

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Responsabilidade Civil Médica por Falta de Consentimento Informado
Medical Civil Liability due to Lack of Informed Consent

LEONG KA HENG

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito,

à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Civilísticas

Menção: Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Paulo Cardoso Correia Mota Pinto

Coimbra

2020

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me darem sempre apoio incondicional e o carinho tão precioso que é desde sempre a melhor dádiva para mim e não posso desejar por mais.

À minha irmã, por estar ao meu lado, pela compreensão, incentivo e amor imensuráveis em todos os momentos.

À Channie, a minha fonte de felicidade e o meu refúgio, pelo compartilhar de todas as alegrias e adversidades, levando a que me nunca sinta sozinha.

Aos meus amigos, por me oferecerem encorajamento e amparo infindáveis em todos os momentos, bem como aos meus familiares.

À Sra. Dra. Susana Chou e à Associação Beneficência de Tong Chai de Macau, por me patrocinarem no estudo em Portugal, cuidarem do meu estudo e me proporcionarem numerosos auxílios.

Ao professor Doutor Paulo Mota Pinto, orientador da minha dissertação, pelos seus excelentes ensinamentos, ilustres conselhos e disponibilidade oferecida ao longo da elaboração desse estudo, contribuindo significativamente para a minha formação académica.

Àqueles que me ajudam, desde sempre, e têm confiança em mim.

RESUMO

Com a intensificação universal da ideia de autodeterminação pessoal, no domínio da saúde não se dispensará exigências correspondentes, sendo que, perante a solicitação do paciente, o médico deixará de a poder aceitar sem maior reflexão ou simplesmente a ignorar invocando a liberdade e independência profissional. Configurando os atos médicos atividade de risco, o problema nuclear traduz-se em saber quem os deve assumir e em que medida, daí surgir a figura do consentimento informado - instrumento para transferir os riscos iminentes a certa intervenção que de outra forma se manterão na esfera da responsabilidade do médico. O presente estudo versa sobre a responsabilidade médica, no horizonte civil, devido à falta de consentimento informado, em relação às suas causas de invalidez extrínsecas e intrínsecas, nomeadamente o efeito da utilização de formulários de consentimento e a existência de capacidade para consentir, e questões respeitantes à natureza jurídica do consentimento, ao ónus da prova, aos requisitos da responsabilidade civil, especialmente ao nexo de causalidade, às situações excecionais à responsabilidade e a eventual responsabilização médica face ao dissentimento do paciente. Pretendemos inclusivamente averiguar o regime jurídico vigente relacionado com esses aspetos, atendendo aos seus valores, finalidades e funções essenciais, em articulação com os direitos fundamentais, *maxime*, os direitos da personalidade, no sentido de concluir com determinadas correções, melhorias e reforços oportunos para uma implementação integral do instituto em análise.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade civil médica, Consentimento informado, Intervenções médicas, Formulários de consentimento, Capacidade para consentir, Transmissão de riscos, Ónus da prova, Nexo de causalidade, Exceção à responsabilidade

ABSTRACT

With the universal intensification of the idea of personal self-determination, neither in the field of health would be exempted from corresponding requirements, and, at the solicitation of the patient, the physician would no longer be able to accept it without further reflection or simply ignore it by invoking professional freedom and independence. Since medical acts contain risks, the nuclear problem is to know who assumes them and to what extent, hence the figure of informed consent - an instrument to transfer the risks immanent to a certain intervention that would otherwise remain within the sphere of the physician's responsibility. The present study deals with medical liability in the civil horizon due to lack of informed consent, in relation to its extrinsic and intrinsic causes of invalidity, namely the effect of the utilization of consent forms and the existence of the ability to consent, and issues concerning the legal nature of consent, the burden of proof, the requirements of civil liability, especially the causation, the exceptional situations of liability and possible medical liability in the face of the patient's dissent. We propose to investigate inclusively the current legal regime related to these aspects, taking into account their essential values, purposes and functions, in conjunction with the fundamental rights, *maxime*, the personality rights, in order to conclude with certain corrections, improvements and reinforcements that are opportune for an integral implementation of the institute under review.

KEYWORDS

Medical civil liability, Informed consent, Medical interventions, Consent forms, Ability to consent, Risk transmission, Burden of proof, Causation, Exception to liability

ABREVIATURAS

ac. — Acórdão

al. — Alínea

art. — Artigo

arts. — Artigos

BGH — *Bundesgerichtshof*

CC — Código Civil

CDHB — Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CDOM — Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 707/2016)

CP — Código Penal

CPC — Código de Processo Civil

CRP — Constituição da República Portuguesa

cfr. — Confrontar

LBS — Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de Setembro)

n.º — Número

p. — Página

pp. — Páginas

ob. cit. — Obra citada

ob. ult. cit. — Última obra citada

ss. — Seguintes

STA — Supremo Tribunal Administrativo

STJ — Supremo Tribunal de Justiça

TRC — Tribunal da Relação de Coimbra

TRL — Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. — Volume

ÍNDICE

1. Razão de Escolha do Tema e Enquadramento.....	1
--	---

Capítulo I - O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente

2. Apresentação do Tema.....	2
2.1. Razão de Ser e Base Dogmática do Consentimento Informado.....	2
2.2. Noção do Consentimento Informado.....	4
2.3. Evolução Histórica.....	6
3. Enquadramento Normativo na Ordem Jurídica Portuguesa.....	8
4. Estrutura Dogmática do Consentimento e Conteúdo da Relação Jurídica.....	12
4.1. Natureza Jurídica do Consentimento Informado.....	14
4.2. Conteúdo Correspondente da Relação Médico-Paciente.....	17

Capítulo II - Responsabilidade Civil Médica

5. Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado.....	20
5.1. Natureza da Responsabilidade Civil Médica por Falta de Consentimento Informado.....	21
5.2. Falta de Consentimento Informado.....	21
5.2.1. Falta de Declaração, Tempestividade e Formalidade.....	22
5.2.2. Falta de Requisitos Intrínsecos.....	29
5.3. A Questão do Ónus da Prova.....	41
5.4. A Problemática do Nexo de Causalidade.....	44
5.4.1. A Aplicabilidade do Consentimento Hipotético.....	48
5.5. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	51
5.6. Exceção à Responsabilidade Civil por Falta de Consentimento Informado.....	61
5.6.1. Exceção ao Dever de Informar e Esclarecer.....	61
5.6.2. Exceção ao Dever de Obter o Consentimento Informado.....	63
5.7. Responsabilidade Civil por Falta de Autorização do Representante Legal dos menores.....	64
5.8. Dissentimento V.S. Responsabilidade Civil Médica.....	68

6. Da síntese à conclusão.....	71
6.1. A Síntese.....	71
6.2. Conclusão.....	74
7. Bibliografia.....	76

1. Razão de Escolha do Tema e Enquadramento

Na sociedade hodierna, em homenagem à constante consciencialização respeitante à importância capital dos direitos fundamentais humanos e da intensificação do conceito “saúde”¹, e à medida que se vem atribuindo às atividades médicas caráter lucrativo, sob a influência da comercialização, e se tem constatado um elevado investimento nas tecnologias biomédicas e uma acessibilidade crescente da generalidade das populações aos serviços, exige-se que os médicos logrem alcançar as acreditadas possibilidades terapêuticas, fortalecendo, assim, a sua responsabilidade face aos pacientes.

Outro traço marcante é o florescimento interminável de informação. Com o decorrer do tempo, ocorrem transformações radicais na sociedade de consumo, em que se solicita transparência informacional, fazendo sentir-se uma patente necessidade de respeitar a liberdade de decisão do paciente e normalizar um conjunto de princípios deontológicos profissionais e deveres de conduta para resolver os impasses de interesses. A relação hierárquica entre o médico e o paciente foi-se parificando e uma genuína responsabilização jurídica do primeiro finalmente acabaria por surgir no século XX, terminando a atitude silenciosa, outrora adotada perante os seus atos negligentes.

