ou pelo menos, lança a ponte para uma presunção de ilicitude.

ao paciente e conferir alguma justiça ao sistema vigente de responsabilidade civil dos médicos, onde os doentes defrontam uma tarefa hercúlea ao nível probatório.

O Ac. STJ, 30/11/2010 (Fonseca Ramos), considerou a responsabilidade de um professor de ginástica como uma *atividade perigosa “em concreto”*. Este conceito merece ser explorado e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência no campo da responsabilidade médica. Somos de parecer que considerar algumas intervenções médico-cirúrgicas como uma *“atividade perigosa em concreto”* é um caminho com alguma virtualidade heurística: algumas atividades, concretamente consideradas, podem assumir a natureza de perigosas, a impor uma inversão do ónus da prova da culpa. Donde, um raciocínio análogo pode defender-se para a cirurgia.

Assim, se a atividade cirúrgica não cabe, em regra, no âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 493.º, pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso.

E esta tese deve valer não apenas para a cirurgia, mas ainda para intervenções de quimioterapia, radioterapia ou outras cujo perigo concreto seja elevado.

Na doutrina, Teixeira de Sousa¹⁸³⁵ subsume o regime do art. 493.º, n.º 2, aos casos em que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, exemplificando com um *aparelho de anestesia*. O Autor ressalva que o médico não pode assumir a garantia do funcionamento sem falhas dos aparelhos utilizados, mas tem o ónus de prova que os danos por eles causados não resultaram de negligência própria.

Acompanhamos ainda Pires de Sousa ao defender a subsunção à previsão do art.493º, nº2, a casos como a realização de tratamentos médicos com raios X e ondas curtas; a realização de operações ousadas, tais como operações de enxerto e de transplantação de órgãos (embora aqui exista um regime de responsabilidade objetiva);¹⁸³⁶ a utilização de

¹⁸³⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, “O ónus da prova...”, *cit.* p. 138.

¹⁸³⁶ Neste sentido, Manuel ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por atos médicos*, Almedina, 2005, p. 56, nota (92). Conforme refere LOPES ROCHA, “Responsabilidade civil do médico”, *Tribuna da Justiça*, Abril-Maio 1990, p. 48, – *apud* Luís PIRES DE SOUSA, p. 30: “Justifica-se aqui um dever de diligência explicável pela ideia de que a previsibilidade do dano está *in re ipsa*, devendo o agente, ao atuar, ter em conta o perito para terceiros e não sendo por isso, bastantes, os

aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise e de incubadoras.¹⁸³⁷

Em conclusão, se, por um lado, partilhamos esta concepção aberta de “atividades perigosas”, por outro, não subscrevemos afirmações genéricas de que *toda a atividade médica* seja perigosa, ou mesmo que toda atividade cirúrgica se subsuma a esta norma, nem mesmo que todas as operações cirúrgicas que envolvam a *abertura do abdómen* sejam perigosas.

Precisamos de critérios mais apertados e rigorosos, sob pena de a norma que vimos analisando se tornar na válvula de escape para um justiça casuística e a-dogmática com meros objetivos ressarcitórios, o que seria um desenvolvimento contraditório com o sistema de responsabilidade civil em vigor.

Mudanças de sistema, como as que serão propostas na fase final desta parte, devem passar pelo crivo da lei, cujo processo de aprovação respeita o princípio do Estado democrático, e não por um qualquer movimento de “jurisprudência livre” e sem arrimos dogmáticos seguros.

64. Os protocolos e as normas de orientação clínica como critério de conduta

O médico tem uma obrigação de meios e para podermos assacar um juízo de ilicitude à sua conduta precisamos de comparar a sua ação (ou omissão) com a ação (ou omissão) devida, isto é, esperada pela ordem jurídica. Assim, importa conhecer as regras da profissão, os deveres de conduta profissionais dos médicos, as suas *leges artis* ou na terminologia da doutrina alemã (*Facharztstandard*).

Este conceito (de *leges artis*), no âmbito do direito médico, é realçado pelo próprio legislador no art. 150.º CP. Por seu turno, o art. 4.º CDHBio¹⁸³⁸ veio reforçar o valor jurídico das “*normas de orientação clínica*” (na nomenclatura da Ordem dos Médicos), os “Protocolos”, “*guidelines*” e das “reuniões de consenso”. Estes documentos criados pelos médicos contribuem decisivamente para a definição das *regras*

deveres da diligência normal: *onde a periculosidade está ínsita na ação, há o dever de agir tendo em conta o perigo.*”

¹⁸³⁷ Esther MONTERROSO CASADO, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, p. 3-4.

¹⁸³⁸ “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como as regras de conduta aplicáveis ao caso concreto.”

de conduta, o que significa uma aplicação jurídica indireta, mas *forte*, das normas internas dos próprios profissionais. Entende-se que a violação das normas de orientação clínica, dos protocolos ou das reuniões de consenso fazem presumir uma violação das *leges artis*.¹⁸³⁹

O chamado *soft law* tem, nesta matéria, uma grande relevância, nomeadamente as Declarações e Recomendações de Organizações nacionais e internacionais (v.g., a Organização Mundial de Saúde, o Conselho da Europa,¹⁸⁴⁰ a Associação Médica Mundial), os Pareceres das comissões de ética (entre nós, tem ganho bastante prestígio o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida). Estes documentos não fazem nascer direitos exercitáveis nos tribunais, mas exercem alguma influência na interpretação das normas formais e beneficiam da adesão espontânea dos profissionais.¹⁸⁴¹

Daqui decorre o reforço do valor jurídico dos “Protocolos”, “Guidelines” e das “Reuniões de consenso”, os quais consubstanciam documentos criados pelos médicos que contribuem diretamente para a definição das *regras de conduta* a que se deverá subordinar a sua atividade. Deste modo, tais documentos colhem uma aplicação indireta. A respectiva violação faz presumir uma violação das *legis artis*.¹⁸⁴²

No plano dogmático, nos países em que se distingue a ilicitude da culpa, pode haver dificuldades em situar as *leges*

¹⁸³⁹ É elucidativa a este respeito a decisão do Hoge Raad, na sua decisão de 2/3/2001, que analisaremos *infra*.

¹⁸⁴⁰ Assim, Henriette ROSCAM ABBING, “Health and human rights in Europe in the area of medical and technological advances,” in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 223-242.

¹⁸⁴¹ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Auto-regulação profissional dos médicos”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3923, que afirma, com justeza, que “as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária” e que a “aplicação direta das normas deontológicas, pelos órgãos estatutariamente competentes, não deixa de exigir um controlo pelas instâncias judiciárias normais, na medida em que implica limitações de direitos civis, como o do exercício de profissão.”

¹⁸⁴² Também assim, PIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 36. No direito inglês, Jonathan HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 46: “unless the professional can provide good reasons for departing from the standard practice then she or he will be found negligent” (*Clark v. Maclennan* [1983] 1 All ER 416). On the other hand, it should not be thought that following an official protocol or policy will necessarily provide a full defence. This is particularly where to do so would clearly harm the patient. (*Barnet v. Chelsea and Kensington HMC* [1968] 1 All ER 1068).”

artis, mas parece que se deve afirmar a *contrariedade ao direito* do comportamento do médico que não respeite essas regras de conduta. Destarte, a violação dos protocolos ou *guidelines*, isto é, das *leges artis* representa um comportamento *ilícito* (seguindo a doutrina da *ilicitude da conduta* – *Verhaltensunrechtlehre*), independentemente de se poder imputar a título de culpa esse mesmo comportamento ao sujeito.¹⁸⁴³

64.1. A “normalidade da prática clínica”

O Ac. da Relação de Lisboa, de 27/10/1998 decidiu que “a *normalidade da prática clínica* é o que não está de acordo com as *leges artis* mas é costume fazer assim. Se um médico atuou segundo a normalidade da prática clínica, a circunstância dos resultados dessa atuação terem sido nocivos para o paciente não determinam a existência de um erro que configure um caso de negligência médica.”

Ora, no sentido de defender a irresponsabilidade criminal do agente, a doutrina penal portuguesa vem defendendo que “se se admitir que o agente atuou no espaço da discrepância “normal”, ele não viola materialmente o dever objetivo de cuidado. Sendo certo que, por outro lado, se ele tiver agido para lá desse espaço de “normalidade”, então infringe o dever objetivo de cuidado.”¹⁸⁴⁴

Todavia, no âmbito da responsabilidade civil, entendemos que uma violação das normas definidas como padrão configura uma *presunção de culpa*, podendo ser aceite, no entanto, esta justificação. De outro modo, aceitar o permanente desvio às *leges artis* levaria a uma total ausência de critérios da ilicitude.

Importa, pois, que a Ordem dos Médicos, as Sociedades científicas, as organizações hospitalares, entre outros agentes definidores da juridicidade médica, mantenham um permanente esforço de atualização dos padrões definidores de deveres de cuidado ou, em certas áreas especialmente dinâmicas ou complexas, que a regulamentação dos deveres de cuidado seja suficientemente aberta e flexível, para se poder ajustar ao caso concreto.

¹⁸⁴³ Cf. Pierre WIDMER, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion for Imputation”, in Pierre WIDMER (Ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, cit., p. 337 e H. KOZIOL, “Damage”, in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, Wien-New York, Springer, 2005, p. 24-27.

¹⁸⁴⁴ Cf. FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, p. 517–518.

64.2. O respeito formal das *guidelines* como conduta insuficiente

Inversamente, pergunta-se se o cumprimento das *guidelines* é por si só garantia de licitude do comportamento médico?

Um caso tem vindo a animar o debate na comunidade médica portuguesa. Trata-se da condenação, por parte do Conselho Nacional de Disciplina da Ordem dos Médicos,¹⁸⁴⁵ numa pena disciplinar de *censura* a uma médica que, tendo embora respeitado formalmente os critérios das *guidelines* relativas à indicação para amniocentese, não aconselhou/ não comunicou à grávida a situação de risco em que esta se encontrava, tendo vindo a nascer uma criança com trissomia 21.¹⁸⁴⁶

Segundo o Conselho Nacional de Disciplina “a arguida não valorou o facto de a grávida e o feto se encontrarem relativamente a todos e a cada um dos fatores de risco muito próximos dos limites predefinidos.” E continua, “neste caso tudo estava no limite ou na fronteira: a idade da grávida, o resultado do rastreio ecográfico para medição da translucência da nuca, o resultado do rastreio bioquímico e a existência de 2 abortos (um deles espontâneo).” E o Conselho argumenta a favor deste corajoso sentido de ilicitude afirmando: “se poderá eventualmente não ser muito relevante estar-se próximo do limite num único fator de risco, já será muitíssimo relevante estar-se próximo ou muito próximo, ou até mesmo na fronteira, relativamente a todos eles.”

Este caso merece as seguintes reflexões:

Em primeiro lugar, o juízo de *ponderação global* de todos os dados clínicos deve sobrepor-se ao mero controlo estandardizado de critérios abstratos das *guidelines*. Lançamos mão da explicação do Conselho Nacional de Disciplina:¹⁸⁴⁷ “a Medicina não é matemática e a maioria dos fatores de risco

¹⁸⁴⁵ Publicado na *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 122, Setembro de 2011, p. 18-20.

¹⁸⁴⁶ A grávida encontrava-se muito próxima das situações de risco que de acordo com as *guidelines* sugerem a prática de uma amniocentese. Assim, a mulher grávida tinha 34 anos (e não 35), com uma interrupção espontânea de gravidez anterior (e não duas), a translucência revela uma prega na nuca muito próxima das situações de risco, o rastreio bioquímico indica valores muito próximos do risco.

¹⁸⁴⁷ Publicada na *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 125, dezembro 2011, 66-68.

quantitativos são essencialmente um *continuum*, não uma fronteira estanque, dicotômica. São exatamente os mesmos princípios que se aplicam a outros fatores de risco, como a tensão arterial, o colesterol, a glicemia, etc. Por isso mesmo, é *obrigatório* conjugar toda a informação disponível para a valorizar devidamente e de forma coerente e integrada.” (...) “A medicina do Doente e não da Doença, a individualização da decisão, representa a grande arte da medicina e um dos seus mais velhos aforismos.” Donde, “de forma alguma se pode desprezar um conjunto de indicadores que estão *todos* no limite, tendo a médica registado laconicamente no Boletim da Grávida “sem alterações”, desvalorizando conscientemente o sinal de alerta que o conjunto representava.” – o que representa uma significativa valorização do *dever de registo e documentação*...

Os críticos desta decisão apontam que a mesma conduz aos caminhos da medicina defensiva.¹⁸⁴⁸ Ao que o Conselho Nacional de Disciplina contrapõe que é ao doente que compete *decidir*.

Em segundo lugar, o caso evidencia que não há uma compartimentação estanque entre o dever de tratar de acordo com as *leges artis* e o dever de informar e de partilhar a decisão e de documentação e registo clínico, antes, estes deveres se interligam e promovem uma correta relação médico-paciente.

Assim, o Conselho Nacional de Disciplina valoriza o papel do Consentimento Livre e Esclarecido, afirmando: “aquilo que esteve em causa é que a Colega entendeu decidir sem ouvir devidamente a grávida. Assumiu individualmente esse ónus e essa responsabilidade.” “A medicina prudente e a ética médica impõem a devida valorização da participação ativa e informada do doente nas decisões que lhe dizem respeito.”

Finalmente convém realçar que a justiça disciplinar (de controlo deontológico) não é convocada a fazer um juízo de legalidade ou de licitude jurídica *stricto sensu*; antes é-lhe pedido que vá um pouco mais além, que busque o sentido deontológico da ação médica.¹⁸⁴⁹ Neste passo, a decisão – que não nos parece desafortunada – em sede disciplinar, não terá de – não deverá – ser acriticamente transposta para o Direito Civil,

¹⁸⁴⁸ Cf. Cansado CARVALHO, Trissomia 21, *Revista da Ordem dos Médicos*, 125, 62-63. “Desta sentença resulta inquestionavelmente uma fortíssima mensagem de promoção da medicina defensiva”.

¹⁸⁴⁹ Isso é evidente na relação entre Direito Disciplinar e Direito Penal, mas é também assim na relação com o Direito Civil.

designadamente para o juízo de ilicitude civil. Aqui procura responder-se ao problema da justa repartição dos danos (entre a vítima e o lesante), aqueloutra visa a promoção da Deontologia profissional e o respeito dos direitos dos doentes.

O cumprimento dos protocolos e das *guidelines* faz presumir a licitude da ação médica. Donde, aceitando-se embora que uma *ponderação global dos fatores de risco* podem conduzir a uma exigência de alertar o paciente para a possibilidade de realizar outros meios complementares de diagnóstico – compete ao paciente o ónus da fundamentação de que esse alerta, esse aviso, seria juridicamente exigível. Esse ónus passa por carrear ao processo literatura médica – acessível a um médico normalmente diligente e capaz – que revele haver outros casos, dentro da especialidade, que conduzam a considerar que a situação clínica do paciente não é isenta de riscos. O que faria nascer sobre o médico uma nova obrigação, a obrigação de partilhar essa dúvida e essa informação. Pelo que será em sede de responsabilidade civil por falta de esclarecimento que se deverá encontrar a solução para tal hipótese.

64.3. Protocolos, Racionamento e Responsabilidade civil

O *racionamento* costuma ser objeto de uma análise *macro*, mas na decisão concreta de um caso de Direito Civil, faz-se sentir também a influência das exigências de racionalidade económica e de contenção dos custos em saúde. Vejamos, de forma breve, a influência que a racionalização e o racionamento podem ter na concreta relação médico-paciente, designadamente ao nível da responsabilidade civil.

Um dos instrumentos utilizados, em vários países, para promover a racionalização dos recursos é a definição de diretrizes ou *guidelines*,¹⁸⁵⁰ na medida em que permitem uma

¹⁸⁵⁰ Fabio B. JATENE, Wanderley Marques BERNARDO, Rosângela MONTEIRO-BONFÁ, “O processo de implantação de diretrizes na prática médica, RBCCV, Volume: 16 Edição: 2 –Abr/Jun – 2001: “As diretrizes têm surgido para atender às necessidades das Sociedades Médicas, com o intuito de minimizar a variação da prática médica, diminuir os custos, monitorar os cuidados inapropriados, auxiliar os médicos atualizados com as novas informações, estabelecer pesquisas prioritárias e promover melhores resultados no atendimento ao paciente. Métodos baseados em evidências garantem que diretrizes proporcionam recomendações válidas baseadas em uma avaliação crítica da melhor evidência disponível, em detrimento ao processo baseado em opinião informal.”

A expressão “guidelines” pode ser utilizada no sentido estrito – tal como é hoje utilizado no âmbito da Medicina Baseada na Evidência –, ou

contenção de custos, melhorias terapêuticas e a concretização de uma medicina baseada na evidência. Se do lado clínico se verificam todas estas vantagens, do ponto de vista jurídico, as diretrizes podem implicar algum risco.

Um caso holandês, o Ac. do *Hoge Raad* de 2/3/2001 ilustra esta situação.¹⁸⁵¹ Segundo o mais alto tribunal dos Países Baixos seria de esperar que o hospital seguisse as regras que ele próprio se autoimpôs. Um desvio destas regras do protocolo só seria aceitável se isso fosse desejável do ponto de vista do paciente, pelo que o protocolo devia ter sido seguido, sendo “*possível que haja desvios, mas têm que ser motivados.*” Isto não significa que cada protocolo tenha automaticamente o mesmo valor ou que os desvios ao protocolo tenham que ser excepcionais. A jurisprudência aceita os desvios aos protocolos, apenas exige que esses desvios sejam motivados ou fundamentados.

Segundo a melhor doutrina¹⁸⁵², esta decisão não deve levar os hospitais a abster-se de redigir os protocolos. Eles têm em primeira linha a função de proteger os pacientes e o médico também tem interesse nesses protocolos: ajuda a sua posição em caso de litígio se ele mostrar que seguiu as regras internas do hospital, tal como constam do protocolo. Por outro lado, esta decisão vem colocar em evidência a necessidade – também para garantir a defesa do médico – de um bom registo clínico.

Muitas vezes a consciência da necessidade de racionalização na saúde, leva os tribunais à *absolvição* do

numa visão mais abrangente, usual nas ciências sociais. Ver a este propósito Rui NUNES: Evidence-Based Medicine: A New Tool for Resource Allocation? *Medicine, Health Care and Philosophy* 6; 2003: 297-301. É neste sentido amplo que utilizaremos esta figura.

¹⁸⁵¹ O paciente submeteu-se a uma cirurgia no seu joelho esquerdo e após algum tempo sofreu uma trombose. De acordo com o protocolo, deveria ter sido administrado ao paciente um determinado produto anti-trombótico, mas neste caso os médicos esqueceram-se de o administrar. Provou-se, pois, a violação de um protocolo de atuação clínica aprovado no próprio hospital. O hospital alega que o dano teria ocorrido mesmo que se tivesse administrado o dito produto, nos termos do protocolo. – Vide Albert VERMAAS, Liability in Relation to the Use of Professional Medical Guidelines, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings I*, Maastricht, 2002, p. 123 ss.

¹⁸⁵² Cf. Michael FAURE/ Ton HARTLIEF, “The Netherlands”, H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2001*, Wien-New York, Springer, 2002, p. 362-363.

médico, quando o erro de diagnóstico se fica a dever à *insuficiência de exames complementares*.¹⁸⁵³

A escassez de recursos e uma gestão demasiado espartana pode conduzir à existência de serviços sem os recursos humanos apropriados. Somos de parecer que as exigências de gestão não afastam a responsabilidade do prestador de cuidados de saúde (público ou privado), caso violem os parâmetros de exigência de qualidade internacionalmente estabelecidos.¹⁸⁵⁴ Por outro lado, no caso de intervenções eletivas, defendemos que a instituição tem o dever de encaminhar o paciente para um outro estabelecimento hospitalar com as condições adequadas, sob pena de responsabilidade civil.¹⁸⁵⁵

¹⁸⁵³ Nesse sentido, veja-se a decisão do Supremo Tribunal da Irlanda de 20/2/2002 (*Wolfe v. St James' Hospital & Bunckley*) –*apud* Eoin QUILL, “Ireland”, H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2001*, Wien-New York, Springer, 2002, 265-267) O marido da autora faleceu devido a um *tumor que não foi devidamente diagnosticado* em nenhuma das duas ocasiões em que ele foi consultado no hospital. O tribunal de 1.^a instância considerou o hospital *responsável por não ter detectado o tumor*. Porém, segundo a tese que obteve vencimento junto do Supremo Tribunal, havia outras causas que permitiam explicar os sintomas: uma úlcera explicava as dores, a perda do emprego explicava os ataques de pânico. Nestas circunstâncias não era exigível aos médicos que procedessem a mais exames do que os normais, ao contrário do que sugeria o tribunal recorrido. De algum modo, o Supremo Tribunal revela sensibilidade face às dificuldades da profissão médica e traça uma linha da ilicitude que tem conexão com critérios de racionamento, ou pelo menos, de racionalidade. Perante um caso tão raro como era o da vítima, cujo diagnóstico correto importaria um *conjunto desproporcional de exames*, não se pode censurar os médicos por não haverem levado a cabo toda essa panóplia de exames.

¹⁸⁵⁴ Pensamos na diminuição do número de anestesistas ou outros especialistas de apoio ao serviço de urgência, em número manifestamente inferior às exigências técnicas.

¹⁸⁵⁵ Nesse sentido, o Ac. STA, 4/10/1990, condenou o Hospital apresentando a seguinte fundamentação: “A circunstância de um hospital não dispor de serviços nem de médicos de certa especialidade não o isenta de responsabilidade civil pela não prestação de assistência dessa especialidade a um doente que dela carecia e que não foi atempadamente encaminhado para estabelecimento hospitalar apto a prestá-la.”

64.4. Violação das *leges artis* por excesso (?)

A medicina defensiva vem conduzindo a que alguns profissionais prescrevam demasiados exames complementares de diagnóstico. Tal significa submeter o paciente a riscos e consequências desnecessárias, o que pode acarretar um comportamento ilícito e conseqüente responsabilidade pelos danos causados.

O ônus da prova da *desnecessidade* dos exames recai sobre o paciente e não bastará uma confrontação simples do que foi prescrito com o que consta dos protocolos de intervenção médica, mormente num tempo de grande esforço de contenção de custos na saúde, através da imposição de protocolos restritivos. O Autor deverá fazer prova – em regra pericial – de que antes da realização do exame causador do dano havia já elementos necessários e adequados para se efetuar um diagnóstico seguro, pelo que a exposição aos riscos de mais meios complementares de diagnóstico era desnecessária.

Isto sem embargo de estes problemas terem melhor resolução, convocando a doutrina do consentimento informado, concretamente da responsabilidade por informações insuficientes sobre os riscos de meios de diagnóstico. Por outro lado, o novo processo clínico eletrónico, ao recomendar um arsenal de métodos terapêuticos, pode também contribuir para excessos terapêuticos.¹⁸⁵⁶

64.5. A divergência de escolas médicas

Segundo alguma doutrina, “a responsabilidade médica termina onde começam as discussões científicas. Por outras palavras, sempre que determinados problemas da medicina suscitem discussão científica com existência de opiniões médicas díspares na comunidade científica, não cabe ao juiz tomar partido por uma delas, caindo no ridículo de mediar entre Hipócrates e Galeno. O médico não responderá pelo facto de ter seguido uma das orientações em conflito, atendíveis na

¹⁸⁵⁶ Sandeep S. MANGALMURTI/ Lindsey MURTAGH/ Michelle M. MELLO, “Medical Malpractice Liability in the Age of Electronic Health Records”, *New England Journal of Medicine*, November 18, 2010, 363, 2060-2067. Segundo os autores: “as the use of EHRs spreads, it may reshape medical liability by altering the way in which courts determine the standard of care and by changing the standard of care itself.”

comunidade científica, desde que formule o diagnóstico de acordo com as *legis artis*.¹⁸⁵⁷

Era também este o caminho do direito inglês, com a jurisprudência *Bolam*, da House of Lords,¹⁸⁵⁸ em que juiz Mc Nair J. declarou o seguinte:

“no caso de negligência médica, homem médio significa falta de agir de acordo com os padrões de médicos razoavelmente competentes no momento. Colocando de outra maneira, um médico não é negligente se ele está agindo de acordo com tal prática, simplesmente porque há um corpo de opinião médica que tem uma opinião contrária. Ao mesmo tempo, isso não significa que um médico pode obstinadamente continuar com alguma técnica antiga que se tem provado ser contrária ao que é realmente a quase totalidade da opinião médica informada.”¹⁸⁵⁹

Todavia, este respeito pela “opinião médica” foi posto em causa pela decisão *Bolitho*¹⁸⁶⁰, visto que aqui o tribunal considerou ter legitimidade para julgar um comportamento médico como violando o *duty of care*, apesar de alguns peritos afirmarem que o réu atuou de acordo com uma “respectable body of opinion”.¹⁸⁶¹

¹⁸⁵⁷ PIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 20, que cita Cf. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª Ed., 2007, p. 106; ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, p. 448 aproxima-se dessa opinião.

¹⁸⁵⁸ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582. Com o "Bolam test" entende-se que "If a doctor reaches the standard of a responsible body of medical opinion, he is not negligent" Cf. Margaret BRAZIER, *Medicine, Patients and the Law*. Third Edition, Harmondsworth: Penguin Books, 2003.

Desde 2009, está em funções o Supreme Court of UK: O Supremo Tribunal foi criada pela Parte 3 da Reforma Constitucional de 2005 e entrou em funções a 1/10/2009, assumindo as funções judiciais da *House of Lords*, que eram exercidas pelos *Lords of Appeal in Ordinary* (comumente designados “Law Lords”), ou seja, os 12 juizes profissionais nomeados como membros da House of Lords para exercer as ditas funções judiciais. A House of Lords, enquanto câmara alta do Parlamento, mantém as suas funções plenas.

¹⁸⁵⁹ Um teste semelhante é aplicado na Escócia desde *Hunter v. Hanley* [1955] SLT 213.

¹⁸⁶⁰ *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* [1997] 4 All ER 771.

¹⁸⁶¹ Cf. Margaret BRAZIER, *Medicine, Patients and the Law*. Third Edition, Harmondsworth: Penguin Books, 2003. HERRING, *Medical Law and Ethics*, 41 ss., porém, regista que a mudança não é assim tão significativa. Por um lado, os tribunais continuam a citar mais a decisão *Bolam* do que *Bolitho*; por outro, o consenso que se vem formando nos

Ensina Hondius que este teste é bastante distinto da aplicada na maioria das jurisdições continentais. De acordo com o art.7:453 do Código Civil Holandês, por exemplo, um prestador de cuidados de saúde exercerá o nível de cuidado esperado de um *provedor de cuidados de saúde consciencioso*.

À primeira vista, os dois testes são virtualmente idênticos. Na verdade, há um abismo entre eles. As “normas de homens da medicina da época razoavelmente competentes” são radicalmente diferentes de “prestadores de cuidados de saúde conscienciosos”, porque em último caso, é o *tribunal* quem decide, *não a comunidade médica* como no primeiro caso.¹⁸⁶²

Com Nuno Pinto Oliveira julgamos que “o profissional de saúde não pode prevalecer-se do princípio da liberdade terapêutica para aplicar procedimentos excessivamente perigosos ou para pôr em prática, imprudentemente, “as ideias temerárias de uma *minoría dissidente* [da comunidade científica]”.¹⁸⁶³ Os “pareceres técnicos”, sejam dos Colégios da Especialidade da Ordem dos Médicos, sejam do Conselho Médico-Legal não podem ter – não têm – a última palavra sobre os padrões ou standards por que deve apreciar-se a responsabilidade civil. De outra forma, “os médicos poderiam optar por um padrão ou *standard* impróprio, subordinando os interesses do paciente aos seus próprios interesses.”¹⁸⁶⁴

Acompanhando a doutrina germânica, entendemos que os standards são, também eles, padrões de decisão jurídicos e jurisprudenciais para uma decisão de litígios legais que provêm da atividade médica.¹⁸⁶⁵

últimos anos – no Court of Appeal –aponta para que “if a judge does decide to reject an expert’s view on a responsible body of medical opinion a careful explanation is required. [*Elaine Ruth Glicksman v.Redbridge NHS Trust* [2001] EWCA Civ 1097].” Os tribunais estarão mais dispostos a considerar que a perspectiva de um perito não representa uma “responsible school of thought” quando o assunto médico não seja complexo, ou técnico, mas seja um assunto em que um leigo possa ter opinião sobre a matéria [*French v.Thames Valley Strategic Health Authority* [2005] EWHC 459, para 112].

¹⁸⁶² HONDIUS, “General Introduction”, *cit.*, p. 12.

¹⁸⁶³ Seguimos PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde: Problemas de Ilicitude e de Culpa”, *cit.*, p. 244.

¹⁸⁶⁴ PINTO OLIVEIRA, *ibidem*, citando Thierry VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l’hôpital*, p. 109.

¹⁸⁶⁵ LAUFS/ KATZENMEIER/ LIPP, *Arztrecht*, 2009, Capítulo X, Rn. 16.

i. O 'perito' em ações de responsabilidade médica

O médico perito que intervém em processos de *responsabilidade médica* dando o seu parecer sobre os pressupostos materiais dos conceitos de ilicitude, de culpa e do nexo de causalidade nessas mesmas ações. O médico intervém aqui enquanto perito, seja como relator de um Parecer de um Colégio de Especialidade da Ordem dos Médicos ou de uma Sociedade Científica, seja enquanto perito particular ou nomeado pelo tribunal. Todavia, no plano do direito processual civil não deve ser considerado como perito, mas sim como *testemunha*,¹⁸⁶⁶ sendo os depoimentos por si prestados apreciados livremente pelo tribunal (art. 396.º CC).¹⁸⁶⁷

64.6. As 'inovações terapêuticas'

Segundo o art. 35.º do CDOM, o médico deve abster-se de quaisquer atos que não estejam de acordo com as *leges artis*. Porém, a mesma norma prevê duas exceções.

Em primeiro lugar, aceita-se a prática de “atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer.” Segundo, exceptuam-se ainda “os atos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.”

Podemos assim considerar que há uma escala de intervenções, nem sempre linear, desde a prática dos atos

¹⁸⁶⁶ Desconhece o nosso Direito a figura da “testemunha-perito”. Segundo Susana LARISMA, “A prova por testemunhas na arbitragem internacional – A prática internacional, as regras IBA 1999 e a oferta portuguesa”, *Themis*, Ano IX – n.º 16 – 2009, tradicionalmente, os países de matriz anglo-saxónica (*common law*) distinguem as testemunhas “de facto” e as “testemunhas-peritos”. Segundo esta autora, de um modo simplista, dir-se-á que as primeiras falam do que sabem, ao passo que as segundas sabem do falam. Quanto às testemunhas-peritos, estas depõem apenas sobre questões técnicas. Significa isto que, na tradição anglo-saxónica, a testemunha-perito não tem, em regra, conhecimento sobre factos com interesse para a decisão do litígio. Ressalte-se que tanto umas como as outras são oferecidas pelas partes.

¹⁸⁶⁷ Como afirma o Juiz e doutrinador Miguel KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 282: “O julgador deve abandonar o dogmatismo probatório e deixar-se guiar por maior percentual de senso comum. Em síntese deverá, conforme o caso, sobrepor-se aos laudos periciais, escoimando-os do ranço classista e decidir até, contra eles.”

standard, passando pelas inovações terapêuticas, até à experimentação humana.

Às inovações terapêuticas *aplicam-se alguns dos princípios que regem o direito da experimentação com seres humanos*, designadamente um reforço do *controle procedimental e institucional*, um *acentuado dever de informação* e o respeito pelo *princípio da beneficência*, a implicar que o médico só deve propor uma inovação terapêutica, se perante o quadro clínico que tem em mãos, não dispuser de um método seguro e eficaz já devidamente consagrado e após uma *ponderação risco-benefício*.¹⁸⁶⁸

Assim, propomos que no caso de uma intervenção médico-cirúrgica, incluindo a utilização *off-label* de medicamentos, se dê uma *inversão do ónus da prova da culpa* e do *nexo de causalidade*.¹⁸⁶⁹

¹⁸⁶⁸ Nesse sentido, o art. 23.º do Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, sobre Investigação Biomédica, Estrasburgo, de 25/1/2005 (Non-interference with necessary clinical interventions) dispõe: “1. Research shall not delay nor deprive participants of medically necessary preventive, diagnostic or therapeutic procedures. 2. In research associated with prevention, diagnosis or treatment, participants assigned to control groups shall be assured of proven methods of prevention, diagnosis or treatment. 3. The use of placebo is permissible where there are no methods of proven effectiveness, or where withdrawal or withholding of such methods does not present an unacceptable risk or burden.”

O Protocolo Adicional à CDHB relativo à Investigação Biomédica, aberto à assinatura dos Estados-Parte em 25/1/2005, entrou em vigor (no direito internacional) a 1 de Setembro de 2007. Portugal assinou em 4/2/2005 mas ainda não ratificou. O Protocolo abrange todas as áreas de investigação com seres humanos no domínio da biomedicina, que podem ser levados a cabo por também biólogos ou outros profissionais, tais como os psicólogos.

Para uma análise da evolução da normatividade a propósito da utilização do placebo, *vide* Dean HARRIS, “The Declaration of Helsinki: the Effect on Vulnerable Populations of the Provisions about Placebo-Controlled Trials and the Duties of Post-Trial Care“, *in* Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 69-76.

¹⁸⁶⁹ Sobre a utilização *off-label* de medicamentos – cf. John N. JOSEPH/ David DEATON/ Housman EHSAN, “Enforcement Related to Off-Label Marketing and Use of Drugs and Devices: Where Have We Been and Where Are We Going?,” *American Health Lawyers Association, Journal of Health & Life Sciences Law*, January, 2009 Vol. 2, No. 1, J. Health & Life Sci. L., p. 73 ss.

A utilização do medicamento *off-label* é uma prática muito frequente em todos os países, incluindo no nosso.¹⁸⁷⁰ Contudo, os pressupostos da sua aplicação válida são, para além de (1) um *consentimento informado reforçado*, uma (2) justificada *análise risco-benefício* da sua utilização no paciente concreto, após (3) um estudo que permita uma *cabal fundamentação científica*. Somos de parecer ainda que (4) o médico deve *registar*, pelo menos no caso de intervenções com riscos ou consequências secundárias mais graves (pense-se num tratamento oncológico), um esboço dessa fundamentação no processo clínico do doente.

A prova da necessidade da inovação terapêutica impende sobre o médico. Só se poderá legitimar a inovação terapêutica após uma cuidadosa ponderação custo-benefício e, em caso algum, se pode privar o doente de tratamento fundamental.

Nos casos com maiores riscos para a vida ou saúde do doente, poder-se-á aplicar um procedimento ao exigido para a experimentação em seres humanos, em termos análogos aos *ensaios sem intervenção*, ou seja, o respeito pelas exigências constantes do art.16.º CDHBio.¹⁸⁷¹

Destes requisitos destacamos a *aprovação por comissão de ética* e a exigência de um *consentimento expresso e por escrito* após *informação e esclarecimento exaustivo e personalizado*.

Não há evolução da medicina sem inovação, mas o *bem-estar do doente* tem que ter a primazia sobre outros valores, nem sempre confessados, como a glória, a ambição

¹⁸⁷⁰ Os fármacos *off-label* correspondem a 30 a 40% do peso das vendas nas farmácias e a 30% nos hospitais, segundo o Centro de Estudos de Medicina Baseada na Evidência, *apud* Mafalda Francisco MATOS, “*Off-label, off-control?*”: a prescrição e a promoção de usos *off-label* de medicamentos, polic., 2012.

¹⁸⁷¹ Por exemplo: i) inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável; ii) os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação; iii) o projeto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético; iv) a pessoa que se preste a uma investigação seja informada dos seus direitos e garantias previstos na lei para a sua protecção; v) o consentimento referido no art.5.º tenha sido prestado de forma expressa, específica e esteja consignado por escrito. Este consentimento pode, em qualquer momento, ser livremente revogado.

científica ou profissional do médico. Donde, o respeito pelas referidas regras jurídicas se impõe, sem hesitação.

65. O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica

65.1. O ónus da prova nas ações de responsabilidade médica: noções breves

No que diz respeito a esta decisiva matéria, tem-se entendido que, na responsabilidade contratual o *paciente* tem de provar¹⁸⁷²: (1) a realização de um contrato de cuidados médicos, segundo o qual o réu tinha obrigações para com o Autor; (2) uma violação dos deveres – o cumprimento defeituoso – por parte do devedor ou dos seus auxiliares, (3) o nexo de causalidade adequada e (4) os danos.

Na responsabilidade extracontratual, o paciente lesado tem o ónus de provar (1) uma violação dos direitos absolutos/ direito de personalidade (integridade física, vida, autodeterminação dos cuidados de saúde) por parte do médico ou de um órgão, representante ou auxiliar da entidade prestadora de cuidados de saúde; (2) a culpa do réu (dos seus órgãos ou auxiliares) e (3) o nexo de causalidade adequada entre o fato ilícito e o dano sofrido e (4) esses mesmos danos.

O réu – médico ou entidade prestadora de cuidados de saúde – para evitar a condenação deve contra-alegar e provar: (1) a justificação da intervenção médica através de um consentimento informado eficaz e válido e (2) a consideração dos deveres de objetivos cuidado.

O convencimento do julgador deve fundar-se numa certeza relativa, histórico-empírica, dotada de um grau de probabilidade adequado às exigências práticas da vida.¹⁸⁷³

¹⁸⁷² Sobre esta matéria, *vide* RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115-195; RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, (Maria Paula RIBEIRO DE FARIA/ Luís Miguel PESTANA DE VASCONCELOS (coord.), U. Porto Editora, 2009, p. 201 ss.; Manuel ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por atos médicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007; Rute TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...cit.*, 2008.

¹⁸⁷³ Manuel Tomé GOMES, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no Processo Civil”, *in* *Revista do CEJ*, 2º Semestre 2005, Nº 3, p. 158-159,

65.2. A busca da maior igualdade material no sistema clássico de responsabilidade civil médica

São reconhecidas as grandes dificuldades do paciente na prova do incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade. O Autor tem falta de conhecimentos técnicos, falta de testemunhas e necessita de recorrer a peritos.¹⁸⁷⁴ O desnível de informação é muito grande e a prova pericial revela-se difícil de obter. Não há outro processo de responsabilidade onde tal aconteça.¹⁸⁷⁵ Consequentemente, a doutrina e jurisprudência de vários países têm vindo a desenvolver especificidades na repartição do ónus da prova com vista a tornar mais justo o processo de responsabilidade civil em matérias médicas, falando-se de uma “igualdade de armas como expressão do Estado de Direito e do princípio geral da igualdade”¹⁸⁷⁶ (“*Waffengleichheit als Ausfluss der rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitsstatus*”), na doutrina germânica.

O princípio da igualdade das partes está consagrado no art. 3.º-A CPC, impondo ao Tribunal que assegure, durante todo o processo, um estatuto de igualdade substancial entre as partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de sanções processuais. A igualdade substancial impõe ao tribunal “o dever de corrigir fatores de desigualdade nomeadamente através da função assistencial do juiz, assumindo o tribunal um papel determinante na averiguação da matéria de facto, v.g. artigos 535º, nº1, 612º, nº1, 614º, nº1, 645º, nº1, do Código de Processo Civil.”¹⁸⁷⁷

¹⁸⁷⁴ Cf. o estudo pioneiro, ainda do século XIX, de Affonso COSTA, *Os peritos no processo criminal : legislação portuguesa, crítica, reformas*. Coimbra, Manuel de Almeida Cabral Editor, 1895.

Jean-François LYOTARD, *Le Différend*, Paris, 1983, p. 7 afirma : «Un tort serait ceci: un dommage accompagné de la perte des moyens de faire la preuve du dommage. (...) Dans tous ces cas, à la privation qu’est le dommage s’ajoute l’impossibilité de le porter à la connaissance d’autrui, et notamment du tribunal.»

¹⁸⁷⁵ Dieter GIESEN, *Wandlungen des Arzthaftungsrechts*, J.C.B. Mohr, 1983, p. 96.

¹⁸⁷⁶ Sobre o princípio processual da igualdade de armas, vide LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª edição, 2006, 118-120..

¹⁸⁷⁷ PIRES DE SOUSA, *Ónus da prova...*, p. 40. Cf. tb. Micaela LOPES, *A igualdade das partes nas regras de distribuição do ónus da prova*, Universidade Católica, 2010.

O juiz deve ter uma postura interventiva e usar de poderes *inquisitórios*, de modo a tentar apurar, de forma mais ativa, a verdade dos factos. Com efeito, o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias para o apuramento da verdade (art. 265º, n.º 3 CPC). Consagra-se aqui o princípio inquisitório, demonstrando-se do mesmo passo que o papel do *juiz-árbitro* se encontra ultrapassado.

Todavia, a atribuição de amplos poderes instrutórios ao juiz não afeta a vigência do princípio dispositivo, a efetividade da garantia do direito à prova nem o princípio do contraditório. “Os poderes instrutórios que são conferidos ao juiz devem essencialmente configurar-se como acessórios e complementares da iniciativa probatória das partes na medida em que o exercício de tais poderes será desnecessário se as partes exercerem cabalmente o seu direito à prova. Apenas quando descubra, quer a partir dos elementos carreados para o processo quer através do seu conhecimento privado, que existe uma prova relevante que não foi trazida ao processo é que o juiz deverá atuar o princípio do inquisitório.”¹⁸⁷⁸

Um caminho que permite uma maior igualdade processual dentro do sistema tradicional da responsabilidade médica é o de promover a *facilitações de prova* ou mesmo a *inversão do ónus da prova*, seja do incumprimento (do dever de cuidado), seja da culpa, seja da causalidade.¹⁸⁷⁹

Vejam as hipóteses principais, seguindo o roteiro que a doutrina e a jurisprudência alemãs têm construído no sentido do desenvolvimento do direito em vigor.¹⁸⁸⁰ Dentro do sistema clássico de responsabilidade civil tem-se assistido a uma facilitação da posição processual do paciente, nomeadamente através da inversão ou do *aligeiramento* do ónus da prova nos processos de responsabilidade médica em muitos casos, sendo ainda frequente a doutrina espanhola e argentina defender a chamada “*distribuição dinâmica do ónus da prova*”.¹⁸⁸¹ Assim, em função das circunstâncias do caso, aquele que tem melhores

¹⁸⁷⁸ PIRES DE SOUSA, *Ónus da Prova...*, p. 12.

¹⁸⁷⁹ A ideia de uma total inversão do ónus da prova, contida na proposta de Directiva da responsabilidade dos prestadores de serviços da Comissão Europeia de 1990, é afastada por quase toda a Doutrina, desde logo porque a natureza da prestação de cuidados médicos é a da imprevisibilidade.

¹⁸⁸⁰ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 541-542

¹⁸⁸¹ Cf. Suzana Santi CREMASCO, *A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2009, *passim*.

condições técnicas, profissionais ou fácticas para produzir a prova fica onerado com o dever de produzir prova.

O Tribunal Constitucional alemão declarou, na Decisão de 25/7/1979,¹⁸⁸² que a aplicação do direito probatório nas ações de responsabilidade médica deveria ter em conta os *interesses contraditórios*, a *atividade de risco da medicina* e a *situação de dificuldade processual do paciente*.

Os institutos processuais com vista a criar uma *igualdade de armas* no processo são os seguintes:

(1) a prova *prima facie* (*Beweis der ersten Anscheins*);¹⁸⁸³

(2) a *facilitação da inversão do ónus da prova*;¹⁸⁸⁴

(3) o montante dos danos pode ser calculado pelo tribunal, em casos excepcionais, através da *livre convicção*; quanto a este expediente, o art. 566.º, n.º 3 admite a indemnização pela *equidade* quando for muito difícil calcular o montante dos danos.

65.3. A facilitação da prova por presunções judiciais ou prova por primeira aparência

Presume-se a *culpa* do causador do dano quando este é um facto excepcional de acordo com o normal suceder e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indutivamente a penúria dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu.¹⁸⁸⁵

A aplicação desta regra probatória pressupõe uma avaliação casuística, não devendo fazer-se generalizações.¹⁸⁸⁶ Constituem exemplos as seguintes situações:

¹⁸⁸² BVerfG Beschluss v. 25.07.1979, NJW 1979, 1925.

¹⁸⁸³ Hans RADAU, p. 65.

¹⁸⁸⁴ BAPPERT, *Arzt und Patient als rechtssuchende*, S. 124. DEUTSCH, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Rz. 166 e 168. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, p. 116 também aceita “facilitações de prova (prova *prima facie*) e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa.”

¹⁸⁸⁵ Cf. Alberto dos REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, 3ª ed., pág. 246, segundo o qual se trata de prova que “não assenta sobre quaisquer averiguações ou investigações concretas; exprime um juízo de mera probabilidade ou conjectura, que tem por base a lição da experiência e os sucessos normais da vida”

¹⁸⁸⁶ Cf. Rute TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico...*, p. 347.

- objetos deixados no interior do paciente após a realização de uma intervenção cirúrgica, por exemplo, pinça ou uma compressa dentro do abdómen do paciente,^{1887 1888}
- operação ao lado errado,¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸⁷ No Ac. STJ, 27/11/2007 (Rui Maurício), o STJ condena o médico cirurgião por não ter controlado a operação, realizada pela enfermeira, de retirada das compressas cirúrgicas do interior do abdómen. Este caso coloca em causa a repartição horizontal de tarefas e não segue o chamado *princípio da confiança* –cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, p. 881 ss. e Sónia FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, *passim*. Na síntese de Figueiredo Dias, “quem se comporta no tráfico de acordo com a norma de cuidado deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros; salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo.” Este princípio da confiança encontra o seu fundamento material no *princípio da autorresponsabilidade de terceiros*, ou seja, “como regra geral não se responde pela falta de cuidado alheio, antes o direito autoriza que se confie em que os outros cumprirão os deveres de cuidado.”

Porém, esta compreensão das coisas não pode fazer olvidar que há áreas da vida social em que há concretos *deveres de fiscalização e controlo* da atividade de outrem. Por outro lado, o art. 800.º parte de uma racionalidade e de uma intencionalidade normativa diversa da do Direito Penal, pelo que as soluções não são inteiramente transponíveis. Donde a solução do STJ pareça ter bom fundamento juscivilístico, se a paciente havia contratado com o cirurgião (contrato dividido). Já se a paciente celebrou um contrato total com a clínica, julgamos que é esta que fica onerada com a aplicação do art. 800.º, não se devendo assacar responsabilidade ao médico cirurgião por factos de terceiro, nos quais este pode e deve confiar.

Já antes o Ac. STA, 23/2/2005, em que foi deixada uma pinça no abdómen, condenou o Hospital a pagar uma indemnização de €20.000, acrescido dos danos patrimoniais a liquidar em execução de sentença. No Ac. STA, 29/6/2005, o dreno interiorizou, e considerou-se não haver culpa do lesado por recusar operação com 1.º médico, tendo sido arbitrada uma compensação de €10.000.

¹⁸⁸⁸ De acordo com a experiência da vida e os conhecimentos genéricos da medicina, se isso acontece é por culpa do médico. Todavia, o médico pode este alegar que ocorreu um sangramento extraordinário ou atípico que levou a que não se conseguisse detetar a compressa. – Hans RADAU, p. 67.

¹⁸⁸⁹ Cf. Ac. STA, 29/6/2005, que decide o caso de uma operação ao rim errado, condenando numa indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais de €40.000 à criança e de €15.000 aos pais pelo sofrimento de ter a criança doente. A Sentença de 1.ª instância dos Juízos Criminais do Tribunal Judicial de Coimbra, de 06/10/2005 (José Manuel Quaresma) condenou o médico ao pagamento de €32.500 por danos patrimoniais, por ter realizado uma cirurgia errada à mama com cancro.

- lesão de outras áreas do corpo mais ou menos próximas da que está a ser objeto de tratamento;
- extração de uma parte do organismo que não devia ser extraída;
- danos resultantes de *infeções hospitalares*
- danos causados pela *anestesia*¹⁸⁹⁰
- queda de dentes pelo tubo digestivo;
- infeções derivadas da não esterilização dos instrumentos utilizados;
- omissão da realização de radiografias em casos que indiciam a existência de fraturas;
- a ocorrência de uma hepatite como consequência de uma operação de apendicite;
- a ocorrência de uma infeção geral como consequência do tratamento de uma amigdalite;
- uma intoxicação alumínica em doente em hemodiálise.

Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve *fora da sua esfera de ação*, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano.¹⁸⁹¹ Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos fatos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte. A facilitação da prova através da prova à primeira aparência, prova *prima facie*,¹⁸⁹² tem sido muito importante na *prova da culpa* e na *prova do nexo de causalidade*.¹⁸⁹³

¹⁸⁹⁰ O Ac. STA, 10/3/2005, condenou o hospital a pagar uma indemnização num caso que envolveu danos causados pela anestesia e em que se provou a culpa dos profissionais de saúde. A condenação foi de €125.000 por danos não patrimoniais e de €74.000 por danos patrimoniais. Também o Ac. STA, 26/5/2010 (António Bento São Pedro), condenou o R. A pagar uma indemnização na sequência de danos muito graves (paraplegia) causados por uma anestesia (epidural) administrada com violação dos deveres de cuidado, no valor de € 430.749,80, sendo €80.000 uma compensação pelos danos não patrimoniais.

¹⁸⁹¹ No Ac. STJ, 1/7/2010 (Serra Baptista), a pretensão indemnizatória da Autora decaiu porque não logrou fazer prova do nexo causal entre o erro de diagnóstico negligente e o dano sofrido. O desenvolvimento da jurisprudência sobre responsabilidade médica deverá permitir encontrar caminhos para que as ações não decaiam perante essa prova diabólica e prova do nexo causal...

¹⁸⁹² Esta figura aproxima-se da teoria – usada no direito do *Common Law* – da *res ipsa loquitur*. Ensina HONDIUS, “General introduction”, in HONDIUS (Ed.), *The Development of Medical Liability*,

O Ac. Relação de Lisboa, de 11/9/2007 (Rosa Ribeiro Coelho), aceitou a *prova de primeira aparência*. Numa afirmação que merece a nossa concordância: “Tem também cabimento o uso de uma técnica dedutiva – prova de primeira aparência – que conclua pela existência de negligência médica quando a experiência comum revelar que, no curso normal das coisas, certos acidentes não poderiam ocorrer senão devido a causa que se traduza em crassa incompetência e falta de cuidado.” Ou, nas palavras de Alberto dos Reis “*é a prova fundada nos ensinamentos e na experiência do que sucede normalmente*”.¹⁸⁹⁴

A facilitação da prova através da inversão do ónus da prova não significa que haja inversão do ónus da prova pela mera constatação do incumprimento. Aqui ganha significado a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado, visto que o mero facto de não se alcançar o resultado não *indicia* – na responsabilidade médica – o cumprimento defeituoso ou o não cumprimento.

Volume 3, 2010, p. 14: “In the common law the traditional position regarding medical malpractice is that the law “requires proof of fault causing damages as the basis of liability in tort.” (*Wilsher v. Essex Health Authority*). This position has increasingly come under attack. The common law does help plaintiffs with the doctrine of *res ipsa loquitur*: the case speaks for itself. In the United States, the court requires the defendant to make available to the plaintiff all documents pertaining to the question at stake.”

Para o direito espanhol, *vide* LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium, 1988, p. 426-427.

¹⁸⁹³ Ensina CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 712 e 713: “A preponderância da evidência, ao abordar a questão da prova do nexo de causalidade entre o defeito de um produto e o dano por ele causado. A este propósito afirma, por um lado, que “a prova do nexo de causalidade se afigura não raramente muito difícil...” e por outro lado que “... uma vez fixada a existência do defeito do produto e do dano, as regras da experiência comum, o *id quod plerumque accidit* e a teoria da causalidade adequada – teoria que reconduz a questão do nexo causal a um juízo de probabilidade – poderão permitir a preponderância da evidência que, no fundo, é uma espécie de presunção de causalidade”.

¹⁸⁹⁴ Cf., no mesmo sentido, Ac. Relação de Lisboa, 26/6/2008 (Ezaguy Martins).

65.4.A inversão do ónus da prova por falta de documentação

Muito sedimentada está a inversão do ónus da prova através documentação médica incompleta ou errada. O médico tem o dever de documentar toda a atividade clínica e terapêutica. Se o médico não cumprir este dever ou não o cumprir devidamente, dá-se uma inversão do ónus da prova a favor do paciente, na medida em que as dificuldades de esclarecer a matéria de fato não possam ser ultrapassadas por causa da falta de documentação.¹⁸⁹⁵

Defendemos uma simplificação da prova ou mesmo uma inversão do *onus probandi* do erro médico e do nexos de causalidade em caso de falta de documentos (*Dokumentationsmangel*). O mesmo acontece no caso de não conservação dos diagnósticos, das averiguações, dos exames, ou da não realização de exames complementares de diagnóstico.

No mesmo sentido, afirma Luís Pires de Sousa, “No caso de o autor requerer a notificação do Réu para juntar documentação clínica (art. 528º CPC), em caso de incumprimento não justificado desse dever de cooperação para descoberta da verdade, tal omissão será livremente apreciada pelo Tribunal, podendo levar mesmo à *inversão do ónus da prova* (artigos 529º e 519º, nº2 CPC). Tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjetivo – receia o resultado daquela diligência probatória./ O mesmo raciocínio será de aplicar, *mutatis mutandis*, quando o Réu/médico se recuse a fornecer cópia legível do processo clínico.”¹⁸⁹⁶

65.5. A inversão do ónus da prova por falta de esclarecimento

A violação do dever de esclarecer acarreta, na jurisprudência alemã e austríaca,¹⁸⁹⁷ uma inversão do ónus da prova. No direito português, como se viu, defendemos a implementação da doutrina do consentimento informado, no sentido de que o consentimento para ser válido e eficaz carece da informação adequada, com vista a uma decisão consciente. Se essa informação não existir, poder-se-à

¹⁸⁹⁵ Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 71.

¹⁸⁹⁶ PIRES DE SOUSA; *Ónus da Prova...*, p. 27

¹⁸⁹⁷ Cf. o OGH, 09.11.2011, (5. Ob186/11f) que tomou mais uma decisão de inversão do ónus da prova em conexão com a violação do dever de esclarecer.

presumir que o doente não teria aceite a intervenção e, naturalmente, as lesões corporais serão imputáveis ao médico.

Todavia, não nos parece que da violação do dever de esclarecer se deva tirar consequências relativamente a uma infração das *leges artis* da medicina.

65.6. A destruição de meios de prova

Uma outra inversão do ónus da prova ocorre por se *destruição de meios de prova* ou por *impossibilitar ou dificultar a prova*. Nos casos de ocultação ou destruição do processo clínico, uma história clínica ou um resultado de um exame ou uma parte do processo, o juiz pode através do art. 344.º, n.º2, dar por provadas as alegações do paciente.

Assim, por exemplo, no caso do desaparecimento de uma compressa após uma segunda operação, na qual se retirou a compressa, que tinha ficado no corpo do paciente aquando da primeira operação, na medida em que para a questão da culpa era importante saber o tipo e o tamanho de compressa de que se tratava.¹⁸⁹⁸

65.7. A negligência grosseira ou os erros grosseiros e a inversão do ónus da prova da causalidade

A facilitação da prova da negligência e do nexo de causalidade coloca-se no caso de erros grosseiros (*Schwerer Behandlungsfehler*). Vejamos alguns exemplos do Supremo Tribunal Federal alemão:

- i. Aplicação de uma injeção na região lombar que conduziu à morte devido a forte toxicidade com uma agulha que tinha sido aberta e preparada na noite anterior e apenas tapada com um pouco de algodão na mesa do quarto do doente.¹⁸⁹⁹
- ii. Omissão da troca de sangue, em devido tempo, a um recém-nascido, apesar da cor amarela da criança logo após o nascimento devido a uma Doença Hemolítica do Recém-Nascido – eritroblastose.¹⁹⁰⁰

A transposição desta conquista jurisprudencial tedesca para o direito pátrio pode ter dificuldades visto que, numa

¹⁸⁹⁸ BGH VersR 55, 344. No mesmo sentido, entre nós, Rute TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico*, p. 367.

¹⁸⁹⁹ BGH VersR 68, 498.

¹⁹⁰⁰ BGH VersR 70, 544.

leitura radicalmente positivista, esta proposta esbarra com o *numerus clausus* das presunções legais de culpa (art. 344º, n.º 1).

Seguimos a tese de Ribeiro de Faria¹⁹⁰¹ que propõe, embora muito cautelosamente, uma leitura do art. 344º, n.º 2, fazendo apelo aos trabalhos preparatórios do Código Civil. Em traços largos, esta tese passa por constatar que o médico, pela natureza da sua atividade, é quem está em melhores condições de poder demonstrar se o *erro grosseiro* cometido é ou não a causa do dano, pois manuseia as provas da sua própria atuação, desde registos a elementos materiais da sua intervenção, pelo que pode estar na sua disponibilidade conservar ou destruir as provas que eventualmente o possam culpabilizar.

65.8. A falta de organização e o recrutamento de pessoal mal preparado

Também a falta de organização e o recrutamento de pessoal mal preparado acarretam uma facilitação da prova, pois na avaliação do dano há uma facilitação da prova. A responsabilidade empresarial advogada pelos *Principles on European Tort Law* vai no mesmo sentido, de fazer impender sobre a instituição o ónus da prova de que cumpre as regras de organização e de gestão. Esta presunção pode ainda ser útil no caso de falha de meios complementares de diagnóstico ou a ausência de especialistas em serviços de urgência.¹⁹⁰²

65.9. A teoria do dano anormal e desproporcionado

No direito espanhol, a jurisprudência inverte o ónus da prova do incumprimento e da culpa no caso do chamado “*dano*”

¹⁹⁰¹ RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica : reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, 115-195; VAZ SERRA, “As Provas, Direito Probatório Material”, *BMJ*, nº 110, p. 167; Mário Jorge LEMOS PINTO, *Responsabilidade Civil e Presunções de Culpa*, Universidade Católica do Porto, 2004.

¹⁹⁰² Poderia ter tido este enquadramento o caso decidido pelo Ac. STJ, 24/05/2011 (Hélder Roque), que absolveu o médico e o hospital. Neste caso verificou-se um erro de diagnóstico de torção de um testículo, por ausência de ecografia e de urologista no serviço de urgência. Se é verdade que é difícil condenar o erro de diagnóstico, já se levanta a hipótese de condenação do hospital visto que naquele dia, o serviço de urgência do hospital visto que esta instituição não possuía a especialidade de urologia e o serviço de ecografia não estava a funcionar.

anormal e desproporcionado”¹⁹⁰³: “En los supuestos en los que se ha producido un daño anormal y desproporcionado, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado. En esta situación, se considera acertada la inversión de la carga, debiendo ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta. (...)”¹⁹⁰⁴

Pensamos que há uma margem de evolução no Direito Civil português no sentido de alcançar resultados semelhantes a esta doutrina espanhola. Presume-se a *negligência médica* quando, na sequência da prática de um ato médico, o paciente sofre um dano que é de tal modo *desproporcionado* que só pode explicar-se (se se entender) que é o resultado de *mala praxis*.

Vaz Serra¹⁹⁰⁵ explica quanto à prova donexo causal que “parece que o credor não tem que provar senão que o dano não teria tido lugar sem o facto que dá origem à indemnização; cabendo à outra parte, onde a experiência do juiz o não revele já, a prova de que aquele facto, pela sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano, o qual só surgiu devido a circunstâncias completamente extraordinárias.”

Esta explicação deveria ser tida em conta em casos como os do dano anormal ou desproporcionado como no caso da morte na sequência do procedimento anestésico com vista a uma lipoaspiração, decidido pelo STJ em 15/10/2009

¹⁹⁰³ Carmen VILLANUEVA LUPIÓN “El Alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la Doctrina del Daño Desproporcionado”, in María Jesús GALLARDO CASTILLO/ María José CRUZ BLANCA (Coord.), *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*, Madrid, La Ley, 2011, p. 133-181.

¹⁹⁰⁴ Afirma o Conselheiro do Tribunal Supremo, O’CALLAGHAN MUÑOZ, “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla «res ipsa liquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción” – *apud* Esther MONTEROSO CASADO, *op. Cit.*, p. 12.

¹⁹⁰⁵ VAZ SERRA, “Obrigaçãode Indemnizaçãode (Colocaçãode, Fontes, Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensãode dever de indemnizar. Espécies de Indemnizaçãode). Direito de Abstençãode e de Remoçãode)”, *BMJ* 84 (1959), 43 ss.

(Rodrigues dos Santos).¹⁹⁰⁶ Perante a dúvida se a morte da paciente se ficou a dever a um choque anafilático (imprevisível e inesperado) ou a erro/ excesso nas doses anestésicas, *deveria impender sobre o réu o ónus da prova* de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito adverso raro da anestesia. E mesmo que se tratasse de um risco da anestesia, deveria ser inquirido sobre o cabal esclarecimento para consentimento, já que em intervenções não terapêuticas se deve exigir a informação máxima.

A melhor doutrina brasileira advoga que “na anestesia, o médico visa atingir um resultado claramente determinado: findo o ato cirúrgico, deve restituir o paciente à consciência e às mesmas condições vitais ostentadas antes da indução anestésica. Entretanto, nem por isso pode-se considerar a anestesia obrigação de resultado, com a consequente inversão do ónus da prova.” Contudo, ensina Kfoury Neto, “competirá ao

¹⁹⁰⁶ Este Acórdão pronunciou-se sobre o caso de uma jovem que entrou saudável para fazer uma lipoaspiração e veio a conhecer a morte na sequência de complicações derivadas da anestesia. Os médicos foram absolvidos porque os Autores (os pais da vítima) não lograram fazer prova de erro na aplicação da anestesia. Esta decisão mereceu dois votos de vencido e revogou uma decisão de condenação do Tribunal da Relação de Lisboa. Segundo o acórdão, “a tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efetivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no atual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma *medicina defensiva*. (...) Ora, desconhecendo-se o tipo de anestésico usado e como está provado que nada fazia prever qualquer contraindicação, na fase pré-anestésica, há que concluir que não era de contar, no caso com tal consequência para a paciente. Por outro lado, não ficou provado o nexo causal entre a paragem cardiorrespiratória e o choque anafilático...” Conclui este Acórdão que os Autores não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, enquanto “os réus provaram a diligência com que atuaram.”

O Supremo exigiu a *prova cabal* aos Autores da ação, em que uma jovem senhora morre no decurso de uma anestesia para efeitos de uma lipoaspiração. E isto num caso em que são notórias as infrações às regras técnicas e de prudência (atraso do anestesista, ausência de equipamento apropriado de reanimação, ausência de uma verdadeira sala de operações, o médico não era titular da especialidade de cirurgia plástica...). Salvo o devido respeito pelo Supremo Tribunal, parece-nos que, com base nos factos provados, o tribunal poderia ter sido mais ambicioso no domínio da proteção dos direitos dos pacientes, designadamente do direito à reparação do dano injustificado, consagrado no art. 24.º da Convenção de Oviedo.

lesado demonstrar a ação culposa da qual resultou o dano. Por seu lado, o anestesista deverá produzir elementos de prova aptos a convencer o julgador de que o insucesso ocorreu devido a circunstâncias incontrolláveis, apesar de todos os seus esforços e aplicação rigorosa da melhor técnica”.¹⁹⁰⁷

Vejamos com mais pormenor.

Não devemos confundir uma “alteração *radical* das regras do ónus da prova,” com uma adaptação das mesmas às exigências de justiça material e processual nas ações de responsabilidade médica. Assim, os contributos da doutrina e da jurisprudência vão no sentido de compreender que há situações em que a prova é inexigível ao Autor da ação e que, pelo contrário, o Réu, o médico tem todas as condições para provar que não violou as *leges artis* ou que não houve causalidade.

Por isso, uma correta e justa distribuição do ónus probatório é uma demanda urgente de um Estado de Direito em que a reparação dos danos injustos causados aos pacientes seja atendida.¹⁹⁰⁸

Mas nem sempre o Supremo Tribunal de Justiça aplica um entendimento tão ortodoxo, havendo abertura para uma evolução do direito da responsabilidade civil médica num sentido de maior equidade processual na distribuição do ónus da prova.

¹⁹⁰⁷ KFOURI NETO, *Responsabilidade...*, p. 283, nas suas conclusões 15 a 19.

¹⁹⁰⁸ Subscrevemos, pois, as palavras do Senhor Conselheiro João Bernardo: “(...) *Haviam os réus, contratualmente devedores, de demonstrar que a anestesia foi corretamente aplicada e que, perante a reação gravíssima a ela, usaram as técnicas medicamente adequadas à situação. À conclusão da omissão do comportamento devido se chega (...) pelo recurso à figura da prova da primeira aparência. (...) resultando uma morte duma anestesia local, numa doente sem dados clínicos desfavoráveis, é de considerar, em primeira aparência, a negligência de quem era o responsável pela administração da anestesia e/ou pela recuperação dela. Todos os dias, milhares de anestésias locais são aplicadas sem que haja o menor dano para os pacientes. A consequência mortal do caso agora em apreciação vai contra o normal evoluir das coisas, contra a sucessão vulgar dos acontecimentos, pelo que, atenta também tal figura, penso que caberia aos médicos demonstrar que a aplicação da anestesia foi correta, que detectaram logo que algo se passava e que as tentativas de reanimação foram as mais adequadas, tudo de acordo com as *leges artis*. (...) A repartição do ónus de prova de acordo com o que vem sendo explanado parece-nos, aliás, mais consentânea com o princípio da razoabilidade.*”

Um bom exemplo desta outra corrente encontramos no Ac. do STJ, de 17/12/2002 (Afonso de Melo): “Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do doente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapêutica inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ónus da prova de que a execução operatória foi diligente”. E acrescenta: “Não se vê assim qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no art.º 799º, nº1, do C. Civil. O que é equitativo, pois a *facilidade da prova* neste domínio está do lado do médico. *Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.*”

A divergência jurisprudencial está instalada no seio do STJ. A doutrina tem vindo a argumentar no sentido de maior equidade probatória, quer através da aplicação da inversão do ónus da prova, quer, sobretudo, dos métodos de *facilitação da prova*, com vista a permitir alcançar resultados mais justos. O que não significa a condenação automática do médico, mas não nos podemos resignar à frequente absolvição dos mesmos, por imposição de uma carga probatória “diabólica” sobre os doentes.

Donde, nos casos de um dano desproporcionado face a intervenções de fácil execução, deve recair sobre o médico o ónus de provar que o desenlace negativo não se ficou a dever a culpa sua.¹⁹⁰⁹

66. Responsabilidade Civil Objetiva

Para além das hipóteses que possam cair na alçada da responsabilidade pelo risco da Lei n.º 67/2007, no âmbito da justiça administrativa, que serão referidas mais tarde, há alguns casos excepcionais de responsabilidade objetiva aplicáveis no Direito da Medicina.¹⁹¹⁰

¹⁹⁰⁹ Seguimos, assim, RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica...”, *cit.*, 115-195.

¹⁹¹⁰ Cf. Carla GONÇALVES, “A responsabilidade médica objectiva,” in AA.VV. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, 2005, p. 359-385; Carla GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da Culpa*, 2009, *passim*.

66.1. Ensaios clínicos de medicamentos (art. 14º, n. 1, da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto)

A reparação dos danos sofridos em virtude da participação em ensaios clínicos beneficia de um regime especial e bastante generoso. Assim, a lei começa por impor a *responsabilidade objetiva do promotor e do investigador* pelos danos causados ao participante no ensaio.¹⁹¹¹ O lesado não precisa, pois, de provar a culpa do lesante, como seria a regra na responsabilidade civil.

A teleologia deste regime poderá ficar a dever-se a uma visão *premial* para o participante do ensaio clínico, isto é, como compensação pelo sacrifício que este faz em prol da sociedade e da ciência, o ordenamento jurídico concede um regime muito mais favorável de compensação por danos – *teoria da recompensa ou teoria do prémio*.¹⁹¹² Numa perspetiva próxima, perante a “*voluntária assunção do risco*” do participante,¹⁹¹³ o Direito consagra o regime da responsabilidade objetiva e esta constitui uma recompensa dada àqueles que “voluntariamente assumem o risco” de participar num ensaio, em prol da coletividade. Em termos mais dogmáticos, concordamos que se trata aqui de um caso de *compensação pelo sacrifício*,¹⁹¹⁴ no plano do enquadramento dogmático.

Em segundo lugar, a responsabilidade do promotor e do investigador são *solidárias*, o que constituindo a regra na responsabilidade extracontratual, passa por força desta norma a valer também – e sem dúvida – no caso de aplicação das normas relativas à responsabilidade contratual nos danos causados no decurso de ensaios clínicos, o que é relevante para as instituições privadas de saúde onde se realizam ensaios.¹⁹¹⁵

¹⁹¹¹ Na Bélgica também se consagra a responsabilidade objetiva do promotor de ensaio clínico – cf. Gilles GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, p. 48.

¹⁹¹² Carla GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica*, cit., p. 66.

¹⁹¹³ SINDE MONTEIRO/ COSTA ANDRADE/ FARIA COSTA (com a colaboração de André DIAS PEREIRA), “Country Report Portugal,” in Jochen TAUPITZ, (Ed.), *Freedom and control of biomedical research: the planned revision of the Declaration of Helsinki*, Heidelberg [etc.]: Springer, 2000, p. 154.

¹⁹¹⁴ Sobre este conceito doutrinal, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 4.ª edição, 375-376.

¹⁹¹⁵ Art. 14.º: 1: “O promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao ensaio.”

Em terceiro lugar, em sede de nexo de causalidade, a lei afirma (art. 14.º, n.º 3) que “presumem-se imputáveis ao ensaio os danos que afetem a saúde do participante durante a realização do ensaio e no ano seguinte à sua conclusão.” Decorrido o período anteriormente referido, aplicam-se as regras gerais, isto é, cabe ao participante provar que o dano é imputável ao ensaio. Esta *presunção do nexo de causalidade* é uma situação muito rara no direito português e que encontra paralelo em matéria de acidentes de trabalho.¹⁹¹⁶

O regime substantivo pode ser muito oneroso para o promotor e para o investigador, pelo que a lei, em ordem a acautelar a solvabilidade dos responsáveis e uma reparação efetiva dos danos, obriga o promotor a contratar um *seguro destinado a cobrir a responsabilidade civil*.¹⁹¹⁷ Note-se que – para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade objetiva – a lei portuguesa não distingue os casos de ensaios clínicos com benefício para o participante, dos ensaios clínicos puros.¹⁹¹⁸

66.2. Doação de órgãos *inter vivos* (art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, modificada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de junho)

O art. 9.º da lei que regula o transplante de tecidos e órgãos de origem humana consagra o direito à assistência e indemnização. O dador tem direito a assistência médica até ao completo restabelecimento e tem direito a ser *indemnizado* pelos danos sofridos no decurso do processo de dádiva e

¹⁹¹⁶ Cf. Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, art. 6.º, n.º 5: “Se a lesão corporal, perturbação ou doença for reconhecida a seguir a um acidente presume-se consequência deste.”

¹⁹¹⁷ Este sistema é o que melhor responde às exigências da Guideline 19 da CIOMS: *Right of injured subjects to treatment and compensation*: “Investigators should ensure that research subjects who suffer injury as a result of their participation are entitled to free medical treatment for such injury and to such financial or other assistance as would compensate them equitably for any resultant impairment, disability or handicap. In the case of death as a result of their participation, their dependants are entitled to compensation. Subjects must not be asked to waive the right to compensation”.

¹⁹¹⁸ Pelo contrário, a lei francesa de apenas garantia o regime da responsabilidade objetiva no caso de experimentação pura ou não terapêutica. E com a lei de 9 de agosto de 2004 (Lei n.º 2004-806) houve uma unificação do regime de responsabilidade civil, sujeitando todos os ensaios clínicos ao regime da culpa presumida, cabendo ao promotor – e não ao médico – o ónus de ilidir a referida presunção.

colheita, *independentemente de culpa*, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação.

Cabe aos estabelecimentos que realizam a colheita e transplante de órgãos assegurar os direitos a assistência e indemnização, devendo para isso celebrar um contrato de seguro a favor do dador e suportar os respetivos encargos.

66.3. Outras hipóteses de responsabilidade pelo risco

A utilização de material radioativo está abrangida por uma responsabilidade objetiva, embora com causas de exclusão da responsabilidade que a aproximam de uma responsabilidade com inversão do ónus da prova da culpa.¹⁹¹⁹

Por outro lado, pode ser aplicada a responsabilidade civil do produtor, por produtos defeituosos, cuja especificidade mereceria um tratamento autónomo que aqui não iremos realizar.

67. A responsabilidade civil no âmbito dos hospitais públicos

67.1. Medicina pública e responsabilidade civil no direito comparado

Em algumas ordens jurídicas a relação que se estabelece entre o paciente e o *hospital público* não tem natureza contratual, sendo o sistema francês é o paradigma do regime da responsabilidade administrativa.¹⁹²⁰

¹⁹¹⁹ Art. 10º do Decreto-Lei n.º 348/89, de 12 de outubro; art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 153/96, de 30 de agosto e Decreto-Lei n.º 180/2002, de 8 de agosto – cf. Maria MERUJE, “Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente”, *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 12, 2009.

¹⁹²⁰ Em França, se o ato médico foi praticado num hospital público, a jurisdição competente, depois da decisão do Tribunal de Conflitos de 1957, é a administrativa. Há duas exceções em que a responsabilidade administrativa não é convocada, embora o ato se pratique dentro de um hospital público: 1) danos causados fora do exercício das suas funções: a chamada *faute “détachable” du service*, em que o autor é plenamente responsável; 2) quando o médico exerce medicina privada no interior do hospital público (nos termos da Lei de 27 de Janeiro de 1987). Cf. Jean PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 2ª ed., p. 49 e Guy NICOLAS, *La Responsabilité Médicale*, Paris, Flammarion, 1996.

A natureza contratual dos cuidados de saúde em hospitais públicos também é questionada no direito gaulês. Afirmava, em 1964, René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales droit civil aujourd’hui*, Paris, 1964, p. 88: “Quando um particular se dirige a um hospital público, solicitando observação ou tratamento médico, não vemos

No direito austríaco e alemão, entre o paciente e o hospital público verifica-se uma *relação contratual de Direito Civil*.¹⁹²¹ Na Alemanha a estrutura organizativa é muito diversa da portuguesa. Ali vigora, desde Bismarck, um sistema de proteção social, onde os prestadores de cuidados de saúde e os financiadores são distintos, assumindo o sector privado, mesmo na medicina hospitalar de ponta, uma grande importância prática. Os hospitais, mesmo que de natureza

porque não configurar entre ambos a existência de um contrato. É certo que para o hospital pode não existir a possibilidade de recusa, e o doente não escolhe o médico, tendo que sujeitar-se ao regime que lhe é imposto. Mas a obrigação de contratar, como há muito se vem salientando e recentemente nos demonstram os seguros obrigatórios, não exclui a natureza contratual da regulamentação de interesses operada por acordo de vontades, e a imposição de certo conteúdo é própria dos contratos de adesão. É, em regra, um contrato deste tipo o que o particular celebra com o Estado: “Alors la réglementation du contrat ne se fait plus par la volonté unilatérale d’un contractant; elle se fait par des *apolicies* étroitement réglementées en des dispositions d’ordre publique comme pour l’assurance, le gaz ou l’électricité. C’est là, par excellence un contrat réglementé. Il cesse évidemment d’être un contrat libre”.

Os argumentos substanciais no sentido da responsabilidade administrativa são os seguintes: (1) o doente está sujeito a um regulamento hospitalar, que ele não pode discutir, o que exclui a formação do contrato médico-paciente e o recurso ao regime do *Code Civil*; (2) o médico hospitalar não escolhe nem os seus colaboradores nem o material; (3) o hospital não pode recusar a entrada de um doente a menos que tenha a possibilidade de o dirigir a um estabelecimento melhor equipado. Daqui resulta, que a culpa pessoal do médico apenas acarreta a responsabilidade da administração hospitalar, e a jurisdição competente para conhecer destas matérias é a administrativa. Esta responsabilidade não é objecto de qualquer legislação específica, o que permitiu ao *Conseil d’État* criar uma Jurisprudência original – MALICIER *et al.*, *La Responsabilité Médicale*...., p. 31-32.

¹⁹²¹ KERN, *Limitierte Einwilligung*, p. 153. Na Áustria, também se discutiu a natureza jurídica da relação entre o paciente e um hospital público. Embora a lei tenha atribuído aos hospitais certas pretensões marcadamente de direito público (só podendo ser exigidas pela via administrativa), entende a doutrina que isso não é razão para que toda a relação jurídica esteja sujeita ao direito público. Não há qualquer diferença material entre a atividade médica consoante estejamos num hospital público ou privado, considerando-se pois um ato de gestão privada da administração.

Foi marcante, neste sentido, a decisão do Tribunal Constitucional, de 18/10/1957: “[...] para a delimitação do domínio dos atos de gestão privada dos atos de gestão pública não se deve atender aos motivos e aos fins da atividade; decisivo é saber qual o meio técnico-jurídico que o legislador utilizou para concretizar as suas funções. Se o legislador não conferiu ao serviço administrativo poderes de autoridade, então não estamos perante atos de gestão pública, antes perante atos de gestão privada”.

pública, propriedade do Estado ou de um Município, encontram os seus meios de financiamento nos seguros de proteção social ou no próprio paciente ou nos seus seguros pessoais, tal como os estabelecimentos privados. Não existe, pois, um Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Em Itália, contando embora com um sistema de raiz *beveridgeana*, a relação estabelecida entre um estabelecimento sanitário público e o paciente é considerada de natureza *contratual*, “perché l’ingresso del paziente in un ospedale determina la conclusione di un *contratto d’opera professionale*, o anche perché, secondo una più recente giurisprudenza, il privato è titolare verso lo Stato, di un *diritto soggettivo* attraverso l’esercizio del quale si perfeziona un vero e proprio rapporto obbligatorio di talché “... la responsabilità dell’ente pubblico, gestore del servizio pubblico, va qualificata *contrattuale*, intesa, in tal senso, come responsabilità insorta nel compimento di un’attività dovuta nell’ambito di un preesistente rapporto giuridico.. tra i due soggetti”.¹⁹²²

Esta tese *contratualista*¹⁹²³ da relação médico (público)-paciente funda-se em três razões: (1) independentemente do contexto em que se estabeleça a relação médico – paciente ela tem o mesmo conteúdo; (2) sobre o médico não impende apenas um genérico dever de abstenção, mas uma específica obrigação de *facere*; (3) segundo a tese de Castronovo, estabelece-se um vínculo jurídico, que se caracteriza como “un obbligo primario di prestazione”, cuja violação configura um

¹⁹²² Luca NIVARRA, “La responsabilità civile dei professionisti: medici, avvocati, notai) il punto sulla giurisprudenza”, *EDPr*, 2, 2000, p. 514-515. De acordo com a decisão do Tribunal da Cassação italiano n.º 589/1999, entre o médico e o paciente estabelece-se uma relação de natureza *contratual*, com base na teoria do ‘*contato sociale*’. Segundo o Tribunal, “l’obbligazione del medico dipendente del servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contato sociale” connotato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercene una professione protetta, há *natura contrattuale*”. A decisão acrescenta ainda que “... i regimi della riparazione dell’onere della prova, del grado di colpa e della prescrizione sone quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale”. Cf. ainda LUCA/ GALIONE/ MACCIONI, *La Responsabilità Medica: Profili penali, civili, contabili e disciplinari*, Milano, Gruppo24ore, 2011, p. 170 ss.

¹⁹²³ Cf. FIORI/ BOTTONE/ D’ALESSANDRO (eds.), *Responsabilità medica – 40 anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, Giuffré, 2000.

caso de “*culpa in faciendo* e dà luogo a responsabilità contrattuale.”¹⁹²⁴

Olhando a estas diferentes experiências do direito comparado, resulta claro que a aplicação do regime civil ou administrativo não é inerente ao fato de o *prestador* ser estatal ou não, ou de num determinado país vigorar o sistema de *Beveridge* ou de *Bismarck*¹⁹²⁵.

Trata-se antes de uma opção legislativa, sendo certo que nos países onde vigoram dois regimes diferentes (Portugal, Espanha e França, por exemplo), a iniquidade e a insegurança jurídica em nada favorecem a realização da justiça no direito médico.¹⁹²⁶

Basta tomar em conta que a *loi du 4 mars 2002*¹⁹²⁷ teve como um dos grandes objectivos equiparar os regimes de Direito Civil e de Direito Administrativo, pois a jurisprudência administrativa criou um verdadeiro *Richterrecht*

¹⁹²⁴ Luca NIVARRA, “La responsabilità civile...”, *cit.*, p. 517. Cf. a análise de Nuno PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde”, *cit.*, sobre esta matéria de direito comparado e sua refração no direito nacional.

¹⁹²⁵ À semelhança da Inglaterra, Escandinávia e Europa do Sul (a adopção do SNS não foi um ato isolado; integra-se num movimento mais amplo que contempla outros países do sul da Europa: Itália (1978), Portugal (1979), Grécia (1983), Espanha (1986)) segue o *modelo integrado ou de Beveridge*. Neste modelo o Estado é simultaneamente o proprietário dos equipamentos de saúde, o empregador e o pagador dos profissionais de saúde, o regulador da qualidade e o árbitro no racionamento dos recursos. O *modelo de Bismarck* assenta em instituições de base sectorial e deixa um papel importante na área da prestação de cuidados para o sector privado, onde historicamente são de grande relevância as instituições sem fim lucrativo. Neste modelo, o Estado aparece como financiador das despesas agregadas em saúde e como instituição que superintende um sistema relativamente descentralizado. Este modelo corresponde aos sistemas de saúde da Bélgica, da Holanda, da França e da Alemanha.

¹⁹²⁶ Criticando a duplicação de regimes (administrativo e civil) para a resolução de questões em tudo semelhantes, *vide* Sofia AMARAL-GARCIA, *Quantifying the Economics of Medical Malpractice: A view from a Civil Law perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011.

¹⁹²⁷ Com esta lei, o legislador renova e coloca em ordem o regime da responsabilidade médica e da reparação dos pacientes em caso de acidente médico e cria um procedimento de regulação amigável, acompanhado de um procedimento de peritagem e de um regime de indemnização das vítimas. Cf. NICOLAS, *La responsabilité médicale*, 56 ss., MALICIER *et al*, *La responsabilité médicale*, 49-50 e CLÉMENT, *Droits des Malades*, 2002, 59 a 73.

progressivamente mais favorável ao paciente¹⁹²⁸ que não era acompanhada pela *Cour de cassation*, o que criava uma situação menos favorável aos pacientes que sofressem danos no âmbito da medicina privada.

67.2. Medicina pública como uma relação jurídica administrativa

67.2.1. A posição dominante: aplicação da responsabilidade civil extracontratual (do Estado ou outros entes públicos)

Já na vigência do DL n.º 48051, a doutrina e a jurisprudência dominantes entendiam que a medicina pública faz parte das funções do Estado Social prestador, consistindo num *ato de gestão pública*.¹⁹²⁹ A nova lei não recorre a este conceito, baseando o seu critério de aplicação à natureza jurídica (pública) da entidade ou a situações de subordinação a normas de direito público,¹⁹³⁰ assumindo especial significado o conceito de *função administrativa*.¹⁹³¹ Trata-se de uma *relação*

¹⁹²⁸ *Arrêt Bianchi* (Conseil d'Etat, 23/9/1988); *arrêt Cohen* (Conseil d'Etat, 9/12/1988); *Affaire Gomez* (Cour administrative d'appel de Lyon, 20/12/1990);

¹⁹²⁹ Cf. o Estatuto do Médico (Decreto-Lei n.º 373/79, art. 8.º, n.º3) e a antiga Lei do SNS (Lei n.º 56/79, art. 12.º). Com a aprovação da nova Lei do SNS (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto) e o seu silêncio sobre esta questão, o problema foi de algum modo relançado na doutrina, mas FREITAS DO AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Atos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 129 defendeu que se mantinha em vigor a arquitetura do regime anterior.

¹⁹³⁰ Paula LOBATO FARIA/ Sara VERA JARDIM/ João PEREIRA DA COSTA, O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado — repercussões no sistema de saúde, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, VOL. 26— n.º 1 — (Janeiro/Junho 2008).

¹⁹³¹ Segundo o n.º 2 do art.1.º da Lei n.º 67/2007, “correspondem ao exercício da *função administrativa* as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” mas — n.º5 do mesmo artigo — “as disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à *responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo*.” Cf. Luísa NETO, “A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue

*de serviço público*¹⁹³², devendo aplicar-se as regras da responsabilidade aquiliana do Estado e outros entes públicos.¹⁹³³

O ónus da prova da culpa¹⁹³⁴ *impende sobre o paciente* nos casos da responsabilidade civil extracontratual dos hospitais públicos, em sentido amplo, isto é, estejam enquadrados no sector público administrativo, no sector empresarial do Estado, ou mesmo que se trate de Parcerias Público-Privado.¹⁹³⁵

contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado,” *cit.* Sobre o conceito de *ato de gestão pública* – agora substituído pelo conceito de *função administrativa*, vide VAZ SERRA, “Responsabilidade civil do Estado e dos órgãos ou agentes”, *BMJ* n° 85, p. 476-497.

¹⁹³² Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, n° 398; Sérvulo CORREIA, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 22-27; Guilherme de OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, p. 61. Cf. ainda um estudo pioneiro de SILVA CARNEIRO, “Responsabilidade da Administração Hospitalar”, *RDES*, ano XIX, 1972, p. 123-305. Os atos de hospitais, integrados no SNS, devem ser considerados como integrados na função administrativa, independentemente desta envolver ou não o exercício de meios de coação.

¹⁹³³ Ac. do Tribunal de Conflitos, de 04/11/2009 (Moreira Camilo): “São competentes os tribunais administrativos para o conhecimento de ação proposta contra um médico de um hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde e uma seguradora em que é pedida indemnização pela prestação deficiente de cuidados de saúde, no âmbito das suas funções de médico oftalmologista ao serviço do hospital.”

¹⁹³⁴ Como exemplo da jurisprudência tradicional – que lança mão da responsabilidade extracontratual do Estado e outros entes públicos – veja-se o Ac. STA, 16/1/2003 (Adérito Santos) e o Ac. STA, 22/1/2004 (António Bento São Pedro): em ambos os casos se faz impender o ónus da prova da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade sobre o doente, culminando na absolvição do Hospital.

¹⁹³⁵ Incluindo mesmo a (já revogada) forma de gestão empresarial societária (cf. Lei n° 27/2002, de 8 de Novembro, instituindo o Regime de Gestão Hospitalar). Essa Lei aprovou o novo regime jurídico da gestão hospitalar e procedeu à primeira alteração à Lei de Bases da Saúde, veio estabelecer que os hospitais públicos passariam a poder revestir a natureza de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos ou de estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial. Na sequência da referida lei, o XV Governo Constitucional procedeu à transformação de 36 estabelecimentos hospitalares em 31 sociedades anónimas, de forma a realçar a autonomia de gestão do Serviço Nacional de Saúde. Com a mudança de Governo e de orientação política, o Decreto-Lei n.º 92/2005, de 7 de junho, transformou em entidades públicas empresariais as sociedades anónimas. Coloca-se a questão de saber se – na vigência da Lei n° 27/2002 – os tribunais competentes seriam os administrativos ou os

A favor da opção administrativista e delitual, a doutrina invoca argumentos substanciais.¹⁹³⁶ Por um lado não há liberdade contratual por parte quer do hospital quer dos médicos, na medida em que eles são parte do SNS, cumprindo uma função do Estado Social – a prestação de cuidados de saúde. Por outro, nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes normalmente escolhem os médicos.¹⁹³⁷ Os médicos trabalham em condições, com instrumentos e com pessoal auxiliar que não selecionam. Por outro lado, o utente não está obrigado a qualquer contraprestação, à exceção do pagamento de uma taxa.

Sérvulo Correia afirma peremptoriamente o *carácter não contratual*¹⁹³⁸ das relações de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde (SNS). “Não cremos com efeito que o ato criador da relação de utilização

comuns, tendo a melhor doutrina entendido serem os primeiros. Neste sentido, Ana Raquel MONIZ, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 e Ana Raquel MONIZ, “Aspetos processuais da responsabilidade médica”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, 2005, p. 326 a 331.

Nesse sentido, tem decidido o Ac. do Tribunal de Conflitos de 2/10/2008 (Proc. 12/08); o Ac. do Tribunal de Conflitos de 4/11/2009 (Proc. 20/09) e o Ac. do Tribunal dos Conflitos de 10/6/2010 (Souto Moura) (Proc.º 08/10): “São competentes os tribunais administrativos para o conhecimento de ação em que é pedida indemnização pela prestação deficiente de cuidados de saúde a um hospital, com a natureza de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, integrado no Serviço Nacional de Saúde.”

¹⁹³⁶ Cf. Luís Filipe PIRES de SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, cit. que sintetiza os argumentos da doutrina dominante.

¹⁹³⁷ Ver, porém, a *Declaração sobre os Direitos do Doente ou Declaração de Lisboa* da AMM: al. a) "O Doente tem o direito de escolher livremente o seu médico". A LBS (Lei nº 48/90, de 24 de Agosto) também prevê na Base XIV que os utentes têm direito a “escolher, no âmbito do serviço de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores.”

¹⁹³⁸ SÉRVULO CORREIA, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 22; TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 129; Marcelo REBELO DE SOUSA, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 157; no mesmo sentido, Miguel PATRÍCIO, *Análise Económica...*, p. 281.

dos hospitais ou dos centros de saúde do SNS seja bilateral, isto é, que nele se materialize um acordo de vontades.”¹⁹³⁹ Os utentes estão submetidos a um regime jurídico pré-estabelecido num plano normativo. “A situação do utente tem pois um carácter geral e estatutário.”¹⁹⁴⁰

O carácter jurídico-administrativo da responsabilidade dos agentes pela prática de atos ilícitos que ofendam disposições legais destinadas a proteger os interesses dos administrados tornou-se ainda mais evidente a partir do momento em que o art. 51º, n.º 1, alínea h), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais deferiu à competência dos tribunais administrativos as ações que a tiverem por objeto.¹⁹⁴¹

Assim, no plano processual, a ação deverá ser intentada no Tribunal Administrativo territorialmente competente¹⁹⁴² e

¹⁹³⁹ Quando o utente requer uma consulta ou quando é internado, são praticados *atos administrativos, sob solicitação do particular* ou seguidos do seu consentimento (no caso de decisão de internamento). No plano estrutural, a marcação de consulta ou a decisão de internamento são manifestações unilaterais da vontade da Administração, constitutivas de uma relação específica de prestação de serviços (cuidados) de saúde, que se articulam com as manifestações de vontade do particular.” –SÉRVULO CORREIA, “*As Relações Jurídicas...*”, *cit.*, p. 24.

¹⁹⁴⁰ SÉRVULO CORREIA, “*As Relações Jurídicas...*”, *cit.*, p. 26; SÉRVULO CORREIA, “As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Volume III, Coimbra: Almedina, 2010, 538-539.

¹⁹⁴¹ Com efeito, atualmente, o ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, inclui na justiça administrativa a apreciação dos litígios que tenham por objeto questões relacionadas com a responsabilidade civil extracontratual de pessoas colectivas públicas (não se restringindo aos danos resultantes do exercício da função administrativa, mas abrangendo igualmente danos provenientes do exercício das funções política e legislativa, assim como do funcionamento da administração da justiça), com a responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos e ainda com a responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público (Cf. art. 4º, n.º 1, alíneas g), h), e i) do ETAF).

Para VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª Edição, Almedina, 2006, p. 55: a justiça administrativa tem, por determinação constitucional, uma matéria própria: integra os processos “que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes de *relações jurídicas administrativas*.” E a questão sobre o que se entende essa relação devia ser resolvida expressamente pelo legislador, pois a questão deixou de ser uma questão científica e transformou-se numa decisão, numa *opção política* entre soluções igualmente defensáveis.

¹⁹⁴² Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 30/10/2008 (Bettencourt de Faria): I –A relação jurídica estabelecida entre o Serviço Nacional de Saúde e o utente é de natureza apenas administrativa. II –São competentes

apenas contra a entidade hospitalar. No caso de “ter atuado com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que eram devidos em razão do cargo” (art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007) *deverá* o médico ser demandado pela administração hospitalar no exercício do seu *direito de regresso*, que com a nova lei se tornou obrigatório (art. 6.º, n.º1).

A Lei n.º 67/2007 alarga a responsabilidade solidária direta aos casos de negligência grosseira do trabalhador em funções públicas; por outro lado, impõe o dever de o ente público exercer a ação de regresso.

Pelo contrário, na Inglaterra, cuja medicina assenta em grande medida no *National Health Service*, importa registar que “NHS staff will not be individually liable and so apportionment is rarely an issue.”¹⁹⁴³ Estes sistemas de ‘imunidade’ do médico são defendidos por Autores que defendem a institucionalização da responsabilidade, como instrumento de melhorar a *clinical governance*. Isto é, se o médico não sofre no seu património as consequências negativas de uma ação de responsabilidade civil que muitas vezes assenta numa *culpa leve* ou mesmo num *dano iatrogénico*, ele estará mais disponível para participar nos programas de gestão do risco e nos sistemas de notificação dos eventos adversos.

para conhecer de ação intentada contra médicos de hospital público, em que se pede indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, resultantes de lesões corporais atribuídas a atos praticados por aqueles médicos, os tribunais da jurisdição administrativa.

No mesmo sentido, o Ac. Relação de Évora, 19/3/2009 (Pires Robalo), decidiu: “Se um Hospital está integrado no SNS e nessa medida, desenvolve as tarefas necessárias à implementação e melhoria deste Serviço e colabora na realização de uma das finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado – a proteção e defesa do direito à saúde, art.º 64.º da CRP – é forçoso concluir que as atividades por ele desenvolvidas devem ser consideradas integradas na *função administrativa*, independentemente desta envolver, ou não, o exercício de meios de coação e independentemente das regras técnicas ou de outra natureza que na sua prática devam ser observadas ou mesmo da forma jurídica da instituição (administração indireta do Estado, instituto público ou EPE)”.

Todavia, se for também demandada a *sociedade seguradora da responsabilidade civil do médico que agiu com culpa grave*, entendeu o Ac. Relação de Coimbra, 28/1/2009, decidiu que “o Tribunal comum é materialmente competente para apreciar desse pedido, porquanto não tem cabimento interpretar extensivamente a alínea h) do art. 4º do citado diploma, o caso não se integra em nenhuma das demais alíneas desse preceito, e não pode qualificar-se a relação estabelecida entre o médico e a seguradora no âmbito de relação jurídico-administrativa.”

¹⁹⁴³ HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 59.

Donde, ao menos numa perspectiva do Direito da Medicina, devemos saudar o regime da Lei n.º 67/2007 que não admite o direito de regresso nos casos de culpa leve dos profissionais de saúde.

Só existe responsabilidade pessoal e direta do médico quando ele tiver atuado com dolo (aqui a administração hospitalar responde solidariamente [art. 8.º, n.º1, da Lei n.º 67/2007]) ou “quando tiver excedido os limites das suas funções” (caso em que a instituição não responde [art. 8.º, n.º2]).¹⁹⁴⁴

¹⁹⁴⁴ No domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967, alguns autores entendiam que “os lesados por condutas ilícitas dos servidores da função pública podem dirigir as suas demandas não apenas contra o Estado e demais entidades públicas mas também – exclusiva ou conjuntamente – contra os próprios indivíduos que hajam atuado como órgãos, funcionários ou agentes,” (cf., entre outros, FREITAS DO AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Atos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, cit., p. 131; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 261; TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 128, FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade Civil da Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra, 1995. Na Jurisprudência, cf., p. ex., Ac. STA, 3/5/2001, argumentando com a necessidade de adaptar o regime deste Decreto-Lei à Constituição de 1976.

Prevaleceu, contudo, a opinião sufragada por SINDE MONTEIRO, “Aspetos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991, 138 a 145 e GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 953: “enquanto não houver intervenção legislativa – que é da competência da Assembleia da República, deverá continuar a considerar-se em vigor o disposto no Decreto-Lei n.º 48051 e no Código Administrativo sobre a matéria.” Ou seja, o profissional de saúde em exercício de funções num hospital público só responde diretamente se atuar com dolo, ou, em via de regresso, caso aja com negligência grosseira. Cf. tb. Marcelo REBELO DE SOUSA, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 164 e Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Atos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, 2000, 27 e 30 ss.

A tese de que o regime do Decreto-Lei não sofria de nenhuma inconstitucionalidade superveniente obteve vencimento em 2005, no Acórdão do Tribunal Constitucional 5/2005 [cf. Rafael VALE E REIS, “Hipócrates com cabeça de Jano? – Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional 5/2005, de 5 de Janeiro”, *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º3, 2005, p. 139-149]. E essa solução veio a ser mantida, em traços gerais, na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

No caso de concomitantemente com a ação de responsabilidade civil contra a instituição de saúde, para a qual é competente a jurisdição administrativa, se verificar um processo criminal contra um profissional de saúde, levantam-se dúvidas sobre qual a jurisdição competente. Alguns defendem¹⁹⁴⁵ que se deve decidir no tribunal administrativo competente a ação cível e separadamente, num tribunal judicial, o problema de processo penal, o que configura uma *exceção ao princípio da adesão*. Outros entendem que o tribunal judicial (que decide a ação penal) tem competência para decidir da indemnização.¹⁹⁴⁶

A Proposta de Lei n.º 95/VIII (Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, que revoga o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967) tinha por base o antigo Decreto-Lei n.º 48051 e as soluções adotadas pela Jurisprudência administrativa portuguesa e veio a ser um dos textos fundamentais da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. As grandes novidades consistiam no melhoramento do regime da responsabilidade pelo exercício da atividade administrativa, estendendo o campo de aplicação do regime da *responsabilidade solidária* também ao domínio das condutas praticadas com *culpa grave*. Por outro lado, estabeleceu-se, pela primeira vez em Portugal, um regime geral de responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e introduzia-se um regime inovador, mesmo numa perspectiva de direito comparado, em matéria de responsabilidade pelo exercício da função política e legislativa. (Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; Rui MEDEIROS, “A responsabilidade civil pelo ilícito administrativo no quadro da reforma do Decreto-Lei n.º 48051”, *JA*, 27, Maio/Junho, 2001, 20-33; SÉRVULO CORREIA, “Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa”, *ROA*, 61, III, 1313; Jorge MIRANDA, “A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, 61, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 927-941. Entretanto foi aprovada a Lei n.º 67/2007 que consagra muitas das inovações constantes do referido Projeto. Sobre a nova lei da responsabilidade civil do Estado, *vide*, entre outros, Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2009.

¹⁹⁴⁵ Cf. Ac. Tribunal de Conflitos, 20/1/2010 (Fonseca Ramos).

¹⁹⁴⁶ Todavia, o Ac. Relação de Lisboa, 9/5/2012 (Alda Tomé Casimiro), afirmou: “I. O tribunal criminal é competente para apreciação do pedido de indemnização civil enxertado em processo-crime e deduzido contra hospital público (Empresa Pública do Estado), integrado no Serviço Nacional de Saúde, enquanto comissário, por conta e ao serviço de quem agiram as demandadas, médica e enfermeiras, por lesões resultantes de tratamento médico com violação das *leges artis*; II.º Sendo as agentes que

67.2.2. A doutrina minoritária: responsabilidade contratual dos hospitais públicos

Alguns Autores advogam a tese da responsabilidade contratual dos hospitais. Figueiredo Dias e Sinde Monteiro defendem que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada, havendo somente responsabilidade contratual da própria organização hospitalar”.

Segundo os Autores, “o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde. O tratamento em hospitais públicos transformou-se num fenómeno de massas. A nota do contrato, relação especial entre duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, a relação social estabelecida tem um carácter pessoal. Isto é, a aceitação de uma relação de tipo contratual ajuda a personalizar uma espécie de relações sociais que, no plano sociológico, se apresenta como um fenómeno de massas. O fundamento jurídico para a tese da responsabilidade contratual da instituição pública pode encontrar-se na aceitação de um contrato de adesão. Outro caminho será a figura das “relações contratuais de fato”, na sua vertente de “relações de massas” (*Massenverkehr*), resultantes de um comportamento social típico (*Sozial typisches Verhalten*).”¹⁹⁴⁷

prestaram esse tratamento demandadas por alegada atuação negligente, são parte legítima em relação a esse pedido.”

¹⁹⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 35; SINDE MONTEIRO, “Actos de Gestão Pública, Erro de Tratamento Médico em Hospital”, *CJ* 1986, Tomo IV, p. 47-51; Mafalda BARBOSA, “Notas Esparsas sobre Responsabilidade Médica”, *Lex medicinae*, n.º 7, 2007. Na jurisprudência, cf., entre outros arestos, o Ac. da Relação de Lisboa, de 24/10/2002 que concluiu que não estava perante um ato de gestão pública, pelo que a competência para dirimir o litígio competia aos tribunais cíveis.

67.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (breve referência)¹⁹⁴⁸

A Lei n.º 67/2007, que regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos, tem algumas novidades com relevo no âmbito da responsabilidade médica, com uma proteção acrescida dos lesados, embora não chegue ao ponto de criar uma responsabilidade objetiva do Estado.

Por um lado demonstra uma adaptação às novas realidades organizativas (alargamento às organizações privadas); por outro, procura um afinamento dogmático na responsabilidade pelo risco e na responsabilidade por fatos ilícitos.

67.3.1. A indemnização pelo sacrifício

Esta lei consagra uma cláusula geral de *indemnização pelo sacrifício* que vem substituir a responsabilidade por atos lícitos da anterior lei, mas que vale para qualquer função: judicial, legislativa e administrativa.

A indemnização pelo sacrifício visa ressarcir danos *anormais e especiais*. Segundo o art. 2.º: “Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se *especiais* os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e *anormais* os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.” A responsabilidade por danos causados pela *vacinação obrigatória* pode ser um campo de aplicação desta figura, uma vez que – em grande medida – aquela visa proteger, em primeira linha, a saúde pública e, subsidiariamente, o cidadão que toma a vacina; ou seja, este pode estar a realizar um sacrifício em benefício da generalidade das pessoas.

67.3.2. A culpa do serviço

A responsabilidade por *culpa do serviço* está prevista no art. 7.º Assim, “O Estado e as demais pessoas colectivas de

¹⁹⁴⁸ Sendo esta dissertação apresentada como elemento da candidatura a Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas entendemos que não devemos ir mais além do que uma análise perfunctória dos problemas da responsabilidade civil do Estado e de outros entes públicos. Temos embora consciência de que grande parte dos problemas práticos de responsabilidade médica são da competência dos tribunais administrativos e a lei aplicável é a Lei n.º 67/2007. Por isso, sempre que apropriado faremos referência à jurisprudência administrativa relevante e aos problemas jurídicos colocados pela interpretação da referida lei.

direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser *atribuídos a um funcionamento anormal do serviço*.” “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos.”¹⁹⁴⁹

Esta norma tem um potencial de aplicação prática muito considerável e permitirá o desenvolvimento da responsabilidade civil médica, cuja origem remonta já ao “leading case”,¹⁹⁵⁰ o Ac. de 17/6/1997 do STA.

¹⁹⁴⁹ A responsabilidade civil do Estado é muito abrangente. Quando há defeitos na organização das estruturas de saúde, na manutenção e funcionamento dos equipamentos, e daí resulta o dano, há a possibilidade de pedir uma indemnização com base no funcionamento anormal e censurável dos serviços. Isto é muito importante sobretudo nos casos de omissão ilícita, quando não é possível identificar o sujeito responsável.

¹⁹⁵⁰ Expressão de Rui CASCÃO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *Lex Medicinæ*, 2004, Ano 1, n.º 1, p. 101.

67.3.3. A responsabilidade pelo risco

No âmbito da responsabilidade pelo risco, a lei é inovadora. Assim, são ressarcíveis não apenas os *danos especiais e anormais*, mas sim quaisquer danos causados por “*coisas, serviços, atividades especialmente perigosos.*”

Este critério é diferente do Direito Civil, revelando-se mais generoso. Constitui também uma modificação face ao regime anterior, que apenas abrangia os danos causados por “*coisas, serviços, atividades excepcionalmente perigosos.*” (art. 8.º do DL 48051). Trata-se aqui de um real alargamento da responsabilidade pelo risco do Estado e demais entidades públicas.¹⁹⁵¹

Esta evolução da lei revela-se tanto mais importante quanto hoje vivemos sob o signo do *risco tecnológico*, que impõe o princípio da precaução e o alargamento da responsabilidade pelo risco. Assim sendo, podemos afirmar que risco é não apenas o que devia ser não apenas *prevenido, mas precavido* (Vieira de Andrade). A exposição de pacientes a radiações, bem como os danos causados por transfusão de sangue contaminado com VIH ou hepatite B, poderão constituir hipóteses de aplicação desta fonte de responsabilidade.

67.3.4. Presunção de culpa no caso de incumprimento de deveres de vigilância

Pode ainda ser relevante a presunção de culpa leve no caso de incumprimento de deveres de vigilância (art. 10.º, n.º 3) Esta regra aplica-se com muita relevância aos estabelecimentos do foro psiquiátrico, os quais têm um dever aumentado de garantia da segurança e vigilância dos doentes mentais.¹⁹⁵²

67.3.5. Presunção de culpa no caso de prática de atos ilícitos?

Foi defendido que a nova lei traria uma inovação relevante no domínio da responsabilidade médica, por força do

¹⁹⁵¹ Margarida CORTEZ, Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração, in AA VV, Responsabilidade..., p. 262, havia defendido a alteração do carácter *excepcional* para *especial*.

¹⁹⁵² Paula LOBATO FARIA/ Sara VERA JARDIM/ João PEREIRA DA COSTA, “O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado — repercussões no sistema de saúde”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, VOL. 26– n.º 1 – (Janeiro/Junho 2008).

n.º 2 do art. 10.º¹⁹⁵³. Bastaria “provar uma violação das *leges artis* ou de deveres objectivos de cuidado para que a culpa (leve) se presuma, o que constitui uma mudança de paradigma, atenuando as já aqui citadas tradicionais dificuldades de prova no domínio médico.”¹⁹⁵⁴

Se assim fosse, o regime da responsabilidade civil extracontratual ao abrigo da Lei n.º 67/2007 seria semelhante ao regime da responsabilidade contratual, baseada no n.º 1 do art. 799.º CC. Todavia, não nos parece que essa interpretação deva ser aceite. Se bem interpretamos a lei, a presunção de culpa leve só se aplica nos atos *jurídicos* e não a atos técnicos, nos quais se incluem os cuidados de saúde.

¹⁹⁵³ Art. 10.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007: “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.”

¹⁹⁵⁴ Paula FARIA/ Sara JARDIM/ João COSTA, “O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado — repercussões no sistema de saúde”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 2008, Vol. 26, n.º 1.

SECÇÃO II – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE JURE CONDENDO

CAPÍTULO 1 – O DIREITO DA MEDICINA ORIENTADO PARA A SEGURANÇA DO PACIENTE

68. ‘Patient safety’, prevenção de acidentes médicos e a notificação de incidentes e eventos adversos

O *erro em medicina* tem vindo a ser objeto de estudo de várias disciplinas. Quer das ciências da saúde, quer das ciências da gestão e administração da saúde, quer da ética médica e, por fim, do direito da saúde, especialmente de um direito da saúde que queira contribuir para a melhoria da prestação de cuidados de saúde, diminuir a mortalidade e a morbilidade e aumentar a satisfação dos doentes e dos profissionais de saúde no âmbito da nobilíssima *arte de curar, tratar e cuidar* do cidadão enfermo.

Como já vem ficando claro desde os estudos fundamentais de José Fragata e Luís Martins e, na doutrina jurídica, de Guilherme de Oliveira,¹⁹⁵⁵ urge lançar reformas legislativas que visem a promoção de um sistema de registo de incidentes e eventos adversos, consagrando a confidencialidade e a *proteção* da informação aí inscrita, em nome da salvaguarda de um bem jurídico-constitucional da maior relevância: o acesso a cuidados de saúde de qualidade e, mediatamente, a proteção da integridade física e moral da pessoa humana e mesmo do direito à vida.

Com efeito, “o direito a aceder aos serviços de saúde de acordo com *elevadas normas de segurança*, bem como o *direito a ser protegido*, designadamente, quanto ao funcionamento dos serviços e quanto a eventuais erros ou más práticas médicas” é proclamado pela *Carta Europeia dos Direitos do Paciente*.

¹⁹⁵⁵ Cf. José FRAGATA/ Luís MARTINS, *O erro em Medicina. Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004; José FRAGATA, *Risco Clínico: Complexidade e Performance*, Coimbra, Almedina, 2006 e Guilherme de OLIVEIRA, “Recensão de José Fragata e Luís Martins, *O erro em Medicina*, Coimbra, Almedina, 2004”, *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, p. 157-168.

O moderno Direito da Medicina compreende que tem um papel importante a cumprir no sentido de contribuir para prevenir os acidentes médicos. Essa função deve ser desempenhada, em primeira mão, pelo Direito Administrativo da Saúde (a regulação pública dos estabelecimentos de saúde e da formação e competência dos profissionais de saúde); contudo, a responsabilidade civil tem vindo a ser convocada para este objetivo: promover uma medicina mais segura e *contribuir para a transparência sanitária*¹⁹⁵⁶. Essa transparência tornará possível a elaboração de estratégias e boas práticas que (1) evitem a repetição de acidentes idênticos, que (2) permitam a eliminação dos erros sistémicos, assim como (3) a criação de mecanismos de salvaguarda de acidentes médicos. É, para tanto, necessário adaptar o sistema jurídico por forma a que o profissional de saúde possa colaborar na investigação e prevenção de acidentes médicos sem recer autoincriminar-se. Um sistema concentrado na identificação e prevenção de riscos sanitários e não na procura de “bodes expiatórios”.

Muitas vozes – entre as quais a Associação Médica Mundial¹⁹⁵⁷ – vêm constatando que a repressão da negligência individual do profissional de saúde, o *naming, blaming and claiming* pode ser contraproducente. De facto, a responsabilidade civil clássica falha em prevenir/dissuadir o acidente médico culposo, atentas as “cifras negras” da efetivação dessa responsabilidade.

A mudança de paradigma no domínio da responsabilidade médica tem sido um domínio de dúvidas na doutrina. Se uns defendem a manutenção do princípio culpabilístico, outros advogam a adoção de um sistema *no-fault*. A discussão é intensa e a divergência insanável.¹⁹⁵⁸ Se a

¹⁹⁵⁶ D. TABUTEAU, *La Sécurité Sanitaire* 2, Berger-Levrault, Paris, 2002, p. 113.

¹⁹⁵⁷ Declaração sobre a Reforma da Responsabilidade Médica (*WMA Statement on Medical Liability Reform*, adopted by the 56th WMA General Assembly, Santiago, Chile, October 2005).

¹⁹⁵⁸ Cf. Rui CASCÃO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *Lex Medicinae*, 2004, Ano 1, n.º 1, p. 97-106; Rui CASCÃO, “Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente”, AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 11, p. 499-510; e sobretudo Rui CASCÃO, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*, Boom Juridische uitgevers, 2005. Na literatura internacional, cf., por todos, Jos DUTE / Michael FAURE / Helmut KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, 2004. Várias vozes – da área médica – têm defendido a introdução do sistema

reforma da responsabilidade civil – adoptando sistemas alternativos (*o modelo escandinavo* ou *o modelo francês*) – constitui uma hipótese muito controversa, já *a criação de instrumentos jurídicos que contribuam para um eficaz sistema de estudo e prevenção do erro médico merecem o acolhimento de todos* e tem vindo a ser posto em prática em muitos países, quer os que seguem o *sistema culpabilístico* (mais orientada para a sanção da culpa do agente médico), quer os *sistemas no-fault* ou *mistos* (mais orientados para a compensação do dano causado ao paciente pelas atividades sanitárias). Os *sistemas de notificação de incidentes e eventos adversos* constituem, portanto, uma das prioridades de um sistema de saúde desenvolvido.

Contudo, entre nós, o dano iatrogénico não é ainda suficientemente valorizado. Por um lado, uma auréola de êxito e contemplação domina ainda no olhar sobre a medicina; por outro lado, vamos assistindo a uma tentativa de manipulação das emoções e de aproveitamento de alguns casos trágicos ou simplesmente insucessos inevitáveis, ocorridos nos hospitais, em alguma comunicação social. Ora, nem a medicina nos oferece ainda o elixir da eternidade ou de uma vida sem enfermidades, nem os danos ocorridos nos estabelecimentos de saúde serão sempre imputáveis em termos de um juízo de censura jurídica aos profissionais ou à instituição. Há todo um campo do chamado dano iatrogénico que causa um enorme prejuízo social e um sofrimento pessoal devastador; toda uma área em que é possível percorrer um caminho no sentido de melhorar a prestação de cuidados de saúde. Como escreve Paula Bruno:¹⁹⁵⁹ “Em Portugal não existe qualquer evidência empírica, da natureza e dos números dos incidentes e eventos adversos resultantes da prestação de cuidados médicos nos hospitais, mas Fragata e Martins, partiram do pressuposto de que, se os hospitais portugueses tiverem o mesmo nível de fiabilidade dos hospitais americanos, então estimam entre 1.300 e 2.900 mortes/ano provocados por erros médicos.”

Ora, se considerarmos que as mortes na estrada, em 2009, vitimaram 738 pessoas e que, de 2003 a 2007, morreram

sueco no direito americano, por exemplo, Susan Hershberg ADELMAN/ Li WESTERLUND, “The Swedish Patient Compensation System: A viable alternative to the U.S. tort system?”, *Bulletin of The American College of Surgeons*, January 2004.

¹⁹⁵⁹ PAULA BRUNO, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 35.

686 trabalhadores em acidentes de trabalho, podemos ter uma dimensão da magnitude do problema da morte hospitalar, mesmo partindo da estimativa mais cautelosa. Juntemos a estes números, sempre dramáticos, uma reflexão sobre a panóplia de instrumentos jurídicos que, ao longo do Século XX, foram sendo criados para prevenir e evitar as mortes e outros danos corporais resultantes de acidentes estradais e de acidentes de trabalho, bem como na verdadeira revolução copernicana que se operou com a consagração da responsabilidade pelo risco quer no domínio laboral, quer no âmbito dos acidentes de viação, permitindo uma indemnização mais expedita aos lesados, para compreendermos que há um caminho a percorrer no âmbito dos acidentes nosocomiais.

A doutrina internacional reconhece que só *o registo de incidentes e de eventos adversos* permitirá estudar o dano iatrogénico e diminuir consideravelmente o erro médico. Esta razão basta para afirmar que o tema em apreço merece a melhor atenção de todos os juristas e profissionais de saúde, assim como de gestores e administradores da saúde que se batem por uma saúde para todos e de melhor qualidade.

Todavia, no plano jurídico, este sistema de notificação não é isento de dificuldades. Este assunto lança um desafio aos profissionais de saúde, aos juristas e ao legislador. Que passos deverão ser dados para diminuir os incidentes e adventos adversos? Como garantir a operacionalidade e eficácia de um sistema de registo destes incidentes? Como garantir que os médicos e outros profissionais de saúde que cumpram o seu dever ético (e jurídico) de registar os referidos eventos não estão a contribuir para a sua própria condenação num qualquer processo de responsabilidade civil, disciplinar, administrativa ou mesmo penal?

Os objetivos da prevenção de acidentes médicos e da segurança sanitária são mitigar a possibilidade de verificação de erros, fomentar um ambiente de trabalho mais seguro, obstar a problemas de comunicação entre os vários intervenientes na administração de cuidados de saúde, e melhorar a gestão dos riscos infecciosos e os riscos dos dispositivos e produtos médicos. Cabe às instituições hospitalares a maior responsabilidade na prevenção de acidentes médicos, como entidade a montante da prestação concreta de cuidados de

saúde e única capaz de prevenir os erros latentes e sistémicos.¹⁹⁶⁰

A implementação de um sistema que promova a notificação desses eventos, de forma não punitiva e confidencial, tornando possível o seu estudo por peritos, de forma a prevenir o erro e a tornar o sistema de saúde mais seguro parece um caminho adequado. Todavia, sem uma cuidadosa intervenção legislativa, que respeite os comandos constitucionais, que acautele designadamente as proibições de prova e as proibições de valoração da prova não se poderá criar um sistema seguro e eficiente.¹⁹⁶¹

Tome-se em consideração, agora, o estado da arte da reflexão jurídica e da produção normativa, no que respeita à regulação dos sistemas de registo de incidentes e eventos adversos. Destaca-se o direito das organizações internacionais relevantes (Organização Mundial de Saúde, Conselho da Europa, União Europeia) e dos países que mais longe levaram este instrumento de melhoria da qualidade em saúde: a Dinamarca e os Estados Unidos da América. São exemplos de direito comparado que melhor permitem compreender as questões jurídicas que se colocam na implementação do referido sistema de registo, bem como a diversidade de soluções legais, permitindo lançar as bases da discussão que se começa a fazer no nosso país.

De acordo com o estudo de Paula Bruno, o conhecimento e a receptividade que estes sistemas de recolha de informação gozam junto dos profissionais de saúde

¹⁹⁶⁰ Em Portugal há ainda um longo caminho a percorrer. Segundo o Relatório da IGAS de 2008, os protocolos de prevenção de erros médicos – um instrumento fundamental de gestão do risco – apenas existem em menos de metade dos estabelecimentos e sistemas informatizados de alerta e prevenção dos riscos, só em um terço dos estabelecimentos. Isto significa que ainda não se instalou uma cultura de prevenção do risco e de evitar o dano. Relativamente à existência da prática de comunicação interna de incidentes adversos, 31 dos 56 hospitais do SNS (55%) responderam ter assegurada a comunicação dos acidentes adversos, contra 25 (45%) que deram resposta negativa.

Sarah KAPUT, “Expanding the Scope of Fiduciary Duties to Fill a Gap in the Law: The Role of Nonprofit Hospital Directors to Ensure Patient Safety,” *American Health Lawyers Association, Journal of Health Law*, Vol. 38, No. 1, p. 95 defende uma maior responsabilizações dos gerentes das organizações sem fins lucrativos que não cumpram os deveres de *patient safety*.