Como é apodítico que os atos médicos se tratam de atividade de risco, compreendendo sempre determinada imprevisão e insciência da sua eficácia em virtude da incerteza objetiva da medicina e da aleatoriedade imanente à individualidade dos seres humanos, atendendo à reivindicação acrescida da autodeterminação e confiança, o paciente exige que seja informado dos riscos inerentes à intervenção médica, cuja realização eventual será desta maneira assumida por si próprio, através de consentimento válido.

¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil* (coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA), 3.^a ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 218, considera a saúde como “*um equilíbrio basicamente não alterado das prévias condições físico-psíquicas e não propriamente inalterado*”, conceito de tal ordem acentuado que se chegou a desenvolver um direito da saúde europeu, cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Um Direito da Saúde para a Europa?*, 2010, disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF3/002215.pdf>. Merecem referência os arts. 3.º e 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de dezembro de 2000, que contribuem para uma “*mini-constituição europeia do direito da saúde*”.

Cingindo-nos ao panorama privado, a responsabilidade civil médica² tem por origem, à partida, uma má prática causadora de lesões corporais, a saber, uma desconformidade da atuação médica com as *leges artis*. No entanto, o presente estudo versará sobre outra vertente - responsabilidade pela falta do consentimento informado, mesmo que o médico tenha cumprido todas as regras técnicas e nem sequer provoque danos físicos. Não tendo por finalidade constituir uma sindicância exaustiva do tema, limitar-nos-emos a incidir sobre o alicerce teórico e funcional do regime, cumprindo, em primeiro momento, saber a noção, natureza jurídica e conteúdo do consentimento informado. Adiante, serão abordadas as causas e justificações pelas quais ousaremos determinar a responsabilidade civil do médico, questões e problemáticas vitais com elas relacionadas.

As metodologias que em geral aplicamos são avaliações axiológicas e pragmáticas, em articulação com análises conceituais e históricas. Por outro lado, pesquisaremos a doutrina, jurisprudência e legislação principalmente portuguesas. A averiguação baseia-se no método científico dedutivo, concluindo assim a valoração jurídica e o sistema normativo do tema em análise.

Capítulo I - O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente

2. Apresentação do Tema

2.1. Razão de Ser e Base Dogmática do Consentimento Informado

É entendimento pacífico que, na época democrática, o consenso funcionava como escudo inabalável dos interesses civis e fator de paridade entre os indivíduos. A autonomia privada, que se traduz na suscetibilidade de se autorrealizar, assume relevância não apenas nos negócios patrimoniais como também nos atos jurídicos concernentes à pessoa do sujeito, culminando no livre desenvolvimento da personalidade³ e na liberdade de vontade - direitos fundamentais irredutíveis que servem de subjacência da autodeterminação individual, de molde a

² Não tem nada de diferente em relação à responsabilidade civil genérica, só que se centra na atividade médica. DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil*, 2015, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/50354>, p. 54

³ PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica 40*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 152 e ss., um poder de se auto-realizar livremente de forma a assegurar a sua configuração consciente desenvolvível segundo os valores pessoais determinados a si próprio, como centro de decisão autónomo.

desenvolver-se em função das próprias singularidades. Facilmente se compreende que é colorário do axioma vital da dignidade humana⁴.

Posto isto, nos sistemas civilizados surge a necessidade do consentimento livre e esclarecido no domínio da saúde - uma das expressões assinaladoras da bioética moderna -, cuja doutrina tem como trave mestra o respeito pela autonomia da vontade pessoal⁵. Com efeito, a ponderação da autodeterminação vem sobressaindo devido à secularização das sociedades e marca uma autêntica revolução nas implicações jurídicas da relação médico-paciente, valorizando os aspetos idiossincráticos e reafirmando os seres humanos como “*fim em si mesmo*” e “*centro de decisão respeitável*”⁶. Por outro lado, a imprescindibilidade do consentimento informado prende-se com o direito à integridade física e psíquica, que abarca obviamente a saúde do titular protegendo este contra qualquer modificação corporal e mental, seja qual for a sua finalidade⁷. Todos esses direitos exigem uma participação consciente do paciente na atividade relativa à sua saúde, direitos esses cujos preceitos pertinentes serão *infra* referidas.

É de admitir que, na esmagadora maioria dos casos, o ato médico consiste num contrato de prestação de serviços⁸, daí provindo o dever contratual de obter o consentimento⁹. Será que este tem uma base necessariamente contratualista? E de outra forma, será que se enfrentará meramente uma obrigação deontológica ou moral?

Nesta sorte, convém aderir ao que preconiza GUILHERME DE OLIVEIRA, ao reconhecer a relação médico-paciente como relação *intuitu personae*, patenteando concludentemente que o dever referido se afigura inerente ao direito geral de personalidade - mais concretamente, aos

⁴ RUI NUNES, “Consentimento informado e boa prática clínica” in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 121-122

⁵ COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 265, a autonomia pessoal empresta “a legitimação material e baliza a eficácia do consentimento”.

⁶ ALEXANDRA ANTUNES, “Consentimento Informado”, in *Ética em Cuidados de Saúde* (coord. DANIEL SERRÃO, RUI NUNES), Porto Editora, Porto, 1999, p. 13. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 61 e ss., 223 e ss.

⁷ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 209

⁸ Essa qualificação foi primeiramente reconhecida pela jurisprudência francesa em 1936. Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 665-667

⁹ PATRICIA RIZZO TOMÉ, “O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil Decorrente”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. II, pp. 419-420, fundamenta precisamente o regime na cláusula geral da boa fé objetiva no quadro contratual.

direitos à autodeterminação e à integridade física e psíquica -, cuja afirmativa primordial imperiosa não se fundará nem dependerá precisamente de fisionomia contratualista. Não obstante, a atuação médica poder revestir-se de diversas estruturas jurídicas e é sempre indispensável tal exigência¹⁰, que, aliás, segundo os argumentos defendidos segundo certos argumentos defendidos, consta das *leges artis*¹¹.

Quanto ao dever de informar e esclarecer, este poderá ser interpretado como incluído no conceito de *leges artis* em *lato sensu*, qualificação que assenta no reconhecimento da obtenção do consentimento como prática adequada no quadro clínico¹². Acrescente-se que, segundo o art. 19.º do CDOM, esse dever se caracteriza por patente dever profissional, cuja afirmação não depende da existência de contrato, enquanto não falta quem recorra ao princípio da boa fé no plano contratual como seu fundamento (art. 762.º do CC)¹³.

2.2. Noção do Consentimento Informado

Convém começarmos por definir o consentimento, que, na sua expressão mais concisa, se trata de uma conduta através da qual se faz a outrem uma concessão de certa atuação. Por conseguinte, o consentimento para o ato médico traduz-se na concordância de o profissional médico intervir na esfera físico-psíquica do paciente, no intuito de proporcionar saúde em benefício próprio, alheio ou geral¹⁴. Essa figura remonta ao antigo aforismo “*volenti non fit injuria*” e encontra-se atualmente plasmada no art. 340.º do CC.

¹⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, in *Temas de Direito da Medicina I*, 2.ª ed. aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 63, afirmando que este dever já subsiste fora e antes de qualquer contacto ou relação contratual. JOAQUIM CORREIA GOMES, “Responsabilidade Civil Médica II, Consentimento Informado I”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 5 (2019), p. 70, o consentimento informado deve ser perspetivado como efetivo direito fundamental.

¹¹ JOÃO VAZ RODRIGUES, *A Recusa do Paciente perante Intervenções Médicas*, Évora, 2015, pp. 257 e ss. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 214

¹² JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 278, o médico vincula-se legalmente a informar ao paciente os riscos.

¹³ O Ac. do STJ de 02/06/2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPR.T1.S1, Relator: MARIA CLARA SOTTOMAYOR e o Ac. do STJ de 02/11/2017, Proc. n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, Relator: MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, admitiram que a obrigação de informar não apenas se baseia na lei mas é um dos deveres acessórios de conduta, cuja preterição redundava em responsabilidade contratual.