¹⁹⁶¹ Sobre o tema, em geral, vide COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 (reimpressão 2006).

portugueses revelam que há um longo caminho a percorrer para dinamizar esta metodologia. A mudança de comportamentos por parte dos profissionais de saúde, no sentido de aumentar o número de registos de incidentes e eventos adversos, irá melhorar, a médio prazo, a qualidade dos cuidados de saúde. Mas para essa transformação das mentalidades deve-se implementar uma mudança na formação. Uma formação que passe pela tomada de consciência da falibilidade da intervenção terapêutica e da necessidade de aprender com os erros, numa palavra, uma formação que incentive os profissionais de saúde de hoje e os de amanhã a participar ativamente e de forma organizada no desenvolvimento da Ciência Médica.

68.1. Organizações internacionais e a prioridade à segurança do paciente

A Organização Mundial de Saúde tem vindo a eleger a segurança do paciente como uma das prioridades de ação.¹⁹⁶² A 55.^a Assembleia Geral da Saúde, de maio de 2002, adotou a *Resolução WHA55. 18*, que recomenda aos Estados Membros para tomar a máxima atenção ao problema da segurança do paciente e a implementação de sistemas necessários para melhorar a segurança do paciente e a qualidade dos cuidados de saúde, incluindo a monitorização de medicamentos, equipamento médico e tecnologia.¹⁹⁶³ Nessa sequência foi criada uma *Aliança Mundial para a Segurança do Paciente*.¹⁹⁶⁴

¹⁹⁶² Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Calidad de la atención: seguridad del paciente*, Informe de la Secretaría, EB109/9, 5 de diciembre de 2001. Ainda ao nível da OMS, veja-se a Declaração de Londres: “Pacientes em defesa da sua segurança”; a Aliança Mundial para a Segurança do Paciente, OMS, 29 de Março de 2006. Declaração de Jakarta “Pacientes pela segurança do paciente”; países do sudeste asiático (Julho 2007).

¹⁹⁶³ Resolution WHA55.18. Quality of Care: Patient Safety. In: Fifty-fifth World Health Assembly, Geneva, 13-18 May 2002. Volume 1. Resolutions and decisions. Geneva. World Health Organization, 2002 (WHA55/2002/REC/1).

¹⁹⁶⁴ A Aliança Mundial para a Segurança do Paciente recomenda que se envolva o paciente no tratamento. A OMS entende que os pacientes devem estar no centro do movimento de melhoria da segurança na saúde. Quando há um acidente eles são as vítimas do dano e a sua atitude face ao dano, bem como das suas famílias, é muitas vezes determinada pelo modo como o profissional de saúde reage ao efeito adverso ou ao acidente: quando o profissional não é honesto e aberto a discutir o problema, a ausência de um pedido de desculpas, a falta de aconselhamento ou de apoio e o não oferecimento de uma explicação para o sucedido ou o não tomar

Portanto, tomar em consideração as necessidades dos pacientes lesados implica trabalhar em conjunto com estes e com as Associações de representantes com vista a melhorar as situações de erro e conflito que se constata estarem a acontecer. Do mesmo modo, os pacientes e as Associações de pacientes podem desempenhar um papel importantíssimo na identificação dos riscos e a encontrar soluções. Um bom exemplo dessa ação é dado por organizações como, por exemplo, “*Consumers Advancing Patient Safety*” nos EUA e “*Action against Medical Accidents*” no Reino Unido.

O Conselho da Europa aprovou a Recomendação (2006) 7 do Comité de Ministros sobre a gestão da segurança do paciente e a prevenção de eventos adversos nos cuidados de saúde¹⁹⁶⁵ que defende o princípio da confidencialidade, da notificação anonimizada e a proteção jurídica dos notificantes (médicos).

Na União Europeia, destaca-se a *Declaração do Luxemburgo sobre a Segurança do Paciente*; por seu turno, a Associação de Médicos Europeus debruçou-se sobre o assunto em 5 de abril de 2005; posteriormente, em junho de 2009, o Conselho da União Europeia emitiu sete recomendações aos Estados Membros, entre as quais “apoiar a criação ou reforço dos sistemas de notificação de eventos adversos não recriminatórios”.

Com este novo olhar, os sistemas de saúde são compreendidos na sua verdadeira dimensão, isto é, enquanto *organizações complexas*.¹⁹⁶⁶ Nestas a possibilidade de erro é maior, como é maior a dificuldade de os doentes efetivarem os seus direitos porque se torna mais difícil identificar o autor do erro ou a fonte do risco. A *segurança do paciente* é, pois, reconhecida agora como uma prioridade para todos os sistemas de saúde. Na aviação, por exemplo, os instrumentos de segurança já estão definidos há muitas décadas, pelo que os

providências para que não volte a suceder outra vez com outra pessoa. Cf. *World Alliance for Patient safety, cit.*, 2004.

¹⁹⁶⁵ Recommendation Rec (2006) 7 of the Committee of Ministers to member states on management of patient safety and prevention of adverse events in health care.

¹⁹⁶⁶ Cf. Charles PERROW, *Normal accidents: Living with High-Risk Technologies*, Princeton University Press, 1999. Os chamados acidentes inevitáveis juntam dois pressupostos: organizações complexas e interdependência.

princípios, as normas e a terminologia relativas à segurança estão mais avançada noutros domínios do que na saúde.¹⁹⁶⁷

Uma *taxonomia da segurança do paciente*, reconhecida a nível mundial, tem não apenas o potencial para facilitar uma monitorização global da notificação dos incidentes e eventos adversos, mas pode também contribuir para compreender estes casos através de uma melhor informação sobre a sua prevalência, tipos, causas, gravidade e consequências. A taxonomia consiste na ciência, nas normas e princípios da classificação. Sem isso, as comparações internacionais ou a nível nacional dos problemas de segurança do paciente terão um significado reduzido e oportunidades de investigação serão desperdiçadas.¹⁹⁶⁸

É necessário saber como evitar danos aos pacientes, pelo que é importante que o erro que hoje acontece com um paciente possa ser estudado para que amanhã o mesmo erro não aconteça com outro. Para tanto é preciso criar os mecanismos notificação dos erros, de análise e estudo epidemiológico e de fácil e acessível partilha da informação, a nível global.¹⁹⁶⁹

Um elemento maior dos programas de melhoria da segurança do paciente é *a implementação de sistemas que permitam capturar toda a informação sobre eventos adversos, erros e quase-erros* para que possa ser estudada e ser a base de uma ação preventiva no futuro. Se um evento e os resultados da sua análise não forem localizados onde eles acontecem, as lições não podem ser aprendidas e a oportunidade de generalizar o problema perde-se, bem como a capacidade de encontrar a resposta para este.

¹⁹⁶⁷ Cf. *World Alliance for Patient safety, cit.*, 2004; Eric THOMAS/ Robert HELMREICH, “Will Airline Safety Models Work in Medicine?”, in ROSENTHAL/ SUTCLIFFE, *Medical Error...*, 217 ss.

¹⁹⁶⁸ Assim, a Organização Mundial de Saúde criou a *International Patient Safety Event Taxonomy*, que servirá para ter um instrumento uniforme para interligar a panóplia de atividades de notificação de erros que é levada a cabo nos Estados Membros da OMS e permite criar uma infraestrutura comum da OMS que apoiará iniciativas para reduzir o erro médico e melhorar a prestação e a qualidade dos cuidados de saúde.

Nos EUA, a Joint Commission American Hospital Organisation (JCAHO) já aprovou uma “taxonomia de eventos para segurança do paciente” (PSET – Patient Safety Events Taxonomy), que tem vindo a ser aceite por várias organizações (Cf. Andrew CHANG/ Paul M. SCHYVE/ Richard J. CROTEAU, Dennis S. O’LEARY/ Jerod M. LOEB, *International Journal for Quality in Health Care*, Vol. 17, Nr.2, 2005.)

¹⁹⁶⁹ Cf. *World Alliance for Patient safety, cit.*, 2004.

Vários sistemas de notificação têm vindo a ser desenvolvidos por todo o mundo.¹⁹⁷⁰ Eles variam na sua natureza, finalidade e complexidade. Alguns são abertos a uma diversidade de incidentes e eventos adversos e quase-erros em todo o espectro da prestação de saúde (*open-ended*). Outros focam-se ou concentram-se em tipos particulares de eventos adversos ou em tecnologias ou processos de cuidado onde os erros e eventos adversos podem ocorrer (por exemplo: produtos médicos, transfusão de sangue, medicamentos, procedimentos de anestesia, etc.). O fim principal dos sistemas de notificação é o de aprender com a experiência. É importante notar que a notificação, em si mesma, não melhora a segurança; só com uma resposta a jusante às notificações se pode prevenir futuros acidentes médicos.

Dentro da própria instituição de saúde, o relato de um evento adverso grave ou de um quase-erro grave deve levar a uma profunda investigação para identificar as falhas de sistema iminentes e conduzir a esforços para redesenhar os sistemas de prevenção da ocorrência. O *sistema nacional* deve garantir uma análise das notificações por peritos e a divulgação dos ensinamentos que daí se retirem. A mera coleção de informação contribui muito pouco para o avanço da segurança do paciente. O sistema de notificação deve pois permitir a produção de uma resposta visível e útil por parte do recipiente para justificar os recursos e o tempo gasto nas notificações ou para estimular os profissionais ou as instituições a realizar as notificações. Donde, o *sistema de resposta* é mais importante que o sistema de notificação!

A notificação dos erros pode levar, por vários caminhos, a aprender e a melhorar a segurança. Em primeiro lugar, as notificações geram alertas relativos a graves acidentes (por exemplo, complicações de um novo medicamento). Em segundo lugar, as lições aprendidas nos hospitais pela análise e investigação de eventos adversos graves podem ser divulgadas. Terceiro, as análises de muitas notificações por parte da agência que recebe e analisa a informação pode revelar sentidos

¹⁹⁷⁰ Em 2005 já havia dezenas de países que estavam a desenvolver ou a considerar a implementação de um sistema de notificação (*reporting system*): Austrália, Azerbaijão, Canadá, Ilhas Cook, República Checa, Dinamarca, Fiji, França, Gâmbia, Alemanha, Japão, Líbano, Irão, Irlanda, Myanmar, Mongólia, Namíbia, Países Baixos, Niue, Malawi, Oman, Filipinas, Polónia, Samoa, Arábia Saudita, Seychelles, Eslovénia, África do Sul, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tailândia, Tonga, Uganda, Reino Unido, EUA, Vietname, Zimbabué. –*World Alliance for Patient safety, cit.*, p. 23.

ou tendências de erros de processo ou do sistema que num hospital ou num serviço isolado não se conseguem identificar. Por último, a análise de múltiplos relatórios pode levar a visões mais profundas sobre as falhas do sistema e gerar recomendações para melhores práticas a seguir por todos.

As recomendações da OMS para a criação ou desenvolvimento de sistemas de notificação incluem os seguintes três parâmetros:¹⁹⁷¹ Primeiro, o papel fundamental dos sistemas de notificação é o de conseguir segurança para o paciente através da aprendizagem dos erros, isto é, erros e danos causados por tratamento médico. Segundo, a notificação tem de ser segura e os profissionais que relatarem/ notificarem incidentes não podem ser punidos ou sofrer quaisquer outras consequências. Terceiro, a notificação apenas tem interesse se houver, de seguida, uma resposta construtiva. No mínimo deve haver um *feed-back*, uma resposta, das descobertas resultantes da análise da informação; idealmente, deveria haver recomendações para mudanças nos sistemas de saúde. Uma boa análise da informação e a divulgação das lições aprendidas pelos relatórios requerem um conhecimento especializado e recursos humanos e financeiros. A agência que recebe a informação deve ter capacidade de influenciar as soluções, disseminar a informação e fazer recomendações para mudanças. Isto significa, no caso português, a necessidade de envolver os Colégios de Especialidade da Ordem dos Médicos, as Sociedades científicas e as Faculdades de Medicina.

68.2. Direito Comparado

Não iremos passar em revista os diferentes regimes em vigor em muitos países que já implementaram sistemas de notificação de efeitos adversos.¹⁹⁷² Seleccionamos apenas dois países, os EUA e a Dinamarca, pelas razões seguintes: em primeiro lugar, por serem países líderes neste domínio: a Dinamarca foi pioneira na Europa¹⁹⁷³ e a experiência americana é objeto de escrutínio em todo o mundo; em segundo lugar, por serem ordenamentos jurídicos muito distintos: os EUA combinam o sistema de notificação com um direito da

¹⁹⁷¹ *World Alliance for Patient safety*, p. 24, que seguimos de perto.

¹⁹⁷² Para mais desenvolvimentos *vide* PAULA BRUNO, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, 2010.

¹⁹⁷³ Em 1973, a Austrália adotou a *Health Insurance Act. 1973 PART VC – Quality Assurance Confidentiality* com normas sobre esta matéria.

responsabilidade civil adversarial e orientado para a disputa judicial, ao passo que a Dinamarca combina, de forma harmoniosa, o estudo do erro médico com um sistema administrativo, “*no blame*”, de compensação do dano causado em instituições de saúde.

68.2.1. Estados Unidos da América

Nos EUA não se mudou o sistema de responsabilidade médica, mantendo-se em vigor o princípio da culpa e o sistema culpabilístico, que tem no confronto jurídico em tribunal a sua sede privilegiada. Todavia, mesmo aí, o legislador sentiu necessidade de promover a *clinical governance*, criando um sistema de notificação dos erros médicos que permita o seu estudo, análise e a criação de melhores protocolos de atuação, ou *normas de orientação clínica*, e mais eficazes regras de conduta para os profissionais de saúde e para os hospitais: a *Patient Safety and Quality improvement Act 2005*.

Com efeito, o Relatório “*To Err is Human*”¹⁹⁷⁴ conduziu a comunidade médica e jurídica e, posteriormente, os políticos a refletir sobre a crise da medicina. Em 2005, chegou-se a um acordo possível com a aprovação do *Patient Safety and Quality improvement Act 2005*,¹⁹⁷⁵ que permite que os médicos procedam ao *reporting* voluntário, sistemático, confidencial dos erros médicos e dos quase erros com garantias de segurança jurídica. E, com base na informação que dessa forma é possível acumular, será possível o estudo científico dos *incidentes e eventos adversos*.

A lei oferece aos prestadores de cuidados de saúde uma oportunidade para desenvolver um sistema de avaliação da segurança dos pacientes e permite estabelecer a responsabilidade (*accountability*) das equipas e implementar processos de notificação interna e protocolos de recolha e análise de informação, garantindo proteção legal para este processo de notificação (*reporting*), já que esta informação é “*confidential and privileged*”. Permite, assim, a análise e

¹⁹⁷⁴ Linda KOHN/ Janet CORRIGAN/ Molla DONALDSON (eds.), *To err is Human. Building a safer Health System*, Washington, National Academy of Sciences, 2000.

¹⁹⁷⁵ O seu nome completo é bastante elucidativo: “A BILL to amend title IX of the Public Health Service Act to provide for the improvement of patient safety and to reduce the incidence of events that adversely affect patient safety, and for other purposes.”

estudo dos erros médicos preveníveis e *impede que a informação seja usada numa ação de indenização*.¹⁹⁷⁶

Esta lei autoriza a criação de *organizações de segurança dos pacientes*, e a criação de uma *rede de base de dados nacional de segurança do paciente* com vista a permitir uma fonte de informação para as organizações de saúde; define ainda parâmetros de dados e exige conjuntos de dados estandardizados a serem desenvolvidos pelas organizações de saúde que voluntariamente fazem as notificações para as organizações de segurança dos pacientes.

Um *sistema voluntário de colheita de dados* foi a opção do legislador americano, pois entendeu-se que esse caminho seria mais eficaz que um sistema de notificação obrigatório, visto que o objetivo é encorajar a aprender e não o de punir os profissionais de saúde.

Os relatórios são confidenciais e protegidos por lei, não se aplicando as normas gerais relativas ao dever de testemunhar ou de entrega de documentos (*subpoena*); essas notificações não podem ser consultadas ao abrigo dos procedimentos com base na lei que confere aos cidadãos americanos o direito de aceder a informação da administração federal (*Freedom of Information Act* de 1966) e também não pode ser usada em procedimentos disciplinares.

Doutro passo, protege indivíduos que reportem erros médicos ou quase erros (*medical errors or near misses*) de consequências negativas no emprego ou ações retaliatórias e determina standards de redação dos relatórios que *não identificam* o paciente, nem o prestador de cuidados de saúde, ou seja, procura (na medida do possível) o anonimato do incidente e evento adverso.

Todavia, a lei não afeta a capacidade de instruir um processo de responsabilidade civil médica, visto que não transforma processos ou informação anteriormente acessível ao paciente em informação confidencial ou reservada e não altera a possibilidade de descobrir ou de aceder ao processo clínico.

Finalmente, a proteção conferida a esta informação não é absoluta, pois esta lei *não evita que os relatórios sejam usados em ações criminais*, o que pode ser considerado a sua maior fraqueza. Todavia, como o Direito Penal, nos EUA, intervém sobretudo em casos de culpa grave e a melhoria do

¹⁹⁷⁶ Cf. Debra MCBRIDE/ Audrey GREENING/ David REDMOND, *Path to safety: benefits of the 2005 Patient Safety and Quality Improvement Act, Healthcare Financial Management*, June 2006, p. 84 ss.

sistema se prende sobretudo na pequena margem de intervalo entre a negligência leve a o erro não censurável, talvez esta brecha no sistema de notificações não venha a inviabilizar todo o sistema.¹⁹⁷⁷ A lei também não cria uma proibição de prova relativa a um pedido de desculpa do médico (as *apology laws* regulam essa matéria) e não impõe, protege ou de qualquer modo afeta a revelação de erros médicos aos pacientes.

Numa suma otimista: “a longamente aguardada liberdade para discutir em segurança e aprender com os erros médicos irá beneficiar toda a atividade de prestação de cuidados de saúde, à medida que os erros vão sendo examinados, explicados e eliminados através de processos e soluções partilhadas.”¹⁹⁷⁸

Esta lei que constitui um dos frutos jurídicos do relatório *To Err is Human* e pretende ser um instrumento com vista ao desenvolvimento de uma medicina baseada na prova (*evidence-based medicine*) e assim lutar contra os incidentes e eventos adversos e melhorar a prestação de cuidados de qualidade e com mais *segurança para o paciente*.

68.2.2. Dinamarca

A Dinamarca foi um dos primeiros países a adotar, em 2003, a Lei de Segurança do paciente no sistema de saúde dinamarquês. Ao contrário da americana, a lei dinamarquesa optou pela *natureza obrigatória da notificação*; em segundo lugar garante a confidencialidade da informação e a *proteção jurídica absoluta* da mesma, no sentido de esta não ser susceptível de gerar por si mesma uma sanção (seja civil disciplinar ou criminal), estando inteiramente dirigida à aprendizagem.¹⁹⁷⁹

¹⁹⁷⁷ Em Espanha, ROMEO CASABONA/ URRUELA MORA/ LIBANO BERISTAIN (in *Establecimiento de un Sistema Nacional de Notificación y Registro de Incidentes y Eventos Adversos: Aspectos Legales. Tensiones y Posibles Conflictos* de Lege Lata, Primer Informe, Ministerio de Sanidad y Consumo, Marzo 2007) aceitariam a criação de uma proibição de prova ou de valoração da prova, em sede de Processo Penal.

¹⁹⁷⁸ Cf. Debra MCBRIDE/ Audrey GREENING/ David REDMOND, Path to safety: benefits of the 2005 Patient Safety and Quality Improvement Act, *Healthcare Financial Management*, June 2006, 84 ss.

¹⁹⁷⁹ A lei garante, portanto, imunidade civil e criminal dos notificantes. Afirma o art. 6 da referida lei: “Um profissional de saúde que leve a cabo uma notificação *não* poderá ser submetido, em virtude da mesma, a um processo disciplinar ou a medidas sancionatórias por parte da entidade empregadora, nem a medidas supervisoras por parte do Comité Nacional de Saúde nem a sanções penais por parte dos tribunais de justiça”.

Finalmente, o sistema dinamarquês combina a *patient safety* com o sistema *no-fault*, o que tem merecido o elogio de alguns sectores, na medida em que garante um clima de grande confiança entre médicos e pacientes em torno de um objetivo comum: a luta contra o incidente e o evento adverso, não se criando a tensão própria de um sistema de responsabilidade civil adversarial, baseado na prova da culpa do médico.¹⁹⁸⁰

¹⁹⁸⁰ Jocelyn DOWNIE/ William LAHEY/ Don FORD/ Elaine GIBSON/ Mary THOMSON/ Tom WARD/ Fiona MCDONALD/ Alison SHEA, *Patient Safety Law: From Silos to Systems (Final Report)*, 2006, p. 34: “Under Denmark’s legal framework, the country’s compensation scheme is separate from its patient complaints and disciplinary process. Providers and patients can participate in a restorative process through their compensation scheme, which allows them to work as *partners* rather than adversaries and also facilitates open dialogue. This partnership may make it less likely that patients will seek to access the more punitive accountability mechanism of professional discipline, although this accountability option remains open to them. No identifiable information from the compensation process is shared with the complaints body. Denmark’s statutory mandatory adverse event reporting system is for the purposes of shared learning and patient safety improvement, and while providers are required to report, they are permitted to do so anonymously and further, disciplinary or criminal sanctions are not permitted as a result of information reported. Thus, there is a clear demarcation between on the one hand information gathered for purposes of complaints, investigations, and compensation, and information gathered under the national adverse event monitoring system. This element is seen as critical to gaining the initial and ongoing support of the health care professionals themselves, and does not appear to have resulted in discontent within the Danish public.”

68.3. Caminhos de investigação futura

Desde o relatório “*To Err Is Human*” que nenhum jurista comprometido com a intenção prático-normativa de um Direito da Medicina justo pode ficar indiferente a estes factos. A organização hospitalar é uma *organização complexa* onde acontecem os “acidentes normais” (Perrow) que causam muitos danos. Por isso, impõe-se o estudo científico do erro e do quase-erro. No fundo, trata-se, *grosso modo*, de aplicar à medicina as regras já antigas e consolidadas da farmacovigilância.¹⁹⁸¹

Um direito moderno que garanta o conforto jurídico para que os médicos notifiquem os erros e quase erros permitirá *a liberdade para serenamente discutir e aprender com os erros médicos vai beneficiar toda a atividade médica*, na medida em que os erros serão examinados, explicados e eliminados através de processos e soluções partilhadas.

Contudo, a criação de um sistema de notificação de eventos adversos levanta vários problemas jurídicos que merecem um estudo aprofundado e cauteloso, seja no domínio do direito processual penal e civil, seja no direito da proteção de dados pessoais, seja no âmbito dos deveres de informação ao paciente, seja ainda em aspetos específicos do desenho do sistema (voluntário ou obrigatório, nacional ou regional), entre outros.

Assim, sabendo que apenas um sistema confidencial e em que a informação seja protegida permite criar confiança e conduzir os profissionais à notificação dos incidentes e eventos adversos, importa questionar: (1) Pode a notificação ser usada como prova documental? (2) Podem os profissionais da gestão do risco que procedem à análise dos eventos adversos ser chamados como testemunhas num processo? (3) Deve

¹⁹⁸¹ O Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, cria o Sistema Nacional de Farmacovigilância de Medicamentos para Uso Humano, o qual se encontra incumbido de recolher, avaliar e divulgar toda a informação útil sobre suspeitas de reações adversas dos medicamentos (cf. artigos 166º e 167º). Também a Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto, impõe o registo e comunicação de reações adversas, no âmbito de ensaios clínicos.

Sobre esta matéria, ainda à luz do direito anterior, *vide* Diana SILVEIRA, “Um Olhar Jurídico Sobre Farmacovigilância,” *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 4, 2005; a Deliberação n.º 219/2009 da CNPD: *Princípios aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais efetuados no âmbito do Sistema Nacional de Farmacovigilância de Medicamentos para Uso Humano (Farmacovigilância)*.

prevalecer o dever de segredo profissional¹⁹⁸² ou o dever de cooperação para a descoberta da verdade. Neste conflito de deveres entre a cooperação com a administração da justiça e o dever de sigilo dá-se prevalência ao “interesse preponderante”? (4) Mantém-se o *dever de denúncia obrigatória*, designadamente para os trabalhadores que exercem funções públicas?¹⁹⁸³ A resposta a estas questões envolve um trabalho de fôlego e de natureza interdisciplinar.

O problema jurídico mais relevante é o de tornar esta informação *confidencial*, de forma a impedir que estes documentos sejam usados como meio de prova, fugindo assim à regra do dever de colaboração para a descoberta da verdade material. Será necessário o legislador estabelecer uma proibição de prova em processo civil, em procedimentos disciplinares e mesmo em processo penal, ou seja, tornar esta informação confidencial e proibir a sua utilização em processos que possam prejudicar o médico ou a instituição. E será essa limitação probatória legítima à face de *outros princípios constitucionais*?

Numa análise perfunctória, pensamos que essa proibição de prova não viola o direito fundamental de acesso à justiça, visto que apenas o restringe não atingindo o seu *núcleo essencial* (art. 18.º CRP). Não afeta o seu núcleo essencial, porque os pacientes podem continuar a usar todos os meios de prova atualmente existentes (processo clínico, testemunhas, perícias, etc.). Do outro lado da balança, como vimos, este sistema visa melhorar o sistema de saúde, tornando-o mais seguro e de qualidade.

Um outro aspeto a tomar em conta é a proteção dos direitos dos pacientes no desenho legal dos sistemas de gestão do risco.¹⁹⁸⁴ Nesse sentido várias leis e recomendações vão defendendo que os pacientes têm o direito a ser informados acerca da ocorrência de eventos adversos.¹⁹⁸⁵

¹⁹⁸² Cf. o crime de *Violação de Segredo* (art. 195º CP) ou o crime de *Violação de Segredo por Funcionário* (art. 383º CP) em contraponto com os artigos 519º, 618.º, n.º3 CPC, o art. 135º CPP e o art. 85º CDOM.

¹⁹⁸³ Art. 242º, n.º 1 CPP e art. 386º CP e art. 8º Lei 58/2008, de 9 de setembro (Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas).

¹⁹⁸⁴ Herman NYS, *Protection of rights of patients in error reporting systems*, *Opinio iuris*, Vol 3/ 2009. Paper n. 2, p. 1-15,

¹⁹⁸⁵ No Chile, o art. 4.º da *Lei dos derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud* de 2012 prescreve que: “toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso,

Mas estes serão objetos de investigação futura nesta longa estrada que o Direito da Medicina deve percorrer com vista à promoção da *qualidade dos cuidados de saúde*, ainda e sempre favorecendo um clima de *confiança* e de *solidariedade existencial* entre o médico e o paciente.

independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado.”

No mesmo sentido o Kennedy Report –*Bristol Royal Infirmary Inquiry* 2001; Recommendation 33. –http://www.bristol-inquiry.org.uk/final_report/report/sec2chap30_13.htm

CAPÍTULO 2 – SISTEMAS ALTERNATIVOS DE COMPENSAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA ATIVIDADE MÉDICA

69. Propostas de superação da responsabilidade civil médica

69.1.A crise do sistema da culpa

O direito português não possui normas especiais para regular a responsabilidade médica, devendo aplicar-se nas normas gerais da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, bem como da responsabilidade do Estado e outros entes públicos. O mesmo acontece na maioria dos outros países europeus, onde a responsabilidade médica se tem vindo a desenvolver essencialmente graças à criação jurisprudencial do direito, bem como com novas interpretações e correções doutrinárias que permitem a “*Rechtsfortbildung*”.¹⁹⁸⁶

Dando início a um processo judicial, designadamente um processo civil para apurar a responsabilidade, o paciente não poderá contar com a ajuda por parte do seu médico, que é agora o seu “adversário”, a “parte contrária”, o “réu”, ou mesmo o “arguido” (quando se opte por seguir a via do processo penal, apresentando *queixa*).¹⁹⁸⁷ O paciente encontra-se lesado na sua integridade física e moral, *existencialmente só*, em conflito com o seu médico, aquele que o procurou ajudar e curar, aquele a quem confiou a sua intimidade, o seu corpo e a sua saúde, entregue a um sistema jurídico e judicial, por natureza formal, abstrato, frio, ritualista. Este cidadão terá de, com o patrocínio do seu Advogado, procurar os meios de prova do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso dos deveres de conduta do médico, plasmados nas *leges artis* da medicina, e convencer o tribunal que aquele ato ilícito (e culposo) foi causa adequada dos danos que ele agora padece. Para tanto, recorre aos peritos, que na opinião de doutrina autorizada, tantas vezes se refugiam no “muro do silêncio” (“*Mauer des Schweigens*”)¹⁹⁸⁸ que torna o esclarecimento dos factos muito difícil.

¹⁹⁸⁶ GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, p. 1.

¹⁹⁸⁷ Nesta última hipótese, o tribunal decide em simultâneo da responsabilidade criminal e civil, nos termos impostos pelo *princípio da adesão*, consagrado no art. 71.º do Código do Processo Penal.

¹⁹⁸⁸ RADAU, *Ersetzung ...*, p. 2

O processo de responsabilidade médica caracteriza-se por ser, em especial para o paciente, um processo demorado, caro e com um risco de sucesso muito incerto.¹⁹⁸⁹ Por outro lado, a relação médico-paciente fica irremediavelmente afetada, sofrendo o médico de um grave estigma associado ao processo de responsabilidade profissional. Médicos e pacientes que deveriam ser parceiros no tratamento, por vezes assumem uma postura defensiva, com receio da existência de conflitos no futuro.

A responsabilidade civil deixou de ter o monopólio da regulação jurídica da reparação dos danos. Na realidade, a responsabilidade civil convive hoje com várias outros sistemas de compensação, sejam eles a segurança social (pública), sejam os seguros de acidentes pessoais (privados).¹⁹⁹⁰

As tradicionais grandes fontes de danos pessoais, os acidentes de trabalho e os acidentes de viação, encontraram o seu caminho próprio, no sentido de garantir uma maior proteção ao lesado. Assim, a lei consagrou a responsabilidade objetiva acoplada a um sistema de seguro de responsabilidade civil obrigatório nos acidentes de trabalho¹⁹⁹¹ e nos acidentes de viação.

O jurista do século XXI não deve estar tolhido ou preso a uma necessidade de perfeição geométrica, de estilo positivista ou conceptualista oitocentista, onde se colocavam exigências de perfeição formal por cima das exigências da vida, das necessidades das pessoas, do clamor da justiça num Estado de Direito Social. Donde, se nos depararmos com uma proposta de compensação dos danos ocorridos em estabelecimentos de saúde que se aparte de outros ramos da responsabilidade profissional, ou mesmo que se mostre fundamentalmente divergente dos modos jurídicos de reparação de outros danos

¹⁹⁸⁹ RADAU, *Ersetzung...*, p. 3.

¹⁹⁹⁰ A influência que o direito social pode ter no direito civil é de diferentes matizes. Assim, Fernando OLIVEIRA E SÁ, “Acerca da Responsabilidade Profissional em Medicina, *O Médico*, n.º 753, 1966, p. 4, assinala que “O direito social, multiplicando e protegendo as situações indemnizáveis, instala no corpo social o sentido e a ideia da reparação, dá ao indivíduo uma noção concreta do seu valor social e de direitos que o mesmo indivíduo estaria, porventura, habituado a entender como generosidades no meio da sua aceitação fatalista do infortúnio.”

¹⁹⁹¹ No JOINT STATE GOVERNMENT COMMISSION – PENNSYLVANIA, *Medical Professional Liability: Reform for the 21st Century: A Review of Policy Options*, March 2005, Pennsylvania, p. 15 a equiparação entre acidentes de trabalho e os danos causados por intervenções médicas também é colocado em evidência.

personais, isso não nos deve imediatamente conduzir à sua reprovação ou à sua rejeição.

Na medida em que o princípio da igualdade material, o princípio da equidade e da segurança jurídica, constitucionalmente consagrados, não sejam violados no seu núcleo essencial recusamos que seja a pura lógica jurídica, o puro rigor geométrico-conceitual, o preconceito ideológico, ou um qualquer *a priori* dogmático que nos deverá fazer esquecer as necessidades da vida!¹⁹⁹²

Com efeito, o significado prático da responsabilidade civil para as vítimas de acidentes como fonte de direito a indemnização é cada vez menor. A expansão da atividade seguradora, em especial dos seguros sociais, conduziu a que muitas vítimas de acidentes já não se dirijam ao direito da responsabilidade civil, mas antes busquem uma reparação (ainda que parcial) dos seus danos junto das seguradoras. Todavia, há ainda muitas áreas de atividade, como são os acidentes médicos, para as quais ainda não existe uma proteção dos seguros, ficando as vítimas de acidentes entregues às regras da responsabilidade civil e do processo civil.

Algumas propostas propõem a total substituição da responsabilidade civil pelo direito dos seguros: “*Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz*”.¹⁹⁹³ E, no domínio da responsabilidade médica, têm-se levantado vozes que apelam a uma mudança de sistema, tomando em consideração os exemplos positivos do direito comparado, nomeadamente o sistema escandinavo.¹⁹⁹⁴

¹⁹⁹² Helmut KOZIOL, “Deficiency of Regulations and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research,” in Michael FAURE/ Helmut KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice*, 2001, p. 310, afirma: “Sometimes the health care area, because of its specific feature, necessitates provisions on compensation which differ from the general rules on liability. A deficiency inherent to the system is given when the legal system fails to take this distinction into consideration. Secondly such an omission in the law has to be noted if the health care area is lacking provisions which already exist in other fields of the legal system.”

¹⁹⁹³ RADAU, *Ersetzung...*, p. 5.

¹⁹⁹⁴ GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, p. 188.

69.2. Da culpa à socialização do risco: experiências dispersas e discursos cruzados

Ao longo do Século XX assistimos a diversos movimentos no sentido da objetivação da responsabilidade civil.¹⁹⁹⁵ Estes passaram por um conceito de culpa em abstrato, cada vez mais objetivado; seguiu-se a introdução de presunções de culpa e de inversões probatórias e, num terceiro momento, a introdução crescente de áreas de responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva.¹⁹⁹⁶

O domínio das *lesões corporais* foi daqueles onde mais se sentiu a necessidade social, política e jurídica de institucionalizar quer situações de responsabilidade objetiva,¹⁹⁹⁷ quer de meios alternativos de compensação de danos.¹⁹⁹⁸ Assim aconteceu, em muitas ordens jurídicas, com os acidentes ferroviários e rodoviários, bem como com os acidentes de trabalho.¹⁹⁹⁹

No último quartel do século XX, começam a surgir experiências legislativas no sentido de introduzir sistemas alternativos de compensação dos danos causados por atos médicos ou hospitalares, na Nova Zelândia e nos países

¹⁹⁹⁵ Ainda antes, em 1897, foi promulgado o “*Workmen’s Compensation Act*” que confere aos trabalhadores, em Inglaterra, o direito de obter uma indemnização independentemente de culpa do empregador.

¹⁹⁹⁶ Cf. os estudos de SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, *RDE*, Coimbra, Ano IV, n° 1, Jan.-Jun. 1978, 313 ss., SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes”, *RDE*, Coimbra, Ano V, n°1, Jan.-Jun. 1979, 317 ss. (estes estudos foram republicados pelo Autor em *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983); SINDE MONTEIRO, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal: a Lei e o Futuro”, *CJ*, Ano XI, 1986, Tomo 4, 6 ss. Segundo Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich: ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, 2006, p. 2: „die neuen Paradigmen sind: technische Risiken, Unternehmen und Versicherung.“

¹⁹⁹⁷ K. ZWEIGERT/ H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., 1994, p. 690.

¹⁹⁹⁸ Cf. Peter CANE, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*, 7th Ed., Cambridge University Press, 2006.

¹⁹⁹⁹ A reparação integral dos danos está reservada aos casos de atuação culposa do empregador, definida na Lei n.º 98/2009, cujo art. 18.º, n.º1, prescreve: “Quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquele contratada e por empresa utilizadora de mão-de-obra ou resultar de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade individual ou solidária pela indemnização abrange a totalidade dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais.”

escandinavos. Nos últimos anos, embora de forma mais mitigada, o mesmo movimento teve novo impulso em França e, mais recentemente, na Bélgica e na Polónia.

Por outro lado, o regime subjetivista resiste, desde há mais de 200 anos, com os paradigmáticos artigos 1382.º e 1383.º do *Code civil* napoleónico²⁰⁰⁰ e tem sobrevivido, nem sempre sem dificuldades, às exigências impostas pelas mudanças do contexto económico e social em que o decurso do século XX foi fértil e que o presente século irá acentuar.²⁰⁰¹

No pós-guerra surgem os sistemas estruturados de segurança social, os quais evidenciam uma aspiração à partilha da riqueza criada e a consagração de um direito à segurança, o que permitiu o forte desenvolvimento da ideia e da prática dos seguros.²⁰⁰² A responsabilidade nos últimos 50 anos foi afetada, de forma estrutural, pela evolução do direito dos seguros, quer pelo facto de ser genericamente reconhecido que os tribunais tendencialmente favorecem a posição do Autor (a teoria do “*deep pocket*”²⁰⁰³), quando do lado do Réu se encontra uma companhia de seguros, quer pelo desenvolvimento dos chamados *fundos de garantia*, seja o *fundo de garantia automóvel*, seja o *fundo de garantia para vítimas de crimes violentos*, seja – já fora da responsabilidade civil, mas ainda

²⁰⁰⁰ Art. 1382 Code civil: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

O art. 1383.º, por seu turno, estipula que: “*chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* »

Estas normas, na sua aparente singeleza, encerram uma verdadeira revolução jurídica e civilizacional. Com efeito, o ideal revolucionário da *Igualdade* assume aqui uma radical expressão, visto que qualquer pessoa pode ser responsabilizada e a responsabilidade civil é independente da condição social ou da *ordem* social a que o indivíduo pertença. Por outro lado, o montante da indemnização varia em função dos danos e não em função da ordem social da vítima. Implementa-se assim uma dupla igualdade: pelo lado do lesante e pelo lado do lesado. Apenas o critério racional da causalidade e o critério ético da culpa delimitam o dano ressarcível. É pois um dos momentos de ruptura com o direito medieval, que fazia distinções entre classes sociais, ou mais exatamente, entre a pertença a uma ou outra das várias ordens sociais.

²⁰⁰¹ ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, p. 27.

²⁰⁰² ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, p. 28.

²⁰⁰³ Cf. as reflexões astutas de P.S. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, Hart Publishing, 1997; e de H. COUSY, “Tort Liability and Liability Insurance: A Difficult Relationship,” in H. KOZIOL/ B. STEININGER (eds.), *Yearbook European Tort Law 2001, 2002*, Wien, Springer-Verlag, p. 18-55.

imbuído do mesmo espírito de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade – o *fundo de garantia de alimentos*.

O caminho em direção à responsabilidade objetiva tem passado por desvirtuar a natureza da responsabilidade subjetiva, por exemplo, aligeirando critérios de prova de culpa, na consagração de presunções legais de culpa e culminando na consagração da responsabilidade objectiva, que vem, normalmente, associada à imposição de contrato de seguro de responsabilidade civil obrigatório.²⁰⁰⁴ Estas características visam garantir o sucesso processual, material e económico da demanda, em responsabilidade objetiva: o réu é facilmente identificável, não carece de prova de culpa e a seguradora é por norma solvente. O incremento da utilização e eficácia do seguro de responsabilidade civil por dano a terceiro é de louvar. Este seguro fornece cobertura à atividade profissional do médico e aos serviços hospitalares, garantindo a indemnização ao lesado²⁰⁰⁵ e a socialização do dano.

Assim deparamo-nos com uma situação em muitos sistemas jurídicos, em que, no domínio do “direito da reparação dos danos (pessoais)” coexistem, por um lado, a sinistralidade laboral e a sinistralidade rodoviária com um sistema de responsabilidade objetiva acoplada a um seguro de responsabilidade civil obrigatório, e, por outro, os danos decorrentes da “sinistralidade médica” continuam entregues ao “caminho das pedras” do princípio culpabilístico.

i. O debate no Reino Unido

Em 1978, a *Comissão Pearson*²⁰⁰⁶ aconselhou uma extensão do alcance do direito da segurança social no sentido de conferir mais proteção às vítimas de danos industriais e incluir as vítimas de acidentes rodoviários, mas rejeitou o sistema *no-fault* para lidar com a negligência médica. Embora tenha reconhecido que o sistema tradicional é muito oneroso, pesado, propenso a atrasos e muito “caprichoso” no seu *modus operandi* para ser defensável, a comissão rejeitou o sistema *no-*

²⁰⁰⁴ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 97-112.

²⁰⁰⁵ Miguel KFOURI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico*, p. 281, é um defensor, no Brasil, da adoção do seguro.

²⁰⁰⁶ Report of the Royal Commission on the Civil Liability and Compensation for Personal Injury. Chairman: Lord Pearson. Cmnd 7054-1, 1978 (paragraph 1715). O estudo do grupo *The No-Fault Compensation Working Group*, de Janeiro de 1991 manteve-se fiel às conclusões da *Comissão Pearson* de 1978, no sentido de não introduzir o sistema *no-fault*.

fault com base na dificuldade em rever o sistema de responsabilidade civil e as dificuldades percebidas nos julgamentos sobre a causalidade. Um conservadorismo geral nas profissões jurídicas e a oposição da indústria de seguros foram outros fatores decisivos para a manutenção do *Common Law*.

Todavia, o debate mantém-se e, de entre as várias propostas de reforma que se têm avançado na Inglaterra, destaca-se a criação de *tabelas do dano corporal* para alguns tipos de danos, a compensação *no-fault*, os sistemas de *resolução alternativa de litígios e pagamentos em renda*, em vez de muito avultadas indenizações a pagar de uma só vez (*lump-sum*) e pagamentos alternativos ao dinheiro, tais como a prestação de cuidados de enfermagem (*home nursing care*).²⁰⁰⁷

Outras vozes críticas afirmam que o sistema inglês atual tem uma natureza adversarial e orientada para a culpa (*blame*), não sendo adequado – segundo esta orientação doutrinal – para uma cultura de abertura exigida pela *clinical governance*.²⁰⁰⁸ A redução dos custos com a justiça e os custos administrativos e um nível de pagamentos mais baixo, permitiriam compensar o previsível aumento de um maior número de queixosos. Finalmente, as queixas poderiam ser investigadas prontamente, sem as restrições de comunicação típicas do processo adversarial.²⁰⁰⁹ Tem-se advogado que um sistema *no-fault* iria aumentar o cumprimento do dever de notificação de *adverse clinical events* e iria facilitar a cultura de abertura exigida pela *clinical governance*, o plano de gestão do risco do NHS e a moderna forma de olhar para os erros nas organizações em vez de censurar os indivíduos,²⁰¹⁰ pelo que deveria ser introduzido como experiência-piloto e monitorizado de perto durante alguns anos.²⁰¹¹

²⁰⁰⁷ Department of Health. *Clinical negligence—what are the issues and options for reform?* London: Stationery Office; 2001.

²⁰⁰⁸ William J GAINÉ, No-fault compensation systems – Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot scheme, *BMJ*, 2003 May 10; 326(7397): p. 997–998. Este Autor defende a introdução de um sistema *no-fault*.

²⁰⁰⁹ WADLINGTON, “Medical injury compensation, a time for testing new approaches”, *JAMA*.1991, 265:2861.

²⁰¹⁰ Cf. DEPARTMENT OF HEALTH, *Building a safer NHS for patients*, London, Stationery Office, 2001 e DEPARTMENT OF HEALTH, *An organisation with a memory—report of an expert group on learning from adverse events in the NHS*, London, Stationery Office, 2001.

²⁰¹¹ William J GAINÉ, No-fault compensation systems – Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot

Por tudo isto, o sistema *no-fault* é apoiado pela *British Medical Association*²⁰¹² e pelos *Royal Colleges*. Estes sabendo que um sistema *no-fault* pode parecer proteger os médicos negligentes, enfatizam que os profissionais negligentes enfrentariam *procedimentos disciplinares* que assegurariam o efeito preventivo e sancionatório.²⁰¹³

Finalmente, note-se que um sistema *no-fault* para a negligência clínica não seria algo de exótico no sistema jurídico inglês, já que existem, desde há muito, os sistemas de compensação por responsabilidade objectiva em caso de *acidentes de trabalho* e dos danos causados pela *polícia*.

Debates semelhantes têm lugar em vários países, quer do *Civil Law*, quer de *Common Law*, mas a inércia social e ausência de um corpo organizado de defesa dos pacientes tem marcado a falta de ação política, no sentido de promover novas experiências de compensação do *dano médico*.

Em alguns países foi dado um passo noutra direção, tendo sido adotados outros “mecanismos de reparação coletiva”, sendo famosa a “*alternativa escandinava*”. Esta alternativa está hoje novamente na ordem do dia com a sua introdução, embora parcial e mitigada, no direito francês, belga, polaco e ainda com experiências parciais na Áustria e em alguns Estados norte-americanos.

Vejamos, de forma mais aprofundada, as mais importantes experiências de sistemas alternativos.

scheme, (BMJ. 2003 May 10; 326(7397): 997–998). Cf. ainda um estudo canadiano que chegou a conclusões semelhantes, PRITCHARD, *Liability and compensation in health care: a report to the conference of deputy ministers of the Federal/Provincial/ Territorial review on liability and compensation issues in health care*, 1990.

²⁰¹² A *British Medical Association* considera o sistema atual como causador de danos, imprevisível e injusto tanto para os pacientes como para os profissionais de saúde. No modelo da *British Medical Association*, um fundo de compensação *no-fault* poderia atribuir indemnizações após prova da causalidade a nível local. Um painel de peritos do fundo atribuiria a indemnização de acordo com critérios pré-definidos. Queixas menores seriam fixadas por acordos individuais através do procedimento de queixas. Já os erros de medicação seriam excluídos por serem muito complexos e caros – BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Report of the working party on no fault compensation for medical injuries*, London, BMA, 1991.

²⁰¹³ Michael JONES, *Medical negligence*, London, Sweet and Maxwell, 1995.

70. A experiência da Nova Zelândia

Este país do hemisfério sul é o grande expoente do sistema *no-fault*, desde que substituiu o sistema da responsabilidade civil, em 1972, após o Relatório da Comissão Woodhouse.²⁰¹⁴ A Nova Zelândia foi pioneira no sentido de desenvolver um sistema de ressarcimento dos danos, independentemente de culpa, para a atividade médica como um todo.²⁰¹⁵ Com o *Accident Compensation Act*, a compensação do dano vai para além dos danos provocados pela atividade médica, uma vez que o sistema se aplica a qualquer acidente, incluindo: (i) acidentes pessoais; (ii) acidentes profissionais e doenças ocupacionais; (iii) acidentes desportivos; (iv) acidentes de viação; (v) dano provocado pela prestação de cuidados de saúde; (vi) dano resultante de crime contra a integridade física ou autodeterminação sexual; (vii) suicídio. Ficam excluídas do âmbito do regime de indemnização as patologias que careçam de nexo de causalidade com um acidente, nomeadamente aquelas que derivem do processo natural de envelhecimento.²⁰¹⁶

Por outro lado, o sistema *exclui o direito de recorrer aos tribunais*, o que constitui um aspeto singular deste ordenamento jurídico;²⁰¹⁷ este país aboliu, assim, o direito

²⁰¹⁴ WOODHOUSE REPORT, Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury (Chairman Mr. Justice Woodhouse), *Compensation for Personal Injury in New Zealand: Report of the Royal Commission of Inquiry*, Government Press, Wellington, 1967. O Woodhouse Report conclui pela inadequação da responsabilidade civil fundamentada no *tort of negligence*, criticando o seu falso moralismo, o carácter aleatório e imprevisível do cálculo dos danos pelos tribunais de júri e os seus elevados custos de transação, estabelecendo cinco princípios orientadores de um regime adequado de ressarcimento do dano corporal: a) responsabilização da comunidade pelos acidentes; b) a questão essencial não consiste na causa do acidente, mas sim no dano sofrido pelo lesado; c) completa consolidação do estado de saúde do lesado; d) ressarcimento integral, e não nominal, dos danos sofridos pelo lesado e e) racionalidade administrativa,” sintetiza Rui CASCÃO, “1972: Para além da culpa no ressarcimento do dano médico”, *BFD*, 2012, p. 715 ss.

²⁰¹⁵ Cf. Petra BUTLER, *Medical Misadventure in neuseeländischen Accident Compensation Scheme*, Frankfurt, Peter Lang, 1999.

²⁰¹⁶ Rui CASCÃO, “1972: Para além da culpa no ressarcimento do dano médico”, *BFD*, 2012, p. 711 ss.

²⁰¹⁷ Pelo que este sistema dificilmente pode ser exportado para outros países, como os Estados Unidos, *vide* Peter DAVIS/ Roy LAY-YEE/ Julie FITZJOHN/ Phil HIDER/ Robin BRIANT/ Stephen SCHUG, “Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does “No-Fault”

tradicional da responsabilidade civil no domínio dos danos causados pela medicina, *rectius*, eliminou totalmente a aplicabilidade da *Common Law* no que diz respeito à responsabilidade civil por dano corporal.²⁰¹⁸ Outra característica importante é a de que se trata de um fundo público de compensação de lesões corporais e não de um sistema de seguros, como acontece na Escandinávia e em França.

Após sucessivas reformas (1979, 1982, 1986, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 e 2010), algumas com o objectivo de viabilizar a sustentabilidade financeira do sistema e outras com a intenção de o aperfeiçoar tecnicamente, a lei atualmente em vigor é a versão consolidada de 2010 do *Accident Compensation Act 2001*, de 19 de Setembro de 2001.

Na síntese de Rui Cascão, este sistema compensa o *dano iatrogénico* que (i) tenha sido sofrido por um paciente em virtude de cuidados de saúde administrados por um profissional habilitado ou sob sua orientação; (ii) tenha sido causado pelos referidos cuidados de saúde e (iii) que *não seja consequência necessária ou normal dos cuidados de saúde prestados, tendo em conta todas as circunstâncias em que estes foram prestados, nomeadamente o estado de saúde do paciente e o estado da ciência médica na altura em que os cuidados de saúde foram prestados*.

Porém, são *excluídos* os seguintes danos: (i) aqueles sofridos em consequência do *estado de saúde subjacente* do paciente; (ii) dano sofrido exclusivamente como consequência de uma decisão clínica relativa à *alocação de recursos*; (iii) dano sofrido em consequência de *recusa* ou *adiamento injustificado* de prestação de consentimento informado por parte do paciente; (iv) finalmente, o facto de os cuidados de saúde prestados não ter alcançado o resultado esperado não se

Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity,” *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 27, no. 5 (2002), p. 833-854.

²⁰¹⁸ A indemnização abrange apenas o *dano resultante das lesões corporais*, estando excluído o dano material, cuja indemnização está sujeita aos termos gerais da *tort law*. A indemnização abrange o custo dos cuidados de saúde, o dano emergente e o lucro cessante, apoio doméstico e reabilitação vocacional. Todavia, a indemnização do *dano não patrimonial* é bastante limitada.

considera, por si só, dano médico, sendo necessária a prova de um *medical treatment injury*.²⁰¹⁹

Assim, num período muito rápido e com grande informalidade o paciente lesado recebe uma indemnização pelos danos sofridos, a qual não sendo generosa, permite fazer face às necessidades advindas do *erro médico*.²⁰²⁰

71. A experiência escandinava

Os países escandinavos (Suécia, Finlândia, Noruega, Dinamarca e Islândia) configuram exemplos paradigmáticos da consagração do sistema “*no blame*” em matéria de compensação dos danos ocorridos no sector de saúde.²⁰²¹ A Suécia criou um sistema para pacientes em 1975,²⁰²² com base

²⁰¹⁹ Conceito introduzido em 2005. Para mais desenvolvimentos, cf. Rui CASCÃO, “1972: Para além da culpa no ressarcimento do dano médico”, *BFD*, 2012, p. 714 ss.

²⁰²⁰ Ken OLIPHANT, “Landmarks of No-Fault in the Common Law” in VAN BOOM /FAURE (ed.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, Tort and Insurance Law*, vol. 22, Springer, Wien – New York, 2007, p. 68.

²⁰²¹ Para o debate sobre o modelo escandinavo, cf. SINDE MONTEIRO, “Aspetos particulares...”, AA. VV., *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991, p. 133 ss.; SINDE MONTEIRO, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal, A Lei e o Futuro”, *CJ XI* (1986), Tomo 4, p. 7 ss. Nestes textos, o Autor não defende o ‘transplante legal’ deste modelo para o ordenamento jurídico português, embora aponte no sentido de que se impõem mudanças estruturais no sistema clássico. Para uma análise mais recente, cf. as obras de Rui CASCÃO, *Prevention and Compensation...*, 2005; Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO, *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, Lisboa, FDUL, 2010, p. 161 ss.; e na doutrina estrangeira, Cf. Raimo LAHTI, “Towards a comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finish Experience”, WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient’s Rights*, Stockholm, 1994; J. PICHLER, *Rechtsentwicklungen zu einer Verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Wien, Bonn, Weimar, Böhlau, 1994; Giovanni COMANDÉ, *Risarcimento del Dano Alla Persona e Alternative Istituzionali: Studio di Diritto Comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999; KATZENMEYER, *Arzthaftung*, p. 194-272; Martti MIKKONEN, “The Nordic Model: Finish Experience of the Patient Injury Act in Practice”, *Med Law* (2001) 20: p. 347-353 e ERCHSEN, “The Danish Patient Insurance System”, *Med Law* (2001) 20: p. 355-369; Jos DUTE, “A comparison of no-fault compensation schemes”, in DUTE/ FAURE/ KOZIOL (Eds.), *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, 2004, p. 444-445. Thomas DOUGLAS, Medical Injury Compensation: Beyond ‘No-Fault’, *Medical Law Review*, 2009, Volume 17, Issue 1, p. 30-51.

²⁰²² SINDE MONTEIRO, “Aspetos particulares da responsabilidade médica,” *cit.*, 135-137; SINDE MONTEIRO, *Revista de Direito e Economia XV* (1989), 449-454 (revisão à obra *Compensation*

num acordo voluntário. O sistema foi cristalizado legislativamente na Suécia pela “Lei de Danos aos Pacientes” (1996), tendo posteriormente sido importado por outros países escandinavos que implementaram os seus próprios sistemas de seguro do paciente: Finlândia (1986);²⁰²³ Dinamarca (1991); Islândia (2000) e Noruega (2001), importação essa a que não são alheias razões de ordem de cultura jurídica²⁰²⁴ e ideológica.²⁰²⁵

for Personal Injury in Sweden and Other Countries, Juristfoertlaget, Stockholm, 1988); SINDE MONTEIRO, *CJ*, Ano XI (1986), Tomo IV, 5-13 e SINDE MONTEIRO “Compensation for Personal Injury in Portugal – The Law and the Future; considerations de *lege ferenda* à propos the discussion of the swedish alternative”, in *Compensation for Personal Injury in Sweden and other Countries*, Juristfoertlaget, Stockholm, 1988, 381-392.

²⁰²³ Na Finlândia, vigora a *Patientskadelag*, de 25 de julho de 1986/85. Esta lei introduziu um sistema de seguro de paciente obrigatório, cuja administração foi deixada a cargo das companhias de seguros. Trata-se de um sistema de indemnização independente de culpa, mas na verdade, os fundamentos para a compensação são, em grande medida, dependentes de exames feitos por peritos médicos que apreciarão os *standards* profissionais utilizados o que inevitavelmente acarreta o perigo de proteção corporativa por parte da classe médica. As causas que dão origem a uma compensação estão agrupadas na legislação da seguinte forma: i) Danos resultantes de procedimentos de investigação ou de tratamento; ii) Danos resultantes de equipamentos; iii) Danos resultantes de infeções; iv) Danos acidentais; v) Danos causados por incêndios causados por equipamento médico; vi) Distribuição não autorizada de medicamentos; vii) Consequências irrazoáveis do tratamento ou de meios de diagnóstico. Por outro lado, não se concede compensação no caso de «danos menores», isto é, avaliados em menos de 150 euros.

Sobre o sistema finlandês, ver, na doutrina nacional, Paula LOBATO FARIA, “Responsabilidade civil médica: o futuro do regime jurídico na década de 90”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol 9, n.º1, Janeiro-Março, 2001, 9-22; Cf. Raimo LAHTI, “Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finnish Experience”, WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient’s Rights – Informed Consent, Access and Equality*, Stockholm, Sweden, 1994, p. 207 e ss; Para mais desenvolvimentos, cf. Rui CASCÃO, *Prevention and compensation of treatment injury. A roadmap for reform*, 2005 e Rui CASCÃO, “Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente”, AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, 2005, p. 499-510.

²⁰²⁴ Lars FALLBERG/ Edgar BORGENTHAMMAR, “The Swedish No-Fault Patient Insurance Scheme”, *EJHL* 4, 1997, p. 279-286. Os Autores destacam que este sistema permite – pelo menos na cultura escandinava – incrementar a confiança, designadamente a confiança na medicina e nos médicos. Ora, a confiança, como Francis FUKUYAMA afirmou (*Confiança: Valores Sociais e Criação de Prosperidade*, Gradiva, 1996), é a base sobre a qual se ergue o sucesso de uma sociedade.

²⁰²⁵ Segundo William GAINÉ, “No-fault compensation systems – Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot

71.1.Suécia

Desde a Segunda Guerra Mundial, a construção do Estado Social na Suécia caracteriza-se pela edificação de um amplo sistema de segurança social, não apenas através da lei, mas em grande medida através de contratos coletivos de trabalho e concertação social. No plano doutrinal, já no ano de 1950, Ivar Strahl²⁰²⁶ escrevia um relatório no qual propunha uma extraordinária reforma do direito da responsabilidade civil. Todos os danos pessoais deveriam ser compensados por um *seguro obrigatório de acidentes* a favor do lesado. Nesse sentido, em 1962 foi aprovada a lei do “Seguro Geral” que ainda hoje está, com alterações, em vigor. Esta lei prevê uma proteção, quase sem lacunas, para as situações de doença e de incapacidade para o trabalho, uma extensa prestação por perda de salário e em caso de invalidez determinadas prestações.

Neste país, a existência de seguros coletivos leva a uma redução da importância da responsabilidade civil. Por outro lado, operou-se uma importante reforma do direito da responsabilidade civil, em 1972 e em 1975, que se caracteriza fundamentalmente pelos seguintes aspetos: a culpa do lesado perdeu importância e afirma-se que todas as prestações sociais devem ser descontadas do montante da indemnização. Donde o paciente lesado goza(va) de dois degraus de proteção: o primeiro degrau tutelado pelo “seguro geral”, o segundo deriva do direito da responsabilidade civil (incluindo o direito a compensação por danos não patrimoniais).

Para compreender a evolução do direito sueco, devemos tomar em consideração que este ordenamento jurídico viu surgir, ao longo das décadas de 60 e 70 do século passado, vários seguros (*no-fault*), designadamente: seguro de acidentes de viação; seguro de acidentes de trabalho; seguro de danos causados por medicamentos e, finalmente, o *seguro do paciente*.