¹⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 560; LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo : a relevância da vontade na configuração do seu regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 358

O consentimento informado¹⁵, por sua vez, definir-se-á como aquiescência de forma livre, voluntária e esclarecida que deverá ser prestada por quem se submeter a qualquer ato médico, seja de índole terapêutica (v.g. intervenção cirúrgica), diagnóstica (v.g. exame clínico) ou experimental (v.g. ensaio clínico). No sentido positivo, este instituto salvaguarda a iniciativa do paciente na determinação dos tratamentos a receber; enquanto na perspectiva negativa, protege-o de qualquer intromissão não concedida.

Saliente-se que o consentimento informado não se interpreta num único ato pontual senão num processo dinâmico de inter-relação entre indivíduos numa ligação multilateral que geralmente envolve não apenas o paciente, a instituição privada e os diversos agentes médicos, mas também os representantes legais e paramédicos. Esta interação - vias de regra dialogal - em que as partes se informam, questionam e esclarecem de modo recíproco, tem por finalidade garantir uma exteriorização de vontade livre do paciente em direção a uma decisão terapêutica partilhada¹⁶, daí ser uma responsabilidade mútua.

Deste prisma interativo, o instituto deverá ser compreendido num aspeto abrangente, que engloba uma panóplia de direitos e deveres interligados inesgotáveis pelo único assentimento declarado, sendo evidente o progresso duradouro que permanece à medida que perdura a relação médico-paciente e perpassa por todo o desenvolvimento da atividade médica, até na fase de pós-operação. De facto, a generalidade dos casos envolve cuidados contínuos e distintos carecidos de consentimentos sucessivos prolongados, cuja relevância pode subsistir mesmo depois da convalescência. É em nome do princípio da boa-fé que se reclamam deveres pós-contratuais, a título exemplificativo, veja-se o dever de informar de novos riscos, possíveis sequelas ou recaída em decorrência da intervenção, a despeito de os já ter avisado antes, o que visa uma concordância para eventual tratamento subsequente¹⁷. Os deveres em causa qualificam-se, portanto, como prestações consecutivas de execução ininterrupta.

¹⁵ Sendo traduzido diretamente de “*informed consent*”, a expressão portuguesa mais precisa será “consentimento esclarecido” porque aquela não basta para atingir o cerne do regime. JOAQUIM CLOTET, “O consentimento informado: uma questão do interesse de todos”, *Medicina - Conselho Federal*, n.º122/123 (2000). IAN KENNEDY/ ANDREW GRUBB, *Medical Law*, 3.ª ed., *Butterworths*, Londres, 2000, p. 650. Assim sendo, serão usadas *infra* as duas expressões indistintamente.

¹⁶ JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português: Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 224-225

¹⁷ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 436-437

É da obrigação de informar e confirmar a explanação do médico, por um lado, e do dever de colaborar do paciente, por outro, que se infere o cariz recíproco do consentimento esclarecido, assentando-se este na confiança e interdependência entre as partes, que exclui, regra geral, todos os terceiros, porquanto a autodeterminação sobre a saúde jamais poderá ser avassalada por deliberação heterónoma, quer dos representantes legais quer dos profissionais médicos, sejam o cônjuge ou os familiares.

Cumpre sublinhar que não se pode ter como objeto do consentimento um bem jurídico indisponível (v.g. a vida), o que está previsto *expressis verbis* no art. 38.º, n.º 1 do CP, sob cominação da invalidade, sendo esse um argumento crucial contra a eutanásia, proibida, aliás, na legislação portuguesa (cfr. arts. 133.º e 134.º do CP e art. 65.º, n.º 2 do CDOM). Efetivamente, é de liminarmente asseverar a irrelevância do consentimento em confronto com as considerações sublimes de *dignitas humana*.

2.3. Evolução Histórica

No início do exercício da profissão médica imperava o “*paternalismo clínico*” ou a “*tradição hipocrática*”¹⁸: procurava informar-se o paciente o menos possível para que não interferisse na apreciação do médico, sendo que o primeiro não podia opinar e apenas seguia as instruções recebidas, pois a medicina revestia-se de cariz religioso e o último assumia papel sagrado impune de responsabilidades, exceto as morais. A anuência foi originalmente vista como respeito formal pelos seres humanos ou colaboração do doente desprovido de qualquer faculdade decisória.

A primeira admissão judicial do direito ao consentimento pode remontar a 1767 no caso *Slater versus Baker & Stapleton* - decisão do tribunal inglês que assacou a dois médicos responsabilidade por não terem obtido, previamente, o assentimento do paciente e lhe terem provocado prejuízos inesperados¹⁹. Há que citar a jurisprudência mais marcante nesta matéria - o caso *Scholoeendorff v. Society of New York Hospital* em 1914 do Tribunal Supremo de Nova Iorque -, em que o Juiz BENJAMIN CARDOZO reconheceu cada adulto com são discernimento “a

¹⁸ Expressões empregadas por GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da «arte silenciosa»”, in *Temas...*, cit., pp. 108-110

¹⁹ THOMAS GRISSO/ PAUL S. APPELBAUM, *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1998, p. 4

right to determine what shall be done with his own body”²⁰.

Desenvolvida ao longo da última centena de anos, a autonomia dos pacientes só logrou olhares jurídicos intensos na segunda metade do século XX - fruto do reconhecimento reforçado da dignidade do ser humano, que, após a Segunda Guerra Mundial, com a tragédia da atrocidade nazi, elevar-se-ia a um princípio constitucional em inúmeros países e incitaria a consagração de direitos fundamentais²¹. Este avanço também se deve à própria estrutura social moderna e aos insucessos esporádicos das operações médicas, levando a que se perca uma esperança absoluta nelas e exija que tudo seja bem esclarecido.

Assim sendo, a incongruente conceção paternalista acabou por ser atalhada e substituída pelo princípio cardeal da autonomia do paciente. Na verdade, os princípios biomédicos devem antolhar e incorporar alterações em coesão com o evoluir da ética e do espírito do Direito²². Constata-se uma verdadeira elevação do consentimento a uma pré-condição vital do ato médico, especialmente nos dias de hoje, em que abundam as novas tecnologias sofisticadas.

Em aspetos substantivos, com a grande contribuição do Código de Nuremberga (1947) para a germinação do direito da biomedicina e bioética, ao consagrar, inequivocamente e pela primeira vez, à escala global o direito ao consentimento informado, a sua admissibilidade foi-se refletindo em diversas legislações noutros países europeus. Outro grande relevo será a promulgação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1966, que impôs, pela primeira vez, com força vinculativa internacional o consentimento informado²³, embora se confine às investigações

²⁰ MICHELLE WANDLER, *The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy*, Harvard University DASH repository, disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852197>, p. 6. Mas a expressão “*informed consent*” só se registou em 1957, cfr. JOSÉ ROBERTO GOLDIM, “O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia”, *Revista AMRIGS*, vol. 46, n.º 3,4 (2002), p. 110

²¹ Sobre a autodeterminação enquanto elemento nuclear ético da dignidade humana, e a relação desta com os direitos fundamentais no contexto biocientífico, DEBORA DA SILVA ROLAND, “Dignidade humana e cidadania biológica no processo de obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (Brasil), Vol. 6, n.º 2 (2014), pp. 188-190

²² MÁRIO RAPOSO, “Consentimento informado na relação médico-doente”, *O Direito*, Ano 124, III (1992), pp. 412-413, destacando as valorações éticas na elaboração legislativa. Sobre os princípios e justificações éticas, *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, The Belmont Report*, Estados Unidos, 1979, disponível em: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>

²³ Cfr. art. 7.º do diploma, em articulação com o direito à saúde consagrado no art. 12.º do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais em 1966.

médicas, a cujo espírito segue a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (1981)²⁴, que amplia na generalidade das atividades médicas, conquistando uma evidente nova dimensão.

Lamentavelmente, reparamos que nem toda a gente divisa esse seu direito e nem todas as instituições de saúde o atendem pontualmente, por razão da expediência ou da escassez de recursos sociais e das condições de trabalho. Para terminar, destaca-se que só nas últimas décadas é que cresceram drasticamente os litígios concernentes a esta temática²⁵, porventura pelo facto do acréscimo de regulamentação. Este, porém, deve ser controlado em bom rigor, sob pena de exasperar a liberdade e independência profissional do médico e provocar a medicina defensiva²⁶, e consequentemente uma devastação da confiança.

3. Enquadramento Normativo na Ordem Jurídica Portuguesa

No ordenamento jurídico português, embora não se proclame nenhuma legislação específica a servir de regras gerais, a imposição do consentimento esclarecido tem por assente vários ramos de direito. De facto, a riqueza das implicações jurídicas permite que a sua estipulação sobressaia de um só diploma, cuidando dos diversos domínios médicos e conjugando uma íntegra proteção dos bens jurídicos em crise. Todavia, ainda vislumbramos alguma insuficiência e incongruência de regulamentações, que deu motivo à apresentação do Projeto de Lei n.º 413/XI/2.^a, de modo a estabelecer organizadamente o Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado, que, contudo, acabou por não ser aprovado²⁷, deixando questões que nem se resolveram com a

²⁴ Caracteriza-se por “*soft law*”, por ser aprovada por uma associação de direito privado, “*não podendo vincular os Estados nem conferir direitos subjetivos aos cidadãos*”. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 436 nota 8

²⁵ Não existe jurisprudência que afirme indemnização pelos danos da violação do consentimento até o Ac. do STJ de 02/06/2015 cit. *Vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A Consagração do Direito ao Consentimento Informado na Jurisprudência Portuguesa Recente”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2016, p. 166, a não admissão correria o risco de reduzir a CDHB a “*um documento de valor decorativo do que verdadeiramente a gozar da vigência em condenações judiciais*”.

²⁶ Poderá violar o art. 7.º, n.º 2 do CDOM. Sobre a sua definição, veja-se *U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical Malpractice, U.S. Government Printing Office, Washington DC, 1994*, p. 21. JOÃO VAZ RODRIGUES, “Do exercício da medicina: dos «médicos escravos para escravos e (dos) médicos livres para os homens livres»”, in *Direito da Saúde - Estudos...*, cit., *passim*, de outro modo escravizar-se-ia os agentes médicos

²⁷ Sobre os comentários deste Protejo de Lei, GUILHERME DE OLIVEIRA/ HELENA MONIZ/ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento informado e acesso ao processo clínico - um anteprojecto de 2010*, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Consentimento-informado-e-acesso-ao-processo-clinico-%E2%80%94>

Lei n.º 15/2014, de 21 de Março e a nova Lei de Bases da Saúde em 2019.

(A) Direito Constitucional

A Constituição começa por homenagear a dignidade da pessoa humana como princípio primordial de toda a ordem jurídica (art. 1.º da CRP), isto é, a dignidade humana goza, desde sempre, do valor supremo e deve ser venerada em todas as legislações e no contexto ético (*vide* art. 5.º *in fine* do CDOM). Visto que contém ponderações dos direitos fundamentais à vida, à integridade pessoal e à liberdade, a autodeterminação no domínio de saúde configura decerto uma das suas manifestações peculiares.

Como o ato médico envolve as mais das vezes intervenções modificadoras do corpo do doente, o consentimento informado relaciona-se intimamente com a vida e a integridade física e moral - bens jurídicos dotados dos valores essenciais - presentes nos arts. 24.º, n.º 1 e 25.º, n.º 1 da CRP, respetivamente. Cumpre já advertir que, apesar de o primeiro ser absolutamente irrenunciável e indisponível, o último permite exceções, embora com a tutela constitucional se restrinja em grande medida o chamado direito a dispor do próprio corpo²⁸.

O direito à liberdade (art. 27.º da CRP), por sua vez, traduz-se numa completude do poder de autodeterminação, em que se inclui, em aspeto das liberdades físicas, a autoregulação de disposição corporal²⁹, para a qual também contribui o direito ao desenvolvimento da personalidade, postulado no art. 26.º, n.º 1 da CRP, que assevera a autonomia de decisão e, a jusante, a liberdade pessoal de formar a personalidade. Em matéria da saúde, tal implica um poder de “*gozar do melhor estado de saúde física e mental*”, pelo que o titular pode exigir se recebe certos cuidados adequados³⁰. Cumpre atender ao n.º 3 desse artigo, com o destaque da “dignidade pessoal”, tendo como objetivo proteger a própria pessoa, para além da identidade genética, contra qualquer interferência de tecnologias e experimentação científica, que abrange

[um-anteprojeto-de-2010.pdf](#)

²⁸ J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 454-456, cedendo somente nas situações em que haja consentimento válido ou necessidade de recorrer aos cuidados médicos.

²⁹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 258, 262-264

³⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 353-354

indubitavelmente as biomédicas³¹.

Uma vez consagrados esses direitos, acompanhados com a garantia constitucional do direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover (art. 64.º da CRP), todos os indivíduos são assegurados juridicamente contra qualquer atuação arbitrária dos médicos, à luz do princípio da aplicabilidade direta do preceito constitucional (art. 18.º, n.º 1 da CRP)³². Posto isto, o direito ao consentimento esclarecido é, *a priori*, constitucionalmente salvaguardado.

(B) Direito Internacional

Na sede das legislações internacionais, especial destaque merece a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina³³, que releva pela sua eficácia normativa e instrutiva universal no campo da biomedicina e biotecnologia humanas, prescrevendo particularmente o regime geral do consentimento informado no seu Capítulo II (arts. 5.º a 9.º) e determinando o princípio da autonomia que foi privilegiado pela Bioética, efetivos direitos dos pacientes e variados requisitos do consentimento consoante diversas intervenções médicas. Mais recentemente, a obrigatoriedade do instituto vê-se fomentada com a promulgação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos em 2005³⁴, cujos arts. 5.º, 6.º e 7.º deixam clara tal exigência.

A recetibilidade do direito internacional está prevista no art. 8.º da CRP, nos termos do qual os princípios e normas internacionais aprovados vigoram no direito português³⁵.

(C) Direito Penal

Por força dos arts. 31.º, n.º 2, al. d), 38.º e 39.º do CP, o consentimento do lesado afasta a ilicitude do facto. De uma simples constatação dos dispostos afirma-se que a lei penal aparece

³¹ J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 472, este preceito leva a que a chamada “*constituição biomédica*” se eleve à dimensão constitucional formal.

³² PAULO MOTA PINTO, ob. cit., pp. 233 e ss., propõe, porém, uma interpretação restrita do art. 18.º, n.º 1 da CRP, por uma eficácia horizontal imediata e geral dos direitos fundamentais sobre os particulares poder omitir ponderações civilísticas especiais. Sobre a sustentabilidade constitucional do consentimento informado como direito fundamental, JOAQUIM CORREIA GOMES, “Constituição e consentimento informado: Portugal”, in *Julgar*, cit., pp. 91 e ss.

³³ Conhecida pela Convenção de Oviedo, aprovada pelos Estados Membros do Conselho da Europa em 1997 e assinada por Portugal em 4 de abril de 1997, entrando em vigor em 1 de dezembro de 2001.

³⁴ Aprovada pela unanimidade dos 191 Estados-membros da UNESCO, na sua 33.ª Conferência Geral.

³⁵ Sobre a amplitude de receção e eficácia do direito internacional, vide BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 167

mais rígida que a civil, na medida em que, para além da admissibilidade da figura, prescreve mais requisitos. Paralelamente a esses preceitos, o art. 149.º do CP dá relevância ao instituto em relação à integridade física, propiciando ainda mais indicações acerca da sua legitimação.

No que tange às intervenções médico-cirúrgicas, distingue-se um regime especial de atipicidade da ofensa corporal no art. 150.º do CP, sendo a autodeterminação do doente isoladamente tutelada no art. 156.º do CP, segundo o qual é incriminada a ausência de consentimento esclarecido. Mais à frente, voltaremos a tratar esse assunto.