A Suécia encetou este caminho, no âmbito dos acidentes médicos, em 1975.²⁰²⁷ Nesse ano, os estabelecimentos de

scheme”, *BMJ*, 2003 May 10; 326(7397): p. 997–998: “The *socialist legal ideology* of Scandinavia also favours a no-fault principle in dealing with medical harm, relying on insurance rather than litigation.”

²⁰²⁶ STRAHL, Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndrättens område (Statens offentliga utredningar, SOU 1950: 16), *apud* Hans RADAU, *Ersetzung...*, p. 132.

²⁰²⁷ A 1 de Janeiro de 1975, entra em vigor o seguro de paciente, que resultou de um acordo entre o consórcio das quatro grandes seguradoras suecas, por um lado, e as Províncias, as Cidades-livres e o Estado, por outro.

saúde, numa base voluntária, criaram um seguro, independente de culpa (*no-fault*),²⁰²⁸ em favor dos pacientes lesados, que pode ser utilizado pelos lesados em alternativa às regras clássicas da responsabilidade civil.

No plano procedimental o paciente lesado é beneficiado com um regime muito informal e simplificado: segue-se uma via administrativa (e não judicial), sendo a “queixa” apresentada num formulário específico. O próprio médico ou um “Kurator” ajuda no preenchimento do formulário e a apresentação da queixa é gratuita para o paciente.²⁰²⁹

Teoricamente, o recurso ao seguro do paciente é voluntário, ficando sempre abertas as vias de acesso aos tribunais, mas aí lançando mão das regras gerais da responsabilidade civil, o que raramente acontece.

A entrega da “queixa” suspende os prazos de prescrição, de modo que o paciente não é lesado no seu direito de recorrer a tribunal. Por outro lado, a entrega do formulário dispensa o médico e a clínica do dever de confidencialidade relativamente à *comissão de avaliação*, com vista ao total esclarecimento do caso; em contrapartida a *comissão* tem de garantir o sigilo face a qualquer outra pessoa. Seguidamente a “queixa” é analisada, recorrendo-se a perícias de médicos. Se a queixa tiver cabimento nos critérios previstos na lei, isto é, se for fundamentada, calcula-se o montante do dano.

Os objetivos subjacentes à criação deste sistema eram de que ele deveria abranger os casos de dúvida na tradicional responsabilidade civil, ou em que a prova fosse especialmente difícil. Mas deveria ser possível separar os danos que merecem

Tratou-se, pois, de um acordo voluntário, embora sob a manta do poder público e político. O *segurador* é o consórcio constituído pelas seguradoras que operavam no país, e este segurador garante o pagamento de indemnizações e despesas judiciais conexas; os tomadores do seguro são o Estado e as Províncias e a estes incumbe pagar o prémio de seguro. Desde 1976, a associação de médicos dentistas também entrou neste acordo. Em 1977, juntaram-se os médicos privados e o seguro de estabelecimentos médicos. Em 1980, é a vez dos fisioterapeutas e finalmente os hospitais privados. O Consórcio criou uma estrutura própria com profissionais altamente qualificados que fazem o tratamento jurídico (e pericial) dos casos.

²⁰²⁸ Mais propriamente, *no blame system*, como justificadamente afirma Kaj ESSINGER, *Medical Liability Alternative Ways to Court Procedures*, 2008.

²⁰²⁹ Rui CASCÃO, “Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente”, AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 e Rui CASCÃO, 1972, *Para além da culpa...*, BFD, 2012, p. 691 ss.

reparação, daqueles que são a consequência da doença ou um acontecimento decorrente da doença.²⁰³⁰

As pessoas com direito a proteção são: o paciente, numa perspectiva ampla, abrangendo visitas que por razões sociais ou médicas estão junto do paciente. Os familiares também podem ter direito a indemnização, mas não por danos não patrimoniais. Abrange ainda o voluntário num protocolo de investigação autorizado por uma Comissão de ética.

O critério que define o acesso à compensação do dano, neste sistema, é eticamente neutro, isto é, não se exige que o lesante tenha atuado com culpa, violando qualquer dever de cuidado imposto pelas *leges artis*. Assim, é ressarcido o dano iatrogénico evitável de acordo com um raciocínio retrospectivo, se:

- i. Puder ser presumido que, com um grau razoável de probabilidade, tivessem sido prestado os melhores cuidados de saúde especializados, o dano não se teria produzido (*regra do especialista*);
- ii. O dano se tiver produzido em virtude de defeito ou avaria de equipamento ou instrumentação médica (*regra do equipamento*) ou
- iii. Se for possível presumir que, existindo uma terapêutica alternativa de eficácia equivalente à que foi empregue, e tivesse essa terapêutica alternativa sido empregue, o dano não se teria produzido (*regra da alternativa*).
- iv. Em algumas circunstâncias, mesmo o dano iatrogénico inevitável é ressarcível, particularmente o dano resultante de *infecção nosocomial* ou quando haja uma *desproporção manifesta* entre a magnitude do dano sofrido relativamente ao baixo limiar de risco estimado da terapêutica empregue.²⁰³¹

De todo o modo, com vista a garantir a operacionalidade do sistema e evitar os danos bagatelares, o seguro de paciente apenas abrange danos que conduzam a uma incapacidade laboral (parcial) superior a 30 dias ou uma forte limitação das funções corporais; danos que imponham um internamento hospitalar superior a 10 dias ou acarretem danos

²⁰³⁰ O que não afasta que o seguro de doença seja assegurado, mas pelas regras tradicionais do direito da segurança social.

²⁰³¹ Cf. Rui CASCÃO, “1972, Para além da culpa...”; Rui CASCÃO, “Sistemas escandinavos...”.

permanentes ou a morte. Para além disto há uma “franquia” de custos.

Quanto à obrigação de indemnização, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil, incluindo os custos de tratamento e outros custos, a perda de rendimentos e os danos não patrimoniais. Em caso de morte, a indemnização abrange os custos de funeral e outros custos que sobrevêm à morte do familiar, designadamente a perda de alimentos.

Todavia, o montante da indemnização é significativamente inferior ao de outros países europeus, visto que a segurança social oferece uma boa proteção em caso de perda de rendimentos;²⁰³² e, quanto aos danos não patrimoniais, a compensação consiste em montantes estandardizados, por tabelas, de montante quase simbólico, o que torna o *quantum* indemnizatório mais previsível.

Que balanço se pode fazer desta experiência?

Muitos autores apontam ao sistema sueco a *ausência de eficácia preventiva*. Contudo, podemos questionar se a responsabilidade civil, associada a um seguro de responsabilidade civil, terá alguma eficácia preventiva? Por outro lado, a prática mostra que os médicos chamados a juízo são muitas vezes médicos que não foram negligentes.

Acresce ainda que na Suécia o caminho da responsabilidade disciplinar e da responsabilidade criminal é devidamente explorado, sendo a responsabilidade disciplinar muito mais intensa do que em Portugal. No direito tradicional, o paciente fica dependente de perícias difíceis e onerosas e entra em ruptura com médico e este vai tentar impedir que se faça a prova da culpa e da causalidade. No direito sueco apenas

²⁰³² Informa Rui CASCÃO, 1972: Para Além da Culpa..., cit., que: “o regime de segurança social cobre, nos termos da Lei do Seguro Social (*Socialförsäkringslag* 1999:799), as despesas imediatas relacionadas com os cuidados de saúde necessários, as despesas de reabilitação; em caso de incapacidade temporária uma compensação pela perda de rendimentos, e em caso de incapacidade permanente, uma pensão de invalidez por reforma antecipada. Adicionalmente, outras despesas são atendidas, tais como custos de adaptação do domicílio (remoção de barreiras arquitectónicas) e meios de motricidade (adaptação de viaturas, cadeiras de rodas, etc.) bem como despesas de contratação de pessoal auxiliar. A função desta compensação é essencialmente interlocutória, tendo como objectivo primordial providenciar pelas necessidades imediatas do lesado, e como objectivo secundário desonerar os mecanismos subsidiários de ressarcimento de pedidos de ressarcimento bagatelares. O montante de compensação do seguro social está plafonado a sete vezes e meia o índice básico de preços ao consumidor.”

tem que provar a causalidade e conta com a colaboração do médico. A crítica de que o sistema escandinavo viola o *princípio do juiz natural* também não procede, visto que o sistema do “seguro do paciente” não elimina a responsabilidade civil e o direito de acesso aos tribunais, mas na prática estes perdem importância. Finalmente, os chamados custos terciários (Calabresi) são muito mais baixos no sistema sueco. Há assim uma maior rentabilidade dos custos dos seguros, devido a menores custos terciários e mais dinheiro disponível para indenizar os pacientes lesados.

O sistema sueco *cria confiança* e não dá origem à estigmatização do médico. O princípio da independência do médico e a sua dedicação à ciência médica e a uma atenção mais humana ao paciente ficam reforçadas.

72. Sistemas mitigados de coletivização da reparação dos danos

72.1.A experiência francesa até à lei 4 de março de 2002

Antes de 2002, coexistiam no direito gaulês dois regimes de responsabilidade médica, um pertencente ao Direito Civil, outro respeitante ao Direito Administrativo. Antes da *loi du 4 mars* já havia sinais de mudança no sistema da responsabilidade médica. A jurisprudência gaulesa vinha criando esquemas operativos e adaptando velhos conceitos em função da procura de resultados mais justos. Assim, adoptara-se a noção abstracta de *perte de chance*; admitira-se o reconhecimento de uma relação de causalidade altamente provável, mas não completamente certa e, por outro lado, a extensão da *faute* alargou-se para além do ato técnico em si, desenvolvendo-se a doutrina do *consentimento informado*.²⁰³³

Sobretudo a jurisprudência administrativa, que julga os casos de responsabilidade dos hospitais públicos em França, criou um verdadeiro *Richterrecht* progressivamente mais favorável ao paciente.

Se, desde 1935, vigorava uma distinção entre *culpa simples* (que gerava a responsabilidade relativamente aos atos de tratamento e a organização e funcionamento do serviço) e a *culpa grave (faute lourde)* que estava reservada para o ato médico, e cuja prova deveria ser produzida pelo doente, com a

²⁰³³ Guy NICOLAS, *La responsabilité médicale*, Paris, Éditions Flammarion, 1996, p. 50.

decisão de 10 de abril de 1992, o *Conseil d'État* aboliu esta distinção e reconheceu a unicidade da responsabilidade hospitalar: para que a administração responda, basta que se prove a *culpa leve*, tanto ao nível dos atos médicos como no que respeita aos atos paramédicos, como da má organização do serviço.

O segundo passo consiste na orientação jurisprudencial do *Conseil d'État*, segundo a qual *um ato de tratamento corrente e de carácter benigno faz presumir a culpa de funcionamento do serviço quando causar danos graves*. Esta doutrina concede a indemnização às vítimas dispensando-as de provar a *faute*, mas com duas reservas: (1) ela só vale para os danos imputáveis a um *ato paramédico*, excluindo os atos médicos; (2) a administração pode ilidir a presunção, mas não basta invocar uma conduta prudente e conforme às regras da arte; é necessário realizar a prova positiva da verdadeira causa do sinistro.²⁰³⁴

A doutrina da *má organização do serviço* constituiu uma das grandes inovações do *Conseil d'État*: o paciente pode obter uma indemnização apesar da ausência de uma prova formal da existência de culpa na origem do dano. Aqui se encontram situações tão díspares como danos causados por falta de pessoal (v.g., anestesistas), a designação de um chefe de serviço sem respeitar as regras regulamentares, o que priva o paciente da garantia de competência; a introdução accidental de um germe microbiano no organismo no decurso de uma estadia no hospital, embora aqui só no caso de nada permitir presumir que o paciente já padecia da infecção antes da sua admissão no hospital.²⁰³⁵

A jurisprudência parecia estar a caminho da responsabilidade pelo risco. Alguma doutrina francesa mostrava-se preocupada com o alcance desta construção jurisprudencial, nomeadamente no *Affaire Gomez*. Neste caso, a *Cour administrative d'Appel de Lyon*, 21 de dezembro de 1990, criou um caso de responsabilidade objectiva. Os juízes consideraram que “a utilização de uma *terapia nova* cria,

²⁰³⁴ MALICIER *et al.*, *op. cit.*, p. 48.

²⁰³⁵ Em matéria de *infecções nosocomiais*, o *Affaire Cohen*–9/12/1988 – o *Conseil d'État* reconhece que “alors qu’une faute médicale, notamment en matière d’asepsie, ne peut être reprochée [...], le fait qu’une telle infection ait pu se produire révèle une faute dans l’organisation ou le fonctionnement”, *apud* NICOLAS, *op. cit.*, p. 52-53. Na jurisdição comum, os problemas de infecções provocados por instrumentos também foram objeto de decisão da *Cour de Cassation* de 21/5/1996.

quando as suas consequências não são inteiramente conhecidas, um *risco especial* para os doentes que a elas se submetem. Quando o recurso a essas técnicas *não se impõe por razões vitais*, as *complicações excepcionais e anormalmente graves* que forem consequência direta de tal intervenção, *mesmo na ausência de culpa*, dão origem a responsabilidade hospitalar.²⁰³⁶

O *arrêt Bianchi*, de 9 de abril de 1993, do *Conseil d'État*, constitui a última etapa na admissão do princípio da indemnização na ausência de culpa, pelo simples facto de o risco existir.²⁰³⁷ Estamos perante um acidente médico que ocorreu no decurso de um exame corrente, executado corretamente; o acidente era totalmente imprevisível e causou sequelas graves. O *Conseil d'État* decidiu responsabilizar o estabelecimento hospitalar nos seguintes termos: “quando um *ato médico necessário ao diagnóstico ou ao tratamento* do doente apresenta um risco cuja existência é conhecida, mas cuja realização é *excepcional e que nenhuma razão levaria a pensar que o paciente estaria particularmente susceptível*, a responsabilidade do serviço público hospitalar verifica-se se a execução deste ato é a causa direta dos danos sem relação com o estado inicial do paciente, como com a evolução previsível desse estado, e apresenta um *carácter de extrema gravidade*.”

Vigorava, pois, uma situação de dualidade de regimes. O *Conseil d'État* e a *Cour de Cassation* seguiam orientações diferentes, que criavam uma situação menos favorável aos pacientes que sofressem danos no âmbito da medicina privada.²⁰³⁸

²⁰³⁶ Criticamente NICOLAS, *op. cit.*, p. 54, considera que esta decisão pode prejudicar a investigação, e arrisca-se a impedir o desenvolvimento de qualquer outra técnica.

²⁰³⁷ A 3 de Outubro de 1978, uma arteriografia cerebral é realizada num homem de 42 anos, com o objetivo de investigar qualquer lesão vascular intracerebral para explicar um síndrome neurológico cuja etiologia não foi detectada por meios de diagnóstico não invasivos (electroencefalograma e *scanner*). A indicação da arteriografia cerebral era justificada pela sintomatologia anterior, o exame foi praticado por uma equipa competente e conduzido de acordo com a técnica isenta de censura. Embora os casos de tetraplegia posteriores a este tipo de exame sejam conhecidos, o acidente não era previsível no caso deste doente.

²⁰³⁸ Cf. Claude EVIN/ Bernard CHARLES/ Jean-Jacques DENIS, *Rapport sur le Projet de loi no 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Assemblée Nationale, Paris, 2001; Jean CLEMENT, *Les droits des patients*, 2002, p. 58.

72.2. A lei de 4 de março de 2002

Em 2002, o legislador reorganiza o regime da responsabilidade médica e da reparação dos pacientes em caso de acidente médico e cria um procedimento de regulação amigável, acompanhado de um procedimento de peritagem e de um regime de indemnização das vítimas.

Quanto ao *procedimento de regulação amigável*, em primeiro lugar, o paciente pede informações ao médico sobre as circunstâncias e as causas dos danos que sofreu, seguidamente, dirige-se a uma *Comissão Regional de Conciliação e de indemnização dos acidentes médicos, das afecções iatrogénicas e das infecções nosocomiais*. Estas são presididas por um Magistrado e contam com a presença de representantes de pessoas doentes e de utentes do sistema de saúde, profissionais de saúde e responsáveis dos serviços de saúde, membros do gabinete nacional de indemnização, das companhias de seguros. Posteriormente, a CRC diligencia uma *peritagem*. O perito é escolhido de entre uma lista nacional, elaborada e organizada pela comissão nacional de acidentes médicos, que funciona junto dos ministros da justiça e da saúde. Esta comissão nacional é composta por profissionais de saúde e por representantes dos utentes. A indemnização das vítimas está sob a autoridade do *Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections nosocomiales* (ONIAM).²⁰³⁹

Quanto à indemnização, cumpre distinguir os casos em que há *culpa médica*, daqueles em que se verifica a *álea terapêutica*.²⁰⁴⁰

²⁰³⁹ O Conselho de administração da ONIAM é paritário entre, de um lado, os representantes do Estado e, do outro, dos representantes dos utentes, dos profissionais de saúde, dos organismos de seguradoras de saúde, do pessoal do próprio gabinete e de pessoas qualificadas. As receitas são constituídas por: uma dotação dos regimes de seguros de saúde; do produto dos reembolsos dos pagamentos da peritagem, o produto das penalidades e dos recursos sub-rogoratórios. A doutrina pensa que vai ser necessário um forte contributo dos contribuintes através do Orçamento de Estado. Os custos do ONIAM são: as indemnizações às vítimas de acidentes médicos, afecções iatrogénicas e infecções nosocomiais; e naturalmente, os custos da gestão do *office* e das comissões regionais e os honorários dos peritos.

²⁰⁴⁰ Cf. Michel BERNARD, *160 questions en responsabilité médicale, Aspects pratiques et fondamentaux*, 2^e édition, Masson, 2010, p. 344; Cf. Carla GONÇALVES, *Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa*, p. 201-212.

(1) *Os casos de culpa médica:* Quando as comissões regionais entendem que o dano acarreta a responsabilidade de um profissional de saúde, de um estabelecimento de saúde, etc., o segurador faz uma oferta à vítima, visando a reparação integral dos danos (até ao limite dos *plafonds* de garantia dos contratos de seguro). A aceitação desta oferta vale como transação. Se a vítima não concordar pode recorrer ao tribunal para arbitrar o montante da indemnização, e no caso de o juiz considerar a oferta manifestamente insuficiente a seguradora, para além de ter de pagar a indemnização justa tem de pagar 15% do montante da indemnização ao ONIAM.

No caso de silêncio ou de recusa explícita da seguradora em fazer uma oferta, ou se o lesante não tinha seguro, o *office* substitui a seguradora. O *office*, após pagar a indemnização tem o direito de se sub-rogar nos direitos da vítima contra a pessoa que causou o dano ou contra a sua seguradora. Neste caso – e com intuito sancionatório – a seguradora ou o responsável pagarão mais 15% ao *office*.

(2) *Nos casos de áleas terapêuticas com danos superiores a 25% de incapacidade permanente ou com incapacidade para o trabalho por mais de 6 meses:* Quando as comissões regionais entendem que o dano é indemnizável a título de álea terapêutica, o *office* faz uma proposta à vítima visando a *reparação integral dos danos sofridos*. A vítima, se não aceitar, pode recorrer ao tribunal contra o *office*.

Criou-se assim um sistema de *compensação no-fault* a favor dos grandes incapazes, com as vantagens de *ressarcir* os danos de quem mais precisa, por ser vítima de um grave acidente médico, sem substituir o sistema da responsabilidade civil, com as vantagens que se lhe conhecem no plano da *preventivo e sancionatório*.

72.3.A experiência na Bélgica

Na Bélgica foi aprovada a Lei de 31 de março de 2010 relativa à indemnização dos danos resultantes dos cuidados de saúde.

Anteriormente havia sido publicada a Lei de 15 de maio de 2007 que estabelecia um regime geral de indemnização *no-fault*, mas que nunca chegou a ser regulamentada e aplicada. Previa-se a criação de um fundo de indemnização com substituição completa do sistema judiciário. Este sistema era criticado por três ordens de razões: violava o princípio da

igualdade, colocava em causa a coerência global do mecanismo reparatório e padecia de dificuldades de financiamento.²⁰⁴¹

Perante o seu insucesso, o legislador belga acabou por seguir o sistema do direito francês, ou seja, um sistema “à deux voies”. Por um lado, a via tradicional da responsabilidade civil fundada na culpa; por outra via, um “fonds des accidents”, que abrange o chamado “accident médical sans responsabilité” e um conjunto de outras situações, como as infeções nosocomiais, os danos causados por instrumentos, entre outros, mas apenas há lugar a uma indemnização se o dano for “sufisamment grave”, isto é, um dano anormal.²⁰⁴²

72.4.A experiência na Polónia

Na Polónia foi aprovada a Lei de 28 de abril de 2011 sobre a revisão da *Lei sobre os Direitos dos Pacientes e o Provedor dos Pacientes*, a qual introduz um novo procedimento extrajudicial de reclamação de indemnização dos danos corporais que resultam de um “incidente médico”.²⁰⁴³ Concorrentemente, uma nova *Lei sobre a Atividade da Saúde* de 18 de março de 2011 obriga todas as entidades de saúde que fazem a gestão de hospitais a contratar um seguro contra danos causados por “incidentes médicos”. O seguro deveria entrar em vigor até 1 de janeiro de 2012 e aplica-se a todos os incidentes médicos que ocorrem a partir dessa data, que é simultaneamente a data em que o novo sistema de compensação se tornou operativo.

As tónicas gerais desta lei polaca, que se inspirou na lei francesa e belga (embora com algumas diferenças importantes), passam pelos seguintes elementos:

- a) criação de um seguro obrigatório;
- b) resolução alternativa de litígios na área médica, sendo que o objetivo do procedimento é determinar se um “incidente médico” ocorreu; não se trata de condenar um médico específico, nem compete à comissão de determinar a quantidade de danos patrimoniais ou não patrimoniais. Se a comissão

²⁰⁴¹ Cf. os estudos publicados in Geneviève SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 499-584.

²⁰⁴² Gilles GENICOT, *Le droit médical et biomédical*, p. 49.

²⁰⁴³ Ewa BAGIŃSKA, “The New Extra-Judicial Compensation System for Victims of Medical Malpractice and Accidents in Poland”, *JETL*, 3 2012, p. 101 ss..

concluir que um “incidente médico” ocorreu, a seguradora tem de fazer uma oferta indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais do paciente ao evento.²⁰⁴⁴

c) criação de Comissões regionais de análise dos casos, compostos por juristas e médicos em número igual;

d) estas comissões decidem se o caso se caracteriza por ser um “incidente médico” no sentido da lei,²⁰⁴⁵ num período máximo de 4 meses, recaindo o custo de funcionamento a cargo do hospital ou seguradora;

e) ausência de controlo judicial das decisões das comissões de médicos ou das propostas de compensação feitas pelas seguradoras; embora se admita um recurso da decisão, este ocorre dentro do sistema “administrativo” e não nos tribunais.

Este *sistema alternativo* apenas se aplica para os casos ocorridos em internamento e não para o ambulatório. Assim, os serviços médicos que são realizados em clínicas de pacientes de ambulatório ou em consultório privado, levando a danos pessoais, não são abrangidos pelo sistema.

Por outro lado, este sistema abandona explicitamente o *princípio da compensação total*, prescrevendo como limites

²⁰⁴⁴ Natalia LOJKO, “New compensation procedure for medical events”, *Pharma Poland News*, Issue No 7 (76) – Thursday, 19 July 2012.

²⁰⁴⁵ Ocorre um “incidente médico” quando o paciente contrair uma doença contagiosa, ou quando sofra danos pessoais ou a morte como resultado de um dos seguintes tipos de conduta que *não cumpriram com o estado atual do conhecimento médico*: a) Diagnóstico incorreto ou atrasado, o que resultou em tratamento incorrecto ou retardado, contribuindo assim para o desenvolvimento da doença; b) incorreto tratamento, incluindo uma cirurgia, ou c) errada aplicação de um medicamento ou um produto médico.

O “medical event” é definido como: *a biological pathogen infection, bodily injury, health disorder, or patient’s death resulting from any of the following types of conduct found to represent a breach of the standards of current medical knowledge*: i) *diagnosis, if it led to inappropriate treatment or if it delayed appropriate treatment, contributing to the development of the condition*, ii) *treatment, including a surgical operation*, iii) *administration of a medicinal product or a medical device.*” Seguimos a tradução de Natalia LOJKO em „Extra-judicial route concerning medical malpractice in Poland – first experiences”, apresentação no Congresso Mundial de Direito Médico, em Maceió, Brasil, em agosto de 2012.

máximos de compensação por dano corporal o equivalente a €24.000 e pela morte do paciente o triplo desse valor.²⁰⁴⁶

O requerente pode optar por rejeitar a oferta, caso em que ela ou ele ainda pode intentar uma ação judicial, mas este último não está vinculado à decisão de uma junta médica. O requerente poderá, alternativamente, aceitar a proposta, mas depois não tem possibilidade de questionar os valores oferecidos e deve renunciar a quaisquer demandas posteriores decorrentes do incidente. A proposta de compensação e sua aceitação pode ser visto como um transação extrajudicial.

Se a seguradora não conseguir fazer uma proposta conforme à lei e às tabelas dos danos corporais, o paciente tem o direito às quantias peticionadas procurou, desde que estejam dentro dos limites legais. Neste caso, uma junta médica emite um certificado que tem a mesma força jurídica que a proposta aceita. Este certificado tem valor de título executivo, sem necessidade de ser confirmado por um tribunal.²⁰⁴⁷

Finalmente, a responsabilidade civil do hospital continua a ser, em regra, baseada na culpa.

Segundo Ewa Bagińska,²⁰⁴⁸ a exclusão dos serviços médicos não hospitalares levanta sérias questões constitucionais; por outro lado, os limite de indemnização propostos parecem muito baixos; finalmente, verifica-se o receio de o sector dos seguros pode não estar preparado para lidar com a magnitude deste problema.²⁰⁴⁹

²⁰⁴⁶ A decisão da Comissão Regional quanto à existência de um incidente médico é obrigatória para a seguradora que tem que fazer uma proposta de indemnização ao requerente no prazo de trinta dias. A oferta não pode exceder os limites máximos: PLN 100.000 (€ 24.000) por danos pessoais e PLN 300.000 (71.500 €) no caso de morte de um paciente. Além disso, a lei introduziu um limite para a responsabilidade global anual da seguradora, que é de 1,2 milhões de PLN (€ 285.700) para todos os incidentes médicos sujeitos a cobertura de seguro. O Ministério da Saúde emitirá um regulamento com tabelas de danos corporais e a fixação de seus valores e as seguradoras vão ser obrigados a consultar essas tabelas.

²⁰⁴⁷ A Comissão também emite um título executivo, no caso um hospital ocupar o lugar da seguradora, o que acontece quando o hospital não celebrou um contrato de seguro obrigatório ou quando a cobertura do seguro já se esgotou.

²⁰⁴⁸ Ewa BAGIŃSKA, “Poland”, in Ken OLIPHANT/ Barbara STEININGER (Ed.), *European Tort Law 2011*, De Gruyter 2012, p. 489 ss..

²⁰⁴⁹ “For patients, the new procedure offers a chance to have their compensation claims dealt with more speedily and in a less formalised manner compared with court proceedings. For hospitals, it means an extra source of risk and an obligation (temporarily deferred) to buy malpractice

73. Outras experiências de compensação dos danos causados pela atividade médica independentemente de culpa

Outros países também têm adotado novos caminhos no sentido de assegurar o ressarcimento dos danos consumados em sectores específicos da atividade de saúde, ora criando fundos específicos para os danos mais graves ocorridos em hospitais, ora fundando um regime especial para os danos graves ocorridos em certas especialidades médicas.

73.1.Fundos de compensação na Áustria e na Suíça

Uma lei federal de 2001 iniciou a criação de fundos de compensação (*Patientenschädigungsfonds*) para hospitais (públicos); os médicos que exercem fora dos hospitais não estão cobertos por este fundo. Cada Estado tem competência para regular esta matéria, pelo que a Lei Federal apenas prescreve as regras fundamentais. O Estado de Viena, na Áustria, foi o pioneiro a implementar um fundo de garantia a fim de dar cobertura aos danos médicos muito graves ocorridos nos hospitais.²⁰⁵⁰

O fundo é financiado por contribuições dos pacientes, ou seja, das vítimas potenciais, que têm que pagar uma “taxa” de €0,73 por dia. O fundo foi criado para compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais dos pacientes causados no decurso de um tratamento médico (ou a omissão do mesmo) no hospital. Este regime não visa afastar as regras da responsabilidade civil, pois visa compensar apenas os *casos*

insurance. And for insurers, it represents a chance to broaden their insurance product offerings.” – sintetiza Natalia LOJKO, New compensation procedure for medical events, *Pharma Poland News*, Issue No 7 (76) – Thursday, 19 July 2012

²⁰⁵⁰ Cf. AIGNER/ WALLNER, “Attempts to establish a system of non-fault compensation for medical maltreatment in Austria”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, II, p. 329-333); Thomas JÜEN, *Arzthaftungsrecht: die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich*, 2. Überarbeitete Auflage, Wien, Manz, 2005, p. 299 ss.

No mesmo sentido, alguns cantões suíços adoptaram o sistema *no fault* para os hospitais públicos. Segundo Barbara KLETT/ Peter SCHMIDLIN, *Haftung im Medizinalbereich*: “In vielen Kantonen handelt es sich um eine verschuldensunabhängige öffentlichrechtliche Kausalhaftung (Bsp. OW, NW und UR). In anderen Kantonen besteht die Möglichkeit nachzuweisen, dass dem Angestellten kein Verschulden zur Last fällt (z. B. LU). (<http://www.krlaw.ch/uploads/media/Haftungsfragen.pdf>)

mais graves, em que a responsabilidade não pôde ser devidamente estabelecida, especialmente por problemas de prova de causalidade ou de culpa, ou ainda as hipóteses de uma *complicação rara mas muito grave* ter ocorrido, mesmo que o paciente tivesse sido informado desse risco. Os pagamentos estão sujeitos a limites máximos, que variam em função de cada província austríaca.²⁰⁵¹

Na Suíça, alguns cantões legislaram em sentido semelhante, conferindo uma proteção acrescida aos pacientes que sofram lesões graves na sequência de tratamentos médicos e em que seja muito difícil a prova da culpa ou do nexo de causalidade.²⁰⁵²

73.2.Outras experiências de indemnização *no-fault*: danos neurológicos em recém-nascidos, sangue contaminado, vacinações

Sem preocupação de exaustividade, refira-se, ainda, que vários ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de no âmbito de um sistema tradicional de responsabilidade civil subjetiva enxertar alguma proteção especial perante casos de danos especialmente graves (danos neurológicos de recém-nascidos) ou de danos causados por transfusão de sangue contaminado ou por vacinações.

Na primeira hipótese o legislador (de alguns Estados americanos) visava essencialmente criar as condições de acesso a um seguro de responsabilidade civil por parte dos obstetras.

No caso da responsabilidade objetiva por vacinações, trata-se de conferir uma proteção adicional ao cidadão que é vítima de um dano iatrogénico por uma intervenção médica em alguma medida realizada em benefício alheio, visto que a vacinação tem para além de um efeito de prevenção na pessoa concreta, um efeito geral de saúde pública.²⁰⁵³

Quanto ao sistema *no-fault* por sangue contaminado, tratou-se de dar uma resposta política a um caso (sangue

²⁰⁵¹ KOCH, “Austria”, in KOCH (Ed.), *Medical Liability in Europe, cit.*, p. 30-31.

²⁰⁵² Olivier GUILLOD, “Compensation in the Swiss Health Care Sector”, in DUTE/ FAURE/ KOZIOL (Eds.), *No-Fault Compensation in the Health-Care Sector*, p. 404-408.

²⁰⁵³ A OMS estima que só em 2008 se tenham salvo 2,5 milhões de vidas graças aos programas de vacinação existentes no mundo. Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *State of the world's vaccines and immunization*, 3rd ed. Geneva, 2009.

contaminado com VIH) que afetou gravemente a imagem da medicina em alguns países.²⁰⁵⁴ Vejamos.

73.2.1. Danos neurológicos resultantes do nascimento

Alguns sistemas *no-fault* para danos selecionados têm vindo a ser concretizados na Virgínia e na Florida, cobrindo os *danos neurológicos resultantes do nascimento*.²⁰⁵⁵

Após analisar estes sistemas, o Estudo da Universidade de Duke conclui: (1) quer o sistema *no-fault* da Florida, quer o programa da Virgínia, alcançaram o seu objetivo principal de manter a cobertura de responsabilidade civil para os obstetras a um nível suportável; (2) a administração de um sistema *no-fault* é menos dispendiosa do que um sistema de responsabilidade civil e a rapidez com que se resolvem os casos era muito superior; (3) Apenas uma pequena percentagem dos potenciais queixosos exigiram uma compensação.

Todavia, os programas eram muito limitados no seu alcance para alcançar os fins que muitos defensores atribuem ao sistema *no-fault*: acesso à compensação e o aumento da prevenção de danos médicos. De todo o modo, podemos considerar que se trata de uma experiência positiva no sentido de dar um contributo jurídico para uma melhor prática da medicina e para o reforço da confiança quer dos médicos, quer dos pacientes numa atividade terapêutica concreta de elevado risco: a obstetrícia. Por outro lado, a socialização de um risco tão grave e com consequências tão nefastas para a qualidade de vida da criança nascida e das suas famílias revela-se uma opção louvável e humanista.

73.2.2. Danos resultantes de transfusões com sangue contaminado

Independentemente da aplicabilidade da responsabilidade civil do produtor,²⁰⁵⁶ alguns países possuem

²⁰⁵⁴ Supra (parágrafo 67.3.) aderimos à tese defendida pela melhor doutrina que defende que a Lei n.º 67/2007 permite condenar o Ente Público no caso de danos causados por vacinações, quer por transfusões de sangue.

²⁰⁵⁵ Estes Estados sentiram necessidade de introduzir um sistema *no-fault* para assegurar que esta especialidade continuava a poder ser exercida. Com efeito, em 1988 o preço do seguro de responsabilidade dos obstetras/ ginecologistas era exorbitante atingindo os \$174,000 por ano de cobertura. Cf. J. HORWITZ/ T. BRENNAN, “No-Fault Compensation for Medical Injury: A Case Study,” *Health Affairs*, 14, no. 4 (1995), p. 176-177.

um fundo de garantia com o propósito de indemnizar os sujeitos que tenham contraído o VIH na sequência de uma transfusão sanguínea. Assim acontece, entre outros, na Alemanha,²⁰⁵⁷ na Áustria²⁰⁵⁸, em Espanha, França²⁰⁵⁹, Itália,²⁰⁶⁰ Inglaterra, Israel e Quebeque.²⁰⁶¹

A Espanha e a Áustria têm ainda um fundo especial para compensar os danos causados por Hepatite C; a Alemanha para as vítimas da talidomida e na Inglaterra opera um fundo para compensar as vítimas de sangue infetado com a doença de Creutzfeld-Jacob.²⁰⁶²

73.2.3. Danos resultantes de vacinações

De acordo com um estudo publicado no Boletim da OMS, 19 países dos quatro Continentes criaram um instrumento especial de compensação *no-fault* dos danos causados por vacinações. “Em 1953, o Supremo Tribunal alemão decidiu que as pessoas que sofreram danos por vacinação obrigatória (no caso a varíola) tinham direito a indemnização. A Alemanha aprovou um programa de compensação em 1961. A França implementou um esquema semelhante em 1960. A preocupação com as lesões causadas por medicamentos e as inadequações de processos judiciais tradicionais aumentou após a tragédia da talidomida nos anos 1960. Na década de 1970, as preocupações com eventos adversos relacionados à vacinação tríplice contra a difteria-

²⁰⁵⁶ Sobre a questão, *vide* Shanti WILLIAMSON, “Compensation for Infected Blood Products: A and others v. National Blood Authority and Another”, *Electronic Journal of Comparative Law* <http://www.ejcl.org/75/art75-5.PDF>

²⁰⁵⁷ A decisão do Supremo Tribunal Federal alemão (BGH, Urteil vom 14.11.2006, AZ: VI ZR 48/06) considerou que a esposa de uma vítima de transfusão de sangue infetado também entra no âmbito de proteção do contrato entre o paciente e o hospital.

²⁰⁵⁸ Legislação que existe desde 1998, cf. KOCH, Austria, in KOCH, *Medical Liability...* cit., p. 32, abrangendo o VIH e a Hepatite-C

²⁰⁵⁹ Cf. art. 3122-1 du Code de la Santé Publique (redação de 2008).

²⁰⁶⁰ A *legge* 210, de 25 de fevereiro de 1992, concede indemnização para as pessoas infetadas com hepatite B, hepatite C e VIH via transfusão ou administração de hemoderivados.

²⁰⁶¹ Sobre a matéria, *vide* SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas : respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Madrid, Civitas, 2002.

²⁰⁶² Cf. DUTE, “A comparison of no-fault systems”, in DUTE/FAURE/ KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, p. 445.

tétano-coqueluche levou a programas que estão sendo implementados na Áustria, Dinamarca, Japão, Nova Zelândia, Suécia, Suíça e Reino Unido. Na década de 1980, Taiwan, a Finlândia, os EUA e o Quebec, criaram programas semelhantes. Na década de 1990 foi a vez da Itália, da Noruega e da República da Coreia. Os programas mais recentemente implementados são os da Hungria, Islândia e Eslovênia”.²⁰⁶³ Também em Israel, a lei confere uma indenização pelos danos causados pela vacina da poliomielite.²⁰⁶⁴

Em muitos destes países, o lesado não apenas não precisa de provar a culpa do agente que administrou a vacina ou do produtor, como beneficia ainda de uma *presunção de causalidade*, bem como de um regime especial (mais alargado) de *prescrição*. Por outro lado, em regra foi criado um *sistema administrativo de compensação*, isto é, um mecanismo extrajudicial que visa apurar a verificação dos pressupostos e o montante da indenização.²⁰⁶⁵

²⁰⁶³ Clare LOOKER/ Heath KELLY, “No-fault compensation following adverse events attributed to vaccination: a review of international programmes”, *Bulletin of the World Health Organization*, 21 March 2011.

²⁰⁶⁴ Polio Victims Compensation Law-2007, de Israel.

²⁰⁶⁵ Cf. Geoffrey EVANS, Vaccine injury compensation programs worldwide, *Vaccine*, Volume 17, Supplement 3, 29 October 1999, p. 25–35. Clare LOOKER/ Heath KELLY, “No-fault compensation following adverse events attributed to vaccination, *cit.*”, assinala que em vários países europeus se evoluiu de um simples sistema de compensação dos danos e de vacinações para um sistema global de compensação de danos ocorridos na atividade médica, designadamente na Escandinávia e na França.

74. Inovação processual e desformalização

Os mecanismos não judiciais de resolução dos conflitos revelam-se “amortecedores” do conflito e por isso permitem, num ambiente menos formal, criar um contato, permitir um esclarecimento, dar uma satisfação aos pacientes que se sentem amargurados com o insucesso da intervenção médica ou revoltados com a falta de uma comunicação ou tratamento adequado.

A resolução não litigiosa é mais frutífera que a via conflitual, pois um diálogo multilateral e cooperante revela-se mais vantajoso para a descoberta dos factos que causaram o acidente que uma dinâmica adversarial jurisdicionalizada.²⁰⁶⁶

74.1. Legislação que favorece o pedido de desculpa

O Código de Ética Médica da *American Medical Association*, que estabelece normas de conduta profissional, afirma que quando um paciente sofre significativas complicações médicas que podem ter resultado de erro do médico ou julgamento clínico, o médico está eticamente obrigado a divulgar ao paciente todos os factos necessários para assegurar a compreensão do que ocorreu.

Por seu turno, vinte e nove Estados publicaram normas do foro probatório que impedem a utilização como prova em tribunal de quaisquer “expressions of sympathy following an accident or error”. Estas leis, conhecidas como “I’m sorry laws”, encorajam a revelação plena dos erros de decisão e dos acidentes nosocomiais eliminando o medo dos médicos e dos hospitais de que a admissão do erro possa ser usada contra eles em tribunal. Esta legislação constitui uma clara mudança no direito americano, quer de fonte federal, quer de fonte estadual, onde normalmente os pedidos de desculpa são um meio de prova admissível em tribunal.

Em Portugal, o conhecimento da correspondência entre as partes e, em especial, a correspondência entre os Advogados

²⁰⁶⁶ Sobre a resolução alternativa de conflitos, Michel BERNARD, *160 questions en responsabilité médicale, Aspects pratiques et fondamentaux*, 2^e édition, Masson, 2010, p. 27, coloca em evidência que estes mecanismos apresentam as vantagens da discreção, da rapidez e gozam de certas características das vias judiciais, como sejam a imparcialidade, a objetividade, a competência e a segurança. Em França, a *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* veio colocar grande ênfase na conciliação e na mediação.

está sujeita a restrições. Todavia, em regra, a lei processual civil não impede que se junte ao processo – como prova documental – uma carta que contenha um pedido de desculpas e/ou a assunção de responsabilidade. Em certos casos extremos, poderá tal prova configurar uma situação de má-fé processual, mas as partes, entre nós, não beneficiam de nenhuma proteção semelhante à de muitos estados norte-americanos.

De lege ferenda, julgamos que uma lei que proíba uma prova resultante de um pedido de desculpas seria muito adequada à matéria da responsabilidade médica. Por outro lado, a promoção de *acordos extrajudiciais* e do recurso a meios não judiciais de resolução de conflitos deve ser encorajado; assim, esses meios de prova obtidos não deveriam ser valorados, sob pena de se inviabilizar qualquer conversação ou negociação extrajudicial, que é um dos fins que o Direito da Medicina moderno deve favorecer, em ordem a manter a *confiança* na relação médico-paciente. Mas, na ausência de legislação, esta é uma tese que dificilmente obterá vencimento.

74.2. Resolução alternativa de litígios: experiências europeias

A resolução alternativa de litígios é um paradigma emergente de realização da justiça. Ela permite uma composição célere, flexível, económica e adequada de conflitos, de acordo com os interesses das partes. Esta forma de justiça inclui a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Perante a constatação da dificuldade de prova nos processos de responsabilidade médica e do desgaste para a relação médico-paciente causado pelo litígio judicial, que conduzem a uma quebra de confiança nessa mesma relação clínica, muitos defendem a resolução alternativa de litígios. Vejamos alguns exemplos.

i. Inglaterra: (NHS Redress Bill, 2005)

A Inglaterra introduziu o *NHS Redress Bill* em 2005. Abrange os casos de demandas inferiores a £20.000 e oferece aos pacientes uma alternativa às vias judiciais que se pretende mais rápida e eficiente. É criada uma comissão de investigação de forma célere e informal que apura se houve negligência por parte do hospital e que propõe um pacote compensatório. A responsabilidade civil baseada na culpa continua a ser a base para se obter uma compensação para danos médicos, não mudando esta lei o direito substantivo, antes criando uma

alternativa processual. Em caso de negligência do hospital, a comissão pode incluir no “pacote de compensação” (‘redress package’) uma indemnização, uma explicação do sucedido, um pedido de desculpas e um relatório das ações realizadas e a realizar para prevenir futuros danos semelhantes; pode ainda incluir tratamento e cuidados de saúde. O ‘redress package’ pode ser aceite (abdicando-se do direito de intentar ação em tribunal) ou rejeitado.

O sistema é dirigido pelo *NHS Litigation Authority*. Trata-se de um processo consensual, não de um processo judicial; a compensação é oferecida e não atribuída (por condenação). O processo é voluntário, mas não pode haver lugar a um litígio em tribunal e um processo junto deste sistema alternativo ao mesmo tempo.

ii. *Alemanha (Comissões de Peritos e os Postos de Mediação)*

Por iniciativa dos médicos, foram criadas, na Alemanha, já em meados dos anos 1970, as chamadas Comissões de Peritos (*Gutachtenkommissionen*) e/ ou os Postos de Mediação (*Schlichtungstellen*). Trata-se de um meio extrajudicial, sem custos, em que o paciente pode obter gratuitamente uma perícia médica, sendo as comissões compostas por juristas e médicos. O médico não é imediatamente envolvido em tribunal, pelo que tem mais confiança no sistema e não é estigmatizado. De acordo com os estudos efetuados às decisões dessas comissões, a quota da responsabilidade do médico é na ordem dos 30 a 35%.

Este é um caminho de reforma do sistema tradicional que passa por promover o acesso a perícias arbitrais de confiança entre as partes e assim garantir mais eficácia na resolução do conflito e uma posição mais forte de negociação com as seguradoras.²⁰⁶⁷

²⁰⁶⁷ Cf. Erwin BERNAT, “Compensation for Medical Injuries, Is there a need for Reform? An Austrian viewpoint”, *EJHL* 5, 1998, p. 117-127. O Autor entende que não há necessidade de mudar o sistema tradicional de responsabilidade civil. A jurisprudência austríaca, liderada pelo OGH, desde os anos 50, criou mecanismos de facilitação de prova do incumprimento e a culpa e do nexó de causalidade entre o facto ilícito e o dano, pelo que o equilíbrio de poderes entre o paciente e o médico parece ter sido razoavelmente alcançado neste ordenamento jurídico. Por outro lado, as ações por violação do consentimento informado, em que impende sobre o médico o ónus da prova da informação, em que se aceita o nexó de ilicitude entre a falta de informação e o dano causado e em que o objeto de dever de informação é considerado matéria de direito (e não matéria de facto) e

Podem apontar-se algumas desvantagens a estes institutos: neste ambiente informal as garantias processuais não são asseguradas e a neutralidade e independência das comissões não são totalmente asseguradas. Por outra banda, se estas instituições podem trazer alguma paz e aligeirar o processo, não mudam significativamente o sistema de responsabilidade médica que verdadeiramente só a lei e os tribunais podem modificar.

Estas comissões de peritos e mediação (*Gutachter- und Schlichtungsstellen*) fornecem gratuitamente uma perícia ao paciente, mas estes pareceres não têm poder vinculativo e, por outro lado, o recurso a estas comissões tem a desvantagem de não interromper nem suspender os *prazos de prescrição*.

74.3. A Mediação a Arbitragem e a Conciliação

A *arbitragem* consiste normalmente num acordo voluntário entre as partes de submeter a resolução de um litígio, concreto (mediante compromisso arbitral) ou potencial (mediante cláusula compromissória), a um ou mais árbitros por elas designados.²⁰⁶⁸ Este instituto apresenta vantagens como a celeridade, menor formalidade do processo, confidencialidade, flexibilidade na escolha dos árbitros, custos inferiores (custos de transação para as partes e custos sociais), elevado grau de especialização dos árbitros e maior sensibilidade aos conhecimentos específicos do Direito da responsabilidade médica. Este meio de resolução alternativa de litígios está regulado pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Julgamos que as ações de responsabilidade civil médica, embora envolvam questões de tutela de direitos de personalidade (*maxime* a integridade física), podem ser objeto de uma convenção arbitral, com base no n.º 1 e n.º 2 do art. 1.º da referida lei, na medida em que apenas se pretenda exercer uma *pretensão indemnizatória*, ou seja, um *direito de crédito de natureza patrimonial*.²⁰⁶⁹

portanto sob controlo dos tribunais superiores, têm permitido compensar os pacientes em muitos casos.

²⁰⁶⁸ Para maiores desenvolvimentos, cf. REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 30 ss; e Mariana FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

²⁰⁶⁹ Art. 1.º, n.º 1: “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de

A *mediação* consiste numa “modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”²⁰⁷⁰. A metodologia empregue pelo mediador consiste em levar as partes a colaborar na resolução do problema, ajudando-as a harmonizar os seus interesses conflitantes e em detrimento das posições iniciais das partes, procurando superar intransigências. O mediador, um profissional normalmente com formação em Direito, Psicologia ou outras ciências humanas com formação complementar em mediação, procura aproximar os partes, levando-as a chegar a um acordo em que os seus *interesses* se possam aproximar. Aqui busca-se um *compromisso* e um *consenso*,²⁰⁷¹ em que se visa preservar a relação humana entre as partes, sem o sofrimento de um conflito judicial.²⁰⁷² Julgamos que esta é uma das áreas que merece uma investigação futura, porque pode trazer um contributo importante para um Direito da Medicina que vise

árbitros. 2 –É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.”

²⁰⁷⁰ Art. 35º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho. Ao nível da União Europeia, foi aprovada a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, que embora se destine a regular os conflitos transfronteiriços contém princípios que devemos tomar em consideração.

²⁰⁷¹ A Mediação tem tido a sua área de atuação por excelência no âmbito do Direito da Família, mas pode e deve expandir o seu raio de ação, designadamente para o domínio do Direito da Medicina e da responsabilidade médica em particular. Cf. Lúcia Vargas, *Julgados de Paz e Mediação-Uma nova Face da Justiça*, Almedina, Coimbra, 2006.

²⁰⁷² “A Mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de natureza privada, informal, confidencial, não adversarial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um Mediador que apenas assume o encargo de as aproximar, de as ajudar a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que entre elas emergiu. A mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos.” – no parecer de Susana Figueiredo BANDEIRA, “A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios”, in *Julgados de paz e mediação: um novo conceito de justiça*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito. 2002, p. 116.

promover a confiança e manter o equilíbrio na relação médico-paciente.

Finalmente a *conciliação* assemelha-se à mediação, mas o terceiro imparcial é mais interventivo, podendo propor às partes uma solução para o conflito que as opõe²⁰⁷³.

Entende-se que incentivar o recurso a meios de resolução alternativa de litígios poderá ter efeitos positivos em sede de redução do congestionamento dos tribunais e aproveitamento dos recursos jurisdicionais, podendo ainda contribuir para dinamizar, desenvolver e alargar a utilização destes meios.

Em vários ordenamentos jurídicos adoptaram-se diversas estratégias para incentivar os cidadãos a dirimir os seus litígios através do recurso à resolução alternativa de litígios. Uma estratégia presente em alguns países consiste em não se permitir a propositura de determinados litígios nos tribunais sem que tenha havido uma tentativa prévia de resolução alternativa do litígio.²⁰⁷⁴

Entre nós desenvolveu-se a estratégia de incentivar as partes a recorrer a meios de resolução alternativa de litígios através da *modulação e distribuição das custas*. Assim, segundo o art. 447.º-D, n.º 4, CPC: “O autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.”

Estes institutos carecem do acordo das partes envolvidas e alguns receiam que o paciente, dada a sua vulnerabilidade, não esteja em condições de rejeitar estes caminhos, mesmo que não lhes sejam favoráveis. Somos de parecer que urge implementar um sistema geral de resolução alternativa de litígios, composta por juristas especialistas em direito da responsabilidade médica e coadjuvados por médicos especialistas com formação forense adequada.

²⁰⁷³ Lúcia VARGAS, *Julgados de Paz e Mediação-Uma nova Face da Justiça*, p. 53.

²⁰⁷⁴ Assim, em alguns Länder da Alemanha (*Gesetz zur Forderung der außergerichtlichen Streitbeilegung* de 1999) e na Itália (*Decreto Legislativo n. 28 del 2010*). Nos EUA a Arbitragem e a mediação têm vindo a ser postas em prática em alguns Estados.

CAPÍTULO 3 – PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

75. A complexidade da análise e a dimensão política da decisão

Muitos Autores têm esgrimido argumentos a favor de uma mudança do sistema da responsabilidade civil médica.²⁰⁷⁵ Alguns estudos têm vindo a ser publicados: uns apontam no sentido de uma radical transformação do sistema, abandonando o paradigma da responsabilidade civil e abraçando uma solução de compensação do dano ocorrido em atividades médicas *no blame* (sistema da Nova Zelândia e dos países escandinavos); outros defendem a introdução de um sistema binário, em que se mantém como regra a responsabilidade civil fundada na culpa médica, mas se admite um direito especial, baseado em seguros e em fundos de compensação, que visam indemnizar as vítimas de um erro médico (mesmo que não negligente) que sofram *danos mais graves* (França, Bélgica). Por vezes este sistema fica limitado aos danos ocorridos no *internamento hospitalar* (Polónia) outros apenas abrangem os danos muito graves ocorridos em hospitais públicos (Áustria).

Todos estes sistemas têm em comum o ‘abandono’ do ritualismo e do formalismo dos tribunais e visam juntar à mesma mesa juristas (preferencialmente um Magistrado) e os peritos médicos, que de forma informal e com um intuito de busca da verdade procuram discernir se o dano ocorrido foi causado pela prestação de cuidados de saúde ou se é consequência da evolução normal da doença ou o dano era inevitável – caso em que não se concede indemnização. E este talvez seja o aspeto mais marcante das várias experiências enunciadas: a criação de um *clima de diálogo* e não de litígio e

²⁰⁷⁵ Rui CASCÃO, “1972, Para além da culpa...”, *BFD*, 2012, *cit.*, p. 717 ss. mostra-se muito crítico do sistema tradicional, escrevendo: “o paradigma da culpa na responsabilidade civil clássica, no que respeita à compensação do dano corporal, mais do que uma etiqueta ou um *tû-tû*, parece ser um verdadeiro “ativo tóxico” jurídico que legitima dogmaticamente um sistema opaco, complexo, caro e tortuoso de responsabilidade civil médica, manifestamente incapaz de atingir qualquer um dos seus objectivos assumidos, apenas indemnizando uma escassa minoria dos pacientes lesados, potenciando o risco de exclusão social destes e sendo incapaz de demonstrar, no plano empírico, as suas virtuais potencialidades dissuasoras em sede de prevenção do dano médico.”

de barganha processual. Com isso ganha a relação médico-paciente que não fica tão prejudicada e ganha a evolução da ciência médica, porque nestes sistemas mais eficazmente se implementam sistemas de notificação de eventos adversos.

Outros Autores advogam apenas reformas “cirúrgicas” que visem atalhar aos pontos de maior debilidade do sistema vigente, já no âmbito do ônus da prova da culpa e da causalidade, já na busca de soluções não adversariais de composição alternativa de litígios, incrementando o papel dos seguros de responsabilidade, as comissões de arbitragem e a institucionalização da responsabilidade.

A orientação *tradicionalista* entende que a introdução de um sistema de responsabilidade pelo risco em matéria de acidentes médicos corresponde aos interesses profissionais de classe, seja o prestígio, seja a tranquilidade, e não propriamente o desejo de conferir às vítimas uma proteção acrescida.²⁰⁷⁶

Na literatura germânica, surgem vozes de satisfação com o direito vigente. Deutsch e Spickhoff²⁰⁷⁷ criticam a responsabilidade pelo risco, bem como uma inversão genérica do ônus da prova, visto que não é a atividade médica que traz o perigo para o doente; bem pelo contrário, o paciente encontra-se por causa do seu estado de saúde em perigo e o médico procura ajudá-lo. Afirmam que o princípio da culpa foi expressamente escolhido pelo legislador para garantir a liberdade da conduta; enquanto o médico se comportar de acordo com os *standards* da sua profissão não age com culpa e não será responsabilizado. Também os austríacos Koziol e Koch se vêm posicionando contra uma alteração do sistema, visto que – mesmo nos sistemas *no-fault* – se exige a prova da causalidade e há critérios jurídicos complexos para discernir os casos de dano compensável.²⁰⁷⁸

Contudo, devemos não olvidar que estes Autores partem de uma base de análise de países onde a doutrina e jurisprudência há muito consolidaram exigentes inversões do ônus da prova, um rigoroso regime de responsabilidade civil

²⁰⁷⁶ K. M. STANTON, *The Modern Law of Tort*, Sweet and Maxwell, London, 1994, p. 21.

²⁰⁷⁷ DEUTSCH/ SPICKHOFF, *Medizinrecht...*⁶, p. 157.

²⁰⁷⁸ KOCH/ KOZIOL, “Comparative Report and Conclusions”, in DUTE/ FAURE/ KOZIOL (Eds.), *No-Fault Compensation in the Health-Care Sector*, Springer, 2004, 436 ss.; cf., em sentido semelhante, Erwin BERNAT, “Compensation for Medical Injuries, Is there a need for Reform? An Austrian viewpoint”, *European Journal of Health Law* 5, 1998, 117-127.

por violação do dever de esclarecer e de obter o consentimento informado e, sobretudo, em que as Comissões de Peritos e Árbitros funcionam com prestígio e eficácia, e em que o sistema judicial dá uma resposta satisfatória às exigências dos cidadãos e em que as prestações da segurança social fazem face não só às necessidades básicas, mas mesmo a um bom nível de qualidade de vida, perante um infortúnio causado por um “acidente” médico.²⁰⁷⁹

Por seu turno, Katzenmeier entende que o *princípio da culpa* permite desenvolver a *ética da responsabilidade* dos médicos²⁰⁸⁰, mas não fecha a porta a uma mudança de sistema. O Autor tedesco afirma que são necessários estudos de cariz económico, social e jurídico para fundamentar a sua implementação e levanta um conjunto de problemas, dos quais destacamos e sintetizamos os seguintes:

- Como delimitar os riscos segurados, isto é, os riscos decorrentes da evolução da doença ou do mero infortúnio, vs. os riscos causados pelo erro médico lato senso?
- Como compensar os danos não patrimoniais? Haverá um limite máximo de danos compensáveis?
- Qual a legitimidade para criar um sistema de responsabilidade especial para os danos causados pela atividade médica?
- Quais os meios de financiamento e a sustentabilidade de um sistema *no fault*?
- Como manter a medicina como uma profissão liberal e simultaneamente afastar a sua responsabilidade, visto que, no plano jurídico-constitucional, afirma o Autor, a liberdade do médico se funda na sua responsabilidade?

Se subscrevemos todas estas perguntas e sublinhamos a necessidade de constituição de uma equipa multidisciplinar que faça um estudo profundo, de natureza jurídica e económica antes da redação de uma lei sobre a compensação dos danos causados por prestadores de cuidados de saúde médicos e se defendemos que os efeitos de uma eventual lei devem ser

²⁰⁷⁹ Na Alemanha os custos com despesas forenses são normalmente suportados por um seguro de advogado, que a maioria da população subscreve, o chamado *Rechtsschutzversicherung*. Este é também um factor muito importante, pois os custos de acesso à justiça, designadamente a uma justiça especializada e altamente complexa como é a responsabilidade médica, que se verificam em Portugal, não são sentidos da mesma forma pelo cidadão alemão.

²⁰⁸⁰ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 539.

monitorizados, já nos afastamos deste Autor na relativa *satisfação* que este demonstra face ao funcionamento da responsabilidade civil.

A realidade alemã é distinta da realidade portuguesa. E, como procurámos transmitir, no nosso país, o cidadão que é vítima do infortúnio da lotaria da vida e que é tomado pelo ‘passaporte da doença’, pode sofrer agruras para aceder aos cuidados médicos em tempo devido (embora em regra sejam de boa qualidade). Aí chegado, o risco de sofrer *danos iatrogénicos* é tão elevado como em qualquer outro país civilizado, em razão da *organização complexa* em que está inserido. Posteriormente confronta-se com um sistema judicial tradicional e pouco ambicioso, pois não está ainda implantado um procedimento extrajudicial de análise do erro médico, e nos tribunais não está ainda segura a utilização dos expedientes de facilitação da prova ou mesmo de inversões do ónus da prova típicas do *Richterrecht* germânico. Pelo contrário, a responsabilidade médica segue o ritualismo e o formalismo processual comum, o que conduz ao resultado de o acesso à justiça ser caro, moroso e de difícil sucesso, sobretudo para os cidadãos doentes de menores recursos financeiros para promover uma boa demanda judicial.