(D) Direito Civil

Conquanto os direitos à autodeterminação e à integridade física e psíquica não se encontrem na exposição dos singulares direitos de personalidade nos arts. 72.º a 80.º do CC, tal não significa que esta enumeração já os esgote. É que, perfilhando as elucidativas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, o direito geral de personalidade preceituado no art. 70.º do CC traduz - se num *“direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade”*, pelo que é disponível para evolução cronológica dinâmica conforme as necessidades inerentes à autonomia pessoal, elevando-se a um direito infinito isento de restrição³⁶.

Nesta ótica podemos depreender que a integridade pessoal e a liberdade de vontade se incluem na proteção civilística. Em boa verdade, ao consagrar o direito geral de personalidade, o legislador não pretende demonstrar em seguida uma enumeração taxativa. O que está em causa é uma tutela global e irrefragável do *“ser em devir que é o homem”*, cujo teor não é estático mas se sujeita à vicissitude contextual, atendendo aos valores manifestamente atendíveis e enquadrando as multifacetadas vertentes da personalidade - tanto físicas como intelectuais e espirituais - suscetíveis de evolução perpétua³⁷. Melhor dizendo, perante a norma bastante genérica, incumbirá ao aplicador a sua concretização desdobrando-se num conjunto de direitos a diversos

³⁶ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 203; PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD* n.º 69 (1993), p. 500, a autonomização de certos direitos de personalidade deve-se à necessidade de tutelar os interesses em causa de forma particular moldando-os com as próprias limitações.

³⁷ JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit., pp. 81-82, apelando ao critério de perturbação da esfera *“físico-psíquica-ambiental”* reconhecida a cada sujeito para identificar quais direitos de personalidade especiais caberão na amplitude do art. 70.º do CC.

bens segmentários da personalidade.

A isto acresce que, ao enfatizar a “*personalidade física*”, o art. 70.º do CC visa integrar diretamente na sua incidência a totalidade do corpo humano, cuja percepção não se remata sem o poder de autodeterminação sobre a integridade física, que, por seu turno, se afigura natural do mesmo. Por esse motivo, a lei exige que, para se eximir da responsabilidade, o médico obtenha previamente o consentimento do doente, de acordo com o art. 340.º do CC.

(E) Código Deontológico da Ordem dos Médicos³⁸

Atendendo às características da ocupação médica, em que domina a independência e liberalidade profissional (arts. 6.º e 121.º do CDOM), pertence às Ordens Profissionais a maioria das regulamentações deontológicas relacionadas com a profissão, cuja infração acarretará responsabilidade disciplinar. Cumpre sindicar essas disposições, que, para além de reinarem o desenvolvimento das atividades médicas com orientações essenciais, desempenham o papel de concretizar as normas substantivas.

A exigência do consentimento informado é desde logo plasmada na parte geral do CDOM e espelhada noutros capítulos concernentes aos diversos domínios da saúde, que regulam desde o conteúdo de informação, até à maneira de como prestar o esclarecimento, passando pelas modalidades e formas do consentimento, cujos dispostos serão infracitados em articulação com as doutrinas e polémicas daí suscitadas.

4. Estrutura Dogmática do Consentimento e Conteúdo da Relação Jurídica

Não nos parece conveniente tratar a temática sem traçarmos, embora perfunctoriamente, algumas considerações acerca da abundante doutrina penalista nesta matéria. Desde logo, sublinha-se que a incriminação da ausência do consentimento sobre tratamentos médicos visa

³⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*, 2007, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/32926>, p. 17, não aprovado por lei, o CDOM só vale quando não se contradiz com outras legislações. Quanto ao valor jurídico-normativo, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Auto-regulação profissional dos médicos”, in *Temas...*, cit., pp. 248 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, edição da AAFDL, Lisboa, 1996, p. 100, as regras deontológicas devem ceder perante normas injuntivas de sentido contrário.

tutelar exclusivamente o bem jurídico liberdade, nos termos do art. 156.º do CP, cuja configuração não dependerá do resultado final nem acarretará, necessariamente, que o médico seja punido pela ofensa corporal, desde que sejam preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos do art. 150.º, n.º 1 do CP³⁹. É que, o facto do pessoal médico ter melhorado o estado clínico do doente ou até o ter salvado da morte tão-pouco corrige a intromissão ilícita no espaço de raciocínio reservado integralmente a este último sobre a disposição do seu corpo - a inexistência de consentimento, sendo este um acordo que exclui a própria tipicidade⁴⁰. Em cotejo com o direito civil, devido ao carácter de *ultima ratio* e à fragmentariedade da proteção penal, entende-se que a sua delimitação é mais estrita senão mesmo intransigente.

No plano juscivilístico, procederemos a uma ponderação autónoma do horizonte jurídico-penal, que contém valores civis especificamente atendidos. É de convicentemente apostar que a amplitude tutelar da autodeterminação civilística não se circunscreve à perturbação da livre disposição enquanto tal de certos bens jurídicos, pois já configura a infração dos correspondentes direitos absolutos, consensualizando na doutrina e jurisprudência que a intervenção arbitrária poderá consituir violação dos direitos à autodeterminação e à integridade física simultaneamente⁴¹.

Neste cenário, distingamos duas situações. Primeiro, doutrinalmente, evidencia-se que a intervenção não consentida, conquanto seja bem-sucedida e sejam satisfeitos todos os pressupostos do art. 150.º do CP, parafraseando a lição de ORLANDO DE CARVALHO, “*provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o direito, não*

³⁹ COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 418, 426-427, justificando-se aliás com a própria introdução sistemática do tipo ilícito no Capítulo dos “Crimes contra a Liberdade Pessoal”. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ* n.º 332 (Janeiro de 1984), p. 69; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, 2013, disponível em: https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf, p. 6

⁴⁰ O consentimento aqui traduz-se numa realização efetiva do direito à liberdade mas não na anuência renunciadora de qualquer bem jurídico. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, anotação 4 ao art. 38.º do CP.

⁴¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., pp. 115 e ss.; JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 71; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 276

*podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa*⁴², ou seja, afeta sempre a incolumidade pessoal, para além da autodeterminação, sendo ambas englobadas na proteção do art. 70.º do CC. Posto isto, não hesitamos em admitir a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais daí oriundos, independentemente da ocorrência de lesão corporal. Neste sentido, o Ac. do STJ de 02/06/2015 cit. é incisivo, ao reconhecer a obrigação de indemnização ainda que o tratamento não assentido não provoque prejuízos à saúde.

Outra hipótese será a situação em que se verificam danos corporais. Como defendemos que a falta do consentimento no campo civil implicará, ao mesmo tempo, infração dos direitos à liberdade de vontade e à integridade física e moral, se sucederem prejuízos físicos, nada impede que sejam indemnizados não só os danos morais, mas inclusivamente os patrimoniais, o que não se desviará da ofensa corporal paradigmática.

A este propósito, o art. 71.º, n.º 2 do Código Civil de Macau é esclarecedor, ao proibir intervenções médicas sem consentimento sob o título do direito à integridade física e psíquica, denotando mediatamente a proteção da mesma face àquelas intromissões, passíveis eventualmente de danos físicos⁴³.

4.1. Natureza Jurídica do Consentimento Informado

A doutrina dominante afirma que o consentimento do lesado plasmado no art. 340.º do CC, consubstancia somente um ato integrativo da causa legitimadora da ilicitude mas não constitutivo, traduzindo-se numa mera permissão⁴⁴. Socorrendo de perto ao que discorre ORLANDO DE CARVALHO, com maior precisão analisada por ANDRÉ DIAS PEREIRA, é de concludentemente assentar que a anuência para cuidados médicos, seja em prol dos interesses próprios ou alheios do declarante, configura um consentimento ,tolerante, que não faculta nenhum direito de agressão

⁴² ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 214; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 219 nota 440

⁴³ No mesmo sentido, PAULO MOTA PINTO, “Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau”, *BFD* Vol. 76 (2000), pp. 229-230

⁴⁴ FERNANDO PESSOA JORGE, “*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*”, Almedina, Coimbra, 1995, p. 270; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.ª ed., Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018, p. 308. Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ de 09/10/2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPR.T.P1.S1, Relator: JOÃO BERNARDO; o Ac. do STJ de 02/11/2017 cit.; o Ac. do STJ de 22/03/2018, Proc. n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, Relator: MARIA DA GRAÇA TRIGO

mas tão-só um poder factual de intervir, reconduzível, aliás, ao art. 340.º do CC⁴⁵. Sem embargo de ter relação subsidiária com o art. 81.º do CC, este, que diz respeito ao consentimento autorizante, não é de todo aplicável na área de saúde. Cuidaremos de pormenorizar esta questão na continuidade deste trabalho.

Como é sabido, não se coadunam com a execução específica algumas prestações, entre as quais se pode apontar a prestação de serviços médicos, por ser infungível, bem como a do consentimento do enfermo, os quais parecem, aliás, insuscetíveis da aplicação da sanção pecuniária compulsória (cfr. art. 829.º-A, n.º 1 do CC)⁴⁶. Com efeito, nem sequer é obrigatório observar as prescrições do médico.

Ora, o consentimento no setor da saúde é revogável, sem qualquer entrave, a todo o tempo, mesmo no decurso terapêutico, o que está nitidamente estatuído nos arts. 81.º, n.º 2 do CC, 38.º, n.º 2 do CP e 5.º, parágrafo 3 da CDHB⁴⁷, sem ter que submeter-se a qualquer formalidade, pois não faz sentido uma imposição formal para perturbar a invasão na integridade física e psíquica. De notar, ainda, que a renúncia a esse direito de revogar será nula por infração da ordem pública, tendo em conta os valores jurídicos supremos em questão⁴⁸. A isto acresce que, ao reconhecer-se a relação clínica como contrato de prestação de serviços, as regras do mandato aplicáveis permitem ao paciente denunciar *ad nutum* o próprio contrato, de acordo com o art. 1170.º do CC.

Por outro lado, é de ressaltar a aplicabilidade do ressarcimento previsto no art. 81.º, n.º 2 do CC, não apenas porque o consentimento tolerante não se adapta ao artigo referido, como também porque as intervenções médicas, sejam terapêuticas ou não, não compreendem qualquer legítima

⁴⁵ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., pp. 205, 218-219. Diversamente, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 215-216, considera-o como limitação voluntária do direito à integridade física.

⁴⁶ PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 553, mesmo que esteja em causa um consentimento vinculante, jamais se sujeita à execução específica, bem como a outros meios coercivos de cumprimento.

⁴⁷ JOÃO VAZ RODRIGUES, “A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários, 2013, pp. 140, 144, a revogação pode ser total ou parcial, seja decisiva ou simplesmente suspensiva. Cfr. parágrafo 38 do Relatório Explicativo da CDHB, disponível em: <https://rm.coe.int/16800ccde5>, nem sempre é aceitável a revogação durante uma cirurgia, dado que, tendo em conta as consequências negativas, as obrigações profissionais e regras de conduta poderão proibir o médico de a interromper.

⁴⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., p. 495

expetativa de outrem. Mesmo nas investigações clínicas ou transplantes de órgãos, em que será de certa medida concebível eventual esperança de terceiros, estas não se encontram legalmente protegidas. Por outras palavras, a lei não impõe uma obrigação de indemnização à revogação nessas situações⁴⁹. Ademais, a exigência de indemnização configurará um meio ameaçador ou restritivo da autodeterminação do paciente, de maneira a que opte pela cirurgia contra a vontade real só para obstar a qualquer indemnização, o que não se compatibiliza com o espírito do regime em análise.

Destes traços podemos inferir que o consentimento no domínio de saúde se caracteriza pela livre revogabilidade e não indemnizabilidade dos danos causados, de que é indispensável explicitar ao doente, eliminando assim todos os elementos constrangedores de uma cabal liberdade de decisão.

Mesmo assim, isso não quer significar que a revogação da concordância nunca provoque prejuízos ao médico, que provavelmente teria lucrado com outras consultas ou evitado despesas, se não tivesse acordado a cirurgia com o doente revogante. Convém perceber que tal revogação não fará cessar a relação médico-paciente, permanecendo, assim, os deveres contratuais das partes, e o problema parece poder ser compreendido através do art. 52.º do CDOM⁵⁰, que prevê que, no caso de ser chamado ao domicílio, mesmo que o médico acabe por não prestar serviços por causa não lhe imputável, é-lhe garantido o direito a honorários - uma compensação por deslocação e perda de lucros, mas não uma indemnização por legítima expectativa. A nosso ver, a revogação do consentimento não deveria ser de todo arbitrária, sem um mínimo de justificação, sob pena de desvirtuar as valorações básicas desse instrumento e poder o doente incorrer na responsabilidade pelo abuso do direito de revogar, por agir com manifesta contrariedade à boa fé.

Na classificação tradicional do ato jurídico, o consentimento vinculante e o autorizante

⁴⁹ Cfr. art. 6.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril e art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. *Vide* RICARDO MIGUEL PINTO DE CARVALHO, *A Natureza Jurídica e o Regime do Consentimento Prestado para Ensaio Clínicos*, Coimbra, 2013, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34989/1/A%20Natureza%20Juridica%20e%20o%20Regime%20de%20Consentimento%20prestado%20para%20Ensaio%20Clinicos.pdf>, pp. 96 e ss., mostrando fundadas razões pelas quais não aparece vinculante nem autorizante o consentimento para ensaios clínicos, cuja revogação nunca dá lugar à obrigação de indemnização. É que, estão em causa ofensas graves da integridade humana.

⁵⁰ Era exigida a cobrança de honorários a pacientes que faltassem e não informassem o médico com um mínimo de antecedência no art. 81.º, n.º 2 do CDOM de 1995.

qualificam-se como negócios jurídicos⁵¹. Pelo contrário, tal categoria não se adequa ao consentimento tolerante, o qual - insuscetível de eficácia constitutiva por não consubstanciar um ato volitivo-final que por si só se equivale aos efeitos jurídicos previstos e por não criar nenhum direito para a contraparte recetor - se trata de um ato quase-negocial, cujos efeitos se encontram já previamente estipulados pela lei⁵².

Destarte, a figura pauta-se pela disciplina geral dos negócios jurídicos se houver bastante analogia (art. 295.º do CC), sem que seja obrigatória a observação da capacidade negocial e do seu suprimento, uma vez que não parecem adotáveis as exigências protetoras do tráfego patrimonial e a heteronomia nos atos pessoalíssimos, que só se limitam às normas imperativas, aos bons costumes e à ordem pública.

4.2. Conteúdo Correspondente da Relação Médico-Paciente

(A) O Dever de Informar e Esclarecer

Logicamente, a decisão clínica para que seja válida, quer se traduza numa anuência quer numa rejeição, pressupõe um cabal cumprimento do médico da sua prestação de informações e explicações devidas - pedra-angular da doutrina do consentimento informado -, que tem o desiderato de o doente ficar munido de todos os dados e esclarecimentos necessários que lhe permitam decidir séria, livre e clarificadamente, culminando na satisfação da obrigação de obter o consentimento esclarecido. Sendo o consentimento exclusivamente individual, o paciente é, via de regra, o único alvo daquela prestação⁵³.

No presente estudo, cingimo-nos a versar sobre o dever de informar *stricto sensu*, a saber,

⁵¹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., pp. 408, 412, 448; PAULO MOTA PINTO, ob. ult. cit., p. 537

⁵² Coadunando-se com a definição de HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 206-208, isto é, a produção dos efeitos do ato jurídico em *stricto sensu* não depende da vontade, a qual é desprovida do “*elemento volitivo-final quanto aos efeitos*” e visa, ao invés, um efeito de facto, embora haja frequentemente coincidência entre esta vontade e os efeitos produzidos. Porém, a própria existência deste ato depende sempre da vontade do agente. JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 423

⁵³ ANA AMORIM, “O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011), p. 119, boa parte da doutrina entende que o médico deve manter em segredo certas informações sobre a criança contra os pais. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*, 2004, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/2525>, p. 12 nota 28, segundo a lei francesa de 4 de Março de 2002, os menores podem insistir em manter em segredo o seu estado clínico em relação aos pais.

como um dos requisitos de validade do consentimento. Essa obrigação deve ser cumprida antecipadamente à declaração de consentimento e dilata-se no tempo, cujo cumprimento, frise-se, não implica nem exonera a necessidade de esclarecer, que, embora profundamente conexiada com aquela, pode distinguir-se conceitualmente. Dependendo em grande medida o cumprimento do saber próprio do médico escolhido, é de qualificar tais obrigações como infungíveis por natureza.