Ora, o art. 24.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina sobre a *reparação de dano injustificado* prescreve: “A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.” Este é um direito que urge ser relembrado: o *direito à reparação, à indemnização do dano injustificado*. Naturalmente que seguindo o direito civil português (arts 483.º e 798.º CC), que exige ilicitude, a culpa e o nexó de causalidade. Mas não podemos olvidar que a interpretação do direito ordinário deve ser feita em conformidade com o Direito Convencional e com o Direito Constitucional.²⁰⁸¹ Pelo que este comando supralegal impõe uma mudança, uma transformação no Direito Civil.

²⁰⁸¹ Não se trata aqui de advogar um Direito Civil Constitucional ou a “constitucionalização do Direito Civil” ou outras correntes metodológicas que no limite conduzem à perda de autonomia do Direito Civil (para uma crítica a essas correntes, cf. MOTA PINTO (PINTO MONTEIRO/ Paulo MOTA PINTO), *Teoria...*, p. 71 ss.. Mas este não pode ficar fechado num sistema lógico-formal que não atende às exigências da vida e às expectativas comunitárias, espelhadas noutros ramos do Direito. Em especial, no Direito da Medicina, urge ter uma visão global da ordem

O *transplante legal*²⁰⁸² revela-se um mecanismo a evitar, em geral. E um transplante do sistema escandinavo para Portugal não nos parece ser uma solução óptima. A estrutura sociológica, económica e política portuguesa dificilmente permitiria implantar, com sucesso e sem descontrolo financeiro, o sistema escandinavo. Com efeito, a compensação dos danos (*evitáveis*) causados pela intervenção médico-medicamentosa seria onerosa, a exigir um esforço financeiro suplementar, e não resulta claro que o dinheiro gasto nessas compensações não seria melhor utilizado na melhoria da prestação dos cuidados de saúde em geral. Por outro lado, a dimensão de prevenção e sanção inerente à responsabilidade civil parece ter ainda um papel importante na nossa cultura jurídica, de matriz helénico-romana e judaico-cristã.²⁰⁸³

Todavia, quando falamos de lesados de um acidente médico que sofrem de graves danos ou grandes incapacidades já as linhas de raciocínio podem e *devem* ser diferentes. A necessidade de proteção destas pessoas pode exigir um *plus* de proteção, para além da segurança social e do regime clássico da responsabilidade civil.

Finalmente, se lançarmos mão de estudos de análise económica do direito – designadamente do ensino de Fernando Araújo²⁰⁸⁴ –, confirmamos que são apontados vários caminhos de reforma:

- (1) limitação da ressarcibilidade de danos não patrimoniais;
- (2) recurso a pagamentos periódicos;
- (3) limitação de redundâncias na indemnização;

jurídica, como bem advoga Albin ESER, *Perspectivas do Direito (Penal) da Medicina*, RPCC, 2004, p. 11-63.

²⁰⁸² Terminologia cunhada por A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974. Cf. tb. Basil MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology, A Subject and a Thesis*, Oxford: Hart Publishing, 1997.

²⁰⁸³ Com efeito a culpa como condição da responsabilidade tem vindo a ser equiparada à autonomia como base do contrato. Seriam os dois pilares do direito civil: culpa e autonomia. Cf. sobre a matéria, CASTANHEIRA NEVES, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, *BFD*, volume LIII, 1977, p. 381 ss. e *Digesta – Ensaio acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, volume I, p. 475 a 482, Coimbra, 1995, p. 479 ss.

²⁰⁸⁴ Fernando ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, p. 894. Cf. ainda Miguel PATRÍCIO, *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, 2010, p. 301 ss. e o estudo de Rui CASCÃO, *Prevention...*, especialmente Chapter 6, 3. *A Roadmap for Reform*.

(4) limitação das remunerações variáveis dos advogados (“contingent fees”);

(5) adoção de sistemas alternativos de resolução de conflitos, que visam reduzir os custos de transação e ao mesmo tempo aumentar a eficiência do mecanismo indemnizatório e combater a litigância frívola;

(6) opção por alternativas “no-fault”, seja do modelo sueco, o modelo neozelandês ou a pura responsabilidade objetiva dos hospitais.

Donde, vários arrimos jurídicos, de natureza axiológica, económica, política e de equidade apontam no sentido da necessidade de se promover uma mudança, uma mudança forte, no direito da responsabilidade civil médica.

Traçaremos, de seguida, um simples esboço de um debate que uma comissão interdisciplinar deveria aprofundar e que o auditório da comunidade jurídica e médica deveria começar a travar, até chegar ao areópago político, porque esta não é uma matéria isenta de um sentido ideológico, ou pelo menos, de uma certa concepção do Direito na Sociedade. Em último termo, um trabalho de Direito Civil tem que assumir a humildade do seu papel, porque estamos a entrar num campo já não da pura dogmática jurídica, mas da decisão político-legislativa.

76. A responsabilidade médica entre a teleologia do Direito Civil e intencionalidade do Direito da Medicina

No debate doutrinal em torno destas opções sobre a responsabilidade médica tem-se registado uma tendencial cisão entre os Autores de matriz civilista e os Autores que cultivam o Direito da Medicina.²⁰⁸⁵ Assim, os doutrinadores da Dogmática da Responsabilidade Civil, tendencialmente, defendem que o sistema da responsabilidade civil, em que os elementos tradicionais da ilicitude, culpa e nexo de causalidade devem ser mantidos, embora aceitando o aperfeiçoamento do sistema,

²⁰⁸⁵ Esta cisão é paradigmática na apresentação de dois textos de conclusões na obra DUTE/ FAURE/ KOZIOL (Eds), *No Fault Compensation in the Health-Care System*, 2004. Assim, na conclusão de Koch e Koziol, Professores austríacos de Direito Civil, encontra-se a defesa do *status quo*, isto é, do sistema baseado na responsabilidade civil por factos ilícitos, junto dos tribunais comuns; já a conclusão de DUTE, especialista holandês de Direito da Medicina e Direitos Humanos, encontramos uma defesa dos sistemas no-fault e de ‘sistemas administrativos de compensação do dano causado por atividades de saúde’.

através de mecanismos técnico-jurídicos de facilitação do ónus da prova ou mesmo de alguns casos de inversão do ónus da prova. Estes Autores entendem que se deve manter uma distinção teleológico-intencional entre o Direito Civil (incluindo a responsabilidade civil) e o Direito Social, ou o Direito da Segurança Social: a este último compete proteger os cidadãos no infortúnio, ao primeiro impõe-se discernir e censurar as condutas ilícitas negligentes e simultaneamente ressarcir o lesado dos danos causados. Finalmente, os apoiantes do sistema tradicional apontam que a ameaça de ser processado em juízo funciona como uma prevenção (*deterrent*) para o cuidado abaixo do standard e de desvirtuar a noção de Estado de Direito.

Os segundos entendem que esta é uma retórica vazia que deixa na sombra o sofrimento dos pacientes lesados e não contribui para o sucesso dos programas de *clinical governance* e de gestão do risco médico. Com efeito, os dados empíricos não demonstram que o sistema baseado na culpa contribua para a prevenção. Numa leitura do erro médico enquanto inserido num macro-sistema do Direito da Medicina como sendo aquele que visa promover a *confiança* e a *solidariedade existencial* dos parceiros na relação clínica, a busca de uma culpa de um agente concreto tem mais malefícios do que benefícios. Antes deveria o Direito distinguir claramente aquilo que é a tarefa de reparação dos danos – ao menos dos *danos graves* – causados pelo erro e pela álea médica e a função de punição, disciplina e controle dos ‘maus’ médicos. A que acresce um terceiro enfoque, o da necessidade de aprender com os erros, através dos sistemas de notificação dos incidentes e eventos adversos.²⁰⁸⁶ Donde, os sistemas como o escandinavo se apresentam como um modelo com muitas vantagens sistémicas.

Por outro lado, tem ganho cada vez mais adeptos uma via intermédia, implementada pelo legislador francês e posteriormente pelo belga e pelo polaco ao longo dos últimos

²⁰⁸⁶ David E. SEUBER, Is “No-Fault” the Cure for the Medical Liability Crisis? In *Virtual Mentor*, April 2007, Volume 9, Number 4, p. 315-321: “A no-fault system encourages health care professionals to identify the system malfunction and take a proactive approach to fixing it. At the same time, where a patient has suffered harm, the no-fault system must assure appropriate compensation. Such an approach accomplishes two goals: first the patient is compensated for the injury, and, secondly, society’s health care is upgraded and enhanced by fixing an error in the system. Such an error may in fact be a physician with a deficit. The no-fault process can identify this deficit and allow for physician retraining and rehabilitation.”

10 anos: mantendo como base a responsabilidade civil baseada na culpa, cria-se um sistema processual novo de raiz não conflitual e assente na autoridade da perícia médica, sob controlo de um Magistrado e que distingue não apenas os casos de culpa médica – em que se seguem as regras tradicionais – mas também os lesados *graves* que merecem o apoio de um sistema baseado em princípios de solidariedade nacional, caso não se prove a culpa médica.

Pela nossa parte – enquanto civilistas que se apercebem da emergência intencional e normativa de um Direito da Medicina – julgamos que a solução intermédia²⁰⁸⁷ – a via francesa – mereceria a maior atenção por parte dos juristas e, num segundo momento, da comunidade política nacional, com vista a melhorar o Direito português, no sentido da promoção de uma melhor medicina e de uma maior proteção dos cidadãos doentes.

Um Estado Social de Direito que vise a promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana e um Direito da Medicina que procure criar confiança na relação médico-doente deverão promover reformas no sistema de responsabilidade civil médica que tornem a compensação por danos injustos mais rápida e previsível e que simultaneamente permitam aos médicos aprender com os erros e melhorar o sistema de prestação de cuidados de saúde.

Vejamos com mais detalhe.

77. Propostas de reforma do sistema de responsabilidade médica

77.1.Proposta 1 – Socialização da reparação de dano corporal grave causado por acidentes médicos

Julgamos que um sistema como o implantado na França e na Bélgica poderia ter bom acolhimento entre nós. Para além da proteção dos doentes lesados mais necessitados, esse sistema permite a implantação de um modelo de composição do litígio especializado, mais expedito e que oferece maior satisfação às partes envolvidas. As comissões regionais de indemnização,

²⁰⁸⁷ David M.STUDDERT/ Troyen A. BRENNAN: No-Fault Compensation for Medical Injuries, *JAMA*, July 11, Vol. 286, N. 2, 217-223 defendem também uma „instrumental approach to reform“. Um sistema ótimo seria aquele que permite: „prevent medical errors e efficiently compensate injuries once they occur.“ Mas para atingir esse objetivo deve o legislador caminhar por passos experimentais e seguros.

compostas por peritos médicos, presididas por um Juiz e com um processo informalizado em que se busca a verdade material, sempre assistido economicamente por um sistema de seguros de responsabilidade robusto e operante, ainda que com apoio de fundos do Orçamento Geral do Estado, parecem-nos ser um caminho muito acertado.

Um Estado Social de Direito deve estar disposto a oferecer a estes concidadãos um sistema mais humano que os compense dos danos causados no âmbito desta atividade intrinsecamente causadora de dano.²⁰⁸⁸

Assim, uma proposta que viesse criar o direito a uma indemnização – através de um fundo público – no caso de danos causados a pessoas com incapacidade superior a 25% mereceria o nosso apoio. Tal exigiria a constituição de fundos financeiros para suportar essas indemnizações – um *Fundo de Acidentes Médicos*. Julgamos que uma pluralidade de fontes de financiamento poderiam garantir a sua sustentabilidade. Parta-se do exemplo do Fundo de Garantia Automóvel e acrescentem-se outras fontes.²⁰⁸⁹ Assim podíamos ter, num elenco meramente exemplificativo (e que careceria do estudo pluridisciplinar de uma equipa de juristas e economistas que melhor o fundamentassem):

(1) uma percentagem dos seguros de responsabilidade civil dos médicos e das instituições hospitalares (modelo francês);

(2) uma taxa sobre todos os serviços médicos (modelo de Viena);

(3) um tributo específico sobre o volume de faturação de todos os serviços médicos e hospitalares (para onerar mais as especialidades financeiramente mais dispendiosas e as especialidades médicas com grande complexidade tecnológica, em benefício das especialidades com um regime de consulta presencial mais intensivo, mas menos oneroso);

²⁰⁸⁸ O filósofo francês François EWALD, *L'Etat Providence*, Seuil, Paris, 1984, explica como o moderno Estado Providência ou Estado de Bem-estar “welfare state” compensa os riscos sociais dos acidentes de trabalho, a doença e problemas sociais através do desenvolvimento de esquemas de segurança social. Assim a segurança social é criada em oposição à crescente intervenção na intimidade da personalidade do indivíduo. Isto significa que a legislação e a prática jurídica tentam desenvolver uma proteção mais extensa da pessoa humana, aplicando implicitamente os princípios da autonomia, dignidade, integridade e vulnerabilidade.

²⁰⁸⁹ O FGA intervém em casos mais limitados do que os que estamos a prever para esse Fundo de Acidentes Médicos.

(4) um complemento a prestar pelo Orçamento de Geral do Estado, caso necessário.²⁰⁹⁰

77.2.Proposta 2 – Socialização da reparação de dano corporal grave em algumas áreas específica

Na ausência de consenso (ou de maioria) política para a criação do sistema referido, propomos uma resposta mais pontual (e que poderia servir como experiência piloto) para certos danos:

- Responsabilidade objetiva por danos neurológicos graves em recém-nascidos²⁰⁹¹ (que causem incapacidade superior a 25%)
- Responsabilidade objectiva por danos causados por vacinação obrigatória (que causem incapacidade superior a 25%)
- Responsabilidade objetiva por danos causados por transfusões sanguíneas (que causem incapacidade superior a 25%).

Em todos estes casos, a entidade prestadora de cuidados de saúde, pública ou privada, teria a obrigação de celebrar um contrato de seguro de responsabilidade civil. No caso de esse seguro exigir um prémio muito elevado, deveria um grupo interdisciplinar estudar a possibilidade de financiamento complementar, designadamente através de uma comparticipação do Orçamento Geral do Estado, com o objetivo de apoiar – de forma sistemática e não num esquema *ad hoc* – as vítimas destes graves infortúnios.

77.3.Interpretação do Direito Civil vigente em conformidade com as exigências dos Direitos Humanos

Em caso de incapacidade de mobilização do poder legislativo para operar mudanças estruturais no *Direito da reparação dos danos corporais* graves causados pelas atividades de saúde, deve o civilista concentrar-se em promover a interpretação do regime jurídico no sentido que seja mais conforme às exigências atuais e dos conhecimentos que o

²⁰⁹⁰ A experiência francesa mostra que tem sido necessário contar com algum contributo financeiro derivado do Orçamento de Estado.

²⁰⁹¹ Para além da legislação do Estado da Virgínia e da Florida, nos Estados Unidos, vide também, neste sentido, as propostas do Relatório *Making Amends*, Department of Health, June 2003.

Direito da Medicina nos foi trazendo no sentido de evitar que a intervenção do Direito, mais concretamente, da responsabilidade civil, não venha a deteriorar o clima de confiança na relação médico-doente.

Nesse sentido, e dentro do quadro legal em vigor, saudamos a institucionalização da responsabilidade, a objetivação da responsabilidade e a promoção de instrumentos de resolução alternativa de litígios.²⁰⁹²

i. A institucionalização da responsabilidade

Numa leitura que atenda aos interesses da segurança do paciente e à manutenção da relação de solidariedade existencial e de confiança entre o médico-paciente, concordamos com a manutenção do regime da Lei n.º 67/2007, segundo o qual o profissional de saúde (em funções nos hospitais públicos *lato sensu*) não deve responder civilmente, salvo em caso de *negligência grosseira*.

Por seu turno, o princípio da adesão (art. 127.º CPP) não contribui para distinguir claramente os fins da responsabilidade penal dos objetivos da responsabilidade civil, os quais, no caso da responsabilidade médica se podem revelar em certa medida antagónicos. Sendo o Processo Penal altamente estigmatizante e indutor de uma radical quebra de solidariedade existencial entre o médico e o paciente, o facto de em alguns países, como em Portugal, se recorrer a esta via processual com grande facilidade, em nada contribui para um clima de promoção do estudo do evento adverso e da *clinical governance*. Pelo contrário, a manutenção do princípio da adesão pode ser a razão principal pela qual é crescente o clima de desconfiança dos médicos face ao sistema de justiça, apesar de os pacientes em Portugal dificilmente conseguirem obter uma satisfação para os seus danos.

²⁰⁹² Acompanhamos, pois, as teses expostas por Rui CASCAO, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *cit.*, p. 97-106: A institucionalização da responsabilidade: sendo os cuidados de saúde prestados no âmbito de uma instituição hospitalar, esta é a única responsável civil; A objectivação da responsabilidade: a substituição, em alguns casos, do conceito de culpa pelo conceito de risco. No modelo escandinavo o pressuposto essencial é a «evitabilidade do erro», enquanto que no modelo francês se impõem obrigações de resultado de segurança relativamente a alguns riscos sanitários; A desjudicialização do ressarcimento: em maior ou menor grau (...).”

Um caminho de investigação futura passará por perceber se o Direito da Responsabilidade Civil médica evoluiu mais nos países sem o princípio da adesão (v.g., a Alemanha e os Estados Unidos), pois nesses ordenamentos há uma separação clara entre os interesses de prevenção geral e especial e de sancionamento de uma culpa individual – que só se justificará nos casos de negligência provada – e o escopo de ressarcimento de danos aos lesados em virtude de um comportamento indevido do médico, caso em que se deveria lançar mão de facilitações de prova e mesmo de inversões do ónus da prova.

ii. A objetivação da responsabilidade

Num sistema de responsabilidade civil em que “só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (483.º, n.º2 CC), quando apontamos no sentido da objetivação, apenas podemos querer significar uma promoção de reformas legislativas que aumentem os casos de responsabilidade objetiva na área da medicina (pelo que remetemos para as propostas 1 e 2).

Quanto a uma defesa de uma mais flexível aplicação das presunções de culpa previstas no Código Civil – que só com abuso de expressão dogmática se pode considerar uma ‘objetivação’ da responsabilidade –, fomos advogando uma utilização prudente das mesmas.

Por outro lado, o rigor na exigência do consentimento informado, o que inclui a imposição de um dever de esclarecer dos riscos graves e a efetiva consideração de que o ónus da prova da informação impende sobre o médico, bem como o ónus da prova de que o doente aceitaria a intervenção mesmo que devidamente informado impende sobre o médico (consentimento hipotético) é um caminho legítimo para incrementar a transparência nos cuidados de saúde e de conseguir um maior equilíbrio quer na relação quotidiana médico-paciente, quer no caso de haver um litígio em tribunal.

iii. Desjudicialização da responsabilidade

Finalmente, a exigência de inovação processual e o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos, designadamente tribunais arbitrais ou comissões de mediação e conciliação, compostas por peritos, médicos e juristas, que promovam, de forma rápida e eficaz, a determinação da existência de um nexo de causalidade e de um incumprimento

culposo por parte de um profissional de saúde merece o nosso franco apoio.

Conclusão

O Direito e a Medicina na era da Cidadania: propostas para pontes de confiança

Esta tese, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, abarca vários temas e matérias que por si só poderiam dar origem a várias dissertações académicas. Na tradição da Faculdade de Direito de Coimbra não é, porém, desadequado – parece-nos – a elaboração de uma Dissertação de Doutoramento que faça uma prospeção horizontal de um grande tema, que veja *parte* da floresta e que não se concentre apenas numa árvore.

Olhando para a relação médico-paciente numa perspetiva de Direito Civil, isto é, analisando os diversos direitos e deveres dos pacientes e dos profissionais de saúde e a respetiva responsabilidade civil, compreendemos a índole especial desta relação humana e social, agora também regulada pelo Direito.

Deixamos, nestas últimas páginas, apenas algumas *ideias fortes*. Ideias que não pretendem ser um sumário com as conclusões parcelares sobre os inúmeros temas que fomos desbravando ao longo desta tese. Antes uma enunciação de uma Arquitetura de várias pontes... Pontes que visam ligar – sem as confundir – as várias margens que este rio do Direito da Medicina vai tocando.

A emergência do Direito da Medicina

Karl Jaspers ensina: “A atividade médica assenta sobre duas colunas: de um lado os conhecimentos das ciências da natureza e as possibilidades tecnológicas, do outro sobre o *Ethos* da humanidade.”²⁰⁹³ Na reunião destas várias qualidades, o médico distingue-se de um simples técnico, dos cientistas das humanidades, bem como de qualquer cientista da natureza. Por isso, idealmente, entre o médico e o paciente deve-se estabelecer uma relação com uma estrutura diádica (*dyadische Struktur*). Tradicionalmente, esta relação estabelecia-se entre dois indivíduos que não eram passíveis de representação ou de substituição, na medida em que os seus papéis, deveres e direitos estavam interrelacionados e entrecruzados. Com a

²⁰⁹³ Karl JASPERS, *Die Idee des Arztes*, 1960, p. 111.

medicina de equipe e com a sofisticação tecnológica, esta relação tornou-se ainda mais complexa e afigura-se assimétrica em todos os seus pontos fulcrais. De um lado, a postura de dependência, a “fraqueza” existencial e o desconhecimento por parte do paciente; do outro a competência técnica, a especialização, o poder e a autoridade do médico. Essa assimetria pode ser atenuada através de regras jurídicas e regulamentações, mas dificilmente consegue ser superada ou ultrapassada.²⁰⁹⁴

Não basta já a simples “*confiança*” ingénuo. Impõe-se o desenvolvimento dogmático de um escudo jurídico que proteja a pessoa (e outros bens jurídicos da vida humana) face aos inúmeros riscos da biomedicina. Em especial, importa desenvolver instrumentos de proteção da vítima de um erro médico evitável, como resulta aliás da imposição supralegal constante do art. 24.º da Convenção de Oviedo: o direito à reparação equitativa do dano injustificado.

“*Criar confiança*” (Guilherme de Oliveira) afirma-se mais do que um lema, um propósito último de toda a ação do mundo jurídico na sua relação com a Medicina. Princípio normativo que ilumina um novo ramo do Direito.

Este ramo jurídico, o Direito da Medicina, tem colocado em evidência, nos tempos hodiernos, as seguintes características, por vezes contraditórias:

- (1) Uma concepção liberal do direito de dispor do próprio corpo;
- (2) O princípio da não comercialização do corpo;
- (3) Descentralização do controlo da decisão, através da delegação para comissões especializadas a decisão concreta sobre aspetos mais controversos;
- (4) Uma diminuição da utilização dos tribunais no controlo e supervisão dos processos decisórios complexos.

Por seu turno, o sujeito principal desta relação jurídica, o paciente, adquiriu o estatuto de *cidadão* numa relação médico-paciente que se quer *democrática*. As vias para a construção dessa “*démocracie sanitaire*” são:

Em primeiro lugar, a *transparência na relação de cuidados*, que se traduz: (1) No reforço da *obrigação de informação* do fornecedor de cuidados de saúde; (2) na possibilidade de *aceder diretamente ao processo clínico* e (3) na *mediação de terceiros* com vista a favorecer a confiança e a solidariedade existencial na relação de cuidados clínicos, assim

²⁰⁹⁴ KATZENMEIER, *Arzthaftung*, p. 9.

se compreendo o papel do *procurador de cuidados de saúde* e das *Comissões de ética assistenciais*, bem como de muitas *outras entidades* que em casos pontuais dão o seu parecer ou autorização, por exemplo: a CNPMA, a EVA, o Conselho Nacional de Saúde Mental, a CEIC, etc.

Em segundo lugar, a democracia sanitária conduz à igualdade na relação de cuidados de saúde, o que acarreta a *dimensão coletiva nos cuidados de saúde*, seja (1) com a participação do cidadão nas políticas de saúde, por exemplo no debate democrático – com a devida representação parlamentar – em torno da racionalidade da gestão em saúde; (2) com o reforço do papel das associações de doentes; e ainda (3) pela criação de fundos coletivos de compensação de danos médicos, em que se vê ultrapassada a simples relação médico-paciente e se compreende o problema da indemnização do dano causado pelas atividades de saúde como um *problema coletivo* a que urge dar uma resposta humanista.

A Pessoa humana e a Medicina

Ao longo da Parte I desta Dissertação fomos percorrendo as várias fases da vida humana na sua relação com a (Bio)Medicina: desde antes de nascer até depois de morrer. Este percurso foi importante para, por um lado, compreendermos que o Direito da Medicina toca todas as fases da vida humana, por outro, para traçarmos os exatos limites do domínio dos direitos subjetivos encabeçados numa *pessoa* (com a atribuição de personalidade jurídica) face ao domínio dos bens jurídicos protegidos.

Seguimos a *concepção tradicional* de Pessoa, no sentido em que esta qualidade jurídica apenas se admite com o nascimento completo e com vida e que termina com a morte. O nascituro (embrião *in vitro* ou *in utero* e o feto) sendo vida humana e merecendo elevada tutela jurídica não tem ainda personalidade jurídica, não sendo pois centro autónomo de imputação de direitos e deveres, visto que não tem autonomia existencial face à mãe e, jusfilosoficamente, ainda não *respondem*; na lição de Habermas, “o ser humano só é pessoa “no pleno sentido da palavra” com o nascimento, pois só a partir desse momento passa a integrar um “contexto *público* de interação de um mundo da vida intersubjetivamente partilhado”²⁰⁹⁵.

²⁰⁹⁵ Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, 2006, p. 77.

O sistema jurídico, interpretado na sua globalidade – incluindo o Direito do Conselho da Europa, o Direito Constitucional e o Direito Criminal – não configura o nascituro como pessoa, como titular de *personalidade jurídica*. Tal caminho – proposto por ilustres Autores – iria quebrar um equilíbrio que as sociedades democráticas, laicas e humanistas, em que nos inserimos, têm estabelecido entre os conflitantes interesses dos embriões e os interesses das mulheres (no domínio da utilização da pílula do dia seguinte, do dispositivo intrauterino e do acesso à IVG), bem como os interesses dos casais em gerar descendência (lançando mão da Fertilização *In Vitro* com a conseqüente criação de embriões supranumerários), e também do interesse dos casais em criar descendência saudável, com a utilização das técnicas de diagnóstico pré-natal e do diagnóstico genético pré-implantação, as quais conduzem ou ao aborto terapêutico ou à seleção de embriões, tudo implicando uma aniquilação de vidas embrionárias. Um contrato social aberto à historicidade e não isento de discórdia radical. Mas o contrato social plasmado na legislação em vigor e com arrimo já na Constituição, já no Direito Europeu dos Direitos Humanos.

Donde – repetimos – nos parece que a doutrina que defende a personalidade jurídica do nascituro, embora generosa e personalista na sua intencionalidade, não acolhe – na plenitude da sua expressão – todos os elementos interpretativos presentes no sistema jurídico em vigor. E não se afigura isenta de perigos, pois iria resvalar para a criação de *personalidades jurídicas parciais* ou pelo menos de personalidades jurídicas com *inferior tutela*, o que poderia tornar-se apenas num primeiro passo para que essa menor proteção se alastrasse a pessoas nascidas em situações de grande debilidade, designadamente nascituros sem viabilidade, moribundos em estado terminal, pessoas em estado vegetativo persistente, para apenas mencionar o que num relance parece querer saltar dessa *caixa de pandora* que seria a criação de personalidade jurídicas com diferenciada proteção.

Por outro lado, estes novos rumos da medicina que – como alguns pensadores notaram – transformaram a tradicional eugenia de Estado em eugenia privada, que permitiram que a mulher autodetermine o *se* e o *quando* da maternidade e têm dado origem aos mais polémicos casos de responsabilidade médica: os chamados *wrongful conception, birth e life*. Somos defensores de que todas estas demandas merecem ser acolhidas no direito português, incluindo – na senda de Guilherme de

Oliveira, Fernando Araújo e Paulo Mota Pinto – o *wrongful life*. Todavia, em todos estes casos, o tribunal tem que discernir com rigor quais os pedidos indemnizatórios. Temos para nós, que em todas as hipóteses nunca o nascimento de uma criança, seja saudável ou deficiente, poderá constituir um dano não patrimonial *qua tale*. Doutro passo, quer a ação seja intentada pelos pais, quer o processo tenha como Autor a própria criança, os danos patrimoniais *devem ser ressarcidos*; o mesmo se diga dos danos não patrimoniais próprios de lesões da personalidade da mãe (falta de esclarecimento, dores da gestação, do parto, lesão do direito à autodeterminação da maternidade), mas não o dano de ter um filho (seja ou não deficiente). Assim, também a criança pode reclamar os danos não patrimoniais que derivam do dano corporal de que padeça (dores, incómodos, sofrimento físico e psíquico pela malformação), mas não deve ter acolhimento uma pretensão indemnizatória por ter uma vida deficiente, pelo “dano de existir”.

No que respeita à tutela post-mortem da pessoa humana, concluímos que com a morte termina a personalidade jurídica, mas o respeito devido ao cadáver e à memória do defunto são bens jurídicos que merecem proteção. O direito português revela ter uma visão comunitarista do cadáver, que traduz um certo modo de ser da cultura nacional que importa respeitar e mesmo acarinhar; mas ainda assim interessa assegurar as cautelas mínimas de proteção da vontade da pessoa de dispor dos bens da sua personalidade e do seu cadáver *post-mortem*.

O legislador opera uma graduação dos poderes de invasão da medicina e da medicina legal sobre o cadáver humano. Num extremo encontramos as autópsias médico-legais, noutro extremo temos a dissecação de cadáveres para fins de ensino e investigação. De permeio encontramos a colheita de órgãos *post-mortem* para fins de ensino e investigação, a colheita de órgãos e tecidos para fins de transplantação e a utilização de amostras biológicas em biobancos para investigação e a realização de autópsias anatomo-clínicas. A vontade da pessoa em vida e, por vezes, a vontade da família são consideradas como pressuposto para estas intervenções.

O nascituro e o cadáver são entidades humanas, mas cuja tutela se faz através do Direito Objetivo, enquanto bens jurídicos – da mais alta relevância axiológica – que devem ser compatibilizados com outros interesses, valores e direitos da ordem jurídica. Por isso, procuramos no nosso discurso afastar-nos da tentação da ‘narrativa dos direitos’ e da

hiperpersonalização que, afinal, pode acabar por fazer degenerar a figura da Personalidade Jurídica num estatuto de vulgaridade e sem peso argumentativo forte, com todos os perigos que tal poderia acarretar.

Defendemos nesta Parte da dissertação que a pessoa humana goza, para além do direito à vida e do direito à integridade física e moral (art. 70.º CC), do direito à integridade pessoal, ou seja, defendemos, na senda de Faria Costa e Capelo de Sousa, um outro bem de personalidade mais denso que a integridade física e cuja lesão deve ser mais gravemente sancionada. Com efeito, julgamos que a lesão da *'integridade pessoal'* deve dar origem a uma indemnização mais elevada do que a própria lesão do direito à vida, visto que o sofrimento e a degradação da qualidade e da condição de vida a que conduz merece a mais viva sanção por parte da responsabilidade civil.

Passámos ainda um curto olhar pelo direito da reparação dos danos corporais, designadamente pela praxis jurisprudencial com vista a compreender que o corpo e a saúde (bem como a vida) são bens jurídicos aos quais a jurisprudência recente revela uma especial atenção e demonstra a vontade de uma mais eficaz tutela.

A pessoa doente como sujeito de direitos e obrigações

Depois de desenhado o retrato da Pessoa, em particular a Pessoa Doente em relação com a Medicina, procurámos mergulhar no estudo jurídico da relação médico-paciente e discernir quais os Direitos e Deveres fundamentais que caracterizam esta relação jurídica.

O corpo e a saúde da pessoa humana, em especial da pessoa doente, ocupam na sociedade atual um lugar de destaque na representação antropológica. O nascimento sem deformidade, uma idade adulta jovial, o envelhecimento ativo e saudável, um fim de vida com cuidados e amor da família e dos próximos são os ideais do nosso tempo. A realidade, porém, revela-se muitas vezes em contradição com esse ideário. Por seu turno, a medicina, na sua evolução extraordinária, tem criado novas ambições e esperanças, nem sempre bem sucedidas.

Perante este horizonte de expectativas, o cidadão vem-se tornando objeto de práticas médicas desnecessárias – as intervenções não terapêuticas – com riscos elevados e muitas vezes desconhecidos e ocultados, pelo que a distinção entre *ato*

médico terapêutico e ato médico eletivo se revela, assim, de grande importância no Direito: (1) não apenas na exigência de um consentimento expresso e, por vezes, escrito, mas também na exigência de um dever de informação reforçado. (2) Já no plano da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, estas operações *d'agrément* surgem, frequentemente, como uma figura atípica, a *obrigação de meios reforçada*.

Mesmo no domínio dos cuidados terapêuticos, urge reforçar o direito ao esclarecimento como um escudo de proteção perante a publicidade agressiva e as induções ilegítimas ao consumo de cuidados de saúde, designadamente no domínio dos meios de diagnóstico, indutores, por si só, de riscos.

Ainda dentro da densificação da autonomia do cidadão doente, o sigilo profissional continua a ser o pilar central nesta ponte triangular entre o médico, o doente e a sociedade. Já assim com Hipócrates, redobradamente com os discípulos de Watson e Crick. Os avanços que se registam, designadamente no novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos, de uma perspectiva voluntarista que afasta o médico do seu objeto principal – cuidar do doente – e que o empurram para um papel de “quase-polícia” ou “protetor de terceiros” merecem uma reflexão ponderada e cautelosa, que aqui propusemos e que passa por reafirmar que o dever de fidúcia do médico para com o seu doente seja preservado como a regra.

A medicina revela-se ainda um instrumento poderoso de dominação do ser humano, visto que é a atividade que mais facilmente e de forma mais dúctil consegue aceder ao segredo e à intimidade da vida privada e familiar. O poder sobre a informação, desta feita do paciente, vai exercer sobre este uma dominação orwelliana. Relembremos a obrigatoriedade das consultas de medicina do trabalho, da medicina escolar, da medicina desportiva, dos atestados de aptidão para as mais diversas atividades, a ‘imposição’ de um médico de família e até de um processo clínico unitário eletrónico, o qual representa um novo perigo de expor a pessoa, toda a vida íntima da pessoa, em face de qualquer médico, ou mesmo outros profissionais de saúde, senão mesmo funcionários administrativos. Urge, pois, reerguer o direito à intimidade da vida privada e familiar, inclusive perante o sistema de saúde. As razões economicistas e de saúde pública que muitos invocam na defesa de um alargamento da *partilha de informação* entre médicos devem ser ponderadas, num juízo dinâmico de proporcionalidade, com o direito à intimidade da

vida privada e familiar. Donde o estudo – ainda que meramente instrumental – do segredo médico se revela fundamental numa obra desta índole e com este propósito.

Falamos do processo clínico e isso é já falar do dever de documentação, que com a sua tríplice fundamentação (razões de saúde do doente, razões económicas e razões jurídicas) se vem assumindo como um dos aspetos mais transformadores da relação médico-paciente. Se for mal cumprido, impede a satisfação dos seus fundamentos (garantir melhor cuidados de saúde, a melhor relação custo-benefício e servir de meio de prova para defesa do médico em tribunal). Se for excessivamente utilizado conduz a uma degradação do contato humano com o doente e à transformação do processo e não a pessoa como o sujeito dos cuidados médicos. Impõe-se também aqui um equilíbrio que só a *ars medica* pode garantir. Numa outra faceta do problema, advogamos que o paciente, sendo ‘proprietário’ da informação de saúde que lhe diga respeito, deve gozar do *direito de acesso direto* à mesma e administrar o seu processo com a maior autonomia possível, o que inclui, por exemplo, um *direito ao esquecimento* (também defendido pela Comissão Europeia no seu projeto de Regulamento sobre a Proteção de Dados Pessoais), mesmo no caso da criação de um processo eletrónico único, a nível nacional.

O momento sancionatório: os caminhos da responsabilidade médica

O respeito pelas *leges artis*, o cumprimento do dever de cuidado específico dos médicos, corresponde ao mais consagrado dever que se espelha nos princípios da bioética da beneficência e da não maleficência. A medicina académica, o respeito pelas normas de orientação, *guidelines* e protocolos elaborados pelas sociedades científicas, pelas escolas médicas e pelos serviços hospitalares são uma exigência de uma arte que se fez ciência, de um saber que se fez *teknè*, com inegáveis benefícios na melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas da segunda metade do século XX e desta aurora do século XXI. E, de algum modo, assim se exerce a reafirmação do ‘bio-poder’ ou do poder médico.

Poder que se mantém mesmo no terreno judicial, visto que acabam por ser os peritos médicos os sujeitos processuais que gozam de uma palavra decisiva na resolução de questões como a ilicitude, o nexó de causalidade e a culpa. Pelo que importa reconstruir o sistema processual e material de

compensação de danos causados por intervenções médico-hospitalares, com vista a promover uma resolução de conflitos mais célere e menos conflitual.

Se o tempo da responsabilidade objetiva, típica dos direitos antigos, parece ultrapassado, exceto para certas intervenções médicas particulares, já uma compreensão das relações entre responsabilidade civil e segurança social, entre a culpa e o infortúnio, onde tomem o seu devido lugar a configuração diferenciada de pequenos e grandes acidentados, pequenos ou grandes índices de incapacidade parece-nos de aplaudir. Este tem sido, aliás, o caminho seguido noutros ramos do Direito, como os acidentes de trabalho e a compensação de danos corporais em Direito Civil em geral. Uma sociedade inclusiva e solidária – como é apanágio de uma compreensão humanista do Homem – apela a uma solução, que terá sempre que passar pelo crivo político-legislativo, de um sistema *no-fault* de compensação, pelo menos dos grandes incapacitados causados pela intervenção médica.

Não se defende que compita ao Direito Civil (à responsabilidade civil) o papel de cumprir a função assistencialista ou “securitária”, até porque seria um erro metodológico e teleológico. Tal função – proteger os cidadãos no infortúnio – compete, em rigor, ao Direito da Segurança Social. Todavia, o que em muitos países se vem defendendo é a criação de um seguro de paciente *no-fault*, ao lado (ou para lá) da tradicional responsabilidade civil médica. E assim se tem fechado um ciclo do conceito de culpa.

Não um ciclo fechado do ‘eterno retorno’, antes uma hegeliana espiral dialética de dinâmica criadora. Se da Mesopotâmia à Idade Média as noções de culpa estavam arredadas do discurso jurídico, tendo estas emergido com o jusracionalismo e o jusnaturalismo de setecentos e oitocentos, se estas se adaptaram bem às primeiras fases do capitalismo e de uma economia de mercado simples, já a complexidade tecnológica atual, a exigência de uma medicina que cause menos dano iatrogénico e o reconhecimento de que o paciente vítima de erro médico (evitável) merece proteção jurídica impõem uma renovada consideração dos conceitos e dos problemas. Aliás, mais longe se foi no domínio dos acidentes rodoviários e nos acidentes de trabalho. E, na área médica e hospitalar, importa lembrar que a distância que separa a *culpa* do *acidente* – a “medical negligente” da “medical mishap” – é fina como uma folha de papel (“the paper-thin borderline”, na expressão de Brazier).

A eliminação da responsabilidade civil no âmbito dos danos pessoais (*maxime* dos danos causados por atos médicos) tem vindo a ser defendida nos últimos 50 anos por Autores de vários ordenamentos jurídicos, em especial pelos próprios médicos²⁰⁹⁶ e pelos especialistas em Direito da Medicina. Já os cultores da dogmática juscivilística costumam apontar as insuficiências de uma tal solução e preferem a correção pontual de alguns pontos concretos do sistema de responsabilidade civil.

Assim, repetimos, se as ferramentas jusracionalistas (*maxime* o princípio da culpa) permitiram satisfatórias soluções face a desafios colocados por sociedades agrícolas, de manufaturas ou de um serviços de natureza liberal e personalizados, já se mostram desfasadas das exigências da complexidade de algumas áreas da vida social, designadamente a medicina (hospitalar) e a biotecnologia onde ocorrem os chamados “acidentes normais” (Charles Perrow), a impor a criação – juridicamente segura e eficaz – de sistemas de notificação de eventos adversos.

Parece-nos que a perpetuação de um sistema anquilosado em esquemas dogmáticos e axiomáticos tem contribuído para a degradação da relação médico-paciente e encontra-se em desfavor daquele que é – deveria ser – o referente último de todo o Direito: a *Pessoa Humana*. Pois que um sistema jurídico que não permita a justa intervenção das ciências da gestão do risco, da administração em saúde, da medicina baseada na evidência e que contribua simultaneamente para um clima adversarial e de litigância latente e presente entre médicos e doentes está a prestar um mau serviço quer à Pessoa-médico, quer à Pessoa-doente.

Em tempos de grande angústia e decisão para a medicina, para os doentes e para a sociedade, urge criar pontes mais largas e mais fortes entre os diversos atores da relação clínica.

A parafernália tecnológica e farmacológica, os abalos sistémicos na estrutura social, as rupturas éticas que a todo o passo são sugeridas e a consolidação da cidadania como núcleo central da ordem jurídica, devem impor uma estrutura sólida,

²⁰⁹⁶ Fernando OLIVEIRA E SÁ, “Acerca da Responsabilidade Profissional em Medicina, *O Médico*, n.º 753, 1966, p. 19 defendia que “a reparação civil, fora dos casos sem condenação penal, movimentar-se-ia no sistema geral da Previdência Social.”

assente em colunas de aço, que garantam uma *boa medicina* para *cidadãos livres e responsáveis*.

Esses os objetivos.

O instrumento será um Direito da Medicina que respeite um conjunto de princípios que – repetimos – passam por: *criar confiança* (Guilherme de Oliveira); *reforçar a hospitalidade da medicina* (Faria Costa) num ambiente de *tolerância* e promover, com *equilíbrio*, a *solidariedade existencial* na relação de cuidado-perigo a que os profissionais de saúde estão vinculados face às pessoas doentes.

Bibliografia

- AA. VV., *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996.
- AA.VV., *O Homem no Mundo. Os povos de todo o Mundo: suas origens, culturas e crenças*, Verbo.
- AA. VV., *Direitos do Homem e Biomedicina – Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e Medicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.
- AA. VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Vol. III, Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- ABBING, Henriette Roscam, “Health and human rights in Europe in the area of medical and technological advances,” in DUGUET, Anne-Marie, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012, p. 223-242.
- ABREU, António José Teixeira D’, *Lições de Direito Civil Português*, Coimbra, França Amado Editora, 1898.
- ABREU, José Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 1998.
- ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, Separata de Estudos de Direito da Bioética, Coimbra, Almedina, 2005.
- AESCHLIMANN, Jean-Christophe (Org.), *Éthique et Responsabilité – Paul Ricoeur*, Neuchâtel, Editions de Baconnière, 1994.
- AGICH, George, *Autonomy and Long-Term Care*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1993.
- AIGNER, G./ WALLNER, F., “Attempts to establish a system of non-fault compensation for medical maltreatment in Austria”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, II, p. 329-333.
- ALARCÃO, Rui de (texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA), *Direito das Obrigações*, polic. Coimbra, 1983.
- ALBUQUERQUE, Pedro, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*, Coimbra, Almedina, 2006.
- ALBUQUERQUE, Pedro, “Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos praticados no Processo, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Julho de 2006”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro 2006, p. 906-907.
- ALEJANDRO, Roberto, *The Limits of Rawlsian Justice*, Baltimore – London, The Johns Hopkins University Press, 1998.
- ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2001.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992.
- , “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico” in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 75-120.

- , *Contratos, I – Conceito, Fontes, Formação*, 4.^a edição, Coimbra, Almedina, 2008.
- ALMEIDA, M. Simões de, “Doente Mental que recusa tratamento: dificuldades e constrangimentos do tribunal”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 89-99.
- ALMEIDA, Moitinho de, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Juridica*, XXI, 1972.
- ALMEIDA, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, A Tutela das Novas Famílias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- AMARAL, Freitas do, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, 1991.
- AMARILLA, Manuel/ ÁLAMO, Cecilio (Eds.), *El consentimiento informado en la utilización de fármacos*, Universidad de Alcalá – Asociación Española de Derecho Farmacéutico Editores, 2000.
- AMELUNG, Knut, “Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland”, in KOPETZKI, Christian, (Hrgs.), *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002.
- AMORIM, Ana, “O consentimento informado de menores, reflexões críticas sobre a lei actual”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 15, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal: (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991 (reimpressão 2004).
- , *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 (reimpressão 2006).
- , *Direito Penal Médico em Mudança*, <http://www.defensesociale.org/02/11.pdf>
- , *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- , *Direito Penal Médico, SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- , “Anotação aos artigos 149.º, 150.º, 156.º e 157.º”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- , “Anotação ao art. 192.º”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- ANDRADE, Manuel de, “Esboço de um Anteprojecto de Código das Pessoas e da Família, Parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade e ao domicílio”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 102º, p. 155 ss.
- , *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II. 7.^a reimp., Coimbra, Almedina, 1987.
- ANDREAS, Manfred/ DEBONG, Bernhard / BRUNS, Wolfgang, *Handbuch Arztrecht in der Praxis*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- ANDREW, Louise B., “Expert witness testimony, the ethics of being a medical expert witness”, in *Emerg Med Clin North Am.*, 2006 Aug, 24 (3), p. 715-3.

- ANGELL, Marcia, *The Truth About Drug Companies*, New York, Random House, 2004.
- ANNAS, George J., “Terrorismo, Tortura e outras epidemias pós 11 de Setembro”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Março de 2007, p. 38 ss.
- ANTUNES, Alexandra/ NUNES, Rui, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999.
- ANTUNES, João Lobo, *Inquietação interminável, Ensaio sobre ética das ciências da vida*, Lisboa, Gradiva, 2010.
- ANTUNES, Manuel, *A Doença da Saúde–Serviço Nacional de Saúde, ineficiência e desperdício*, Lisboa, Quetzal Editores, 2000.
- ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, 1999.
- , *Adam Smith – O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, Almedina, 2001.
- , *A Hora dos Direitos dos Animais*, Coimbra, Almedina, 2003.
- , *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2008.
- , *Análise Económica do Direito – Programa e Guia de Estudo*, Coimbra, Almedina, 2008.
- ARCHER, Guy, *Filosofia dos Direitos Humanos*, Lisboa, Instituto Piaget, 1997.
- ARCHER, Luís, “Procriação Medicamente Assistida, evolução do pensamento ético de 1986 a 1999”, *Brotéria*, vol. 150, Março, 2000.
- , “Treze Anos de Reflexão sobre Procriação Medicamente Assistida”, *Brotéria Genética*, Lisboa, XX (XCV), 1999, p. 125-155.
- ARCOS VIEIRA, Maria Luísa, *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- ARIÈS, Philippe, *Sobre a História da Morte no Ocidente desde a Idade Média*, Teorema, 2010.
- ARNAUT, António, *Serviço Nacional de Saúde, 30 Anos de Resistência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Procriação Assistida e Direito”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1999.
- , *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 5.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- , *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- , “A terminalidade da vida”, in ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2012, p. 153-174.
- , “O Direito Civil Como O Direito Comum Do Homem Comum”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, Ano 1 (2012), no 1, 45-57.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, PARECER N.º P/05/APB/06 Sobre Directivas Antecipadas de Vontade (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES)
- , PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/06/APB/06 Que Regula o Exercício do Direito A Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e cria o correspondente Registo Nacional (Relatores: HELENA MELO, RUI NUNES)

———, PARECER N.º P/12/APB/08 Sobre o Direito de Escolha da Via de Parto (RELATORES: RUI NUNES, GUILHERMINA REGO, CRISTINA BRANDÃO)

———, PROJECTO DE DIPLOMA N.º P/16/APB/09 Que Regula o Exercício do Direito a Formular Directivas Antecipadas de Vontade no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e Cria o Correspondente Registo Nacional (RELATORES: HELENA MELO, RUI NUNES)

———, ESTUDO N.º E/17/APB/10 –Testamento Vital (RELATOR: RUI NUNES)

———, Parecer n.º P/20/APB/10 *Guidelines* sobre Sedação em Doentes Terminais (Relatores: RUI NUNES, GUILHERMINA REGO)

———, Parecer da APB, de dezembro de 2012, Racionamento em Saúde. (Relator: RUI NUNES)

ATIYAH, P. S., *The Damages Lottery*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

AUTORIDADE PARA OS SERVIÇOS DE SANGUE E TRANSPLANTAÇÃO, *Transplantação de órgãos 2009*, http://www.asst.min-saude.pt/SiteCollectionDocuments/Estatistica_Atividade_Transplantacao_Orgaos_%202009.pdf

BĄCZYK-ROZWADOWSKA, Kinga, “Medical Malpractice and Compensation in Poland”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol 86, 3, p. 1217 ss.
BAGIŃSKA, Ewa, “Poland”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2004*, Wien-New York, Springer, 2005.

———, “Poland”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2005*, Wien-New York, Springer, 2006.

———, “Poland”, KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2006*, Wien-New York, Springer, 2007.

———, “ The liability for wrongful conception and wrongful birth in Polish law”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, N.º 10, 2008.

———, “The New Extra-Judicial Compensation System for Victims of Medical Malpractice and Accidents in Poland”, *Journal of European Tort Law*, 3, 2012, p. 101 ss..

———, “Poland”, in OLIPHANT, Ken/ STEININGER, Barbara (Ed.), *European Tort Law 2011*, De Gruyter, 2012, p. 489 ss..

BAKER, G. R./ NORTON, P. G./ FLINTOLF, V. *et al.*, “The Canadian Adverse events Study, the incidence of adverse events among hospital patients in Canada”, in *Canadian Medical Association Journal*, 2004, 179 (11), p. 1678 –1686.

BALDASSARI, Augusto/ BALDASSARI, Stefania, *La Responsabilità Civile del Professionista*, Tomo I e II, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

BANDEIRA, Susana Figueiredo, “A mediação como meio privilegiado de resolução de litígios”, in *Julgados de paz e Mediação, um novo Conceito de Justiça*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade Direito, 2002.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra, Almedina, 2007.

BARBOSA, Carla, “Aspectos jurídicos do acesso ao processo clínico”, *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, N.º 13, Janeiro/Junho 2010.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Notas esparsas sobre responsabilidade civil médica — Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça de 22 de

Maio de 2003”, *Lex medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 7, 2007.

———, “Responsabilidade civil do médico que actua no SNS e responsabilidade civil do médico que exerce uma profissão liberal. A determinação do regime legal concretamente “aplicável”–Anotação ao acórdão de 20 de Abril de 2006 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5 –N.º 10, 2009

———, “Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos, brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2012, p. 559-576.

BARENDRECHT/ JANSEN/ LOOS/ PINNA/ CASCÃO/ van GULIJK, *Principles of European Law, Service Contracts*, Sellier/ Bruylant/ Staempfli, Volume 3, 2007.

BARGELLI, Elena, “Italy”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2010*, De Gruyter, 2011.

BARRETO, Bissaya, *Hospital Central Coimbra – guia do doente*, Coimbra, Coimbra Editora, s.d.

BARTH, P., *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Universität Wien, 1999.

BAUDRILLARD, Jean, *The consumer society, myths and structures*, Sage, 1998.

BEAUCHAMP, Tom L./ CHILDRESS, James G., *Principles of Biomedical Ethics*, Sixth Edition, New York, Oxford, Oxford University Press, 2009.

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, 1986.

BÉLANGER, Michel, *Éléments de doctrine en droit international de la santé (écrits 1981-2011)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012.

BENDER, Flauren Fagadau, “I’m Sorry” Laws and Medical Liability, *Virtual Mentor –American Medical Association Journal of Ethics*, April 2007, Volume 9, Number 4, p. 300-304.

BERGER, Christian/ HAARHOFF, Ina, “Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens”, in TAUPITZ, J GIESEN ochen (Hrsg.), *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2002, p. 131-140.

BERGMANN, [Karl Otto](#)/ KIENZLE, [Hans Friedrich](#) (Hrsg.), *Krankenhaustaftung, Organisation, Schadensverhütung und Versicherung, Leitfaden für die tägliche Praxis*, 3. Auflage, DKVG, 2010.

BERNARD, Michel, *160 questions en responsabilité médicale, Aspects pratiques et fondamentaux*, 2^e édition, Masson, 2010.

BERNAT, Erwin, “Compensation for Medical Injuries, Is there a need for Reform? An Austrian viewpoint”, *European Journal of Health Law* 5, 1998, p. 117-127.

BISCAIA, Jorge, “Consentimento”, in *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

[BILANCETTI, Mauro](#), [La responsabilità penale e civile del medico](#), 6^a ed., Padova, Cedam, 2006.

BLANPAIN, J./ NYS, H./ L. DELESIE, L., *National Health Insurance and Health Resources, the European Experience*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.

- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, 4.^a reimp., Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BOUNAMEAU, Richard, *L'Autopsie, acte médico-légal et acte scientifique. Aspects théoriques et pratiques*, Université Libre de Bruxelles-Monographies de l'École des Sciences Criminologiques «Léon Cornil», E.Story-Scientia, Bruxelles, 1988.
- BOYD/ HIGGS/ PINCHING, “The New Dictionary of Medical Ethics” in *British Medical Journal*, 1997.
- BRAZIER, Margaret, *Medicine, Patients and the Law*. Third Edition, Harmondsworth, Penguin Books, 2003.
- BREYER/ VAN DEN DAELE/ ENGELHARDT/ GUBERNATIS/ KLIEMT/ KOPETZKI/ SCHLITT/ TAUPITZ, *Organmangel, Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?* Berlin/ Heidelberg/ New York, Springer, 2006.
- BRENNAN, T. A./ LEAPE L. L./ LAIRD, N. *et al.*, “Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients, results of the Harvard Medical Practice Study”, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 370-7.
- BRENNAN, T. A./ LEAPE L. L./ LAIRD, N. *et al.*, “The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II”, *New England Journal of Medicine*, 1991, 324 (6), p. 377-84.
- BRILL, Steven, *Curing Doctors*, 12 CONN. L. TRIB., Jan. 27, 1986.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Report of the working party on no fault compensation for medical injuries*, London, BMA, 1991.
- BRITO, Lopes de/ RIJO, Lopes de, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2000.
- BRITO, Teresa Quintela de, “Interrupção de Alimentação e Hidratação Artificiais de Pessoa em Estado Vegetativo Persistente”, in BRITO, Teresa Quintela de / MATA, Paulo Saragoça da/ NEVES, João Curado/ MORÃO, Helena, *Direito Penal Parte Especial (Lições, Estudos, Casos)*, Coimbra Editora, 2007.
- BRONZE, Fernando José, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Studia Iuridica 3, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- , *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2010.
- , “A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito (quatro variações sobre o tema)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIV, 2008.
- , “Praxis, problema, nomos (um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)”, *Estudos de Homenagem ao Doutor Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, p. 37-66.
- BROWNSWORD, Roger, “Stem Cells and Cloning: Where the Regulatory Consensus Fails”, *New England Law Review*, Vol. 39, p. 554 ss.
- BRÜGGEMEIER, Gert, *Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, 2006.
- BRUNO, Paula, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos, Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal – Erro em Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- BUDEE, Antje, *Der Arztvertrag nach dem SGB V*, Köhler-Druck, Tübingen, 1997.

- BURTON, Elizabeth C./ NEMETZ, Peter N., “Medical Error and Outcomes Measures, Where Have All the Autopsies Gone?”, *Medscape General Medicine*, 2000.
- BUTLER, Petra, *Medical Misadventure im neuseeländischen Accident Compensation Scheme*, Peter Lang, 1999.
- BYK, Christian, *Traité de bioéthique, Vers une nouvelle utopie civilisatrice?* Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011.
- BYK/ CLÉMENT/ ESPER/ EVIN/ GARAY GROMB/ HARICHAUX/ LAMBERT FAIVRE, / LECA/ SAISON, *Manuel des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, Organisation, fonctionnement, questions*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2004.
- CABRAL, Nazaré da Costa/ AMADOR, Olívio Mota/ MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira, *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010.
- CAEMMERER, Ernst von, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, 1956.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almeida, 2010.
- , *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2010.
- CAIRUS, Henrique, *O Hipócrates de Littré*, ANPUH, 1999.
- CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, Yale Academic Publishing, 1970.
- CALIFORNIAN MEDICAL ASSOCIATION, *Report of the Medical Insurance Feasibility Study*, San Francisco, California Medical Association, 1977
- CALLAHAN, Daniel, *What Kind of Life. The Limits of Medical Progress*, Washington, Georgetown University Press, 1994.
- CALLE, Esther Gómez, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo IV, Octubre-diciembre, 1998.
- CAMPBELL, Alastair/ GILLET, Grant/ JONES, Gareth, *Medical Ethics*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2001.
- CAMPOS, Correia de/ SIMÕES, Jorge, *O Percurso da Saúde, Portugal na Europa*, Coimbra, Almedina, 2011.
- CAMPOS, Diogo Leite de, “A indemnização do dano da morte”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 50, 1974, p. 3-55.
- , “A Vida, a Morte e sua Indemnização”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 365, 1987.
- , *Lições de Direitos da Personalidade*, 2^a ed., Coimbra Editora, 1992.
- , “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, 2001, III, p. 1254 ss.
- , “Os Danos causados pela morte e a sua indemnização” in AA. VV., *Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Vol. III, Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 133-137.
- , “O Estatuto Jurídica da Pessoa Depois da Morte”, in CAMPOS, Diogo Leite de/ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009.

- , “A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista)”, in CAMPOS, Diogo Leite de/ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 4.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, com Introdução e Tradução de António MENEZES CORDEIRO.
- CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th Ed., Cambridge University Press, 2006.
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- , “As Constituições”, in MATOSO, José (Dir.) *História de Portugal*, Volume V, O liberalismo (1807-1890), Editorial Estampa, 1993.
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Cansado, Trissomia 21, *Revista da Ordem dos Médicos*, N.º 125, Dezembro de 2011, p. 125
- CARDOSO, Augusto Lopes, “Os desafios do Direito face às Actuais questões de Reprodução Humana Assistida”, *Cadernos de Bioética*, 17, Novembro de 1998, p. 41-48.
- , “Alguns Aspectos da Eutanásia”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 401, 1990.
- CARNEIRO, António Vaz, “O erro clínico, os efeitos adversos terapêuticos e a segurança dos doentes, uma análise baseada na evidência científica”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública* n.º 10, 2010, p. 3-10.
- CARNEIRO, Joaquim Silva, “Responsabilidade da Administração Hospitalar” in *RDES*, ano XIX, 1972, p. 123-305.
- CARVAIS, Robert/ SASPORTES, Marilyne, *La greffe humaine (In)certitudes étiqes, du don de soi à la tolerance de l'autre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- CARVALHO, Ana Sofia, *Bioética e Vulnerabilidade*, Coimbra, Almedina, 2008.
- CARVALHO, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra, Vértice, 1973.
- , *Teoria Geral da Relação Jurídica Civil (Direito Civil)*, (ap. Santos Justo), Coimbra, 1973.
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981.
- , *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1º turma) do curso jurídico de 1980/1981*, Coimbra, polic., 1981.
- , “Transplantações e direitos das pessoas”, in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993.
- , *Para um Novo Paradigma Interpretativo, O Projecto Social Global*, Casa da Relação do Porto, 1995.
- , “Empresa e Lógica Empresarial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Vol. IV, Coimbra, 1997.
- , “Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para desmistificação necessária)”, in *O homem e o tempo – Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999.

- CASCÃO, Rui Prista, “A Responsabilidade Civil e a Segurança Sanitária”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º 1, 2004.
- , “Análise económica da Responsabilidade civil médica”, *Lex medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 3, 2005.
- , “Os Sistemas Escandinavos de Seguro do Paciente”, AA.VV., *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- , *Prevention and Compensation of Treatment Injury, A Roadmap for Reform*, Boom Juridische uitgevers, 2005.
- , “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano IV, n.º8, 2007, p. 27-36.
- , “1972, Para além da culpa no ressarcimento do dano médico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2012, p. 691-728.
- CASTANHEIRA, Gonçalo Nuno Coimbra, *Responsabilidade Profissional Em Saúde – Análise da Situação no Concelho de Coimbra*, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, Polic. 2012.
- CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra, *O Fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*, Coimbra, Almedina, 2011.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de Setembro”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- CHABAS, François, “L’obligation médicale d’information en danger” in *JCP*, n.º 11, 15 de mars 2000, p. 459-462.
- , “Responsabilité des médecins en cas de naissance d’enfants handicapés, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence” in *JCP*, n.º 5 30 janvier 2002.
- CHANG, Andrew/ SCHYVE, Paul / CROTEAU, Richard / O’LEARY, Dennis / LOEB, Jerod, *International Journal for Quality in Health Care*, Vol. 17, Nr.2, 2005.
- CHORÃO, Mário Bigotte, *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.
- CLAVREUL, Letitia, « Tout ce qu’il faut savoir avant de créer son dossier médical personnel », *Le Monde*, 7.1.11.
- CLÉMENT, Jean-Marie, *Droits des Malades (les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002.
- , *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2005.
- CLINTON, Hillary Rodham/ OBAMA, Barack, “Making Patient Safety the Centerpiece of Medical Liability Reform”, *N Engl J Med* 2006; 354:2205-2208 (May 25, 2006).
- COATE, Jonathan, Criminal liability and the provision of health services, *NZLawyer magazine*, issue 148, 29 October 2010, disponível em: <http://www.nzlawyermagazine.co.nz/Archives/Issue148/148F8/tabid/2773/Default.aspx> (acessado no dia 9.8.2011).
- COELHO, Francisco Pereira, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, Supl. 9, 1951, p. 65-242.
- , *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, 1970.
- , *Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1992.

———, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1998.

COELHO, Francisco Pereira/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2008.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira, “Contrato – Evolução do Conceito no Direito Português”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIV, 1988, p. 233-296.

———, *Contratos complexos e complexos contratuais*, FDUC, polic., 2008.

COHEN Jr., MM, “Genetic drift. Overview of German, Nazi and Holocaust medicine,” *Ame J Med Genet*. 2010/ 152A, p. 687-7.

COHEN Jonathan R., “Advising clients to apologize”, *South California Law Review*, 1999/ 72, p. 1009-1069.

COLAÇO, António, “O infectado de VIH, a aguardar cidadania plena em sede laboral (Resenha jurisprudencial/ pistas para uma solução jurídica)”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2003, n.º 93.

COMANDÉ, Giovanni, *Risarcimento del Dano Alla Persona e Alternative Istituzionali*, *Studio di Diritto Comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999.

COMMITTEE ON QUALITY HEALTH CARE IN AMERICA, INSTITUTE OF MEDICINE, *Crossing the quality chasm, a new health system for the 21st Century*. Washington, National Academy of Sciences, 2000.

COMISSÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Ministério da Economia, 2006.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Parecer n.º 8/2003 – sobre o Novo Código do Trabalho da Comissão Nacional de Proteção de Dados

Deliberação n.º 219/2009 da CNPD: *Princípios aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais efetuados no âmbito do Sistema Nacional de Farmacovigilância de Medicamentos para Uso Humano (Farmacovigilância)*.

COMITATO NATIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni Anticipate Di Trattamento*, Parere del 18 dicembre 2003.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, Parecer sobre “Os direitos do paciente” (2008/C 10/18), de Janeiro de 2008. (Jornal Oficial da União Europeia, 15.1.2008, C 10/67 ss.)

CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, *Declaração sobre Eutanásia*, Cidade do Vaticano, Vaticano, 5 de maio de 1980.

CONTI, Christian, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Bern, 2000.

COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE DE BELGIQUE

- Avis n° 8 du 14 septembre 1998 relatif à la problématique de la stérilisation des handicapés mentaux
- Avis n° 49 du 20 avril 2009 relatif à l'utilisation du diagnostic génétique préimplantatoire (DPI) pour détecter les porteurs sains d'une mutation causant une affection héréditaire grave qui peut entraîner un risque élevé pour les descendants.

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE (FRANCE)

- Avis n.º58, du 12 juin 1998 : Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche.
- Avis n.º 63, du 27 janvier 2000, sur Fin de vie, arrêt de vie, eutanásia.
- Avis n.º104, du 29 mai 2008, Le «dossier médical personnel» et l'informatisation des données de santé.
- Avis n.º111, du 7 janvier 2010, sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale.
- Avis n.º113, du 10 février 2011, sur «La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple».
- Avis n.º 115, du 7 avril 2011, Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation.

CONSELHO DE REFLEXÃO SOBRE A SAÚDE, *Reflexão sobre a Saúde, Recomendações para uma reforma estrutural*, 1998

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA,

- PARECER SOBRE TRANSPLANTES DE TECIDOS E ÓRGÃOS (1/CNE/91)
- PARECER SOBRE UTILIZAÇÃO DE CADÁVERES HUMANOS PARA FINS DE ENSINO MÉDICO E A SUA NECESSIDADE, PERTINÊNCIA E LEGITIMIDADE (2/CNE/92)
- PARECER SOBRE O REGISTO NACIONAL DE NÃO DADORES (RENDA) (5/CNE/93)
- PARECER SOBRE ASPECTOS ÉTICOS DOS CUIDADOS DE SAÚDE RELACIONADOS COM O FINAL DA VIDA (11/CNECV/95)
- QUESTÕES ÉTICAS NA DISTRIBUIÇÃO E UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PARA A SAÚDE (14/CNECV/95)
- PARECER SOBRE SIGILO MÉDICO (32/CNECV/2000)
- PARECER sobre a ratificação da CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina) (30/CNECV/2000)
- PARECER SOBRE LAQUEAÇÃO DE TROMPAS EM MENORES COM DEFICIÊNCIA MENTAL PROFUNDA (35/CNECV/01)
- PARECER SOBRE O ESTADO VEGETATIVO PERMANENTE (45/CNECV/2005)
- PARECER SOBRE OBJECÇÃO AO USO DE SANGUE E DERIVADOS PARA FINS TERAPÊUTICOS POR MOTIVOS RELIGIOSOS (46/CNECV/2005)
- PARECER SOBRE O PROJECTO DE LEI N.º 788/X – “DIREITOS DOS DOENTES À INFORMAÇÃO E AO CONSENTIMENTO INFORMADO” (57/CNECV/2009)
- PARECER SOBRE A REALIZAÇÃO DE AUTÓPSIAS OU OUTROS EXAMES *POST-MORTEM* A REQUERIMENTO DE PARTICULARES (58/CNECV/2010)
- PARECER SOBRE OS PROJETOS DE LEI RELATIVOS ÀS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE (59/CNECV/2010)

- PARECER SOBRE INFORMAÇÃO DE SAÚDE E REGISTOS INFORMÁTICOS DE SAÚDE (60/CNECV/2011)
- PARECER SOBRE PROcriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição (63/CNECV/2012)
- PARECER SOBRE UM MODELO DE DELIBERAÇÃO PARA FINANCIAMENTO DO CUSTO DOS MEDICAMENTOS (64/CNECV/2012)
- PARECER SOBRE AS PROPOSTAS DE LEI N.º 266/2012 E N.º 323/2012 EM MATÉRIA DE INVESTIGAÇÃO CLÍNICA E ENSAIOS CLÍNICOS (66/CNECV/2012)

CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.

———, *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1999.

———, “Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, III, Dezembro de 2001, p. 1229-1256.

———, *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações*, II, Coimbra, Almedina, 2010.

———, *Tratado de Direito Civil*, Volume IV, Parte Geral – Pessoas, 3.^a Edição, Almedina, 2011.

CORDEIRO, José Dias, *A Saúde Mental e a Vida*, Lisboa, Edições Salamandra, 1987.

CORREIA, António de Arruda Ferrer, “Sobre a reforma da legislação comercial portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, II, 1984.

———, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, F.D.U.C., 1973.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I., Almedina, 2010.

CORREIA, José Telles, *Digesto do Direito Civil Português, contendo os „desiderata“ para hum novo Código Civil*, Coimbra, Fac. Dir., Ed. Man. (imprimatur de 1825).

CORREIA, Manuel Sérvulo, “Introdução ao Direito da Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1991.

———, “As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.

———, “Da Sede do Regime de Responsabilidade Objectiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, III, p. 1313 ss..

———, “As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 529-565.

CORREIA, Vanessa Cardoso, “Wrongful birth e wrongful life, de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar” in *Sub Iudice*, n.º 38, Janeiro-Março de 2007.

CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II – *Sucessões*, Lex, Lisboa, 1993.

CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração por Atos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Studia Iuridica 52, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

———, “Contributo para uma Reforma da Lei da Responsabilidade Civil da Administração”, in AA.VV., *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Trabalhos Preparatórios da Reforma*, Coimbra, 2002.

COSTA, Affonso, *Os peritos no processo criminal, legislação portuguesa, critica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral Editor, 1895.

- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- COSTA, Mário Júlio Almeida/ CORDEIRO, António Menezes, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986.
- COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 (reimpressão em 2000).
- , “A linha (Algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de “técnica” e de “bio-ética”)”, in *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999.
- , “À qui appartient le cadavre, quelques réflexions (in)opportunes”, *Le fait de l’analyse*, Octobre 1999, p. 149-150.
- , “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, in *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Centro de Direito Biomédico, n.º 3, 1993.
- , “Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal),” in, Maria Luísa PORTOCARRERO (Coord.), *Mal, Símbolo e Justiça*, Coimbra, Faculdade de Letras, 2001.
- , “O fim da vida e o direito penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 793-794.
- , “Vida e morte em Direito penal (esquissos de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, N.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, p. 171-194.
- , “Bioética e Direito Penal (Reflexões possíveis em tempos de incerteza),” in *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, 2009.
- , “Em redor da noção de acto médico”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 138, n. 3954 (Jan./Fev. 2009), p. 126-137.
- , «Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica», *RLJ*, Coimbra, Ano 140, N.º 3965, (Novembro-Dezembro 2010), p. 70 ss.
- , “Anotação ao art. 185.º”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- COSTA, José Manuel Cardoso da, “*Le Principe de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes*,” *Science et technique de la démocratie*, n.º 26, Commission européenne pour la démocratie par le droit.
- COSTA, Marta, *Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito da Família Europeu, Uniões Homossexuais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- COSTALES, Fernández, “La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)” in *La Ley – Actualidad*, Madrid, 1995.
- COUSY, Herman, “Tort Liability and Liability Insurance, A Difficult Relationship”, in KOZIOL/ STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2001*, Wien, Springer, 2002, p. 18-55.
- CREMASCO, Suzana Santi, *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2009
- CRONJÉ-RETIEF, Marésa, *The Legal Liability of Hospitals*, The Hague, Boston, London, Kluwer Law International, 2000

- CRUZ, Braga da/ COSTA, Almeida, *Lições de Direito Romano*, I, polic., Coimbra, s/d.
- CRUZ, Peter de, *Comparative Healthcare Law*, London, Sidney, Cavendish Publishing, 2001.
- CUNHA, Damião da, Anotação ao art. 140.º, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Volume 1, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- , Anotação ao art. 226º, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Vol. II, Coimbra, 1999.
- CUNHA, Paulo, “Do Código Civil (Meditações sobre a lei mais importante do País)”, *O Direito*, Ano 98, 1966.
- CUPIS, Adriano de, *Os direitos de personalidade*, trad. port. de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Lisboa, 1961.
- CURADO, Manuel/ OLIVEIRA, Nuno (Org.), *Pessoas Transparentes, questões actuais de Bioética*, Coimbra, Almedina, 2010.
- D’ ABREU, António José Teixeira, *Lições de Direito Civil Português*, Coimbra, França Amado Editor, 1898.
- DAHM, Lisa L., “Restatement (Second) of Torts Section 324a, An Innovative Theory of Recovery For Patients Injured Through Use or Misuse of Health Care Information Systems”, in, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Fall, 1995.
- DAMÁSIO, António, *O Sentimento de Si. O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência*. Publicações Europa-América, 2000.
- DANTAS, Eduardo, “A responsabilidade Civil do cirurgião plástico. A cirurgia plástica como obrigação de meio”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, N.º 7, 2007.
- , *Direito Médico*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2009.
- , “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, in GARCIA, Maria Olinda (Org.), *Estudos sobre o Incumprimento do Contrato*, Coimbra Editora, 2011.
- DANTAS, Eduardo/ COLTRI, Marcos, *Comentário ao Código de Ética Médica*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010.
- DANZON, Patricia M., “The Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims, New Evidence”, 49, *Law and Contemporary Problems*, 57 (1986).
- , “The Effects of Tort Reforms on the Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims”, 48 OHIO ST. L.J. 413, 415 (1987).
- , “The Swedish Patient Compensation System, Myths and Realities”, *International Review of Law and Economics*, 14, 1994.
- Davies, Michael, *Textbook on Medical Law*, Second Edition, Blackstone Press Limited, London, 1998.
- DAVIS P./ LAY-YEE R./ BRIANT, R. *et al.*, “Adverse events in New Zealand public hospitals I, occurrence and impact” in *New Zealand Medical Journal*, 2002, 115 (1167),U271.
- DAVIS P./ LAY-YEE R./ BRIANT, R. *et al.*, “Adverse events in New Zealand public hospitals II, occurrence and impact” in *New Zealand Medical Journal*, 2003, 116 (1183), U624.
- DAVIS, Peter/ LAY-YEE, Roy/ FITZJOHN, Julie/ HIDER, Phil/ BRIANT, Robin/ SCHUG, Stephen, “Compensation for Medical Injury in New Zealand, Does “No-Fault” Increase the Level of Claims Making and Reduce

Social and Clinical Selectivity”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 27, no. 5 (2002), p. 833-854.

DAWSON, Margaret C./ MUNRO, Ann P./ CARROL, Appleby/ Kenneth J./ ANDRESON, Susan, “Risk Management and Medical Errors” in ROSENTHAL, Marilyn/ STUTCLIFFE, Kathleen, eds., *Medical error, what do we know? What do we do?*, San Francisco, Jossey-Bass, 2002.

DEMOGUE, *Traité des Obligations*, tomo V, Paris, 1925/ tomo IV, Paris, 1931.

DEODATO, Sérgio, *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Coimbra, Almedina, 2008.

DEPARTMENT OF HEALTH, *An organization with a memory, Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS chaired by the Chief Medical Officer*, Crownright, Department of Health, 2000.

———, *Building a safer NHS for patients*, London, Stationery Office, 2001.

———, *An organisation with a memory—report of an expert group on learning from adverse events in the NHS*, London, Stationery Office, 2001.

———, *Making Amends*, June 2003

DEUTSCH, Erwin, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs”, *NJW* 1965, p. 1989

———, “Aktuelle Hauptprobleme des Arztrechts im Bereich der Einwilligung und Aufklärung sowie des Behandlungsfehlers”, in Mayer-Maly/ Prat (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien, New York, Springer, 1998.

DEUTSCH, Erwin/ AHRENS, Hans-Jürgen *et al*, [*Festschrift für Erwin Deutsch, zum 70. Geburtstag*](#), Köln, C. Heymanns, 1999.

DEUTSCH, Erwin/ SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, 2008.

DEUTSCH, Erwin/ AHRENS, Hans-Jürgen, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen – Schadenersatz – Schmerzensgeld*, 5. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, 2009.

DEUTSCH, Erwin/ [AHRENS](#), Hans-Jürgen *et al*, *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Berlin, Springer, 2009.

DEUTSCHER ETHIKRAT:

- *The advance directive: an instrument of self-determination*, June 2005.
- *Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem dringenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland*, 2007.
- *Das Problem der anonymen Kindesabgabe*, 2009.

DEVERS, Gilles, *Pratique de la Responsabilité Médicale*, Paris, Éditions ESKA, 2000.

DIAFÉRIA, Adriana, *Patenteamento de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos*, Lumen Iuris, 2007.

DIAS, João Álvaro, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 4, 1994.

———, “Culpa médica, algumas ideias-força”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 5, 1995.

———, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

- , *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001.
- , “Consequências Não Pecuniárias de Lesões Não Letais – Algumas Considerações”, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Portuguesa, 2002, p. 753–778.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Problema da Ortotanásia, Introdução à sua Consideração Jurídica*, in *As técnicas modernas de reanimação/ conceito de morte/ aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos*, Porto, 1973, p. 29-48.
- , “Velhos e Novos rumos da Doutrina da Negligência”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*, Universidade Católica Portuguesa, 2002, 673-675.
- , “Na era da tecnologia genética, que caminhos para o direito penal médico?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14 (2004), 241-260.
- , *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- , “Anotação ao artigo 131.º”, in DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Vol. I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda””, *Scientia Iuridica*, XXXIII, Jan-Abril, 1984.
- DÍAZ-REGAÑÓN/ GARCÍA-ALCALÁ, *El Régimen de la Prueba en a Responsabilidad Civil Médica (Hechos y Derecho)*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Volumen I, 10.^a edición, 2001.
- DIJON, Xavier, *Le sujet de droit et son corps*, Bruxelles, Larcier, 1982.
- DINIS, Joaquim José de Sousa, “Dano Corporal em acidentes de viação”, *Colectânea de Jurisprudência*, tomo I, ano IX, 2001.
- , “A baremização do dano corporal na responsabilidade civil (excluídos os acidentes laborais)”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º14, 2005, p. 9-18.
- , “Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito Civil)”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, N.º19, 2009, p. 51 ss.
- DINIZ, Maria Helena, *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.
- DORSCHIEDT, Jozef, “Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection”, *European Journal of Health Law*, 17 (2010), p. 433-454.
- DOUGLAS, Thomas, “Medical Injury Compensation, Beyond ‘No-Fault’”, *Medical Law Review*, 2009, Volume 17, Issue 1, p. 30-51.
- DREWS, Jürgen, *Die verspielte Zukunft – Wohin geht die Arzneimittelforschung?*, Nasel, Boston, Berlin, Birkhäuser, 1998.
- DREYFUSS/ LEMAIRE/ OUTIN/ RAMEIX, *L'aléa thérapeutique*, Paris, Flammarion, 1999.
- DUARTE, Paulo, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 75 (1999).

- DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.
- DUBOIS, Louis, “Le devoir du patient à l’information, harmonisation des jurisprudences civile et administrative et problèmes de mise en oeuvre”, *RDSS*, 36^e année, n.º 2 Avr.-juin 2000, 357-368.
- , “Le refus de soins, qui, du patient ou du médecin, doit arbitrer entre la vie et Dieu?”, *RDSS*, 2002.
- DUGUET, Anne-Marie, “Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions”, *European Journal of Health Law*, vol. 9, June 2002, p. 139-149.
- DUPONT, Marc/ BERGOIGNAN-ESPER, Claudine/ PAIRE, Christian, *Droit hospitalier*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2011.
- DUPRAT, Jean-Pierre, “Le consentement anticipé aux soins pour malades graves, un aspect de la protection des personnes âgées dépendants”, *JCP*, n.º 50, 12 décembre 2001.
- DUPUY, Olivier, “L’information médicale. Information du patient et information sur le patient” in *Les Études Hospitalières*, Bordeaux, 2002.
- , *Le dossier Médical*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, note d’actualisation.
- , *La gestion des informations relatives au patient, Dossier médical et dossier médical personnel*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2005.
- DUTE, Jos, “ECHR 2010/17 Case of Jehovah’s Witnesses of Moscow v. Russia, 10 June 2010, no. 302/02 (First section)” in *European Journal of Health Law* 17 (5) (2010), p. 507-513.
- , “A comparison of no-fault compensation schemes”, in DUTE, Jos/ FAURE, Michael/ KOZIOL, Helmut (eds.), *No-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, Wien/ New York, Springer, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Life’s Dominion, an argument about abortion and euthanasia*, London, Harpen Collins Publishers, 1993.
- , *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.
- EHLERS, Alexander P./ BROGLIE, Maximilian G. (Hrsg.), *Arzthaftungsrecht. Grundlagen und Praxis*, 4. Auflage. Beck, München, 2008.
- EISNER, Beat, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, Verlag Hans Huber, 1992.
- ENGLEHARDT, Tristram, *The Foundations of Bioethics*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1986.
- Engljähriger, Daniela, *Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen*, Verlag Orac, Wien, 1996.
- ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE: *Relatório sobre o Estudo Técnico de Caracterização dos Prestadores Não Públicos de Cuidados de Saúde com Centros de Nascimento*, Porto, Junho de 2007.
- , *Consentimento Informado–Relatório Final*, 2009
- , *Recomendação n.º1/09 da ERS*, de 19 de fevereiro de 2009.
- , *Relatório da Carta dos Direitos dos Utentes*, 2010.
- ERICHSEN, M., “The Danish Patient Insurance System” in *Medicine & Law* (2001) 20, p. 355-369.

- ESSINGER, Kaj, *Medical Liability Alternative Ways to Court Procedures*, Strasbourg, 2 June 2008 – http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CJSMED/conf_ml_2008.pdf
- MONTERROSO CASADO, Esther, *Diligencia médica y responsabilidad civil*, in, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF> (acessado a 26.7.2012)
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *European Principles on Tort Law*, Springer, 2005.
- EVANS, Geoffrey, “Vaccine injury compensation programs worldwide,” *Vaccine*, Volume 17, Supplement 3, 29 October 1999, p. 25–35.
- EVANS, HM, *Med Ethics* 2007/ 33,689-694 doi,10.1136/jme.2007.021188)
- EVIN, Claude / CHARLES, Bernard / DENIS, Jean-Jacques, *Rapport sur le Projet de loi no 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Assemblée Nationale, 2001
- FALLBERG, Lars, “Consequences of the Amsterdam Declaration – a rights revolution in Europe?”, in 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I.
- FALLBERG, Lars/ BORGENTHAMMAR, Edgar, “The Swedish no fault patient insurance scheme” in *European Journal of Health Law*, vol. 4, n. 3, 1997.
- FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Porto, FEUP, 1991.
- , “Da prova na responsabilidade civil médica. Reflexões em torno do direito alemão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115-195.
- , “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, in FARIA, Maria Paula Ribeiro de/ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (coord.), *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, U. Porto Editora, 2009, p. 201 ss.
- FARIA, Paula Lobato, “Responsabilidade civil médica, o futuro do regime jurídico na década de 90”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol 9, N.º1, Janeiro-Março, 2001, p. 9-22.
- , “Perspectivas do Direito da Saúde em segurança do doente com base na experiência norte-americana”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública* nº 10, 2010, p. 81-88.
- FARIA, Paulo Lobato de (Ed.), *The Role of Health Law, Bioethics and Human Rights to Promote a Safer and Healthier World*, Lisboa, 2006.
- FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- , “Anotação ao artigo 143.º”, DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- , *Entrevista à Revista Notícias Magazine/JN/DN*, 19 de Junho de 2011.
- FARRELL, Anne Maree, “Is the Gift Still Good? Examining the Politics and Regulation of Blood Safety in The European Union”, *Medical Law Review*, 14, Summer 2006, p. 155–179.
- , *The Politics of Blood, Ethics Innovation and the Regulation of Risk*, Cambridge University Press, 2012.
- FAURE, Michael/ KOZIOL, Helmut (Eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wien-New York, Springer, 2001.

- FAURE, Michael, “Comparative Analysis”, in FAURE/ KOZIOL, *Cases on Medical Malpractice on a Comparative Perspective*, Wien–New York, Springer, 2001.
- FAURE, Michael/ HARTLIEF, Tom, “The Netherlands”, in KOZIOL/ STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2001*, Wien-New York, Springer, 2002.
- FAURE, Michael, “Financial Compensation in Case of Catastrophes”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2004*, Wien-New York, Springer, 2005.
- FAURE, Michael/ HARLIEF, Tom, “The Netherlands”, in KOZIOL/ STEININGER (Eds.), *European Tort Law 2005*, Wien-New York, Springer, 2006.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 1999.
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3ª edição, Lisboa, 2001.
- FERNANDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de Responsabilidad Médica*. 4.ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002.
- FERREIRA, Ana/ HARFOUCHE, Ana/ CORREIA DE CAMPOS/ RAMOS, Francisco, *Anuário da Economia Portuguesa*, 2006.
- FERREIRA, Nuno, “A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, N.º 6, 2006.
- FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do dano contratual positivo e perda de chance*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- FERRIS, Lorraine E. / CARLISLE, John / HOFFMAN, Brian / KATZ, Cheryl / SILVERMAN, Marvin, Defining the physician’s duty to warn: consensus statement of Ontario’s Medical Expert Panel on Duty to Inform, *CMAJ (Canadian Medical Association)* JUNE 2, 1998; 158 (11)
- FEDTKE, J., “Germany Country Report”, in H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2003*, Springer, Wien-New York, 2004.
- FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- FIGO, Tiago, *Tutela juscivilística da vida pré-natal. O conceito de pessoa revisitado*, polic., Coimbra, 2011.
- FILHO, Sérgio Cavaliere, *Programa de Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, 2003.
- FIORI /BOTTONE /D’ALESSANDRO (eds.), *Responsabilità medica – 40 anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2000.
- FITZJEAN Ó COBHATHAIGH, Alexis / MADANAMOOTHO, Allane/ DUGUET, Anne-Marie, “L’excision sanctionnée comme une mutilation par le droit Français peut-elle se justifier par la coutume et les traditions?”, in DUGUET, Anne-Marie, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 181-189.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Uma “Terceira Via” no âmbito da Responsabilidade Civil?*, Coimbra, Almedina, 1997.
- , *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004.
- , *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

- , “A própria vida como dano?” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2008, Ano 68 – Vol. I – Jan. 2008.
- , “A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite” in CAMPOS, Diogo Leite de, ABREU, Silmara Juny Chinellato de (Orgs.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 259-294.
- , “A Protecção juscivil da vida pré-natal, sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, Ano 70 –Vol. I/IV.
- FRAGATA, José/ MARTINS, Luís, *O erro em Medicina. Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004.
- FRAGATA, José, *Risco Clínico, Complexidade e Performance*, Coimbra, Almedina, 2006.
- FRAGATA, José, “Erros e acidentes no bloco operatório, revisão do estado da arte”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, nº 10, 2010, p. 17-26.
- FRANCO, Sousa, “Richard A. Posner, Economic Analysis of Law – Book Review”, 2 Sub Judice, 1992, 39-43.
- FRASSELLE, Nadine, *Du Patient au Consommateur*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1996.
- FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2006.
- , *A Acção Declarativa Comum*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011.
- FUKUYAMA, Francis, *Confiança, Valores Sociais e Criação de Prosperidade*, Lisboa, Gradiva, 1996.
- , *Our Post-Human Future, consequences of the biotechnology revolution*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg, *O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina*, Edições 70, 1997.
- GAINÉ, William J., “No-fault compensation systems –Experience elsewhere suggests it is time for the UK to introduce a pilot scheme” in *British Medical Journal*, 2003 May 10/ 326(7397), p. 997-998.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001.
- , *Responsabilidad Civil Medica (3ª Ed)*, Madrid, Civitas, 2011.
- GALHARDAS, Maria de Fátima, *Negligência médica no código penal revisto*, Sub Judice, n.º 11, Janeiro-Junho, 1996.
- GALHEGO, Fernanda, [A Responsabilidade Penal do Cirurgião Plástico e a Conduta do Paciente, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.](#)
- GALLO, Filomena, *ECHR condemns Poland for treating a woman inhumanely by denying her a prompt diagnosis and abortion*, <http://www.freedomofresearch.org/article/2011-07-12/news/filomena-gallo/poland/strasbourg-echr-condemns-poland-treating-woman-inhuman>
- GARAY, Alain, “La nouvelle législation française relative aux droits des malades et à la qualité du système de soins”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings*, I.
- GARCIA, Maria Olinda, “A Criopreservação Privada de Células Estaminais. Um Contrato de Depósito”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 9, 2008.

- GARCIA, Sofia Amaral/ GAROUPA, Nuno/ VILAÇA, Guilherme Vasconcelos, *A Justiça Cível em Portugal, uma perspectiva quantitativa*, Lisboa, Sedes, 2008.
- GARCIA, Sofia Amaral, *Quantifying the Economics of Medical Malpractice, A view from a Civil Law perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011.
- GAROUPA, Nuno/ SIMÕES, Ana/ SILVEIRA, Vítor, “Ineficiência do Sistema Judicial em Portugal, Uma Exploração Quantitativa”, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 34 – Análise Económica do Direito – Parte II, 2006.
- GASPAR, António Silva Henriques, “A Responsabilidade Civil do Médico” in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, 1978, 335.
- GAUTIER, Pierre-Yves, “Les distances du juge’, à propos d’un débat étique sur la responsabilité civile” in *JCP*, n.º 2, 1 janvier 2001.
- GAWANDE, A. A./ THOMAS, E. J./ ZINNER, M. J. *et al.*, “The incidence and nature of surgical adverse events in Colorado and Utah in 1992” in *Surgery*, 1999, 126(1), p. 66-75.
- GEHRLEIN, Markus, *Leitfaden zur Arzthaftpflicht (nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes)*, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- GENICOT, Gilles, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- GERALDES, Abrantes, *Temas da Responsabilidade Civil, II, Indemnização dos Danos Reflexos*, Coimbra, Almedina, 2005.
- GERALDES, João de Oliveira, “*Finis Vitae ou Ficta Mortis*” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, I/IV, Jan.-Dez. 2010, p. 625-673.
- GERVEN, W. van/ LEVER, J./ LARROUCHE, P./ BAR, C. von/ VINEY, G., *Tort Law – Scope of Protection*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- GEVERS, Stef/ JANSSEN, Anke/ FRIELE, Roland, “Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe” *European Journal of Health Law*, 11, 2004, nr. 2, p. 175-186.
- GIESEN, Dieter, *Wandlungen des Arzthaftungsrechts*, J.C.B. Mohr, 1983.
- GIESEN, Dieter, *International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988. JCB Mohr/ 1988.
- GIESEN, Dieter, *Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz*, 5. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- GIGERENZER, “Ecological Intelligence an adaptation for Frequencies”, Cummins/ Allen (Eds.), *The Evolution of Mind*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 9-29
- GIGERENZER/ HOFFRAGE/ EBERT, “AIDS counselling for low-risk clients”, *AIDS CARE* (1998), vol. 10. NO. 2, p. 197-211.
- GILEAD, Israel, “On the Justification of Strict Liability”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2004*, Wien-New York, Springer, 2005.
- GLATZ, Christian, *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung: eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- GODINHO, Inês Fernandes, “Implicações jurídico-penais do critério de morte”, in COSTA; José de Faria/ GODINHO, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal –Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto, “Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, Ano 1 (2012), no 2, p. 945-978.

GOFFIN, Tom, “Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe” in *EJHL*, Volume 19, Number 2, 2012, p. 121-140.

GOMES, Carla Amado, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade individual, Casos da vida de um médico de saúde pública*, Lisboa, AAFDL, 1999.

———, “(Ir)responsabilidade do Estado por transfusão de sangue com HIV, a tradição ainda é o que era (?), *Cadernos de Justiça Administrativa* [2006], p. 57 ss.

GOMES, Júlio Vieira, *O Conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

———, “Sobre o dano de perda de chance” in *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo II, 2005.

GOMES, Manuel Tomé, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no Processo Civil”, *Revista do CEJ*, 2º Semestre 2005, Nº 3.

GÓMEZ MARTINÉZ, Juan, “Críterios básicos para mejorar la eficacia del testamento vital”, *Diario Médico*, 20 de noviembre de 2002.

GONÇALVES, Carla, “A responsabilidade médica objectiva”, in AA.VV. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

———, *A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa*, Coimbra, 2009.

GONÇALVES, Cunha, *Código Civil Português Anotado*, Volume I, 2ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894.

GONÇALVES, Maia, “Anotação ao art. 131.º, 3” in *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 17.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, “La protección del paciente y el consentimiento informado”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, N.º 12, 2009.

GOROSTIAGA, Angoitia, *Extracción y Transplante de Órganos e Tecidos Humanos (problemática Jurídica)*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

GOVE, Dianne, “Alzheimer Europe (Patient organisation) – The Use of Advance Directives by People with Dementia – the Views of Alzheimer Europe” in *Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations*, 30 November – 1 December 2010, Palais de l’Europe, Strasbourg, France.

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

GRISSE, Thomas/ APPELBAUM, Paul, *Assessing Competence to Consent to Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1998.

GUILLOD, Olivier, *Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel, 1986.

———, “Compensation in the Swiss Health Care Sector”, in DUTE/ FAURE/ KOZIOL (Eds.), *No-Fault Compensation in the Health-Care Sector*, Springer, 2004, p. 393-415.

GUZMÁN, José López/ MIRALLES, Ángela Aparisi, *La píldora del día siguiente – aspectos farmacológicos, éticos y jurídicos*, Iacaja, 2002

- HÄBERLE, Peter, *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *O Futuro da Natureza Humana – a caminho de uma eugenia liberal?*, Coimbra, Almedina, 2006.
- HANAU, Peter, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit (Eine Studie zum Problem des Pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht)*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- HARRIS, Dean, „The Declaration of Helsinki, the Effect on Vulnerable Populations of the Provisions about Placebo-Controlled Trials and the Duties of Post-Trial Care“, in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Les Études Hospitalières, 2012, p. 69-76.
- HAUBERICH, Sabine, *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Springer, 2000.
- HEIDE, Jochen, *Medizinische Zwangsbehandlung*, Duncker & Humblot, 2001
- HENNEZEL, Marie de, *Diálogo com a Morte*, Editorial Notícias, 2000.
- HERRE, Jonny/ HONDIUS, Ewoud/ ALPA, Guido, *The Notions of Consumer and Professional and Some Related Questions*, European Group on a Civil Code – www.sgecc.net .
- HERZOG, Peter, “Landesbericht USA”, in TAUPITZ, J (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000.
- HESPANHA, Pedro, Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63, Outubro 2002, p. 21-31.
- HIRSCH, Christine, *Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung*, Manz, Wien, 2002.
- HOFFRAGE/ GIGERENZER, “Using Natural Frequencies to Improve Diagnostic Inferences, *Academic Medicine*, Vol. 73, No. 5/ May 1998.
- HOFFRAGE/ LINDSEY/ HERTWIG/ GIGERENZER, “Communicating Statistical Information” in *Science*, vol. 290, 22 December 2000.
- HONDIUS, Ewoud/ VAN HOOFT, Annet, “The New Dutch Law on Medical Services” in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, 1-17.
- HONDIUS, Ewoud, “General Introduction”, in HONDIUS (Ed.), *The Development of Medical Liability*, Volume 3, Cambridge University Press, 2010.
- , “The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment”, in GEVERS/ HONDIUS/ HUBBEN (Eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005, p. 105 ss.
- HOPPE, H., “Medical ethics and patient safety” in J. Tingle and P. Bark (eds), *Patient Safety Law Policy and Practice*, London, Routledge, 2011, 53-63.
- HÖRSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000.
- HORWITZ, J. & BRENNAN, T. A., “No-Fault Compensation for Medical Injury, A Case Study” in *Health Affairs*, 14, no. 4 (1995), 176-177.
- HOTTOIS, Gilbert, “Información y saber genéticos”, *Rev Der Gen H*, 11, jul-dez 1999.
- HOTTOIS, Gilbert/ PARIZEAU, Marie-Hélène, *Dicionário da Bioética*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.

HÜNERFELD, Peter, Esfera Privada e Segredo, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004.

IAPICHINO, Lucilla, *Testamento Biologico e Direttive Anticipate – Le Disposizioni in Previsione dell’Incapacità*, IPSOA, 2000.

ILIEV, Dimo/ VIENONEN, Mikko, *Patient’s Rights Development in Europe*, December 1998, OMS. In <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=17375>

INSPEÇÃO GERAL DAS ATIVIDADES EM SAÚDE,

- “*Inspecção, monitorização do erro médico e acções judiciais com pedido de indemnização por deficiente assistência médica, nos Estabelecimentos e Serviços do Serviço Nacional de Saúde*” – Processo nº 248/2008
- *Inspecção sobre Monitorização do Erro Médico e Acções Judiciais com Pedido de Indemnização por deficiente Assistência Médica (Follow Up)* –PROCESSO N.º 44/2010-INS

INSTITUTE OF MEDICINE –IOM REPORT (Eds. Linda T. KOHN/ Janet M. CORRIGAN/ Molla S. DONALDSON), *To err is human, building a safer health system*, Washington, National Academy Press, 1999.

ISON, T., *Accident compensation, a commentary on the New Zealand scheme*, London, Croom Helm, 1980.

KESSLER, Emmanuel, *Le dossier médical personnel : Big Docteur ou Big Brother?*, 14 de Dez de 2010 (<http://www.france-info.com/chroniques-tout-info-tout-eco-2010-12-14-le-dossier-medical-personnel-big-docteur-ou-big-brother-503337-81-149.html>).

KACHALIA, Allen/ MELLO, Michelle, “New Directions in Medical Reform”, *The New England Journal of Medicine*, 364 (2011).

KAHN, Axel/ ROUSSET Dominique, *Os Caminhos da Medicina no Século XXI, Genes e Homens*, Publicações Europa-América, 1999.

KANCLER, Magdalena, *To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context, Recent Polish and Irish Case law Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception*, vol. 13.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (September 2009), <<http://www.ejcl.org/131/art133-5.pdf>>.

KARNER, Ernst, *Der Ersatz ideeler Schäden bei Körperverletzung*, Wien-New York, Springer, 1999.

KAROLLUS, Martin, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung*, Springer Verlag, Wien, New York, 1992.

KATZENMEIER, Christian, *Vertragliche und deliktische Haftung in ihrem Zusammenspiel*, Berlin, Dunckler & Humblot, 1993.

———, *Arzthaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

———, *Unerlaubte Handlungen, Kommentierung der §§ 823 ff. BGB und des ProdHaftG* in, [DAUNER-LIEB/HEIDEL/RING](#) (Hrsg.), *NomosKommentar BGB –Bd. 2/2, Schuldrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2. Aufl. 2011.

KATZENMEIER, Christian/ BERGDOLT, Klaus, *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Berlin/Heidelberg, [Springer](#), 2009.

KATZENMEIER, Christian / SCHRAG-SLAVU, Stefania, *Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst*, Berlin/Heidelberg, [Springer](#), 2010,

- KÄUFL, Michael, “Advance Directives — The reform debate in Germany”, in COSTA; José de Faria/ GODINHO, Inês Fernandes, *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal –Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KEMP, Peter, *La mundialización de la ética*, Colonia del Carmen, 2007.
- KENNEDI, Ian/ GRUBB, Andrew, *Medical Law*, Third Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000.
- KERN, G., *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Viena, Manz, 1999.
- KERN, Bernd-Rüdiger/ WADLE, Elmar/ SCHROEDER, Klaus-Peter/ KATZENMEIER, Christian, *Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin, Springer, 2006.
- KERN, G. Hildegard, “O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil?”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 4 (2007), p. 86.
- KESSLER, Daniel/ MCCLELLAN, Mark, “Do Doctors Practice Defensive Medicine?”, *The Quarterly Journal of Economics*, 111, no. 2 (1996).
- KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 7.^a edição, 2010.
- KINGREEN, Thorsten, *Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2010/2011*, NJW 50/2011, 3615 (Vorgängeraufsatz in der NJW 2010, 3408).
- KLUGE, E., “Incompetent Patients, Substitute Decision Making, and Quality of Life, Some Ethical Considerations”, *Medscape J Med.* 2008/ 10(10), p. 237.
- KOCH, Bernhard, “Medical Liability in Europe, Comparative Analysis” in Bernhard A. KOCH (Ed.), *Medical Liability in Europe A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2011.
- , “Wilburg’s Flexible System in a Nutshell, in Helmut KOZIOL/ Barbara STEININGER (eds), *European Tort Law 2001*, 2002.
- , “Wrongful Death, How Much Does It Cost to Kill Someone?” in H. KOZIOL/ B. STEININGER, *European Tort Law 2006*, Wien-New York, Springer, 2007.
- KOCH, Bernhard/ KOZIOL, Helmut, “Comparative Conclusions”, in KOCH, B. / KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law, Strict Liability*, The Hague/ New York, Kluwer Law International, 2002, p. 395 ss.
- KOHN, Linda/ CORRIGAN, Janet/ DONALDSON, Molla (eds.), *To err is Human. Building a safer Health System*, Washington, National Academy of Sciences, 2000.
- KOPETZKI, Christian/ KERN, Gerson, *Patientenrechte und ihre Handhabung*, Wien, Verlag Österreich, 2006.
- KÖRTNER, U.H.J., “Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, Entstehungsgeschichte, Inhalt und Bewertung”, *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 2006, 50(3).
- KÖRTNER, Ulrich/ KOPETZKI, Christian/ KLETECKA-PULKER, Maria, *Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte*, Wien/ New York, Springer, 2007.
- KORFF, Douwe, *The right to life, A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 8, 2006.
- KOSTERLITZ, Julie, *Malpractice Morass*, NAT’L J., July 6 1991, 1682.

- KÖTZ, Hein/ WAGNER, Gerhard, *Deliktsrecht*, 11. überarbeitete Auflage, Luchterland, 2011.
- KOUCHNER, B., « Les Assureurs contre les Malades », *Le Monde*, 20-21 octobre 2002.
- KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, Efi, “Biomedical progress and the beginning of human life as a civil law problem” in *Revue Hellénique de Droit International*, année 53, n.º 2 (2000), p. 555-563.
- KOZIOL, Helmut, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Manz Verlag Wien, (1997) e Band II (1984).
- , „Schadenersatz für den Verlust einer Chance?“ in *Separata do Festschrift Hans Stoll*, Mohr Siebeck, 2001, 233-250.
- , “Deficiency of Regulations and Approach to Solutions, Conclusions from the Comparative Research”, in FAURE, Michael/ KOZIOL, Helmut, *Cases on Medical Malpractice*, Springer, 2001.
- , “Rechtsmässiges Alternativverhalten –Auflockerung starrer Lösungsansätze”, in *Festschrift für Erwin DEUTSCH*, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 179-187.
- , “The Concept of Wrongfulness under the Principles of European Tort Law”, in KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2002*, Wien-New York, Springer, 2003, p. 552 ss.
- , “Damage”, in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, Wien-New York, Springer, 2005.
- , “Wrongful Death – Basic Questions,” KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2006*, Wien-New York, Springer, 2007, p. 33
- KUHLMANN, Jens, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994.
- KUNARATANAPRUK, S./ SILPAPOJAKUL, K., “Unnecessary hospital infection control practices in Thailand, a survey” in *Journal of Hospital Infection*, 1998, 40, p. 55-59.
- KYSAR, Douglas A./ MCGARITY, Thomas O. & SOKOL, Karen, “Medical Malpractice Myths and Realities, Why an Insurance Crisis is not a Lawsuit Crisis” in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 39, no. 2, p. 806-807.
- JARVIS, W. R., “Selected aspects of the socioeconomic impact of nosocomial infections, morbidity, mortality, cost, and prevention (Review)”, *Infection Control and Hospital Epidemiology*, 1996, 17, p. 552-557.
- JASPERS, Karl, *Die Idee des Arztes*, 1960.
- JATENE, Fabio B./ BERNARDO, Wanderley Marques/ MONTEIRO-BONFÁ, Rosangela, “O processo de implantação de diretrizes na prática médica” in RBCCV, Volume, 16 Edição.
- JEHRING, Rudolf von, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.
- JOINT STATE GOVERNMENT COMMISSION –PENNSYLVANIA, *Medical Professional Liability: Reform for the 21st Century: A Review of Policy Options*, Pennsylvania, March 2005
- JONES, Michael, “Informed Consent and Other Fairy Stories”, *Medical Law Review*, 1999.
- , *Medical negligence*. London, Sweet and Maxwell, 1995.
- JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1995.

- JUEN, Thomas, *Arzthaftungsrecht: die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich*, 2. Überarbeitete Auflage, Wien, Manz, 2005.
- JUSTO, António dos Santos, “Lex Aquilia,” in MIRANDA, Jorge (Coord.), *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 13–51.
- , “Recordando o Visconde Seabra, no Centenário do seu Falecimento”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1995.
- LAHTI, Raimo, “Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients, The Finish Experience”, WESTERHÄLL/ PHILLIPS (Eds.), *Patient’s Rights – Informed Consent, Access and Equality*, Stockholm, Sweden, 1994.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Droit du dommage corporel, systèmes d’indemnisation*, Dalloz, 2009.
- Lange, Hermann, *Schadensersatz*, Band I, 2. neubearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990.
- LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.º edição, Verlag C. H. Beck, 2004.
- LARENZ/ CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3º Auflage, Springer, 1995.
- LARISMA, Susana, *A prova por testemunhas na arbitragem internacional – A prática internacional, as regras IBA 1999 e a oferta portuguesa*, Themis, Ano IX – n.º 16 – 2009.
- LAUFS, Adolf/ UHLENBRUCK, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, München, Verlag C.H.Beck, 2002.
- LAUFS, Adolf/ KERN, Bernd-Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010.
- LAUFS, Adolf/ KATZENMEIER, Christian/ LIPP, Volker, *Arztrecht*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2009.
- LE BRETON, David, in «Grefe», in *Le dictionnaire du corps*, sous la direction de Michela Marzano, PUF, 2007.
- LECA, Antoine, *Droit pharmaceutique* (5º édition), Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010.
- LE GOFF, Jacques/ TRUONG, Nicolas, *Uma História do Corpo na Idade Média*, Teorema, 2005.
- LEAPE, L. L., “Error in medicine” in M. ROSENTHAL *et al.*, *Medical Mishaps, Pieces of the Puzzle*, Open University Press, Buckingham, Philadelphia, 1999.
- LEGEMAATE, J., “Blame free reporting, international aspects” in J.Tingle and P. Bark (eds), *Patient Safety, Law Policy and Practice*, London, Routledge, 2011, 85-96.
- LEGROS, Bérengère, “Vers la disparition de l’indemnisation des préjudices nés suite à l’inexécution de l’obligation d’information médicale” in *Revue Générale de Droit Médical*, n.º 6.
- , *Euthanasie, arrêt de traitement, soins palliatifs et sédation, L’encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011.
- LEITÃO, Adelaide Meneses, *Normas de Proteção e Danos Puramente Económicos*, Coimbra, Almedina, 2009.

- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio o Direito Civil Português*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1991.
- , *O Ensino do Direito das Obrigações –Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra, Almedina, 2001.
- , *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003.
- , *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2006.
- LELEU, Yves-Henri/ GENICOT, Gilles, *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck, 2001.
- LIPKIN, Nuphar/ SAMAMA, Etti, ROSENBLUTH, Daphna (Eds.), *Surrogacy in Israel, Status Report 2010 and Proposals for Legislative Amendment*, Haifa, 2010 – http://www.isha.org.il/upload/file/surrogacy_Eng00%5B1%5D.pdf
- LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, (com a colab. de HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 1987.
- LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, (com a colab. de HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª Ed., 1992.
- LINHARES, José Manuel Aroso, “*Ius cosmopolitanum* e civilização de Direito, as “*Alternativas*” da Tolerância Procedimental e da Hospitalidade Ética”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2006, p. 135 ss.
- LIPOVETSKY, Gilles, *Le Crépuscule du devoir*, Paris, Gallimard, 1992.
- , *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*, Edições 70, 2007.
- LIZ, Jorge Pegado, *Introdução ao direito e à política do consumo*, Lisboa, Notícias, 1999.
- LOJKO, Natalja, New compensation procedure for medical events, *Pharma Poland News*, Issue No 7 (76) – Thursday, 19 July 2012.
- LOOKER, Clare / KELLY, Heath, “No-fault compensation following adverse events attributed to vaccination, a review of international programmes”, *Bulletin of the World Health Organization*, 21 March 2011.
- LOPES, Licínio, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, Almedina, 2009.
- LOPES, Micaela, *A igualdade das partes nas regras de distribuição do ónus da prova*, Universidade Católica, 2010.
- LOSCH, Bernhard/ RADAU, Wiltrud Christine, “«Wrongful birth» und «wrongful life». Probleme der rechtlichen Bewältigung ärztlicher Pflichtverletzung bei der menschlichen Reproduktion“ in *Ethik Med* (2000) 12,30–43.
- LOSER, Peter, “Switzerland” in OLIPHANT, Ken/ STEININGER, Barbara, *European Tort Law 2011*, De Gruyter, 2012, p. 682-684.
- LOUREIRO, João Carlos, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em torno do Estado Vegetativo Crónico”, *Cadernos de Bioética*, 8, 1994, p. 27-65.
- , *Transplantações, Um olhar Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- , “The Kemp Principles, a Bio-legal perspective”, *Boletim da Faculdade de Direito (UC)* 75 (1999), p. 575-589.

- , “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco, prevenção, e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas”, in, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 797-891
- , “Estatuto do embrião” in, Luís ARCHER/ Jorge BISCAIA/ Walter OSSWALD/ Michel RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, p. 110-121.
- , “Aegrotationis medicinam ab iure peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito”, in, *Cadernos de Bioética* 11 (2001/25), p. 19-53.
- , *Constituição e Biomedicina, Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Coimbra, polic., 2003.
- , “Protocolo Adicional – Comentários Finais”, in *Direitos do Homem e Biomedicina*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.
- , “Direito à (Proteção da) saúde”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, 2006, p. 657-692.
- , “Advance directives, a Portuguese approach”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, 2008, n.º 9, p. 5-14.
- , “Saúde no fim da vida, entre o amor, o saber e o direito II – Cuidado(s)”, II, *Revista Portuguesa de Bioética* / (n.º 4) / Abril-Maio 2008.
- , “Bios, tempo(s) e mundo(s), algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in, Manuel da Costa ANDRADE/ Maria João ANTUNES/Susana Aires de SOUSA (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra, 2010.
- , *Adeus ao Estado Social?, A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos «Direitos Adquiridos»*, Coimbra Editora, 2010.
- , “Adeus a delfos? Saber, não saber e medicina preditiva”, in *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 2011.
- LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- LOVELLS, *Responsabilidade do Produto na União Europeia* –Um relatório para a Comissão Europeia Fevereiro 2003, MARKT/2001/11/D; Contrato No. ETD/2001/B5-3001/D/76.
- LOZANO, Rose-Marie, *La Protection européenne des droits de l’homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, CERIC, 2001.
- LUCA, Massimiliano De/ GALIONE, Angela/ MACCIONI, Stefano, *La Responsabilità Medica: Profili penali, civili, contabili e disciplinari*, Milano, Gruppo24ore, 2011.
- LUTZKY, Jane Courtes, “El Código de Defensa del Consumidor y la Responsabilidad personal del médico en la República Federativa del Brasil” in *Cadernos de Bioética*, Ano 2, nº1, Buenos Aires.
- LYOTARD, Jean-François, *Le Différend*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1983.
- MACEDO, João Carlos, *A Morte Adiada*, Coimbra, Almedina, 2010.
- MACHADO, Jónatas/ RAPOSO, Vera, *Direito à Saúde e Qualidade dos Medicamentos, Proteção dos dados de ensaios clínicos numa perspectiva de direito brasileiro, comparado e internacional*, Coimbra, Almedina, 2010.

- MACÍA MORILLO, Andrea, *La Responsabilidad Médica por los Diagnósticos Preconceptivos y Prenatales (Las Llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MACLEAN, A. R., “Advance Directives, Future Selves and Decision-Making” in *Medical Law Review*, 14, Autumn 2006, 291-320.
- MAGALHÃES, Teresa, *Estudo Tridimensional do Dano Corporal, Lesão, Função e Situação (sua aplicação médico-legal)*, Coimbra, Almedina, 1998.
- MAGNUS, Ulrich, “Comparative Report”, in MAGNUS (Ed.), *Unification of Tort Law, Damages*, Kluwer, 2001.
- MAGNUS, U./ MICKLITZ, H-W., *Comparative analysis of national liability systems for remedying damage caused by defective consumer services. A study commissioned by the European Commission. Final report*, April 2004
- MALICIER, D./ MIRAS, A./ FEUGLET, P./ FAIVRE P., *La responsabilité médicale, données actuelles*. Paris, Editions Eska, 2005.
- MALLARDI, V., *The origin of informed consent. Acta Otorhinolaryngol Ital.* 2005, 25, p. 312-27.
- MANGALMURTI, Sandeep S. / MURTAGH, Lindsey / MELLO, Michelle M., “Medical Malpractice Liability in the Age of Electronic Health Records”, *New England Journal of Medicine*, [November 18, 2010](#), 363, p. 2060-2067
- MANSO, Luís Duarte, *O Consentimento Informado no Diagnóstico Pré-Natal*, polic., FDUC, 2011.
- MANSO, Luís Duarte, “O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 135-157.
- MARCELINO, Américo, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 7.ª ed., Lisboa, 2005.
- MARINER, Wendy K., “O papel do direito no controlo de epidemias, o exemplo da TB, VIH e da SARS”, *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Março de 2007.
- MARINER, Wendy K./ FARIA, Paula Lobato de (Eds), *Law and Ethics in Rationing Access to Care in a High-Cost Global Economy*, Lisboa, 2008.
- MARKENSTEIN, Loes, “Country Report The Netherlands”, in TAUPITZ, J. (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of The Patient at the end of Life*, Springer, 2000.
- MARKESINIS, Basil S, *Foreign Law and Comparative Methodology, A Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- MARKESINIS, Basil , “Réflexions d’un comparatiste anglais sur et à partir de l’arrêt Perruche”, *Revue trimestrelle de droit civil*, 2001.
- MARKESINIS, Basil/ UNBERATH, Hannes/ JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd ed. (co-author), Oxford, Hart Publishing, 2006.
- MARQUES, João Paulo Remédio, *Mudança de Sexo, O Critério Jurídico (O Problema do “Paradigma Corporal” Da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, Coimbra, 1991.
- MARQUES, João Paulo Remédio, *Patentes de genes humanos?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- MARQUES, João Paulo Remédio, “Introdução ao problema das invenções biotecnológicas. Algumas considerações”, in Associação Portuguesa de

Direito Intelectual (APDI), *Direito Industrial*, Coimbra, Almedina, v. 1, 2001, p. 177-333.

MARQUES, João Paulo Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MARQUES, Mário dos Reis, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra, Almedina, 2003.

MARQUES, Mário dos Reis, “A dignidade humana como prius axiomático”, in *Estudos em homenagem a Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 541-566.

MARQUES, Mário dos Reis, “Estruturas Jurídicas” in *História de Portugal*, Direcção José MATTOSO, Volume V, O liberalismo (1807-1890), Editorial Estampa, 1993.

MARQUES, Mário dos Reis, Um olhar sobre a construção do «sujeito de direito», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra, 2009, Vol. II

MARTÍN-CASALS, Miquel/ SOLÉ FELIU, Josep, “Spanish case note”, *European Review of Private Law* 2-2003 [201–234].

MARTÍN-CASALS, Miquel/ SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la STS 18 de Mayo de 2006”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 73, Janeiro-Abril 2007, p. 517-542.

MARTINÉZ-CALCERRADA, Luis/ LORENZO, Ricardo de, *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo II, Colex, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano/ MONTEIRO, Luís/ VASCONCELOS, Joana/ BRITO, Pedro/ DRAY, Guilherme/ SILVA, Luís, *Código do Trabalho*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano, “Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico: responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2ª vol., Coimbra, Almedina, 2011, p. 459-486.

MARTINHO DA SILVA, Paula, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Lisboa, Cosmos, 1997.

MARTINHO DA SILVA, Paula/ COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MARTINS, Rosa Andreia, *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, João Marques, “Ensaio Clínicos – uma perspectiva Ético-Jurídica”, in ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, 2012, p. 99-151.

MASON, J./ McCALL SMITH, A., *Law and Medical Ethics*, Fifth Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999.

MASON, J. K. / LAURIE, G. T., *Mason & McCall Smith's Law and Medical Ethics*. 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2010.

MASSOT, O., “France”, in KOZIOL, H./ STEININGER, B. (Eds.), *European Tort Law 2001*, Springer, 2002.

MATEU, Jacques/ REYNIER, Mathieu/ VIALLA, François (Dir.), *Les assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010.

MATOS, Elisabete, “Autópsias Médico-legais e Autópsias Clínicas”, datado de 22-12-2003, disponível no sítio da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa,

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/textos/tex_mostra_doc.php?nid=11&doc=files/tex_0011.html#_ftnref4

MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011.

MATOS, Mafalda Francisco, “Off-label-off-control?”, a prescrição e a promoção de usos off-label de medicamentos, polic., 2012.

MAYER-MALY/ PRAT (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, Wien /New York, Springer, 1998.

MAZEAUD, H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3ª ed., Tomo 1, nº 103-2º.

McBRIDE, Debra/ GREENING, Audrey/ REDMOND, David, “Path to safety, benefits of the 2005 Patient Safety and Quality Improvement Act” in *Healthcare Financial Management*, June 2006.

McEWIN, Ian, “No-Fault Compensation Systems”, *Encyclopedia of Law and Economics*, (<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>).

McGRAPH, Colm, *WAML Newsletter*, December 2011.

McHALE, J., “Regulating patient safety in the European Union, realistic aspiration or unattainable goal?” in J.Tingle and P. Bark (eds), *Patient Safety, Law Policy and Practice*, London, Routledge, 2011, p. 150-164.

MEDEIROS, Rui, “A responsabilidade civil pelo ilícito administrativo no quadro da reforma do Decreto-Lei n.º 48051”, *JA*, 27, Maio/Junho, 2001, p. 20-33.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoria de la perdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

MELLO, M. Michelle/ STUDDERT, David, “The Medical Malpractice System, Structure and Performance,” in W. M. SAGE & R. KERSH (eds.), *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MELO, Helena Pereira de, “O Direito a Morrer com Dignidade”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, nº 6, 2006.

MELO, Helena Pereira de, *Implicações Jurídicas do Projecto do Genoma Humano, Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid*, vol. I, Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2007.

MELO, Helena Pereira de, *Manual de Biodireito*, Coimbra, Almedina, 2008.

MELO, Helena Pereira de, “Os Direitos da Pessoa Doente”, *Sub-Judice*, nº 37, Janeiro-Março de 2007.

MELO, Helena Pereira de, “Directivas Antecipadas de Vontade” , Helena Pereira de Melo/ Rui Nunes, *in Eutanásia e Outras Questões Éticas no Fim da Vida* (coord., Rui NUNES/ Guilhermina REGO/ Ivone DUARTE), Porto, Serviço de Bioética e Ética Médica , 2009.

MÉMETEAU, Gérard, “L’action de vie dommageable”, *JCP*, nº 50 13 décembre 2000.

MÉMETEAU, Gerard, *Cours de droit médical* (4^{ème} édition), Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011.

MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1995, (Lições 1978/1979).