Obviamente apresentando-se insuficiente uma só estipulação tão genérica do art. 573.º do CC, a noção do dever em análise está, deste modo, plasmada nos art. 157.º do CP, art. 5.º da CDHB, arts. 19.º e 25.º do CDOM, na Base 2, n.º 1, als. d), e) da LBS e noutras legislações especiais respeitantes aos diversos subdomínios médicos. Do ponto de vista análogo-axiológico, há autores que identificam o contrato médico com contrato de consumo, tendo em consideração os vetores consumeristas na relação clínica, sendo que a posição frágil do paciente leigo perante o profissional médico desequilibraria o ideal de paridade privada⁵⁴. Desde logo, parece aplicável o art. 8.º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) como critério da informação exigível ao médico.

Mesmo com as normas indicadas, devido ao polimorfismo da relação médico-paciente, o cumprimento íntegro desse dever ainda não está globalmente substantificado. Neste ensejo, é de socorrer às orientações doutrinárias, deontológicas e jurisprudenciais.

Primeiramente, a observância pauta-se pelos princípios da simplicidade e da suficiência (art. 19.º, n.º 3 e n.º 4 do CDOM). No que tange ao primeiro, sugere-se que o médico desenvolva uma comunicação compreensível com o paciente, atendendo ao seu discernimento e nível literário⁵⁵. Relativamente ao último, o fornecimento informativo terá de se restringir a certa amplitude que permita tomar em conta os dados deveras cruciais para a formação de vontade. Seguidamente,

⁵⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ob. cit., p. 89; EDUARDO DANTAS, “Diferença entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente”, *Lex Medicinæ*, n.º 8 (2007), pp. 125-126, sendo doutrina brasileira recorrer ao Código da Defesa do Consumidor, à falta de legislação específica. VIVIAN LACERDA ARRUDA, “O consentimento informado e a responsabilidade civil no direito farmacêutico”, *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18 (2012), p. 208, aplicável especialmente no domínio farmacêutico.

⁵⁵ GLORIA JÓLLUSKIN/ TERESA TOLDY, “Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania?”, *Antropológicas*, n.º 12 (2011), pp. 45-46, julgando diferente da tradicional a percepção da autonomia em causa por dever ter em conta a educação, cultura, cognições e emoções do paciente.

esse dever regula-se pela pontualidade. Se é certo que diversos atos médicos contêm em si variadas consequências, à semelhança da obtenção do consentimento, a prestação em análise tem que ser levada a cabo tempestivamente em correspondência a cada um deles (arts. 5.º da CDHB e 19.º, n.º 2 do CDOM), mas não abstratamente para um conjunto de medidas terapêuticas⁵⁶. Aliás, em hipótese alguma prescinde-se de informações e elucidações atualizadas mediante um contínuo diálogo, o qual pode servir como uma consecutiva aprovação certificada do enfermo⁵⁷.

Outro critério precípua é a veracidade e neutralidade⁵⁸. Salvo outra consideração necessária, não nos parece plausível que o médico minta, oculte ou transmita de forma distorcida ou “embelezada” as informações de particular pertinência para o doente, do que resultaria a inconsciência sobre a decisão.

Por último, a informação fornecida deve ser esclarecida⁵⁹, ou seja o mesmo que dizer que, deve-se dar explicações ao paciente, sob pena de ao dever de informar acabar por se retirar todos os conteúdos. O esclarecimento é prestado de forma individualizada, atendendo essencialmente à pessoa e ao sistema valorativo do doente, que ficará clarificado aquando da sua representação correta de todos os aspetos da intervenção proposta atinentes à decisão.

(B) O Dever de Confirmar o Esclarecimento

Conquanto aparentem ter sido prestadas todas as informações e explicações, isso não significa nem garante que o recetor inteiramente as compreenda, não bastando o cumprimento superficial do dever referido para assegurar a obtenção de um consentimento válido. Nesta sorte, impõe-se o dever de confirmar o entendimento do paciente, que reside a meio termo entre aqueles dois deveres, a fim de certificar que este tenha em mente dados apreendidos e corretos, por forma

⁵⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Estrutura...”, cit., p. 68, , a não ser que elas se possam perspetivar como uma identidade sob prisma dos riscos ou vantagens envolvidos.

⁵⁷ Sendo conduta concludente, pode traduzir-se num consentimento tácito, que, em princípio, basta para o efeito de um consentimento efetivo na nossa ordem jurídica. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit., p. 244 e nota 95.

⁵⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Vol. III, n.º 4 (1994), pp. 17-18 nota 16, a jurisprudência norte-americana milita no sentido de o médico ter o dever autónomo de não ludibriar.

⁵⁹ Em caso de cuidados de rotina e estádos terminais, podem-se ver reduzidas ou até dispensadas as exigências de esclarecimento. MARTA REIS MELO, “A importância do consentimento, independência médica vs. Autodeterminação do doente”, *MaiaJurídica*, Ano III, n.º 1 (2005), pp. 79, 83

a evitar qualquer precipitação na tomada de decisão⁶⁰. Nos casos que envolvem a utilização de formulários ou uma equipa de médicos este dever merece especial autonomia, que, aliás, se afirma ainda como um instrumento de reavaliação da capacidade do doente para consentir, pois coloca questões relativas à informação transmitida e à concreta percepção das mesmas pelo paciente.

Com efeito, mediante este dever, despertar-se-ão dúvidas a que se seguirão necessidades de novas elucidações ou informações, salvaguardando assim uma decisão deveras “esclarecida”. Neste sentido, a doutrina anglo-saxônica chega a admitir o direito ao denominado “*informed choice*”, que sobreleva o conceito “consentimento esclarecido” de modo que atinja e consolide, em rigor e substancialmente, a autonomia do paciente, que poderá optar pelo que lhe for mais propício, em vez de simplesmente consentir ou rejeitar a proposta do médico⁶¹. Tal irá influenciar a percepção de adequação de informação e alargar inevitavelmente a responsabilidade dos médicos, a quem incumbirá, nomeadamente, avisar sobre as alternativas existentes.

Capítulo II - Responsabilidade Civil Médica

5. Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado

Diversamente do que sucede no caso clássico dos erros médicos por desacatamento das *leges artis*, em que parece flagrante o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, já se têm esgrimido argumentos acerca do preenchimento destes requisitos quanto à infração do consentimento informado⁶²- um novo panorama da responsabilidade civil médica, que importa considerações específicas em diversos aspetos, designadamente na asserção da falta ou invalidade do consentimento esclarecido, na aplicação das regras probatórias e na verificação do nexo causal.

⁶⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. ult. cit., p. 68.

⁶¹ Direito que se familiariza na comunidade europeia com a Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho. HERMAN NYS, “*The information rights of the patient in the European Patients’ Rights Directive*”, in *Direito da Saúde - Estudos...*, cit., pp. 74 e ss. EDUARDO DANTAS, “*When consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy*”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011), *passim*.

⁶² Podendo coexistir essas duas responsabilidades, pois não é objeto do consentimento qualquer erro médico. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, *Revista do CEJ*, n.º 16 (2011), p. 36

5.1. Natureza da Responsabilidade Civil Médica por Falta de Consentimento Informado

A qualificação da natureza da responsabilidade civil médica resolve a questão de saber se se deve recorrer à via contratual ou ao sistema aquiliano ou, ainda, se deve ocorrer um concurso de responsabilidades. Cotejando a doutrina nacional, constatamos que grande parte das opiniões reconhece um patente cúmulo de responsabilidade delitual e contratual na esmagadora maioria dos casos nesta matéria - tese que já é apanágio na jurisprudência portuguesa⁶³. Restam-nos, nesta sequência, dúvidas sobre as suas implicações práticas: será que as normas são invocadas de forma alternativa, subsidiária ou cumulativa?