MENDES, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Lisboa, 1978.

- MENDES, Paulo Sousa, “Sobre a Origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do facto – A *lex aquilia de damnum iniuria datum*”, in MENEZES CORDEIRO/ MENEZES LEITÃO/ COSTA GOMES, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- MERRY, Allan/ SMITH, Alexander McCall, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- MERUJE, Maria Manuel Borges, “Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, N.º 12, 2009.
- MESQUITA, Maria José Rangel de, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, 2009.
- MEURER, Linda N./ YANG, Hongyan/ GUSE, Clare E./ RUSSO, Carla/ BRASEL, Karen J./ LAYDE, Peter M., “Excess Mortality Caused by Medical Injury”, *Annals of Family Medicine*, VOL. 4, NO. 5, September/October 2006.
- MICHALOWSKI, Sabine, Medical Confidentiality and Medical Privilege, A Comparison of German and French Law, *European Journal of Health Law* 5, 1998, p. 89-116
- MICHELET, Jules, *Histoire de La Révolution Française*, Ed.Pléiade, I, 1952
- MIKKONEN, Martti, “The Nordic Model, Finish Experience of the Patient Injury Act in Practice” in *Medicine & Law* (2001) 20, p. 347-353.
- MILLER, Robert, *Problems in Hospital Law*, Shutts & Bowen, West Palm Beach, Florida.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MIRANDA, Jorge, “A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica, 61, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 927-941.
- MISSA, Jean-Noël/ Charles SUSANNE (Éds.), *De l'eugénisme d'État à l'eugénisme privé*, Bruxelles, De Boek, 2001.
- MONCADA, Luiz Cabral de, *Lições de Direito Civil, parte geral, polic.*, Coimbra, 1959.
- MONIZ, Ana Raquel, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MONIZ, Ana Raquel, “Aspectos processuais da responsabilidade médica”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra Editora, 2005.
- MONIZ, Helena, “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7.º, II, Abril-Junho de 1997.
- MONIZ, Helena, “Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, N.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho de 2004, p. 213 ss.
- MONIZ, Helena, “Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de

- 2000” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000.
- MONIZ, Helena, “A propósito do Acórdão da Relação de Lisboa de 18.12.2007,” *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, N.º 16, 2012.
- MONIZ, Helena, “Risco e negligência na prática clínica”, *Revista do Ministério Público*, 130, Abril, Junho 2012 [81-100]
- MONTALVO, Chóclan, “Perícia genética y proceso penal” in *Rev Der Gen H* 9/1998.
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003).
- , “A Inflação e o Direito Civil,” in *Estudos em Homebnagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, Coimbra, 1989, p. 881 ss.
- , *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- , “Sobre a Reparação dos Danos Morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano I, n.º 1, Coimbra, 1992.
- , “Causalidade” in *Enciclopédia Verbo*, edição século XXI, vol. 6, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1998.
- , “Anotação ao acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 134, Setembro 2001, p. 377 ss.
- , “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, *Estudos do Direito do Consumidor*, nº 4, Coimbra, 2002.
- , “Portuguese Case Note”, *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, p. 220-224.
- , “A responsabilidade civil no direito contemporâneo”, in MARTINS, Ives Gandra da Silva/ CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.), *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2003.
- , *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, Separata dos Estudos de Direito do Consumidor, nº 7, Coimbra, 2005.
- , “Harmonização legislativa e protecção do consumidor”, in *Estudo em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008.
- MONTEIRO, Fernando Pinto, “Direito à não existência, direito a não nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 – Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MONTEIRO, João António Pinto, “U.S. Medical Malpractice and its Costs: a Brief Survey”, *Medicine and Law*, 2013, no prelo.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, *Reparação dos Danos em Acidentes de Trânsito. Um Estudo de Direito Comparado sobre a Substituição da Responsabilidade Civil por um novo Seguro de Acidentes de Trânsito*, Coimbra, 1974.
- , “Responsabilidade Civil”, *RDE*, Coimbra, Ano IV, nº 1, Jan.-Jun. 1978, p. 313 ss.
- , “Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes”, *RDE*, Coimbra, Ano V, nº1, Jan.-Jun. 1979, p. 317 ss.

- , “Análise económica do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 57, 1981, p. 247-251.
- , “Acidentes de Viação, Comentário ao Assento”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LVII, 1981.
- , *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983.
- , “Actos de Gestão Pública, Erro de Tratamento Médico em Hospital”, *Colectânea de Jurisprudência* (CJ) 1986, Tomo IV, p. 47-51.
- , “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal, a Lei e o Futuro”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, 1986, Tomo 4, p. 6 ss.
- , “Compensation for Personal Injury in Portugal –The Law and the Future/ considerations de lege ferenda à propos the discussion of the swedish alternative”, in *Compensation for Personal Injury in Sweden and other Countries*, Juristfoertlaget, Stockholm, 1988, p. 381-392.
- , *Responsabilidade por Conselhos, Informações ou Recomendações*, Almedina, Coimbra, 1990.
- , “Aspectos particulares da responsabilidade médica” in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996.
- , “Responsabilidade por Informações Face a Terceiros” in *Boletim da Faculdade de Direito* 73 (1997), p. 35-60.
- , “Responsabilidade Civil Profissional no convencionamento médico”, in AA. VV., *A medicina privada, os seguros de saúde e os subsistemas, intervenções e debates*, Lisboa, Hospital CUF, 2000.
- , „Manuel de Andrade und der Einfluss des BGB auf das Portugiesische Zivilgesetzbuch von 1966“ in, E. Jayme/H.P. Mansel (eds.), *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder* (1997).
- , “Manuel de Andrade, a «Europeização» do Direito Privado e o Desafio de um Código Civil Europeu” in, *Ciclo de Conferências em Homenagem Póstuma ao Professor Doutor Manuel de Andrade promovido pelo Conselho Distrital do Porto da OA*, Coimbra, Almedina, 2002.
- , *Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil (para um Curso de Mestrado)*, Coimbra, polic., 2001.
- , “Responsabilidade Delitual. Da Ilícitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil Português*, Vol. III – *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- , “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II – 2005, p. 349-390
- , “Ofensa ao crédito ou ao bom nome, "culpa de organização" e responsabilidade da empresa, Acórdão de 1 de Dezembro de 2008, Tribunal da Relação de Lisboa , [anotação], *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139, n. 3959 (2009), p. 117-136.
- MONTEIRO, J. Sinde / ANDRADE, M. Costa/ COSTA, J. Faria (com a colaboração de PEREIRA, André Dias), “Country Report Portugal”, in TAUPITZ, Jochen, (Ed.), *Freedom and control of biomedical research, the planned revision of the Declaration of Helsinki*, Heidelberg [etc.], Springer, 2000.
- MONTEIRO, Jorge Sinde/ PEREIRA, André Dias, “Landesbericht Portugal” in Taupitz, Jochen, (Hrsg.) *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens –eine internationale Dokumentation/ Regulations of Civil Law to Safeguard the*

Autonomy of Patients at the End of their Life –an International Documentation, Springer-Verlag, 2000, p. 819-866.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde/ PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Translations of the Principles of European Tort Law, Portuguese translation”, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, 2005, p. 251-257.

MORAES, Maria Francisca / GRAÇA, José Pimenta da, O Processo Único, *Medicina Interna*, Vol. 8, N. 2, 2001.

MORAITIS, Anastasios, “When Childbirth Becomes Damage, A comparative Overview of “Wrongful birth” and “Wrongful life” Claims, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 8, 2007, p. 37-58.

MOREIRA, Isabel Borges, *O Doente Terminal em Contexto Familiar*, Coimbra, Formasau, Formação e Saúde Lda, 2001.

MOREIRA, Sara Leitão, Em torno da responsabilidade penal do médico interno, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2011.

MORELLE A., “La relation médecin-malade dans le droit français”, in *Consentement aux soins : vers une réglementation? Journées d'éthique médicale Maurice Rapin*. LEMAIRE F., RAMEIX S., GHANASSIA J. P. (Dir.), , Paris, 1995, Flammarion Médecine Sciences ed., p. 25-29.

MORENO, Antonio Manuel Morales, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, 2006.

MORIN, Edgar, *O Homem e a Morte*, 1ª edição portuguesa (tradução da 2ª edição francesa, 1970), Biblioteca Universitária/19, Publicações Europa-América, Lisboa, s/d..

MORRIS, ANNE/ SAINTIER, SEVERINE, “To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions”, *Medical Law Review*, Oxford, vol. 11, no 2, Summer 2003, p. 167-193.

MOURA, Dário Vicente, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.

MOURA, José Souto, “O Diagnóstico Pré-Natal”, *RPCC*, Ano 4, 3º, 1994, p. 321-336.

MUSCHELER, Karlheinz, *Heimliche Vaterschaftstests verbieten? – Pro und Contra*, in *Das Online-Familienhandbuch*.

NETO, Luísa, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra Editora, 2004.

NETO, Luísa, *Novos Direitos. Ou novo(s) objecto(s) para o Direito*, Porto, Universidade do Porto, 2010.

NETO, Luísa, “A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado,” in Vítor DUQUE/ André PEREIRA, *A Infecção VIH e o Direito*, 2010.

NETO, Luísa, “A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, 2010, p.657-694.

NETO, Miguel Kfourri, *Culpa Médica e ônus da Prova – Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e*

*Responsabilidade civil em gineco-
-obstetrícia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETZER, Norbert, *Haftungsrecht und Haftpflicht im Krankenhaus*, München – Essen – Ebene Reichenau, bettendorf'sche verlagsantalt GmbH, 1996.

NEUMANN, Peter, “What we Talk about When we Talk about Health Care Costs,” *The New England Journal of Medicine*, 366 (2012).

NEVES, António Castanheira, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira” in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LIII, 1977, 381 ss.

———, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

———, “Jurisprudência dos Interesses”, *Digesta*, Vol 2.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

———, “O direito como alternativa humana”, *Digesta*, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

———, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Maria do Céu Patrão, “Article 8, Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity”, in Ten HAVE, Henk/ JEAN, Michèle S. (Coord.), *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Background, principles and application*, Paris, UNESCO, 2009, p. 155-164.

———, “Mudam-se os tempos, manda a vontade, o desejo e o direito a ter um filho”, in *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2009, p. 131-149.

NICOLAS, Guy, *La responsabilité médicale*, Paris, Éditions Flammarion, 1996.

NIGRE, André Luís, *A Odontologia à Luz do Direito*, Rio de Janeiro, Editora Rubio Lda., 2012.

NIVARRA, Luca, “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai) il punto sulla giurisprudenza, *Europa e diritto privato*, 2, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NUNES, José Martins, *Essência da Vida, Dignidade Humana, Anestesia e Civilização*, Coimbra, MinervaCoimbra, 2012.

NUNES, Manuel Rosário, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por atos médicos*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.

NUNES, Rui, “Evidence-Based Medicine, A New Tool for Resource Allocation?” in *Medicine, Health Care and Philosophy* 6/ 2003, p. 297-301.

———, “Humanização na Doença Terminal”, NEVES, Maria do Céu Patrão (Ed.), *Comissões de Ética, das bases teóricas à actividade quotidiana*, Ponta Delgada, Centro de Estudos de Bioética, 1996.

———, *Estudo sobre o Testamento Vital*, Associação Portuguesa de Bioética, 2010.

———, *Regulação da Saúde*, 2.ª Edição, VidaEconómica, 2009.

NYS, Herman, *La Médecine et Le Droit*, Kluwer, 1995.

———, “Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (‘living-wills’)”. *European Journal of Health Law* (1997), p. 178-188.

———, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones”, *Rev Der Gen H*, 12/2000, p. 67-87.

———, “Physician involvement in a Patient’s Death, a Continental European perspective”, in JOST, T., *Readings in Comparative Health Law and Bioethics*, Durham, Carolina Academic Press, 2001, p. 300-313.

———, “Report on Medical Liability in Council of Europe Member States, A comparative study of the legal and factual situation in Member states of the Council of Europe”, Strasbourg, 7 March 2005 CDCJ (2005) 3 rev1 [cdcj/docs 2005/cdcj (2005) 3rev1 e]

———, “Protection of the rights of patients in incidents reporting systems”, *Opinio Juris in Comparatione. Studies in Comparative and National Law*, 2009, vol.3, paper n. 2, p. 1-15.

———, “Medical liability in Belgium”, in KOCH, B. (ed), *Medical liability in Europe. A comparison of selected jurisdictions*, Berlin, De Gruyter, 2011, p. 61-96.

NYS, Herman/ GOFFIN, Tom, “Mapping national practices and strategies relating to patients' rights” in WISMAR, M./ PALM, W./ FIGUERAS J./ ERNST, K./ VAN GINNEKEN, E. (Eds.), *Cross-border Health Care in the European Union. Mapping and analysing practices and policies*, Geneva, European Observatory on Health Systems and Policies, 2011, p. 159-216.

NYS, H./ STULTIËNS, L./ BORRY, P./ GOFFIN, T./ DIERICKX, K., “Patient rights in EU member States after the ratification of the Convention on Human Rights and Biomedicine”, *Health Policy*, 2007, p. 223-235.

OBADIA, Lionel, *Antropologia das Religiões*, Edições 70, 2011.

OBSERVATÓRIO PORTUGUÊS DOS SISTEMAS DE SAÚDE, Relatórios de 2000 a 2012 publicados em <http://www.observaport.org>

OLIPHANT, Ken, Defining “medical misadventure,” lessons from New Zealand, *Medicine & Law*, 1996, 4,1.

OLIPHANT, Ken, “Landmarks of No-Fault in the Common Law” in VAN BOOM /FAURE (ed.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, Tort and Insurance Law*, vol. 22, Springer, Wien – New York, 2007

OLIVEIRA, Carolina Furtado de, *A Indemnização pelo Dano Morte*, Coimbra, FDUC, polic., 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Mãe há só (uma) duas! O Contrato de gestação”, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

———, “A Auto-regulação profissional dos médicos”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 134, Junho de 2001, p. 3923 ss.

———, “A lei e o laboratório”, *Temas de Direito da Família*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

———, “Um caso de selecção de embriões”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º 1, 2004, 7-13.

———, “Transformações do Direito da Família”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I –Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

———, “Recensão de José Fragata e Luís Martins, *O erro em Medicina*, Coimbra, Almedina, 2004”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 3, Coimbra, 2005, p. 157-168.

———, *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

———, “Medicina Preventiva – será assim tão diferente da... Medicina?”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 10, 2009.

———, “Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto)”, *Revista Portuguesa de Direito da Família – Lex Familiae*, 2011, p. 139-154.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

———, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º do Código Civil”, in, *Estudos em homenagem a Francisco José Velozo*, Associação Jurídica de Braga/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, p. 521-544.

———, “The Right to Bioethical Self-Determination in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2004, p. 631-639.

———, “Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 2, 2004.

———, “Responsabilidade Civil em Instituições Privadas de Saúde”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

———, “Direitos de personalidade e responsabilidade civil no regime jurídico do transplante de órgãos”, in *Ars judicandi – Livro de homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

———, “Autonomia, Dignidade e Transplantação de Órgãos”, in CURADO, Manuel/ OLIVEIRA, Nuno (Orgs), *Pessoas Transparentes, Questões Actuais de Bioética*, Coimbra, Almedina, 2010.

OLLERO, Andrés, “*Reflexiones Sobre El Anteproyecto De Ley Reguladora De Los Derechos De La Persona Ante El Proceso Final De La Vida*”, 2011 –<http://arvo.net/uploads/file/OLLERO/ollero-REFLEXIONES%20ANTEPROYECTO-1105.pdf>

ORDEM DOS ENFERMEIROS, CONSELHO JURISDICIONAL DA ORDEM DOS ENFERMEIROS, Parecer de 15 de março de 2007, sobre Consentimento Informado Para Intervenções de Enfermagem.

ORDEM DOS ENFERMEIROS, CONSELHO JURISDICIONAL DA ORDEM DOS ENFERMEIROS, Parecer n.º 21/ 2008, de 2 de abril de 2008, sobre a Decisão livre da mulher grávida para a realização de cesariana em substituição de um provável parto eutócico

ORDEM DOS ENFERMEIROS, CONSELHO JURISDICIONAL DA ORDEM DOS ENFERMEIROS, Parecer n.º 70 /2008, de 8 de setembro de 2009 sobre colocação de dispositivo intra-uterino por enfermeiro objector de consciência.

ORDEM DOS ENFERMEIROS, CONSELHO JURISDICIONAL DA ORDEM DOS ENFERMEIROS, Parecer n.º 194/2010, de 25 de março de 2010, sobre *Segurança da Informação da Saúde e Sigilo Profissional em Enfermagem*.

- ORDEM DOS MÉDICOS, Parecer do Conselho Nacional de Ética e Deontologia Médicas, homologado pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos, in *Norte Médico*, 2000.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, “Principles Directeurs sur la Transplantation d'Organes Humains” in *Journal de Médecine légale –Droit Médicale*, 1991, p. 508-514.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *Calidad de la atención, seguridad del paciente*, Informe de la Secretaría, EB109/9, 5 de diciembre de 2001.
- ORRETT, F. A./ BROOKS, P. J./ RICHARDSON, E. G., “Nosocomial infections in a rural regional hospital in a developing country, infection rates by site, service, cost and infection control practices”, *Infection Control and Hospital Epidemiology*, 1998, 19(2), p. 137-140.
- OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Um perfil constitucional de Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999.
- PAIVA, Lusa Pinto César Correia de, *Pretensões de Wrongful Life: Uma Alternativa aos Quadros Tradicionais da Responsabilidade Civil?*, Universidade Católica Portuguesa Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, polic., 2011 (in http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/7805/3/Tese_Lusa_Paiva.pdf)
- PALEY-VINCENT, Catherine, *Responsabilité médicale, mode d'emploi*, Paris , Masson, 2002.
- PALMA, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2005.
- PARASCANDOLA, Mark/ HAWKINS, Jennifer/ DANIS, Marion, “Patient Autonomy and the Challenge of Clinical Uncertainty”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Volume 12, Number 3, September 2002.
- PARICARD, Sophie, “L’encadrement de la volonté de mourir des personnes en fin de vie”, in DUGUET, Anne-Marie, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012, p. 41-56.
- PASTORE, Raffaella/ PALMIERI, Giuseppe, *La Responsabilità nell’esercizio della professione medica; Profili civili, penali, amministrative e di diritto del lavoro*, Piacenza, CELT – Casa Editrice la Tribuna, 2008.
- PATEL, K., “No-fault medical liability in Virginia and Florida. A preliminary evaluation”, in *Eval Health Prof.* 1995 Jun/ 18(2), p. 137-51.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira, *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, Lisboa, FDUL, 2010.
- PAYLLIER, Pascal, *Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7.*, neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.
- PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PELEGRINNO, D. Edmund/ THOMASMA, David C., *A philosophical Basis of Medical Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1981.
- PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, 2ª ed., Paris , Dalloz, 1992.

PEREIRA, Alexandre Dias, *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação, da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.

———, “Da Equidade (Fragmentos)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2005.

———, “Human Genes as Corporate Assets? Nature, Morals and the Role of Intellectual Property in Healthcare Innovation”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2012, p. 213-242.

PEREIRA, Ana Leonor, *Darwin em Portugal. Filosofia. História. Engenharia Social (1865-1914)*, Coimbra, Almedina, 2001.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Formulários para prestação do Consentimento: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2000, p. 433-472.

———, “Portuguese Country Report”, in TAUPITZ, Jochen (Ed.), *The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe, a Suitable Model for a World-Wide Regulation?*, Berlin, Heidelberg, [etc.], Springer, 2002, p. 705-738.

———, “Portugal” in KOZIOL, H./ STEININGER, B. (Ed.), *European Tort Law 2002*, Springer, 2003.

———, “Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público”, *Direito e Sociedade – Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Volume 3, Número 2, Julho/Dezembro 2004, p. 35-58.

———, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

———, “O Bem-Estar Animal no Direito Civil e na Investigação Científica” in NEVES, Maria do Céu Patrão (Org.), *Bioética ou Bioéticas na Evolução das Sociedades*, Coimbra, 2005, p. 151-163.

———, „Strict Liability Caps for road accidents,“ *GPR – Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/ European Community Private Law Review/ Revue de droit privé communautaire*, 2/2005, p. 69-71.

———, “Portugal”, H. KOZIOL/ B. STEININGER (eds), *European Tort Law 2005*, Springer, 2006.

———, “Os Direitos dos Utentes Seropositivos nos Lares de Terceira Idade”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 5, 2006.

———, “Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA, estudo de caso”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 6, 2006.

———, “Cirurgião Seropositivo, do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º8, 2007.

———, “‘Tiro aos pombos’ – a Jurisprudência criadora de Direito,” in DIAS, Jorge de Figueiredo/ CANOTILHO, José Joaquim Gomes/ COSTA, José de Faria (Orgs.), *ARS IUDICANDI Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Direito Privado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 539-569.

———, “Portuguese Tort Law, A comparison with the Principles of European Tort Law”, KOZIOL/ STEININGER, *European Tort Law 2004*, Springer, 2005.

———, “Portuguese Report”, in KOZIOL, H. , STEININGER, B. C. (eds.), *European Tort Law 2005*,” Springer, 2006.

- , “Advance Directives, Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation” in *European Journal of Health Law*, 16, 2009, 1-7.
- , “A transposição da Directiva sobre Ensaio Clínicos de Medicamentos para uso humano no direito português.” *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, N.º 11, janeiro/ junho 2009, p. 5-28.
- , “Um Direito da Saúde para a Europa?”, *Debater a Europa*, n.º 2/3 Janeiro/Dezembro 2010.
- , “Sida, Toxicodependência e Esquizofrenia: Estudo Jurídico sobre o Internamento Compulsivo”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 63-79.
- , “Cidadania no fim de vida: o Testamento de Paciente e o Procurador de Cuidados de Saúde”, *Revista Brasileira de Direito Médico e da Saúde*, Editora Livro Rápido, Recife, 2011
- , “L’acte médical de l’adolescent au Portugal, vers une réglementation moderne”, Brigitte FEUILLET-LIGIER, *Adolescent et Acte Medical Regards Crois*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 231-242.
- , “The role of the family members and close persons in health-care treatment of incompetent patients, a Portuguese approach”, *Medicine and Law*, Volume 30, 4, December 2011, p. 579-590.
- PEREIRA, André G. Dias/ FERREIRA, Ana Elisabete, “Recent Trends in Medical Law in Portugal. Artificial Reproduction Techniques and Donation of Organs, the principle of bioethical self-determination and procedural control”, in Anne-Marie DUGUET, *Actions pour la santé et la recherche médicale en faveur des personnes vulnérables et des pays émergents*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012, p. 243-257.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha, *Estudos de História da Cultura Clássica*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi Lemos, *Relação Médico-Paciente: O respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- PEREIRA, Rui Soares, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- PERROW, Charles, *Normal accidents Normal Accidents, Living with High-Risk Technologies*, Princeton University Press, 1999.
- PICHLER, Johannes, *Rechtsentwicklungen zu einer Verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Wien, Bonn, Weimar, Böhlau, 1994.
- PIERUCCI, Flávio, *O desencantamento do mundo, todos os passos do conceito em Max Weber*, São Paulo, USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Ed. 34, 2003.
- PINAULT, Michel, “Incertitude et sécurité juridique”, *Le Traitement Juridique et Judiciaire de l’incertitude*, Paris, Éditions Dalloz, 2008.
- PINNA, Andrea, “Le nouveau droit français de l’obligation d’information sur les risques médicaux”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, N.º1, 2004.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, (4.ª Edição por MONTEIRO, A. Pinto e PINTO, P. Mota), Coimbra, Almedina, 2005.

- PINTO, Mário Jorge Lemos, *Responsabilidade Civil e Presunções de Culpa*, Universidade Católica do Porto, 2004. (http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RESPONSABILIDADECIVILEPR ESUNCOESDECULPA.pdf acessido a 10.6.2012)
- PINTO, Paulo Mota, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, 1993.
- , *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995.
- , “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica, 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- , “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 76, 2000, p. 205-250.
- , “Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, in FIGUEIREDO DIAS/ CABRAL BARRETO/ PIZARRO BELEZA/ PAZ FERREIRA (Org.), *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- , “Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise económica (ilustrada com a análise das medidas de indemnização contratual)”, in AVELÃS NUNES/ Jacinto MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro, O Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008.
- , “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 915-946.
- , “Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”)", *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 7, 2007, p. 5-25.
- , *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I e Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PITÃO, José António de França, *União de Facto no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2000.
- PITCHO, Benjamin, *Le statut juridique du patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2004.
- PITTET, D. / BOYCE, J.M., “Hand hygiene and patient care: pursuing the Semmelweis legacy”, *The Lancet: Infectious Diseases*, 2001, April, p. 9-20.
- PLAZA PENADÉS, “La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003.
- PLOWMAN, R./ GRAVES, N./ GRIFFIN, M. A. *et al.*, “The rate and cost of hospital-acquired infections occurring in patients admitted to selected specialties of a district general hospital in England and the national burden imposed”, *Journal of Hospital Infection*, 2001, 47(3), p. 198-209.
- POMBO, Llamas, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium, 1988.
- PORTALIS, Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, Cuadrenos Civitas, 1997.
- POSNER, Richard A., “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, 100 *Cal. L. Rev.* 519 (2012), p. 520-556.
- PREISER, Stanley/ WECHT, Cyril/ PREISLER, Monty, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, II, 1994.

- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Problemas e Propostas para o Sistema de Saúde*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1999.
- PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW/ Von BAR, Christian, (prepared by), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, (PEL Liab. Dam.)*, Vol. 7, Sellier/ Bruylant/ Stämpfli, 2009.
- PRITCHARD, J. R. S., *Liability and compensation in health care, a report to the conference of deputy ministers of the Federal/Provincial/ Territorial review on liability and compensation issues in health care*, 1990.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 121/80, de 23 de julho de 1981, in *Coleção Pareceres – Volume VII*.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 33/2004, DR II Série, n.º 222, de 20 de Setembro de 2004.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º30/2005, de 2 de Junho de 2005, (Diário da República II.ª Série, de 1/9/2005).
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, Parecer n.º53/2007 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997.
- PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *Critérios apresentados pelo Provedor de Justiça para indemnização aos lesados pela morte da vítimas da Ponte de Entre-os-Rios*, em 19 de março de 2001.
- PRUTSCH, Karin, *Die Ärztliche Aufklärung*, 2. Auflage, Wien, WUV, 2004.
- PUTZO, Hans, *Arztrecht, Grundlagen und Folgen*, Adenylchemie, 1979.
- QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil da Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra, 1995.
- QUAAS, Michael Rüdiger Zuck, *Medizinrecht*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- QUILL, Eoin, “Ireland”, H. Koziol/ B. Steininger, *European Tort Law 2001*, Wien-New York, Springer, 2002.
- QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Direito Penal – Parte Especial, lições, estudos e casos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- QUINTERO, José Alvarez/ VIEIRA, Duarte Nuno, *Aspetos práticos da avaliação do dano corporal em Direito Civil*, Imprensa da Universidade, 2008.
- RABEL, *Das recht des Warenkaufs*, vol. 1, 1936.
- RACHELS, James, *Elementos de Filosofia Moral*, Lisboa, Gradiva, 2004.
- RADAU, Hans, *Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz, Eine Untersuchung am Beispiel der Patientenunfallversicherung im Schweden (Beitrag zum Privat- und Wirtschaftsrecht)*, Karlsruhe, VVW, 1993.
- RAMOS, Henrique VILAÇA, “Ars Medica, Técnica e Ética”, *Ação Médica*, n.º 2 (2011).
- RAPOSO, Mário, “Procriação assistida – Aspetos éticos e jurídicos” in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1991.

- RAPOSO, Vera, *De mãe para mãe, questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- , “O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril – Junho 2007.
- , “Vende-se Gâmeta em bom estado de conservação”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, n.º 12, 2009.
- , “As *wrong actions* no início da vida (*Wrongful Conception*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*) e a Responsabilidade Médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010, p. 61-101.
- , “Directivas Antecipadas de Vontade, em busca da lei perdida”, *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março 2011, p. 171 ss.
- RAPOSO, Vera/ DANTAS, Eduardo, “Aspectos jurídicos da reprodução *post-mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º 14, 2010, p. 81-94.
- RATAJCZAK, T. / STEGERS, Ch.-M. (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung: Schmerzengeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2001.
- RAWLS, John, *O Liberalismo Político*, Lisboa, Editorial Presença, 1997.
- REGO, Fabiana, “A força jurídica das declarações antecipadas de vontade”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, N.º 16, 2012.
- REIS, Rafael Vale e, “Hipócrates com face de Jano? – Notas ao Acórdão 5/2005 de 5 de Janeiro do Tribunal Constitucional”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N.º 3, 2005.
- REIS, Rafael Vale, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- , “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, N.º 13, 2010.
- RELATÓRIO ESTATÍSTICO 2009, *Colheita e Transplantação de Órgãos e Tecidos, Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação*, acessível em www.asst.min-saude.pt
- RENDTORFF, Jacob Dahl, “Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 5 (3):235-244 (2002).
- [REYNIER](#), Mathieu, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité* Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012.
- REYS, Lesseps Lourenço dos, “Responsabilidade civil dos médicos”, in *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, N.º 5.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, O Ónus da Prova da Culpa na Responsabilidade Civil por Acidente de Viação, *Estudos em Homenagem Prof. Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito, II, 1979.
- , *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha Mendes, “Ressarcimento dos Danos Corporais nos Grandes Incapacitados”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N.º 4, 2005.
- , “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º 14, 2010.

- , *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- RIBOT, Jordi, “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, N.º3, 2005.
- RICE, T. W., The historical, ethical, and legal background of human-subjects research. *Respir Care* 2008, 53, p. 1325-29.
- RICOEUR, Paul, *Teoria da Interpretação*, Porto, Porto Editora, 1995.
- RICOU, Miguel, *A Ética e a Deontologia no exercício da Psicologia*, in *Estudo Geral da Univeridade de Coimbra* (<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/20349/1/tese%20versão%20final%20para%20entrega.pdf>).
- RID A/ SCHMIDT H., The 2008 Declaration of Helsinki – first among equals in research ethics? *J Law Med Ethics* 2010/ 381,143-148.
- RIFKIN, Jeremy, *O Século Biotech*, Mem-Martins, Edições Europa-América, 2001.
- , *The European Dream, How Europe's Vision of the Future Is Quietly Eclipsing the American Dream*, Tarcher, 2004.
- ROBERTSON, “Informed Consent 10 years later, The Impact of *Reibl v Hughes*” in *Canadian Bar Review*, 1991, 70, 423-428.
- ROCHA, Manuel António Lopes, “Bioética e Nascimento – O diagnóstico pré-natal. Perspectiva jurídico-penal,” *RPCC*, Ano I, Fasc. 2, Abril-Junho 1991, 175-204.
- ROCHA, Maria Victória, A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual, *Revista de Direito e Economia*, 1989, p. 63.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, *Direito e Justiça*, XIX, 3 (2000), 161-252.
- , “Consentimento Informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico, *Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, 2002.
- , “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, *Direito e Justiça*, Lisboa, UCP, XIV, 3, 161-252.
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- , “Utilização de cadáveres para ensino e investigação, uma consulta,” *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 43-54.
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *A prova em direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- RODRIGUES, Vasco, *Análise Económica do Direito – Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007.
- RODRÍGUEZ, Martínez-Pereda, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997.
- ROGÉRIO, Joaquim Sabino, ““Living Will” – Reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque Jurídico-penal”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 10, 2008.

- ROGERS, Horton, “Death an Non-pecuniary Loss,” KOZIOL/STEININGER, *European Tort Law 2006*, Wien-New York, Springer, 2007, p. 56-58.
- ROMANÍ, Fernández Casadevante, “El Convenio para La Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina, Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Dereho y Genoma Humano*, 7/1997.
- ROMEO CASABONA, Carlos/ URRUELA MORA, Asier/ LIBANO BERISTAIN, Aranza, *Establecimiento de un Sistema Nacional de Notificación y Registro de Incidentes y Eventos Adversos, Aspectos Legales. Tensiones y Posibles Conflictos de Lege Lata*, Primer Informe, Ministerio de Sanidad y Consumo, Marzo 2007.
- ROSA, Maria João Valente/ CHITAS, Paulo, *O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa*, Lisboa, FFMS, 2010.
- ROUGÉ-MAILLART, C./ JOUSSET, J./ GACHES, T./ GUADIN, A./ PENNEAU, M., “Patients Refusing Medical Attention, The Case of Jehovah’s Witnesses in France” in *Medical Law* (2004) 23,715-723.
- ROUXINOL, Milena, *A Obrigação de Segurança e Saúde do Empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- ROXIN, Claus/ SCHROTH, Ulrich, *Medizinstrafrecht (Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht)*, 2., überarbeitete Auflage, 2001.
- ROYAL COMMISSION ON THE CIVIL LIABILITY AND COMPENSATION FOR PERSONAL INJURY, *Report of the Royal Commission on the Civil Liability and Compensation for Personal Injury*. Chairman, Lord PEARSON. Cmnd 7054-1, 1978.
- ROZKALNS, Ronalds, “Bodies Revealed, The Interaction Among Human Rights And Commercial Interests”, in *Third European Conference on Health Law, Book of Abstracts*, 2011.
- RUDA, Albert, “I Didn't Ask to be Born', Wrongful Life from a Comparative Perspective”, *Journal of European Tort Law*, vol. 2, no. 2, p. 204-241, 2010.
- RUEFF, Maria do Céu, *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação, Estudo de Caso, HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- RUEFF, Maria do Céu, “Confidencialidade, Aconselhamento e Discriminação”, *Arquivos de Medicina*, v. 23, n.2 Porto mar. 2009.
- RYNNING, Elisabeth, “The Ageing Populations of Europe – Implications for Health Systems and Patients’ Rights”, *European Journal of Health Law* 15, 2008, p. 297-306.
- SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, 2001.
- SÁ, Fernando Oliveira e, “Acerca da Responsabilidade Profissional em Medicina”, *O Médico*, n.º 753, 1966.
- SABEK, Marc, *Les responsabilités du chirurgien-dentiste*, 2^e édition, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011.
- SAGE, William, “New Directions in the Medical Liability Reform”, in ANDERSON, Richard (Ed.), *Medical Malpractice, A Physician’s Sourcebook*, New Jersey, Humana Press, 2005.
- , “Malpractice Reform as a Health Policy Problem,” in SAGE/ KERSH (EDS.), *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, Cambridge University Press, 2006.

- SAISON, J., *Le Risque Médical, Évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, Éditions L'Harmattan, 1999.
- SALES, Ana Amélia Ribeiro, "O incumprimento de contratos de doação de gâmeta" in GARCIA, Maria Olinda (Org.), *Estudos sobre o Incumprimento do Contrato*, Coimbra Editora, 2011.
- SAMPAIO, Jorge, "O Alfa e o Omega, a vida e a morte e os mitos do eterno retorno – uma perspectiva da aliança das civilizações," in COSTA, José de Faria / GODINHO, Inês Fernandes (Org.), *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- SANCHO, Paulo, *Revista da Ordem dos Médicos*, Junho de 1997, p. 44-45.
- SANTANA, Paula, "Ageing in Portugal, regional iniquities in health and health care", *Social Science & Medicine* 50, 2000, 1025-1036.
- SANTOS, Duarte, *Mudam-se os Tempos, Mudam-se os Casamentos? O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo e o Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "Porque é tão difícil construir uma Teoria Crítica," *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N.º 54, Junho de 1999, p. 197 ss
- SANTOS, Cecília MacDowell/ SANTOS, Ana Cristina/ DUARTE, Madalena/ LIMA, Teresa Maneca, "Homoparentalidade e desafios ao direito: o caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, Dezembro 2009, p. 43-68.
- SANTOS, Laura Ferreira dos, *Ajudas-me a Morrer? A morte assistida na cultura ocidental do século XXI*, Sextante, 2009.
- , *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?*, Sextante, 2010.
- SANTOSUOSSO, Amedeo (a cura di), *Il Consenso Informato*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1996.
- SARAMAGO, José, *As Intermitências da Morte*, Lisboa, Caminho, 2005.
- SARGOS, Pierre, *Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient*, *JCP*, 10 mai 2000, I, 226, p. 843-849.
- SAVATIER, René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Paris, 1964.
- SCHAMPS, Geneviève, *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, Bruylant, 2008.
- SCHIOLER, T./ LIPEZAK, H./ PEDERSEN, B. L. *et al.*, "Danish Adverse Event Study. Incidence of adverse events in hospitals. A retrospective study of medical records" in *Ugeskr laeger*, 2001, 163 (39), p. 5370-8.
- SCHÜNEMANN, Hermann, „Die Bedeutung des plausiblen Entscheidungskonfliktes des Patienten für den haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Gesundheitsschaden“, in T. RATAJCZAK/ Ch.-M. STEGERS (Schriftleitung), *Risiko Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – Wohin führt die Rechtsprechung?*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2001, p. 71-82.
- SCHWEIZER, Rainer/ VAN SPYK, Benedikt, „Arzt und Forschung,“ in KUHN, Moritz W./ POLEDNA, Tomas (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*², Zürich, Schulthess, 2007.
- SEN, Amartya SEN, "Health: perception versus observation," *British Medical Journal*, 324.

- SÉRGIO, Manuel, *Algumas Teses Sobre o Desporto*, 2.^a edição, Educação Física e Desporto, Compendium, 2003.
- , *Alguns Olhares sobre o Corpo*, Lisboa, Instituto Piaget, Epistemologia e Sociedade, 2003.
- SERRA, Adriano Vaz, “Anotação ao Acórdão do STJ de 5 de Novembro de 1974”, *RLJ* 108 (1975/1976), p. 315 ss.
- , “Culpa do devedor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 68, 1957, p. 82 ss.
- , “Obrigação de Indemnização (Colocação, Fontes, Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (1959).
- , “Reparação do dano Não Patrimonial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, p. 69-111.
- , “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92, p. 94 ss.
- , “Responsabilidade civil do Estado e dos órgãos ou agentes”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 85, p. 476-497.
- , “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 85, p. 208 ss.
- SERRA, Helena, *Médicos e Poder, Transplantação Hepática e Tecnocracias*, Coimbra, Almedina, 2008.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan Carlos, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas, respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Madrid, Civitas, 2002.
- SHARPE, Charles, *Nursing Malpractice (Liability and Risk Management)*, Auburn House, Westport, Connecticut – London, 1999.
- SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990.
- , *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.^a Edição, Almedina, 2002.
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008.
- SILVA, Manuel Duarte Gomes da, “Colheita de Órgãos e tecidos nos Cadáveres” (Parecer da Câmara Corporativa), *Scientia Iuridica*, 1964, Tomo XIII ss., p. 70.
- , *Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coleção Scientia Iuridica, Braga, Livraria Cruz, 1970.
- SILVA, Miguel Moura e, “Law and Economics in Portugal,” *Encyclopedia of Law Economics*.
- SILVEIRA, Diana Filipa Montenegro da, “O problema da constitucionalidade da solução do dissentimento: O regime jurídico da colheita de órgãos e tecidos em cadáveres para transplantação”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa Portuguesa de Direito da Saúde* –Ano 3, N.º 5, 2006.
- SILVEIRA, Diana, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- SIMÕES, Fernando Dias, “Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana” in *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhne*, 2010, Vol VIII, n.º 13, 187-203.
- SIMÕES, Jorge, *Retrato Político da Saúde*, Coimbra, Almedina, 2004.

- SIMÕES, Jorge / SILVA, Sofia Nogueira da, “O controlo de custos na saúde – uma perspectiva europeia”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 9, 2008.
- SIMÕES, Jorge/ DIAS, Ana, “Gestão da Saúde e Despesa Pública”, in Nazaré da COSTA CABRAL/, Olívio MOTA AMADOR/ Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS (ORG.), *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 81–100.
- SIMÕES, Jorge Abreu, “Iniciativa PPP na Saúde – Aspectos De Política, Finanças e Gestão”, in Nazaré da COSTA CABRAL/, Olívio MOTA AMADOR/ Guilherme Waldemar D’OLIVEIRA MARTINS (ORG.), *A Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 205-232.
- SÍMON, Pablo, *El consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2000.
- SLOAN, Frank A./ GITHENS, Penny B. & HICKSON, Gerald B., “The Dispute Resolution Process”, in F. SLOAN/ P. GITHENS/ E. CLAYTON/ G. HICKSON, D. GENTILE/ D. PARTLETT (Eds.), *Suing for Medical Malpractice*, The University of Chicago Press, 1993.
- SLOTERDIJK, Peter, *Regras para o Parque Humano*, Coimbra, Angelus Novus, 2007.
- SMITH, R., “All changed, changed utterly. British Medicine will be transformed by the Bristol case”, *British Medical Journal*, 1998, 316, p. 1917-1918.
- SONTAG, Susan, *A Doença como Metáfora e A Sida e as suas Metáforas*, Quetzal Editores, 1999.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial, Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/form.cont.responsabilidade.civil.por.ato.medico.pdf>
- SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde, Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Coimbra, Almedina, 1988.
- , “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 121-144.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- , *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2000.
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- , *Direito das Pessoas (Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina)*, Coimbra, 2005.
- SPIER, Jaap (ed.), *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, Kluwer, 2000.

- STAUCH, M., 'Patient safety and clinical risk management in Germany' in TINGLE J. and BARK P. (eds), *Patient Safety, Law Policy and Practice*, London, Routledge, 2011, p. 165-176.
- STEFFEN, Erich/ Dressler, WOLF-DIETER, *Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtssprechung*, Köln, 2002.
- STEININGER, Barbara, "Austria", OLIPHANT, Ken/ STEININGER, Barbara, *European Tort Law 2011*, Walter de Gruyter, 2012.
- , "Wrongful Birth and Wrongful Life, Basic Questions", *Journal of European Tort Law*, Volume 1, Issue 2, p. 125–155.
- STELLAMOR, Kart/ STEINER, Johannes, *Handbuch des Österreichischen Arztrechts, Band I, Arzt und Recht*, Mansche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1999.
- STÖR, Ute, *Die Haftung für Drittschäden beim Gefahrguttransport (Ein Vergleich der CRTD mit deutschem und portugiesischem Recht)*, Peter Lang, 1997.
- STUDDERT, David M./ BRENNAN, Troyen A., No-Fault Compensation for Medical Injuries, *JAMA*, July 11, Vol. 286, N. 2, 217-223.
- STUDDERT, David M./ MELLO, Michelle M./ GAWANDE, Atul A./ GANDHI, Tejal K./ KACHALIA, Allen/ YOON, Catherine/ PUOPOLO, Ann Louise & BRENNAN, Troyen A., "Claims, Errors and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation," *The New England Journal of Medicine*, 354 (2006), p. 2024-2033.
- TABUTEAU, D., *La Sécurité Sanitaire 2*, Berger-Levrault, Paris, 2002.
- TAG, Brigitte, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, Springer, 2000.
- TAUPITZ, Jochen, *Die Standesordnungen der freien Berufe, Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, Walter de Gruyter, 1991.
- , "El derecho a no saber en la legislación alemana" in *Rev Der Gen H 9/1998/ parte II, Rev. Der. Gen. H.*, 9/1998, p. 163.
- , (Hrsg.), *Kommerzialisierung Des Menschlichen Körpers*, Springer, 2007.
- , 'Landesbericht Deutschland', in TAUPITZ, J (Ed.), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation*, Springer, 2000.
- TAVARES, José, *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Tomo 1, 1922.
- TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- , *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 7.^a edição, 2010.
- , "Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. VII, p. 114-282.
- TERRÉ, François, "Le prix de la vie" in *JCP*, n.º 50, 13 décembre, 2000.
- TERRIER, Emmanuel, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, *Les Études Hospitalières*, 2003.
- THOMAS, E. J./ STUDDERT, D. M./ RUNCHIMAN, W. B. et al., "A comparison of iatronic injury studies in Australia and the USA I, context,

- method, casemix, population, patient and hospital characteristics” in *International Journal of Quality in Health Care*, 2000, 12 (5), p. 371-378.
- THOMAS, W. John, “The Medical Malpractice "Crisis", A Critical Examination of A Public Debate” in *Temple Law Review*, Summer, 1992.
- TINGLE, J./ BARK, P. (eds), *Patient Safety, Law Policy and Practice*, London, Routledge, 2011.
- TORRALBA I ROSELLÓ, Francesco, *Filosofia de la Medicina, En torno a la obra de E. D. Pelegrino*, Madrid, institut Borja de bioètica, Fundación Mapfre Medicina, 2001.
- TUFFS, A., “German ethics council demands opt-out system for transplants”, *British Medical Journal*, May 2007, 12/ 334(7601), p. 973
- UHLENBRUCK, Wilhelm, “Der patientenbrief – die privatautonome Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod”, *NJW* 1978.
- UVA, António de Sousa/ SOUSA, Paulo/ SERRANHEIRA, Florentino, “A Segurança do doente para além do erro médico ou do erro clínico”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública* nº 10, 2010, p.1-2.
- VALE, Luís Meneses do, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra, FDUC, polic., 2007.
- VAN DAM, Cees, *European Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- VANSWEEVELT, Thierry, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, MAKLU Uitgevers, 1996.
- VARELA, João de Matos Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 127º, n.º 3843, n.º 3849, n.º 3852.
- , “Alterações legislativas do direito ao nome” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, A. 114, nº 3688 (1981), p. 207-212/ nº 3689, p. 229-233/ nº 3690 (1982), p. 260-261/ nº 3691, p. 293-297/ nº 3692, p. 323/ nº 3693, p. 357-359/ a. 115, nº 3694, p. 7-9/ nº 3695, p. 37-40/ nº 3696, p. 68-72/ nº 3700, p. 196-201/ a.116, nº 3710 (1983), p. 140-146/ nº 3714 (1984), p. 257-258/ nº 3715, p. 289-293/ a. 117, nº 3721, p. 97-100/ nº 3722, p. 133-136/ nº 3723, p. 161-165/ nº 3724, p. 196-200/ nº 3726 (1985), p. 257-262/ nº 3729, p.353-357/ a. 118, nº 3738 (1986), p. 262-267/ nº 3739, p. 293-298/ nº 3740, p. 321-324/ a. 119, nº 3748, p. 197-200.
- , “Código Civil”, *Polis*, I, Lisboa, Verbo, 1983.
- , *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2006.
- VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. MIGUEL/ NORA, SAMPAIO E, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2004
- VARGAS, Lúcia, *Julgados de Paz e Mediação-Uma nova Face da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995.
- , *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006.
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.
- VEATCH, Robert/ HADDAD, Any, *Case studies in pharmacy ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- VELOSO, António Barros, *Medicina, A Arte e o Ofício*, Lisboa, Gradiva, 2000.
- VELOSO, Maria Manuel, *A Compensação do Dano Não Patrimonial (em especial no direito de autor)*, Coimbra, polic., 1998.
- , “Danos Não Patrimoniais”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Volume III – *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, p. 495 ss.;
- VERMAAS, Albert, “Liability in Relation to the Use of Professional Medical Guidelines”, 14th World Congress on Medical Law, *Book of Proceedings I*, Maastricht, 2002.
- VETLESEN, Arne-Johan: “Worlds Apart? Habermas and Lévinas”, *Philosophy and Social Criticism*, Vol 23, No. 1 1997.
- VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.
- VICENTE, Marta Nunes, “Algumas reflexões sobre as acções de *wrongful life*, a Jurisprudência Pérruche”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, n.º 11, 2009, p. 117-141.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, “El Alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la Doctrina del Daño Desproporcionado”, in María Jesús GALLARDO CASTILLO/ María José CRUZ BLANCA (Coord.), *La Responsabilidad Jurídico-Sanitaria*, Madrid, La Ley, 2011, p. 133-181.
- VILELA, Alexandra, “Colheita de órgãos e tecidos em dadores vivos para fins de transplante”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 2, 2004.
- VINCENT, C./ NEALE, G./ WOLOSHYNOWYCH, M., “Adverse events in British hospitals, preliminary retrospective record review”, *British Medical Journal*, 2001, 322, p. 517-9.
- VINEY, Geneviève, “Brèves Remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion”, *JCP*, n.º 2, 1 janvier 2001.
- VINEY, Geneviève, *Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, 2008.
- VISCUSI, W. Kip, “The Value of Life in Legal Contexts, Survey and Critic”, *American Law and Economics Revue*, vol. 2, no 1, Spring 2000, p. 195–222.
- VON BAR, Christian, *The Common European Law of Torts I*, Clarendon Press, 1998.
- VON BAR, Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, Velag C.H. Beck, München, 1999.
- Von NARR/ REHBOR, *Arzt. Patient. Krankenhaus*, 2. Auflage, Beck, München, 1991.
- VRIENS, M./ BLOK, H./ FLUIT, A. *et al.*, “Costs associated with a strict policy of eradicating MRSA in a Dutch University Medical Centre. A 10-Year Survey”, *European Journal of Clinical Microbiology and Infectious Diseases*, 2002, 21, p. 782-786.
- WADLINGTON, W., “Medical injury compensation, a time for testing new approaches” in *Journal of the American Medical Association*, 1991/ 265, p. 2861.
- WALLACE, Paul, *Terramoto Geracional*, Publicações Europa-América, 2001.
- WATSON, A., *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.

- WEIDE, Ursula, Law and the German Universal Healthcare System: A Contemporary Overview, *German Law Journal*, 6, 1143 (2005), www.germanlawjournal.com/pdf/Vol06No08/PDF_Vol_06_No_08_1143-1172_Developments_Weide.pdf
- WEIL, Simone, *Lectures in Philosophy*, ed. P. Winch, CUP, Cambridge, 1984.
- WEIL, Simone, Personality, in an Anthology, Virago, London, 1986.
- WEILER, Paul C., *Medical Malpractice on Trial*, Harvard University Press, 1991.
- WEISS, Hans, *Korrumpierte Medizin*, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 2008.
- WERRO, Franz, *La responsabilité civile*, Berne, Stämpfli, 2011.
- WICKS, Elizabeth, “The Right to Refuse Medical Treatment under the Convention on Human Rights”, *Medicine and Law Review*, 9, Summer, 2001.
- WIDMER, Pierre, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion for Imputation”, in WIDMER, Pierre (ed.), *Unification of Tort Law, Fault*, Kluwer Law International, 2005.
- WILBURG, Walter, *Die Elemente des Schadensrecht*, Graz, 1941.
- WILBURG, Walter, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950.
- WILLIAMSON, Shanti, “Compensation for Infected Blood Products, A and others v National Blood Authority and Another”, *Electronic Journal of Comparative Law* in <http://www.ejcl.org/75/art75-5.PDF> (acedido em 30/7/2012)
- WILL, Jonathan F., “A brief history and theoretical perspective on patient and medical decision making, Part II, The autonomy model”, in *Chest* 2011, 139, p. 1491-7.
- WILSON, R. M./ RUNCIMAN, W. B./ GIBBERD, R. W. *et al.*, “The Quality in Australian Health Care Study” in *Medical Journal of Australia*, 1995, 163, p. 458-71.
- WINIGER, B. / KOZIOL, H. / KOCH, B./ ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Digest of European Tort Law, Vol 1: Essential Cases on Natural Causation*, Vienna/New York, Springer, 2007.
- WINIGER, B./ KOZIOL, H./ KOCH, B./ ZIMMERMANN, R. (Eds.), *Digest of European Tort Law, Vol. II, Essential Cases on Damage*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2011.
- WORLD HEALTH ASSEMBLY, “Resolution WHA55.18. Quality of Care, Patient Safety” in *Fifty-fifth World Health Assembly*, Geneva, 13-18 May 2002. Volume 1. Resolutions and decisions. Geneva. World Health Organization, 2002 (WHA55/2002/REC/1).
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Alliance for Patient safety, forward programme*, October 2004, 2004.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *State of the world's vaccines and immunization*, 3rd ed., Geneva, 2009.
- YERGA, Álvaro Luna, “Oportunidades perdidas, la doctrina de la perdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Revista INDRET*, n.º 288, 2005.
- ZIMMERMANN, Reinhard, “Principles of European Contract Law and the Principles of European Tort Law, Comparison and Points of Contact”, in

KOZIOL, Helmut/ STEININGER, Barbara (Eds.), *European Tort Law* 2003, Wien – New York, Springer, 2004.

ZIMMERMANN, Theodor, *Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, Einwilligung, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Forschung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997.

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

- *Walter Widmer c. la Suisse* (Queixa n.º 20527/92; Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, de 10/2/1993)
- *Reeve vs. the United Kingdom* (Queixa n.º 24844/94, Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, de 30/11/1994)
- *Boffa e outros treze vs. San Marino* (Queixa n.º 26536/95; Decisão da Comissão Europeia dos Direitos Humanos, de 15/1/1998)
- *Riera Blume and others vs. Spain* (Queixa n.º 37680/97; Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (4.ª Secção) de 14 de outubro de 1999)
- *Pretty vs. UK* (Queixa n.º 2346/02; Decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 29/4/2002)
- *Jehovah's Witnesses of Moscow vs. Russia* (Queixa n.º 302/02; Decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 10/6/2010)
- *Vo vs. France* (Queixa n.º 53924/00; Decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 8/7/2004)
- *Evans vs. United Kingdom* (Queixa n.º 6339/05; Decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 10/04/2007).
- *Fadeyeva vs. Russia*; (Queixa n.º 55723/00; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 1.ª secção de 9/6/2005)
- *Bayatyan vs. Armenia* (Queixa n.º 23459/03, Decisão da Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 7/7/2011)

Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal de Primeira Instância da UE

- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 18/9/1992 (*Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 1992-9, p. II 2197)
- Acórdão do Tribunal Europeu de Justiça, de 5/10/1994 (*Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, 1994-10, I-4781 a 4793)
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 18 de outubro de 2011; Processo C- 34/10: Oliver Brüstle contra Greenpeace e.V.

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA²⁰⁹⁷

Tribunal Constitucional

- Ac. do TC n.º 25/84, de 19/3/1984 (Guilherme da Fonseca)
- Ac. do TC n.º 85/85, de 29/5/1985 (Vital Moreira)
- Ac. do TC n.º 130/88, de 8/6/88 (Martins da Fonseca)
- Ac. do TC n.º 89-0401, de 25/9/1991 (Alves Correia)
- Ac. do TC n.º 288/98, de 17/4/1998 (Luís Nunes de Almeida)
- Ac. do TC n.º 275/2002, de 19/6/2002 (Paulo Mota Pinto)
- Ac. do TC n.º 306/03, de 25/6/2003 (Mário José de Araújo Torres)
- Ac. do TC n.º 5/2005, de 5/1/2005 (Paulo Mota Pinto)
- Ac. do TC n.º 617/2006, de 15/11/2006 (Fernanda Palma)
- Ac. do TC n.º 101/2009, de 3/3/2009 (Fernandes Cadilha)
- Ac. do TC n.º 75/2010, de 23/2/2010 (Joaquim Sousa Ribeiro)
 - Todos os Acórdãos disponíveis em:
www.tribunalconstitucional.pt

Tribunal de Conflitos

- Ac. do Tribunal de Conflitos, de 30/10/2008 (Bettencourt de Faria), Proc. 08/08
- Ac. do Tribunal de Conflitos, de 4/11/2009 (Moreira Camilo), Proc. 020/09
- Ac. Tribunal de Conflitos de 20/1/2010 (Fonseca Ramos, Proc. 024/09)

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. do STJ, de 12/2/1969 (Adriano Vera Jardim), Proc. 32873, *BMJ* n.º 184, março de 1969, p. 151-160.
- Ac. do STJ, de 13/1/1970 (Joaquim de Melo), Proc. 62973, *BMJ* n.º 193, fevereiro de 1970, p. 349-352.
- Ac. do STJ, de 17/3/1971 (Bernardes de Miranda), Proc. 33142, *BMJ* n.º 205, abril de 1971, p. 150-164.
- Ac. do STJ, de 7/5/1974 (Arala Chaves), Proc. 065121, *BMJ* n.º 237, junho de 1974, p. 196-200.
- Ac. do STJ, de 16/2/1978 (Alves Pinto), Proc. 067004
- Ac. do STJ, de 27/3/1979 (Santos Victor), Proc. 067802
- Assento n.º 1/80, de 21/11/1979 (Manuel dos Santos Victor), Proc. 68004, in DR 24/80 Série I, de 29 de Janeiro de 1980
- Ac. do STJ, de 12/5/1981 (Henrique Simões), Proc. 069201
- Ac. do STJ, de 25/5/85, *BMJ* 347.º, p. 398.
- Ac. do STJ, de 25/5/1985 (Góis Pinheiro), *RLJ*, Ano 123.º (1990-1991), n.º 3795, p. 185 ss. (com anotação de Antunes Varela)

²⁰⁹⁷ Jurisprudência citada; sempre que possível indica-se o nome do Relator e do Processo (ou o n.º de Recurso); neste caso os arestos estão disponíveis em www.dgsi.pt. Excepcionalmente citam-se arestos de que apenas temos conhecimento através de terceiros e não conseguimos identificar o nome de Processo e/ ou o Relator do mesmo. Ao longo do texto, por razões de elegância estilística não indicamos a referencia completa, que aqui se publicita.

- Ac. do STJ, de 25/7/1985 (Magalhães Baião), Proc. 073035
- Ac. do STJ, de 6/5/1986 (Joaquim de Figueiredo), Proc. 73710, *BMJ* n.º 357, p. 392-395.
- Ac. do STJ, de 2/11/1989 (Ferreira da Silva), Proc. 077212
- Ac. do STJ, de 18/2/1992 (Rui Silva), Proc. 080855
- Ac. do STJ, de 27/10/1992
- Ac. do STJ, de 18/3/1993
- Ac. do STJ, de 7/6/1994
- Ac. do STJ, de 12/7/1994
- Ac. do STJ, de 30/6/1998 (Ribeiro Coelho), Proc. n.º 98A617
- Ac. do STJ, de 25/11/1998 (Herculano Lima), Revista n.º 856/98, *BMJ* n.º 481, p. 470-483.
- Ac. do STJ, de 17/12/1998
- Ac. do STJ, de 28/10/1999 (Duarte Soares), Proc. 99B640
- Ac. do STJ, de 21/3/2000 (Ribeiro Coelho), Recurso n.º 102/00, *CJ-STJ* (2000) I, p. 138-142.
- Ac. do STJ, de 19/6/2001 (Fernando Pinto Monteiro), Proc. 01A1008, *RLJ*, Ano 134.º (2001-02), n.º 3933, p. 371-384,
- Ac. STJ, 5/7/2001 (Ferreira de Almeida), *CJ-STJ*, II, 2001, p. 166-170.
- Ac. do STJ, de 25/1/2002 (Silva Paixão), Proc. 3952/01, *CJ-STJ* (2002) I, p. 62-64.
- Ac. do STJ (Uniformização de Jurisprudência), de 9/5/2002 (Garcia Marques); Proc. 01A1508
- Ac. do STJ, de 6/6/2002 (Abel Freire), Proc. 1620/2002; 02B1620, *CJ-STJ* (2002) II, p. 98-99.
- Ac. do STJ, de 17/12/2002, (Afonso de Melo), Proc. 02A4057
- Ac. do STJ, de 22/5/2003 (Neves Ribeiro), Proc. n.º 03P912,
- Ac. do STJ, de 4/11/2003 (Azevedo Ramos), Proc. 03A3038, *CJ-STJ* (2003) III, p. 133-136.
- Ac. do STJ, de 26/02/2004 (Duarte Soares), Proc. 03B4298 (revista n.º 4298/03)
- Ac. do STJ, de 25/3/2004
- Ac. do STJ, de 30/11/2004
- Ac. do STJ, de 8/3/2005 (revista 4486/04).
- Ac. do STJ, de 27/4/2005
- Ac. do STJ, de 22/9/2005 (Lucas Coelho), Proc. 03B2668
- Ac. do STJ, de 17/11/2005 (Pires da Rosa), Proc. 04B4372, *CJ-STJ* (2005) III, p. 117-120.
- Ac. do STJ, de 4/7/2006
- Ac. do STJ, de 11/7/2006 (Nuno Cameira), Proc. 06A1503
- Ac. do STJ de 22/9/2006 (Lucas Coelho), Proc. 03B2668
- Ac. do STJ de 17/10/2006 (Sousa Leite); Proc. 06A2192
- Ac. do STJ, de 31/10/2006 (revista n.º 3244/06)
- Ac. do STJ de 30/11/2006 (João Bernardo), Proc. 06B3622
- Ac. do STJ de 11/1/2007 (João Bernardo), Proc. 06B4433
- Ac do STJ, de 01/03/2007 (revista n.º 4025/06).
- Ac. do STJ, de 13/3/2007 (Nuno Cameira), Proc. 07A96, *CJ-STJ* (2007) I, p. 122-124.
- Ac. do STJ, de 18/9/2007 (Alves Velho), Proc. 07A2334

- Ac. do STJ, de 18/10/2007 (Salvador da Costa), Proc. 07B3555
- Ac. do STJ, de 27/11/2007 (Rui Maurício), Proc. 07A3426)
- Ac. do STJ, de 24/1/2008 (Santos Bernardino), Proc. 07B3557, *CJ-STJ* (2008) I, p. 62-67.
- Ac. do STJ, de 4/3/2008 (Fonseca Ramos); Proc. 08A183, *CJ-STJ* (2008) I, p. 134-143.
- Ac. do STJ, de 19/6/2008 (Custódio Montes), Proc. 08B1841;
- Ac. do STJ, de 03/09/2008, Proc. n.º 2389/08 –3.^a
- Ac. do STJ, de 9/10/2008 (Bettencourt de Faria), Proc.º 07B4692
- Ac. do STJ, de 27/11/2008, (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), Proc. 07B4585
- Ac. do STJ, de 4/11/2008 (Paulo Sá), Proc. 08A2342
- Ac. do STJ, de 9/12/2008 (Mário Cruz), Proc. 08A3323
- Ac. do STJ, de 9/12/2008 (Serra Baptista), Proc. 09B0677
- Ac. do STJ, de 11/12/2008 (Pires da Rosa), Proc. 08B2935.
- Ac. do STJ, de 22/01/2009
- Ac. do STJ, de 15/04/2009 (Raúl Borges), Proc. 08P3704
- Ac. do STJ, de 14/5/2009 (Serra Baptista), Proc. n.º 09B0677
- Ac. do STJ de 19/05/2009
- Ac. do STJ de 26/05/2009 (Paulo Sá), Proc. 3413/03.2TBVCT.S1
- Ac. do STJ de 18/06/2009 (Santos Monteiro)
- Ac. do STJ de 17/09/2009 (João Camilo), Proc. N.º 292/1999-S
- Ac. do STJ de 8/9/2009 (Nuno Cameira), Revista n.º 2733/06).
- Ac. do STJ de 18/06/2009 (Santos Monteiro):
- Ac. do STJ 17/09/2009 (João Camilo), Proc. 292/1999-S1
- Ac. do STJ de 15/10/2009, Proc. 08B1800 (Rodrigues dos Santos)
- Ac. do STJ de 22/10/2009 (João Bernardo), Proc. 409/09.4YFLSB
- Ac. do STJ de 25/11/2009
- Ac. do STJ de 3/12/2009 (Isabel Pais Martins); Proc. 73/99.7TAVIS.C1.S1
- Ac. do STJ de 17/12/2009 (Pires da Rosa), Proc. 544/09.9YFLSB
- Ac. do STJ, de 18/3/2010 (Santos Carvalho); Proc. 1786/02.3SILSB.L1.S1
- Ac. do STJ, 18/03/2010 (Pires da Rosa), Proc. 301/06.4TVPRT.P1.S1
- Ac. do STJ, de 01/05/2010 (Serra Baptista), Proc. 398/1999.E1.S1
- Ac. do STJ, de 26/5/ 2010 (Nuno Cameira), *CJ-STJ* (2010), II, p. 77–81.
- Ac. do STJ, de 27/5/2010 (Pires da Rosa), Proc. 544/09.9YFLSB
- Ac. do STJ, de 1/7/2010 (Serra Baptista), Proc. 398/1999.E1.S1
- Ac. do STJ, de 28/9/2010 (Moreira Alves), Proc. 171/2002.S1
- Ac. do STJ, de 7/10/2010 (Ferreira de Almeida), Proc. 1364/05.5TBBCL.G1
- Ac. do STJ, de 30/11/2010 (Fonseca Ramos), Proc. 1166/04.6TBLSD.P1.S1
- Ac. do STJ, de 2/3/2011 (Nuno Cameira), Proc. 1639/03.8 TBBNV.L1
- Ac. do STJ de 10/3/2011 (Távora Vítor), Proc. 9195/03.0TVLSB.L1.S1
- Ac. do STJ, de 16/03/2011 (Hélder Roque), Proc. 1879/03.0TBACB.C1.S1

- Ac. do STJ, de 24/5/2011 (Hélder Roque), Proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (diagnóstico)
- Ac. do STJ, de 07/06/2011 (Azevedo Ramos), Proc. 524/07.9TCGMR.G1.S1
- Ac. do STJ, de 30/6/2011 (Sérgio Poças), Proc. 3252/05TVLSB.L1.SI
- Ac. do STJ, de 22/09/2011 (Bettencourt Faria), Proc. 674/2001.P L.S1
- Ac. do STJ, de 06/10/2011 (Orlando Afonso), Proc. 733/06.8TBFAF.G1.S1
- Ac. do STJ, de 13/10/2011
- Ac. do STJ, de 27/11/2011 (Carmona da Mota), Proc. n.º 2572/07.OTBTVD.L1
- Ac. do STJ, de 15/12/2011 (Gregório Silva Jesus), Proc. 209/06.3TVPRT.P1.S1
- Ac. do STJ, de 26/01/2012 (João Bernardo), Proc. 220/2001-7.S1
- Ac. do STJ, de 24/5/2012 (Serra Baptista), Proc. 69/09.2TBMUR.P1.S1

Supremo Tribunal Administrativo

- Ac. do STA, de 4/10/1990 (Varela Pinto), Proc. 027659
- Ac. do STA, de 9/3/1995 (Anselmo Rodrigues), Proc. 029537
- Ac. do STA, de 17/6/1997 (Padrão Gonçalves), Proc. 038856
- Ac. do STA, de 9/3/1999 (Gouveia e Melo), Proc. 044062
- Ac. do STA, de 3/5/2001
- Ac. do STA, de 16/1/2003 (Adérito Santos), Proc. 045121
- Ac. do STA, de 22/1/2004 (António Bento São Pedro), Proc. 01665/02
- Ac. do STA, de 10/04/2004 (Políbio Henriques), Proc. 0982/03
- Ac. do STA, de 3/6/2004 (Cândido Pinho), Proc. 047722
- Ac. do STA, de 8/7/2004 (João Cordeiro), Proc. 01129/03
- Ac. do STA, de 11/11/2004 (Santos Botelho), Proc. 0428/04
- Ac. do STA, de 23/2/2005 (Edmundo Muscoso), Proc. 01662/03
- Ac. do STA, de 10/3/2005 (Edmundo Muscoso), Proc. 01530/03
- Ac. do STA, de 1/3/2005 (Alberto Oliveira), Proc. 01610/03
- Ac. do STA, de 16/3/2005 (Edmundo Muscoso), Proc. 01069/02
- Ac. do STA de 14/4/2005 (Freitas Carvalho), Proc. 0677/03
- Ac. do STA, de 25/5/2005 (Angelina Domingues), Proc. 0855/04
- Ac. do STA, de 29/6/2005 (Costa Reis), Proc. 01299/04
- Ac. do STA, de 29/11/2005 (Pires Esteves), Proc. 01230/03
- Ac. do STA de 15/12/2005, *Cadernos de Justiça Administrativa*, [2006], 57, p. 24 ss.
- Ac. do STA, de 3/7/2007 (Jorge de Sousa), Proc. 0443/07
- Ac. do STA de 28/1/2009 (Angelina Domingues), Proc. 0852/07
- Ac. do STA de 29/01/2009 (Madeira dos Santos), Proc. 0966/08
- Ac. do STA, de 14/4/2010, (Edmundo Moscoso), Proc. 0751/07
- Ac. STA, 15/4/2010
- Ac. do STA, de 26/5/2010 (António Bento São Pedro), Proc. 0793/09
- Ac. do STA, de 7/10/2010 (José António Freitas Carvalho)
- Ac. do STA, de 9/5/2012 (Costa Reis), Proc. n.º 093/12

Tribunal da Relação de Coimbra

- Ac. da Relação de Coimbra, de 20/10/1978 (Frederico Baptista), Recurso 25005, *CJ* (1978), p. 1162-1167.
- Ac. da Relação de Coimbra, de 26/10/1993 (Eduardo Antunes), Recurso n.º 290/93, *CJ*, XVIII, 4, p. 69 = Ac. da Relação de Coimbra, de 26/10/93 (Eduardo Antunes), Proc. 290/93, *BMJ* n.º 430, p. 527
- Ac. da Relação de Coimbra, de 4/4/1995 (Francisco Lourenço), Recurso 995/94, *CJ* (1995) II, p. 31-35.
- Ac. da Relação de Coimbra, de 5/7/2000
- Ac. da Relação de Coimbra, de 22/1/2002
- Ac. da Relação de Coimbra, de 25/5/2004
- Ac. da Relação de Coimbra, de 05/07/2006
- Ac. da Relação de Coimbra, de 26/9/2006 (Hélder Roque), Proc. 1422/04.3TBCVL-A.C1
- Ac. da Relação de Coimbra, de 6/5/2008 (Jaime Ferreira), Proc. 1594/04.7TBLRA.C1
- Ac. da Relação de Coimbra, de 28/1/2009, Proc. 267/06.OTBCLB.C2

Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. da Relação de Lisboa, de 4/7/1973, *apud* Vaz Rodrigues, *O Consentimento...*, p. 406
- Ac. da Relação de Lisboa, de 6/5/1999 (Urbano Dias), Proc. 2298/99 (trib. Marítimo), *CJ* (1999) III, p. 88-91.
- Ac. da Relação de Lisboa de 8/7/1999, *CJ* (1999) IV, p. 97-104.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 9/5/2002 (Maria do Rosário Oliveira); Recurso n.º 1833/02, *CJ* (2002) III, p. 69-70.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 24/10/2002 (Silveira Ventura), Proc. 0028539
- Ac. da Relação de Lisboa, de 28/1/2003 (Eurico Reis), Proc. 2066/01, *CJ* (2003) I, p. 79-86.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 19/4/2005 (Pimentel Marcos), Proc. 10341/2004-7
- Ac. da Relação de Lisboa, de 20/4/2006 (Olindo Geraldes), Proc. N.º 2491/2006-6
- Ac. da Relação de Lisboa, de 20/4/2006 (Fátima Galante), Recurso n.º 1208/06, *CJ* (2006) II, p. 110-114.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 29/6/2006 (Esaguy Martins), Proc. 2270/2006-2
- Ac. Relação de Lisboa, de 23/01/2007 (Maria do Rosário Morgado), Proc. 6307/2006-7
- Ac. da Relação de Lisboa, de 11/9/2007 (Rosa Ribeiro Coelho), Recurso n.º 1360/07-7, *CJ* (2007) IV, p. 77-81.
- Ac. da Relação de Lisboa, de 23/10/2007 (Isabel Salgado), Proc. 6068/2007-7
- Ac. da Relação de Lisboa, de 18/12/2007 (Emídio Santos), Proc. 5965/2007-5
- Ac. da Relação de Lisboa, de 8/01/2008 (Ana Resende), Proc. 7365/2007-7
- Ac. da Relação de Lisboa, de 26/6/2008 (Ezaguy Martins), Proc. 4450/2008-2

- Ac. da Relação de Lisboa, de 22/10/2009 (Teresa Albuquerque) Proc. 2800/05.6-2
- Ac. da Relação de Lisboa, de 28/10/2008 (Rosário Gonçalves) (Proc 7563/2008-1)
- Ac. Relação de Lisboa, de 9/3/2010 (Maria do Rosário Morgado), Proc. 1384/08.8TVLSB.L1-7
- Ac. Relação de Lisboa, de 15/12/2011 (Pedro Martins), Proc. 5485/09.7TVLSB.L1-2)G;
- Ac. da Relação de Lisboa, de 10/1/2012 (Rui Vouga), Proc. 1585/06.3TCSNT.L1-1)
- Ac. da Relação de Lisboa, de 9/5/2012 (Alda Tomé Casimiro); Proc. 1499/08.2TDLSB-A.L1-5

Tribunal da Relação do Porto

- Ac. da Relação do Porto, de 4/4/1991 (Sampaio da Nóvoa), Recurso n.º 24636, *CJ*, (1991) II, p. 254-256.
- Ac. da Relação do Porto, de 25/6/1997 (Moura Pereira), *CJ* (1997) III, p. 239-243.
- Ac. da Relação do Porto, de 12/11/1999
- Ac. da Relação do Porto, de 20/9/2000
- Ac. da Relação do Porto, de 26/6/2003 (Gonçalo Silvano), Proc. 0333036;
- Ac. da Relação do Porto, de 17/11/2005 (Mário Fernandes), Proc. 0534727
- Ac. da Relação do Porto, de 24/11/2005 (Teles de Menezes), Proc. 0535640.
- Ac. da Relação do Porto, de 2/3/2006 (Oliveira Vasconcelos), Proc. 0630877
- Ac. da Relação do Porto, de 6/3/2006 (Caimoto Jácome), Recurso n.º 7100/05, *CJ* (2006) II, p. 151-155.
- Ac. da Relação do Porto, de 20/7/2006 (Gonçalo Silvano), Proc. 0633598,
- Ac. da Relação do Porto, de 3/2/2010 (Artur Vargues), Rec. Penal nº 562/08.4GBMTS.P1 –1ª Sec.
- Ac. da Relação do Porto, de 24/2/2011 (Filipe Carço), Proc. 674/2001.P1
- Ac. da Relação do Porto, de 1/3/2012 (Filipe Carço), Proc. 9434/06.6TBMTS.P1

Tribunal da Relação de Évora

- Ac. da Relação de Évora, de 15/12/2009 (Jaime Pestana), *CJ* (2009) V, p. 234-236.
- Ac. da Relação de Évora, de 19/3/2009 (Pires Robalo), Proc. 3283/08-2
- Ac. da Relação de Évora, de 10/4/2012 (Ana Barata Brito), Proc. 133/08.5GCCUB.E1

Tribunal da Relação de Guimarães

- Ac. da Relação de Guimarães, de 18/3/2010 (Conceição Bucho), Proc. 1364/05.5TBBCL.G1

- Ac. da Relação de Guimarães, de 27/9/2012 (Rita Romeira), Proc. 330/09.6TBPTL.G1

Tribunais de primeira instância

- Sentença de 1ª instância, Lisboa, 31/8/1874, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, VII, p. 345.
- Sentença da 8.ª Vara Cível de Lisboa, de 14/1/2011 (Isabel Imaginário), Proc. N.º 6205/06.3TVLSB
- Sentença de 1.ª instância dos Juízos Criminais do Tribunal Judicial de Coimbra, de 06/10/2005 (José Manuel Quaresma), in:
http://www.verbojuridico.com/jurisp/1instancia/jur1inst_negligenciamedica.pdf

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA²⁰⁹⁸

ALEMANHA

Supremo Tribunal Federal (alemão)

- BGH 25/3/1954
- BGH 26/11/1954
- BGH 8/5/1956
- BGH 2/4/1957 (BGHZ 24, 72 e 76 ss.)
- BGH VersR 55, 344
- BGH VersR 68, 498
- BGH VersR 70, 544
- BGH NJW 1975, 1463
- BGH NJW 1983, 1379
- BGHZ 95, 63=NJW 1985, 2189= VersR 1985, 1043.
- BGH, 25/03/2003 (AZ: VI ZR 131/02)
- BGH 15/6/2005, (VersR 2005, 1238)
- BGH, 14/11/2006, (AZ: VI ZR 48/06)
- BGH, VI ZR 265/02 (08.04.2003), (NJW, 2309)
- BGH 6/7/2010 –StR 386/09 (NJW 2010, 2672; NStz 2010, 579).

Tribunal Constitucional (alemão)

- BVerfGE 52, 131
- BVerfGE 11 –1960
- BVerfGE 12 –1960
- BVerfG 25/7/1979 (BVerfGE 52, 131 (169ss.) = NJW 1979, 1925 (1930)
- BVerfG, 15/12/1983 (1 BvR 209/83)

Outros tribunais alemães

- *Rektoskopie-Fall* (1984) – (JZ 1984, 629, com anotação de Laufs e Kern)

²⁰⁹⁸ Listagem da jurisprudência estrangeira utilizada mais relevante. Na ausência de referência à fonte, trata-se de uma citação indireta, a partir da doutrina consultada.

- *Kortison-Urteil* (1989) – (BGHZ 106, 391; NJW 1989, 1533, com anotação de DEUTSCH, NJW 1989, 2313)
- OLG Köln (*VersR* 1988, 1136)
- OLG Koplentz, 9/5/1989 (NJW 1990, 1540)
- OLG Köln, 30/05/1990 –27 U 169/89 (NJW-RR 1991, 800; *VersR* 1991, 186)
- OLG Frankfurt am Main, 15/12/1998 (*FamRZ* 1999, 1064)
- (OLG Oldenburg, 1/12/1998 (NJW-RR, 1999, p. 820)
- OLG Nuremberga, 27/2/1998 (NJW 1998, 2293)
- OLG Koblenz 22/11/2000 (NJW-RR 2001, 318)
- OLG Naumburg, 7/3/2005 (NJW-RR 2005, 900)
- OLG Köln, 26/6/2012

ÁUSTRIA

OGH – Supremo Tribunal Austríaco

- OGH, 14/9/2006 (JBI 2007, 171)
- OGH, 7/3/2006
- OGH, 09/11/2011 (5. Ob186/11f)
- OGH, 13/10/2011 (1 Ob 202/11d)
- OGH, 16/5/2001

Tribunal Constitucional austríaco (österreichische Verfassungsgerichtshof),

- VfGH, 18/10/1957

AUSTRÁLIA

- Rogers v. Whitaker [1992] High Court of Australia 58; (1992) 175 CLR 479 (19 November 1992)

BÉLGICA

- Tribunal correccional de Tournai, 22/3/2011

BRASIL

- Superior Tribunal de Justiça, 06/04/2011

CANADÁ

- Reibl v. Hughes, [1980] 2 SCR 880
- Arndt v. Smith, [1997] 2 S.C.R. 539

ESCÓCIA

- Hunter -v- Hanley [1955] SLT 213
- Goorkani v. Tayside Health Board (O.H.) [1991] SLT 94,

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

- Tribunal Constitucional, Sala 2ª, n.º 166/1996, 26/10/1996
- Tribunal Constitucional 37/2011, 28/3/2011 (Boletín Oficial del Estado, no. 101, Jueves 28 de abril de 2011)

Tribunal Supremo

- Tribunal Supremo, 7/2/1990
- Tribunal Supremo, 2/12/1996,
- Tribunal Supremo, 17/2/1997
- Tribunal Supremo, 13/12/1997,
- Tribunal Supremo, 2/10/1997
- Tribunal Supremo, 19/2/1998
- Tribunal Supremo, de 5/6/1998
- Tribunal Supremo, 9/12/1998
- Tribunal Supremo, 2/6/1999
- Tribunal Supremo, 29/6/1999
- Tribunal Supremo, 4/4/2000
- Tribunal Supremo, 6/2/2001
- Tribunal Supremo, 31/7/2002
- Tribunal Supremo, 18/5/2006
- Tribunal Supremo, 18/5/2006
- Tribunal Supremo, (Câmara Administrativa), 10/2/2009

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

- Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914)
- Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees, 154 Cal. App. 2d 560, 568 ss. (1957)
- Natanson v. Kline, Supreme Court of Kansas, 9 April 1960
- Canterbury v. Spence, 4642d 772 (DC Cir 1972)
- Tarasoff v. Regents of the University of California, 17 Cal. 3d 425, 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr. 14 (Cal. 1976)
- Moore v. Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (Cal. 1990)
- Roe v. Wade (EUA, 1990)
- Planned Parenthood of SE Pennsylvania v. Casey [1992] 112 S Ct 2791 (US Sup Ct).
- United States v. Ingham, 42 M.J. 218, 226 [A.C.M.R. 1995]
- Ewing v. Goldstein (120 Cal. App. 4th 807 [2004])
- Ewing v. Northridge Hospital Medical Center (120 Cal. App. 4th 1289 [2004])

FRANÇA

Cour de cassation

- Cour de cassation, 20/5/1936 (arrêt Mercier)
- Cour de cassation, 28/1/1942 (arrêt Teyssier)
- Cour de cassation, 21/2/1961
- Cour de cassation, 29/5/1984
- Cour de cassation, 25/2/1997 (arrêt Hédreul);
- Cour de cassation, 17/2/1998
- Cour de cassation, 27/5/1998
- Cour de cassation, 7/10/1998
- Cour de cassation, 17/12/1998

- Cour de cassation, 9/11/1999
- Cour de cassation, 18/1/2000
- Cour de cassation, 13/7/2001
- Cour de cassation, 28/11/2001

Conseil d'état

- Conseil d'État, 9/4/1993 –Arrêt Bianchi
- Conseil d'État, 9/12/1988 –Affaire Cohen
- Conseil d'État, 5/1/2000
- Conseil d'État, 26/10/2001

Outros tribunais

- Cour administrative d'Appel de Lyon, 21/12/1990 –*Affaire Gomez*
- Cour administrative d'Appel de Paris, 9/6/1998
- Cour administrative d'Appel de Paris, 15/1/1999

INGLATERRA

- Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582
- Barnet v. Chelsea and Kensington HMC [1968] 1 All ER 1068
- Chatterton v. Gerson, [1981] QB 432.
- McKay v. Essex AHA [1982] 2 All ER 771 (CA)
- Clark v. Maclennan [1983] 1 All ER 416
- Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority [1984] 3 All ER 1044 (CA)
- Eyre v. Measday [1986] 1 All ER 488 (CA)
- Thake v. Maurice, [1986] 1 All ER 497 (CA)
- Wilsher v. Essex Area Health Authority [1988] AC 1074
- Smith v. Barking, Havering and Brentwood Health Authority (29/7/1989)
- Malette v. Shulman (1990),
- Salih v. Enfield HA [1991] 3 All ER 400 (CA)
- Airedale N.H.S. Trust v. Bland [1993] A.C. 789 (House of Lords)
- Walkin v. South Manchester Health Authority, [1995] 4 All ER, 132 (CA)
- Bolitho v. City and Hackney Health Authority [1997] 4 All ER 771.
- Hobhouse LJ em Ratcliffe v. Plymouth and Torbay HA [1998] 4 Med LR 162, 190
- Elaine Ruth Glicksman v. Redbridge NHS Trust [2001] EWCA Civ.1097
- A v. National Blood Authority [2001] 3 ALL ER 289.
- French v. Thames Valley Strategic Health Authority [2005] EWHC 459, para 112].

IRLANDA

- Wolfe v. St James' Hospital & Bunckley (Supremo Tribunal da Irlanda, 20/2/2002)

ITÁLIA

- Corte di Cassazione n.º 9617, 10/9/1999
- Corte Cassazione n.º 2355, 16/2/2001
- Corte di Cassazione n.º 11609/2005, 31/5/2005
- Corte di Cassazione n.º 581/2008, 11/1/2008

PAÍSES BAIXOS

- Hoge Raad, 2/3/2001
- Hoge Raad, 18/3/2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly Molenaar)
- Tribunal do Distrito de Amesterdão, 3/2/1999

ÍNDICE IDEOGRÁFICO

Acesso à informação pessoal de saúde: 49, 61, 132, 291, 326, 331, 355, 531 ss, 576.

Alemanha: 22, 23, 29, 57, 61, 89, 124, 143, 166, 189, 196, 208, 303, 305, 368 ss, 378, 387, 415, 427, 434, 477, 503, 509, 535, 572, 579, 590, 592, 599, 607, 651, 694, 754, 758, 773.

Âmbito de proteção (da norma): 124, 177, 244, 250, 255, 283, 392, 398, 403, 407 ss, 559.

Análises clínicas: 46, 216, 623, 630 ss.

Associação Médica Mundial: 349 ss, 485, 495, 549, 551, 587, 588, 664, 711.

Associação Portuguesa de Bioética: 157, 513, 514.

Áustria: 57, 124, 143, 222, 224, 303 ss, 387, 392, 428, 477, 506, 734, 751, 754, 755, 763.

Autodeterminação: 26, 44, 54, 122, 128, 157, 293, 312, 325, 333, 346, 353, 366, 380, 383, 394 ss, 427, 446, 452, 457, 480, 493, 510 ss, 627, 649, 677.

–Autodeterminação informacional: 132, 541, 553.

–Autodeterminação preventiva: 500 ss.

–Autodeterminação sexual: 82, 260, 735.

–Autodeterminação sobre a maternidade: 215 ss, 222, 247, 372779.

Autonomia (princípio da): 48, 156, 158, 159, 160 ss, 208, 306, 321, 345, 347, 450 ss, 457.

–Autonomia privada (princípio da): 56, 588, 636.

Autópsias anátomo-clínicas: 293, 305 ss, 779.

Autópsias médico-legais: 300, 313, 319 ss, 788.

Bioética: 22, 30, 35, 54, 94, 113, 163, 169, 205, 341, 345, 517, 520, 782.

Brasil: 91, 97, 133, 170, 216, 506, 688.

Cadáver: 39, 109, 267 ss, 287 ss, 309 ss.

Causalidade hipotética: 406, 442 ss.

Cirurgia plástica (cirurgia estética): 41, 91, 183, 336, 370, 372 ss, 417, 447, 472, 621, 627 ss, 632 ss, 688.

Clínica privada: 61, 440, 594 ss, 704.

Clinical governance: 99 ss, 701, 720, 733, 769, 773.

Código deontológico da ordem dos médicos: 45 ss, 165, 166, 169, 324 ss, 332, 337 ss, 354, 364, 449 ss, 461 ss, 479, 526, 532, 540, 558 ss, 566 ss, 575 ss, 674, 781.

Colheita *post-mortem*: 307 ss, 394 ss.

Conflitos de interesse: 340 ss.

Conselho da Europa: 28, 99, 140, 161, 164, 206, 297, 299, 350, 490, 506, 551, 664, 714, 716, 778.

Consentimento expreso: 285, 303, 458 ss, 568, 676, 781.

Consentimento hipotético: 423 ss, 434 ss.

Consentimento informado: 38, 48, 67, 117, 132, 162 ss, 206, 281, 321, 337, 345 ss, 355 ss, 383 ss, 460 ss, 477 ss, 493 ss, 743, 765, 774.

Consentimento presumido: 166, 169, 296, 299, 303 ss, 455, 565 ss.

Contrato de prestação de serviços: 357, 578 ss, 608 ss.

Contrato dividido: 599 ss.

Contrato total: 595 ss, 638 ss, 681.

Cuidados paliativos: 49, 153 ss, 484, 519.

Culpa do serviço (/organização): 705.

Dano anormal e desproporcionado: 686, 748.

Dano corporal: 42, 141, 187 ss, 263, 401, 434, 733, 750, 770, 779.

Dano da morte: 135 ss, 261 ss, 289.

Dano não patrimonial: 77, 136, 178, 192, 219, 283, 779.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: 21, 50, 110, 113, 351, 550.

Deontologia profissional: 43 ss, 341 ss, 668.

Dever de vigilância: 645 ss, 707.

Deveres do paciente: 328 ss, 653, 775.

Diagnóstico genético pré-implantação: 203 ss, 257, 778.

Diagnóstico pré-natal: 64, 206 ss, 211, 231, 463, 778.

Dinamarca: 74, 102, 322, 534, 714, 722, 737, 755.

Direito à integridade pessoal: 172 ss, 780.

Direito a não saber: 402, 449 ss, 453.

Direito da família: 55, 135, 211.

Direito da medicina: 25, 35 ss, 60 ss, 165, 203, 211, 267, 323, 463, 656, 702, 710 ss, 768 ss.

Direito do consumidor: 357 ss.

Direito geral de personalidade: 120 ss, 127 ss, 279 ss, 403, 452, 557, 657.

Direitos de personalidade: 49, 111 ss, 117 ss, 260, 282, 324, 474 ss, 557, 653 ss, 759.

Direitos de personalidade *post mortem*: 272 ss, 282.

Direitos humanos: 51, 68 ss, 329, 549, 772.

Diretivas antecipadas de vontade: 156 ss, 498 ss.

Doação de órgãos em vida: 53, 371, 447, 459, 484, 490 ss, 692 ss.

Documentação: 132, 384, 526 ss, 667, 684.

Embrião e feto: 205 ss, 211, 225 ss, 251 ss, 317 ss.

Enfermeiros: 17, 36, 59, 336, 364 ss, 469, 531, 563, 597.

Ensaio clínico de medicamentos: 53, 333, 363, 371, 448, 459, 462, 466, 484 ss, 518, 691.

Espanha: 163, 165, 177, 193, 233, 288, 303, 322, 363, 368, 387, 401, 450, 464, 477, 504, 533, 696, 754.

Estado terminal: 157 ss, 516 ss.

Estado vegetativo persistente: 168 ss, 259, 512, 582, 778.

Estados Unidos da América: 73 ss, 95 ss, 107, 151, 169, 303, 322, 347, 433, 469, 479, 502, 720, 774.

Esterilização: 32, 62, 211 ss, 224, 336, 370, 371, 435, 460 ss, 626 ss.

Ética médica: 15, 43 ss, 345, 549, 667, 710, 756.

Eugenismo: 208 ss, 230.

Eutanásia: 135, 152 ss, 483, 512.

Farmácia/farmacêutico/indústria farmacêutica: 17, 26, 27, 33, 36, 39, 59, 97, 151, 215, 229, 253, 337, 493 ss, 563, 595, 646, 723.

Formulários: 67, 359, 384, 467 ss, 471 ss, 529.

França: 57, 75, 93, 147, 156, 165, 255, 303, 322, 369, 387, 429, 472, 504, 544, 736, 754, 770.

Higienismo: 208 ss.

Independência profissional: 336 ss, 593.

Infeções nosocomiais: 61, 93 ss, 100 ss, 638 ss, 682, 748.

Inovações terapêuticas: 63, 380, 674 ss..

Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG): 49, 65, 206 ss, 244, 253 ss, 340, 394, 435, 462, 467, 472, 480, 545, 778.

Intervenções expandidas (*extended operations*): 454 ss.

Intimidade da vida privada e familiar: 125, 132, 331, 482, 536 ss, 543, 548 ss.

Mandato: 475, 526, 586 ss.

Médico de família: 514, 543, 645, 781.

Medicina defensiva: 25, 74, 76 ss.

Nova Zelândia: 25, 75, 95 ss, 322, 730, 735.

Objecção de consciência: 58, 336, 338 ss.

Objecção técnica: 336 ss, 447.

Obrigação de meios/obrigação de resultado: 50, 579, 614, 617 ss, 628 ss, 683, 781.

Obstetrícia: 89, 91, 214, 217, 231, 633, 752.

Oftalmologia: 24, 91, 439 ss, 623.

Ónus da prova:

– da prestação da informação devida: 387 ss.

– do consentimento: 425 ss, 477 ss, 529.

– da culpa: 605, 611 ss, 618 ss, 652, 675, 677 ss.

Opting-out (opting-in): 297 ss, 302 ss.

Ordem dos Médicos: 45 ss, 87, 342 ss, 470, 540, 559, 574, 585, 635, 663, 666, 719.

Organização Mundial de Saúde: 103, 350, 321, 450, 551, 664, 714 ss, 719, 754.

Ortopedia: 91, 411.

Patient safety: 94 ss, 99 ss, 106 ss, 710 ss.

Pessoas próximas: 153, 156, 162 ss, 276, 287 ss.

Presunções de culpa: 658 ss.

Princípios europeus de direito da responsabilidade civil: 438, 604 ss.

Privilégio terapêutico: 446 ss, 489, 536.

Processo clínico: 68, 166, 327, 388, 469, 510, 519, 527 ss, 531 ss.

Processo clínico eletrônico: 125, 530, 543 ss, 569, 577, 610, 671, 685, 721, 782.

Procriação Medicamente Assistida: 49, 53 ss, 64, 203 ss, 237, 316 ss, 339, 460, 466.

Procurador de cuidados de saúde: 156, 162, 167, 327, 497 ss, 777.

Protocolos (*guidelines*): 45, 338, 380, 610, 663 ss, 668 ss, 782.

Prova por primeira aparência: 680 ss.

Racionamento: 26 ss, 334, 668.

Radiologia: 235, 630 ss.

Recusa de tratamento: 156, 167 ss, 334, 461, 478 ss.

Reino Unido: 74, 90, 95 ss, 105, 143, 171, 303, 434, 482, 535, 701, 716, 732, 733, 754, 755, 757.

Resolução alternativa de litígios: 733, 748, 757 ss.

Responsabilidade central: 600, 602 ss.

Responsabilidade civil objetiva (responsabilidade pelo risco): 75, 88, 243, 640 ss, 662, 690 ss, 730 ss, 772 ss.

Revogação do consentimento: 487 ss, 474 ss.

Sangue contaminado: 24, 197, 640, 707, 752, 753.

Saúde Mental; Psiquiatria, Psicologia: 38, 49, 65, 177 ss, 220, 380, 435, 457 ss, 509, 582, 644 ss, 658, 760, 777.

Sigilo médico (segredo médico): 38, 49, 52, 131 ss, 166, 292, 342, 543 ss, 549, 560 ss, 577.

Sistema *no-fault*: 25, 42, 74, 711 ss, 732 ss, 745 ss, 752 ss.

Socialização do risco: 25, 144, 730.

Suécia: 74, 95, 305, 739 ss.

Testamento vital: 155, 456, 498 ss.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: 140, 171, 254, 482.

União de facto: 146 ss, 209 ss, 287 ss.

União Europeia: 51, 57, 140, 305, 351, 488, 552, 643, 714 ss.

Urgência: 164, 339, 375 ss, 455 ss, 588, 686.

Vacinações: 456, 752, 754 ss.

VIH (SIDA): 24, 57, 106, 197, 356, 519, 572, 640 ss, 707, 753.

Wrongful birth: 31, 214 ss, 222 ss.

Wrongful conception: 32, 214 ss.

Wrongful life: 31, 203, 225 ss, 239 ss.

ÍNDICE

Nota Prévia e Agradecimentos	p. 3
Índice Abreviado	p. 5
Siglas e Abreviaturas	p. 7

PARTE I – O DIREITO E A MEDICINA NA AURORA DO SÉCULO XXI

CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO PESSOA DOENTE – PROFISSIONAL DE SAÚDE

1. A medicina entre a pura obrigação de resultado e o princípio da culpa p. 13
2. O horror Nazi, o assombro atômico e a cultura de desconfiança face à ciência e a tecnologia p. 17
3. A Medicina como elemento nuclear do Estado Social p. 20
4. A crise do princípio da culpa face ao Estado Social e à Sociedade de Risco p. 23
5. A “sociedade medicalizada”: *racionamento e racionalidade* num contexto democrático p. 26
6. Mutações da relação médico-paciente: bases da crescente responsabilidade médica p. 31

CAPÍTULO 2 – A EMERGÊNCIA DO DIREITO DA MEDICINA

7. A Autonomia do Direito da Medicina p. 35
 - 7.1. Direito Médico, Direito da Medicina, Direito Biomédico, Direito da Saúde p. 36
 - 7.2. O Papel da Ética Médica e da Deontologia Profissional no Direito da Medicina p. 43
8. A Dogmática Jurídica do Direito da Medicina p. 48
9. Os desafios da autonomia do Direito da Medicina p. 60

CAPÍTULO 3 – CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

- 10. Funções da responsabilidade civil médica e o seu malogro p. 71
- 11. Medicina defensiva: conceito, causas e consequências p. 76
- 12. Litigiosidade e desconforto na relação médico-paciente p. 84
 - 12.1.A situação ‘controlada’ da responsabilidade médica na Europa p. 89
 - 12.2.Litigância em Portugal p. 90
- 13. O erro em medicina e o princípio da não-maleficência p. 93
 - 13.1.A *clinical governance* p. 99
 - 13.2.O estudo dos eventos adversos p. 100
 - 13.3.A segurança do paciente p. 103
- 14. Interpretação dos dados e enunciação de prioridades de política jurídica p. 107

PARTE II – O DIREITO CIVIL (DA MEDICINA) COMO ORGANIZADOR DO CONTACTO DA VIDA HUMANA COM A (BIO)MEDICINA

CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DA PESSOA DOENTE

- 15. Os Direitos de Personalidade, a Pessoa Humana e a Sociedade Medicalizada p. 111
 - 15.1.A Pessoa Humana como *o fundamento* do Direito Civil p. 113
 - 15.2.Dos “direitos originários” aos “direitos de personalidade” p. 117
 - 15.3.O Direito Geral de Personalidade p. 120
 - 15.4.O Direito ao Desenvolvimento da Personalidade p. 125
 - 15.5.O valor heurístico do art. 70.º do Código Civil p. 127
 - 15.6.Instrumentos de proteção juscivilísticos . p. 128
 - 15.7.Os direitos de personalidade do paciente e os deveres jurídicos do médico p. 131

16.	O direito à vida	p. 134
	16.1.A indemnização do dano da morte	p. 135
	16.2.A união de facto e o dano da morte	p. 146
17.	O fim de vida; o direito a morrer com dignidade	p. 149
	17.1.O “Direito de morrer (direito a não prolongar, <i>artificialmente e sem esperança, a vida</i>).”	p. 149
	17.2.A pessoa em estado terminal	p. 157
	17.3.O papel da família e das pessoas próximas	p. 162
	17.3.1. Direitos de visita e de companhia	p. 164
	17.3.2. Decisão e adulto incapaz ...	p. 165
	17.4.O paciente em estado vegetativo persistente	p. 168
	17.5.O fim de vida na jurisprudência de Estrasburgo	p. 171
18.	O direito à integridade pessoal	p. 172
	18.1.Ofensa à integridade pessoal e indemnização a terceiros	p. 174
19.	O direito à integridade física e moral	p. 181
	19.1.O direito à integridade física e moral e o sentido holístico do corpo	p. 181
	19.2.O dano corporal	p. 187
	19.3.As tabelas do dano corporal	p. 189
	19.4.A lesão corporal na responsabilidade médica	p. 196
20.	As partes destacadas do corpo humano e o material biológico humano (breve referência)	p. 200

CAPÍTULO 2 – A VIDA HUMANA PRÉ-NATAL

21.	A fase pré-concepcional e pré-natal	p. 203
	21.1.O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI)	p. 203
	21.2.O diagnóstico pré-natal	p. 206
	21.3.Eugenismo e Higienismo	p. 208
22.	As ações de <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> e <i>wrongful life</i>	p. 214
	22.1. <i>Wrongful Conception</i> e <i>Wrongful birth</i> ..	p. 214
	22.2.As ações de <i>wrongful life</i> (ou <i>diminished life</i>)	p. 225

22.3.O ‘ <i>affaire Perruche</i> ’ e a lei <i>anti-Perruche</i>	p. 230
22.4. <i>Wrongful life</i> nos Países Baixos e em Espanha	p. 233
22.5.Direito Português	p. 235
22.6.Posição adotada	p. 237
23. A tutela jurídica do nascituro	p. 249
23.1.A tese da personalidade jurídica do embrião e do feto	p. 251
23.2.A tese do nascituro como bem jurídico protegido	p. 256
23.3.Problemas práticos da proteção jus-civilista do nascituro	p. 261
23.3.1. Indemnização por lesões à integridade física e pela lesão do direito à saúde	p. 262
23.3.2. Indemnização pela morte do nascituro	p. 263
23.3.3. Indemnização pela morte do pai durante a gestação	p. 264

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DA ‘PERSONALIDADE HUMANA’ *POST-MORTEM* NO DOMÍNIO DA BIOMEDICINA

24. O respeito devido ao cadáver e à memória do defunto	p. 267
24.1.A Morte como pilar estrutural da Pessoa Humana	p. 267
24.2.O estatuto jurídico do cadáver	p. 270
24.3.A pós-eficácia dos direitos de personalidade: direitos de personalidade <i>post mortem</i> ou bens jurídicos civilmente tutelados?	p. 272
24.4.Posição adotada	p. 276
24.5.As “providências adequadas” e o direito à indemnização por lesão de bens jurídicos <i>post-mortais, maxime</i> o respeito devido ao cadáver e à memória do defunto	p. 282
25. A(s) família(s), a <i>pietas</i> e o cadáver	p. 285
25.1.A família e a proteção do cadáver	p. 287
25.2.O poder sobre o cadáver e os interesses legítimos dos familiares: o exemplo da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro	p. 291

26. O poder de a pessoa autodeterminar o destino do seu cadáver p. 293
- 26.1.Colheita *post-mortem* de órgãos e tecidos de origem humana para transplantação p. 294
- 26.1.1. A doação *post mortem* de órgãos e tecidos como elemento de um processo de tratamento de milhares de concidadãos p. 294
- 26.1.2. O regime jurídico de colheita e transplante de órgãos em Portugal p. 296
- 26.1.3. O modelo da oposição ou dissentimento – sua conformidade com a Constituição p. 298
- 26.1.4. Normas inconstitucionais .. p. 300
- 26.1.5. Sistema *opting-out* e cultura p. 302
- 26.1.6. Um argumento a favor do sistema *opting-out*: o carácter obrigatório das autópsias médico-legais p. 305
- 26.2.Utilização de cadáveres, tecidos e peças anatómicas para fins de ensino e experimentação p. 307
- 26.3.A exposição de cadáveres humanos: o pelourinho *post mortem*? p. 309
- 26.4.Exames e perícias no âmbito da tanatologia forense p. 311
- 26.5.Autópsias anátomo-clínicas p. 312
- 26.6.Ponderação global p. 315
27. PMA *post mortem*: vida para além da morte ou a radical quebra ontoantropológica do *a priori* da finitude? . p. 316

PARTE III – OS DIREITOS DA PESSOA DOENTE

CAPÍTULO 1 – DIREITOS E DEVERES DOS PACIENTES E DOS MÉDICOS

- 28. A emergência da legislação sobre direitos dos pacientes p. 321
- 29. Direitos e Deveres dos Pacientes p. 323
 - 29.1.Direitos dos Pacientes (enunciação) p. 323
 - 29.2.Deveres dos Pacientes p. 328
- 30. Direitos do Profissional de Saúde (sem correlativos deveres do paciente) p. 336
 - 30.1.Independência profissional e objeção técnica p. 336
 - 30.2.Objeção de consciência p. 338
- 31. Gestão de Conflitos de Interesse p. 340
 - 31.1.Conflitos de interesse bioéticos p. 341
 - 31.2.Conflitos de interesse económicos e profissionais p. 342

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À INFORMAÇÃO, AO CONSENTIMENTO E ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

- 32. A consagração legal do direito ao consentimento informado p. 345
- 33. O direito ao esclarecimento p. 356
 - 33.1.Aplicação das normas do Direito do Consumidor p. 357
 - 33.2.O devedor da obrigação de informar p. 360
 - 33.3.O conteúdo do dever de informar p. 366
 - 33.3.1. O dever de informar sobre os riscos do tratamento p. 367
 - 33.3.2. A teoria dos riscos significativos p. 369

33.3.2.1.	Risco significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção	p. 370
33.3.2.2.	Risco significativo em razão da sua frequência	p. 375
33.3.2.3.	Risco significativo em razão da sua gravidade	p. 376
33.3.2.4.	Risco significativo em razão do comportamento do paciente	p. 382
33.3.3.	Posição adotada	p. 383
33.4.	O ónus da prova da prestação da informação devida	p. 387
34.	Dos bens jurídicos protegidos pelo consentimento informado	p. 390
34.1.	Direito Penal	p. 390
34.2.	Direito comparado	p. 392
34.2.1.	A tese das ‘Ofensas Corporais’ (<i>Körperverletzung</i>) do Supremo Tribunal Federal alemão ..	p. 393
34.2.2.	O Direito austríaco	p. 395
34.3.	Bens jurídicos protegidos pelo Direito Civil e danos ressarcíveis	p. 400
34.3.1.	Intervenção médica sem consentimento mas sem quaisquer danos para o doente	p. 400
34.3.2.	A intervenção ou tratamento foi realizada sem prévio consentimento e não obteve êxito ou provocou consequências laterais desvantajosas	p. 403

35. Imputação do resultado à conduta e violação do dever de informar (ponto de ordem)	p. 405
36. O âmbito de proteção da norma	p. 407
36.1. Origem histórica	p. 407
36.2. Âmbito de proteção da norma e dever de esclarecimento	p. 410
36.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão sobre o âmbito de proteção do dever de informar	p. 412
36.4. Propostas de solução na doutrina	p. 415
36.4.1. Âmbito de proteção limitado do dever de informar	p. 415
36.4.2. Âmbito de proteção amplo do dever de informar	p. 416
36.4.3. Tese da <i>Treu und Glauben</i> (Boa-fé)	p. 416
36.4.4. A Jurisprudência do Supremo Tribunal austríaco	p. 417
36.4.5. BGH 14.11.1995 – O caso <i>Myelographie-Urteil</i>	p. 417
36.4.6. Posição adotada	p. 419
37. O Consentimento hipotético (Comportamento lícito alternativo)	p. 423
37.1. O consentimento hipotético no Direito alemão	p. 423
37.2. O consentimento hipotético noutros ordenamentos jurídicos	p. 428
37.3. O consentimento hipotético: sua aplicabilidade no Direito português	p. 434
37.4. Análise crítica do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010 (Pires da Rosa)	p. 439
38. A Causalidade hipotética	p. 442
39. Ponderação global: as “defesas do médico”	p. 444
40. Exceções ao dever de informar	p. 445
40.1. O privilégio terapêutico	p. 446
40.2. O direito a não saber	p. 449

41. O consentimento para intervenções médico-cirúrgicas .	p. 454
41.1.A regra geral: dever de obter o consentimento livre e esclarecido	p. 454
41.2.Exceções ao dever de obter o consentimento:	p. 454
41.2.1. As intervenções expandidas	p. 454
41.2.2. As situações de urgência ...	p. 455
41.2.3. As autorizações legais	p. 456
41.3.Modos de declarar o consentimento	p. 458
41.3.1. Consentimento expreso ...	p. 458
41.3.2. Liberdade de forma e consentimento escrito	p. 461
41.3.2.1. Forma escrita imposta pela lei	p. 462
41.3.2.2. Forma escrita exigida pelo Código Deontológico ...	p. 463
41.3.2.3. Forma escrita exigida por outras fontes	p. 463
41.3.2.4. Exigência de maior formalidade para intervenções <i>major</i> ? ..	p. 464
41.3.2.5. Intervenção de entidades externas no processo do consentimento informado	p. 465
41.4.Formulários para declaração do consentimento .	p. 467
41.4.1. Redação do formulário	p. 470
41.5.Controlo dos Formulários pelo diploma das Cláusulas contratuais gerais	p. 471
41.6.O tempo da declaração de consentimento .	p. 471
42. Renúncia ao direito de consentir	p. 472
43. Revogação do consentimento	p. 474
44. Ónus da prova do consentimento	p. 477

45. O direito à recusa de tratamento/ o direito ao dissentimento	p. 478
46. O consentimento informado em intervenções especiais	p. 485
46.1.O consentimento para ensaios clínicos ..	p. 485
46.2.Consentimento para doação de órgãos em vida	p. 491
46.3.O consentimento na atividade farmacêutica	p. 494
47. O “consentimento informado antecipado” (Guilherme de Oliveira): testamentos de paciente e nomeação de um procurador de cuidados de saúde	p. 498
47.1.Estado da matéria no Direito comparado	p. 503
47.2.Exigências das diretivas antecipadas	p. 508
47.3.Um caminho de debate para alcançar a Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade	p. 514
47.3.1. Os Projetos de Lei de 2010	p. 516
47.3.2. Os Projetos de Lei de 2012	p. 520
47.4.Breve análise da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho	p. 521

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À DOCUMENTAÇÃO E AO ACESSO À INFORMAÇÃO PESSOAL DE SAÚDE

48. O Dever de Documentação	p. 525
48.1.O conteúdo do dever de documentação ..	p. 529
49. O direito de acesso à informação pessoal de saúde ..	p. 531
49.1.Acesso ao processo clínico em geral	p. 531
49.2.Acesso ao processo clínico em caso de ação judicial	p. 537
50. A questão da propriedade do processo clínico	p. 539
51. O Processo Clínico Electrónico: desafios ao sigilo médico	p. 543

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA: OS DADOS DE SAÚDE

- 52. A intimidade da vida privada e familiar p. 549
 - 52.1. Bens jurídicos protegidos p. 560
 - 52.2. Objeto do direito ao sigilo p. 562
 - 52.3. Sujeitos do dever: pessoas obrigadas ao sigilo p. 564
- 53. Quebra legítima do sigilo médico – causas de justificação .
..... p. 565
 - 53.1. O consentimento p. 565
 - 53.2. O consentimento presumido p. 566
 - 53.2.1. O segredo partilhado p. 568
 - 53.2.2. Transferência de fichas p. 569
 - 53.3. O direito de necessidade p. 570
 - 53.3.1. Comunicação a terceiros de que o paciente sofre de doença transmissível grave p. 571
 - 53.4. A cobrança (judicial ou extrajudicial) de honorários p. 576
 - 53.5. Autorizações legais p. 577
 - 53.6. Conclusão p. 578

PARTE IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

SECÇÃO I – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE JURE CONDITO

CAPÍTULO 1 – O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

- 54. A relação médico-paciente como contrato de prestação de serviços (médicos) p. 579
 - 54.1. Origem histórica e direito comparado p. 579
 - 54.2. Críticas à visão contratualista p. 581
 - 54.3. O direito português p. 584
 - 54.4. Normas do contrato de mandato aplicáveis aos serviços médicos p. 587
- 55. Tipologias de contrato médico p. 588
 - 55.1. Relações de Direito Público (remissão) .. p. 589

55.2.Relações de Direito Privado	p. 590
55.2.1. O contrato médico clássico .	
.....	p. 590
55.2.2. Serviços médico-sociais de direito	
privado	p. 590
55.2.3. O contrato do médico com os	
pacientes dos serviços médico-	
sociais de direito público	
(“seguros sociais de saúde”)	
.....	p. 591
55.2.4. Contrato médico no âmbito de um	
seguro privado de saúde	p. 592
55.2.5. Internamento em clínica privada	
.....	p. 594
56. Contrato médico com internamento: “Relações	
polimórficas clínica-médico-paciente”	p. 595
56.1.O contrato total	p. 595
56.2.O contrato total com escolha de médico	
(contracto médico adicional)	p. 598
56.3.O contrato dividido	p. 599
56.4.Consequências da distinção	p. 600
56.5.A ‘Responsabilidade Central’ da instituição de	
saúde	p. 602
56.6.A ‘Responsabilidade Empresarial’ – Princípios	
Europeus de Responsabilidade Civil	p. 604

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS INSTITUIÇÕES DE SAÚDE

57. Aspectos jurídicos da responsabilidade civil contratual	
.....	p. 607
58. Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Contratual ...	p. 610
59. Obrigação de meios e obrigação de resultado	p. 617
59.1.Crítica à distinção obrigação de meios/	
obrigação de resultado	p. 619
59.2.Posição adotada	p. 622
59.3.Alcance prático da distinção em função da	
atividade médica exercida	p. 624
59.4.Casos duvidosos	p. 637
59.4.1. A esterilização	p. 627
59.4.2. Cirurgia estética	p. 628

59.5.A distinção na Jurisprudência portuguesa	p. 629
59.5.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4/3/2008: classificação em bloco como obrigação de resultado dos exames médicos na área da bioquímica, radiologia e análises clínicas	p. 630
59.5.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/12/2009: a cirurgia estética como obrigação de <i>quase resultado</i>	p. 632
59.5.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7/10/2010: a obstetrícia como obrigação de resultado	p. 633
60. A cláusula de garantia	p. 636
61. O internamento hospitalar: deveres de cuidado	p. 638
61.1. Dever de evitar infeções nosocomiais	p. 638
61.2. Dever de assegurar a qualidade dos materiais: o caso do sangue contaminado	p. 640
61.3. Dever de assegurar a limpeza e segurança das instalações	p. 643
61.4. Dever de vigilância dos pacientes	p. 644
61.5. Dever de vigilância em internamento psiquiátrico	p. 644
61.6. Dever de vigilância pós-operatória	p. 645
61.7. Dever de acompanhamento pós-operatório	p. 647
61.8. Dever de enviar o paciente para um hospital com melhores condições	p. 648
61.9. Outros deveres laterais	p. 648
62. A Responsabilidade Civil Delitual, Extracontratual ou Aquiliana	p. 650
62.1. Casos de responsabilidade delitual	p. 650
62.2. Diferenças entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade contratual	p. 651
62.3. O problema do cúmulo de responsabilidades	p. 653
63. Problemas de ilicitude e de culpa na responsabilidade delitual	p. 657

63.1.Presunções de culpa	p. 658
64. Os protocolos e as normas de orientação clínica como critério de conduta	p. 663
64.1.A “normalidade da prática clínica”	p. 665
64.2.O respeito formal das <i>guidelines</i> como conduta insuficiente	p. 666
64.3.Protocolos, Racionamento e Responsabilidade civil	p. 668
64.4.Violação das <i>leges artis</i> por excesso (?) .	p. 671
64.5.A divergência de escolas médicas	p. 671
64.6.As inovações terapêuticas	p. 674
65. O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica	p. 677
65.1.Os princípios do ónus da prova	p. 677
65.2.A busca da maior igualdade material no sistema clássico de responsabilidade civil médica	p. 678
65.3.A facilitação da prova por presunções judiciais ou prova por primeira aparência	p. 680
65.4.A inversão do ónus da prova por falta de documentação	p. 684
65.5.A inversão do ónus da prova por falta de esclarecimento	p. 684
65.6.A destruição de meios de prova	p. 685
65.7.A negligência grosseira ou os erros grosseiros	p. 685
65.8.A falta de organização e o recrutamento de pessoal mal preparado	p. 686
65.9.A teoria do ‘dano anormal e desproporcionado’	p. 686
66. Responsabilidade Civil Objetiva	p. 690
66.1.Ensaios clínicos de medicamentos (art. 14º, n. 1, da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto) ..	p. 691
66.2.Doação de órgãos <i>inter vivos</i> (art. 9º, n. 1, da Lei. 12/93, de 22 de abril, modificada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de junho)	p. 692
66.3.Outras hipóteses de responsabilidade pelo risco	p. 693
67. A responsabilidade civil no âmbito dos hospitais públicos	p. 693

67.1. Medicina pública e responsabilidade civil no direito comparado	p. 693
67.2. Medicina pública como uma relação jurídica administrativa	p. 697
67.2.1. A posição dominante: aplicação da responsabilidade civil extracontratual (do Estado ou outros entes públicos)	p. 697
67.2.2. A doutrina minoritária: responsabilidade contratual dos hospitais públicos	p. 705
67.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (breve referência)	p. 705
67.3.1. A indemnização pelo sacrifício	p. 705
67.3.2. A culpa do serviço	p. 705
67.3.3. A responsabilidade pelo risco	p. 707
67.3.4. Presunção de culpa no caso de incumprimento de deveres de vigilância	p. 707
67.3.5. Presunção de culpa no caso de prática de atos ilícitos?	p. 707

SECÇÃO II – A RESPONSABILIDADE MÉDICA DE JURE CONDENDO

CAPÍTULO 1 – O DIREITO DA MEDICINA ORIENTADO PARA A SEGURANÇA DO PACIENTE

68. ‘Patient safety’, prevenção de acidentes médicos e a notificação de incidentes e eventos adversos	p. 709
68.1. Organizações internacionais e a prioridade à segurança do paciente	p. 714
68.2. Direito Comparado	p. 718
68.2.1. Estados Unidos da América	p. 719
68.2.2. Dinamarca	p. 722
68.3. Caminhos de investigação futura	p. 723

CAPÍTULO 2 – SISTEMAS ALTERNATIVOS DE COMPENSAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA ATIVIDADE MÉDICA

69. Propostas de superação da responsabilidade civil médica	p. 727
69.1.A crise do sistema da culpa	p. 727
69.2.Da culpa à socialização do risco: experiências dispersas e discursos cruzados	p. 730
70. A experiência da Nova Zelândia	p. 735
71. A experiência escandinava	p. 737
71.1.Suécia	p. 739
72. Sistemas mitigados de coletivização da reparação dos danos	p. 743
72.1.A experiência francesa até à lei 4 de março de 2002	p. 743
72.2.A lei de 4 de março de 2002	p. 746
72.3.A experiência na Bélgica	p. 747
72.4.A experiência na Polónia	p. 748
73. Outras experiências de compensação dos danos causados pela atividade médica independentemente de culpa	p. 751
73.1.Fundos de compensação na Áustria	p. 751
73.2.Outras experiências de indemnização <i>no-fault</i> : <i>danos neurológicos em recém-nascidos, sangue contaminado, vacinações</i>	p. 752
73.2.1. Danos neurológicos resultantes do nascimento.....	p. 753
73.2.2. Danos resultantes de transfusões com sangue contaminado ..	p. 753
73.2.3. Danos resultantes de vacinações	p. 754
74. Inovação Processual e Desformalização	p. 756
74.1.Legislação que favorece o pedido de desculpa	p. 756
74.2.Resolução alternativa de litígios: experiências europeias	p. 757
74.3.A Mediação, a Arbitragem e a Conciliação ..	p. 759

CAPÍTULO 3 –PROPOSTAS DE REFORMA DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

- 75. A complexidade da análise e a dimensão política da decisão p. 763
- 76. A responsabilidade médica entre a teleologia do Direito Civil e intencionalidade do Direito da Medicina p. 768
- 77. Propostas de reforma do sistema de responsabilidade médica p. 770
 - 77.1.Proposta 1 – Socialização da reparação do dano corporal grave p. 770
 - 77.2.Proposta 2 – Socialização da reparação de dano corporal grave em algumas áreas específicas p. 772
 - 77.3.Proposta 3 – Interpretação do Direito Civil vigente em conformidade com as exigências dos Direitos Humanos p. 772

Conclusão – O Direito e a Medicina na Era da Cidadania: Propostas Para Pontes de Confiança p. 777

BIBLIOGRAFIA p. 789

JURISPRUDÊNCIA p. 844

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL p. 844

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA p. 845

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA p. 851

ÍNDICE IDEOGRÁFICO p. 857

ÍNDICE p. 863