Não faltando aos primeiros dois modos decisões judiciais sustentadoras e sendo preponderante a ideia de que o lesado poderá optar pela modalidade que julgar lhe ser mais favorável⁶⁴, denota-se que já foi revelada alguma relutância, em termos jurisprudenciais, quanto à possibilidade de cumulação. Contudo, cumpre tomar atenção à lição do insigne jurista ANTUNES VARELA, segundo a qual essas duas modalidades de responsabilidade não se consubstanciam em “*compartimentos estanques*” isolados, mas comunicam-se, na realidade, sob vários pontos de vista⁶⁵. A circunscrição da aplicabilidade das normas correspondentes não é, assim, tão exclusiva, mas admite certa flexibilidade. É que, o lesado poderá invocar sucessiva e sincronicamente preceitos dos dois regimes para justificar a única pretensão indemnizatória, existindo apenas uma pretensão protegida por ambas as variantes.

5.2. Falta de Consentimento Informado

Tratando-se de causa excludente da ilicitude e sinal de satisfação do dever obrigacional de informar e esclarecer a decisão válida do paciente, torna-se escusado discutir a eventual

⁶³ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 750; FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 40; VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, pp. 15 e ss. Opinião contra, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 551 e ss., propondo a tese de não cúmulo e o princípio da consunção. Em termos jurisprudenciais, veja-se os acórdãos referidos no rodapé seguinte.

⁶⁴ O modo alternativo é o mais apanágio, cfr. Ac. do STJ de 19/06/2001, Proc. n.º 01A1008, Relator: PINTO MONTEIRO; Ac. do STJ de 04/03/2008, Proc. n.º 08A183, Relator: FONSECA RAMOS; Ac. do STJ de 28/01/2016, Proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, Relator: MARIA DA GRAÇA TRIGO. O modo subsidiário encontra-se acolhido no Ac. do STJ de 01/07/2010, Proc. n.º 398/1999.E1.S1, Relator: SERRA BAPTISTA; no Ac. do STJ de 22/09/2011, Proc. n.º 674/2001.P L.S1, Relator: BETTENCOURT DE FÁRIA; no Ac. do STJ de 17/06/2014, Proc. n.º 11279/09.2TBVNG.P1, Relator: M. PINTO DOS SANTOS.

⁶⁵ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 522; JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação...*, cit., pp. 233-234; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Breves...*, cit., p. 14; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncípa Editora, Cascais, 2017, pp. 19-20

responsabilidade civil *in casu*. Posto isto, cumpre divisarmos as causas pelas quais não se alcança a decisão válida do doente - facto provocador e cerne da responsabilidade -, que se desdobrarão em termos extrínsecos - inexistência do consentimento enquanto tal - e intrínsecos - a destruição interna da anuência manifestada -, e as controvérsias daí emergidas.

5.2.1. Falta de Declaração, Tempestividade e Formalidade

À semelhança da generalidade dos negócios jurídicos, o consentimento, para que subsista e seja válido, tem que cumprir certos requisitos externos, que reclamam, porém, algumas compreensões diferenciadas dos daqueles. Senão vejamos.

(A) Declaração

Visto que no nosso sistema vigora o princípio da liberdade declarativa, ao abrigo do art. 217.º do CC, a declaração de vontade é válida indiferentemente do modo, desde que se adequa à conceção do ato declarativo⁶⁶. A ser assim, um consentimento efetivo pode revestir-se da declaração expressa ou tácita, regra geral dos negócios jurídicos, aplicável segundo o art. 295.º do CC.

Desde logo, parece-nos improcedente o constante no Ac. do STJ de 18/03/2010⁶⁷, ao declarar que, após escolher livremente a clínica, o paciente está coartado a uma “*tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba (...) é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido*”. É que, o assentimento inicial de escolha da clínica esgota-se na confiança dos seus serviços, mas não conota uma opção definitiva por todos os cuidados a realizar. Há que distinguir o mútuo consenso para concluir o contrato médico no primeiro contacto, de que consta um “*consentimento-aceitação*” do paciente, da sua anuência particular para os tratamentos propostos, num segundo momento, sendo que “*o consentimento prestado pelo paciente no domínio médico é duplo*”⁶⁸.

⁶⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ob. cit., p. 421

⁶⁷ Proc. n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, Relator: PIRES DA ROSA, criticado igualmente por FERNANDO DIAS SIMÕES, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, 2013, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2295467>, pp. 10-11

⁶⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, in *O consentimento informado na relação...*, cit., p. 138

É de aderir ao entendimento do Ac. do STJ de 07/06/2011⁶⁹, onde se reconheceu que o consentimento tácito se radica na conduta concludente do doente que revela indícios exteriorizáveis indubitáveis. Daí que preconizamos genericamente que, graças à confiança estabelecida, o consentimento implícito é suficiente para - e apenas para - atos médicos comuns com riscos anódinos (v.g. auscultação pulmonar) e atividades médicas de rotina (v.g. preenchimento dos ficheiros clínicos)⁷⁰. Reparamos entretanto que, tanto na legislação internacional como na portuguesa, existem situações em que se impõe o consentimento explícito, *maxime*, na forma escrita, assunto que escrutinaremos no momento oportuno quanto à formalidade.

O consentimento presumido, por seu turno, é figura distinta do consentimento propriamente dito e apenas se aplicará subsidiariamente. Entende-se que o primeiro, em bom rigor, não redundaria num consentimento efetivo, já que, do ponto de vista do declarante, este se traduz numa manifestação da vontade do próprio doente; ao passo que aquele decorre de uma exteriorização volitiva do médico, como se fosse a que teria o paciente caso se confrontasse com as mesmas circunstâncias. Não obstante, a figura tem efeito equivalente ao consentimento efetivo sob prisma do direito substancial (art. 39.º, n.º 1 do CP) e nesta senda a atuação médica reputa-se como gestão de negócio⁷¹.

Efetivamente, dispendo de caráter subsidiário, a invocação deste instituto, que está previsto nos arts. 39.º e 156.º, n.º 2 *in fine* do CP, 340.º, n.º 3 do CC, 8.º da CDHB e 22.º do CDOM, só se poderá ter por procedente nas hipóteses em que haja uma necessidade impreterível de intervenção e extensão ou alteração da operação, mas o paciente esteja impossibilitado de exprimir a sua vontade real, sem que se possa encontrar os seus representantes legais. Segundo o axioma “*favor vitae et salutis*” e o princípio da beneficência⁷², a intervenção do médico é legítima quando lhe

⁶⁹ Proc. n.º 1581/07.3TVLSB.LI.S1, Relator: GABRIEL CATARINO

⁷⁰ Entidade Reguladora da Saúde (doravante ERS), *Consentimento Informado - Relatório Final*, 2009, disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf, p. 7.

⁷¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Responsabilidade Civil por Ato ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional” in *Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 466-467; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 491, o facto de existirem deveres penais de auxílio não exclui a aplicabilidade do regime de gestão do negócio.

⁷² TOM BEAUCHAMP/ JAMES CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*, 4.ª ed., Oxford University Press, Nova Iorque, 1994, pp. 262 e ss., os princípios da beneficência e da não maleficência são correlacionados, sendo que o médico deve atuar para o melhor interesse do paciente e retirar condições prejudiciais, respeitando assim o velho

não for exigível outra atuação e não houver motivos para crer que outra seja a vontade real do doente. Pelo contrário, nas medidas terapêuticas prorrogáveis ou desnecessárias não se justifica a presunção do assentimento, devendo aguardar a decisão do paciente ou requerer ao tribunal nomear um representante legal⁷³.

É de ressaltar que a satisfação de consentimento presumido em termos penais não absolve o médico da responsabilidade civil, caso não sejam preenchidos cumulativamente os requisitos no art. 340.º, n.º 3 do CC, a saber, a conformidade com “*o interesse do lesado*” e “*a sua vontade presumível*”⁷⁴. Ora, o que importa é procurar a vontade conjeturável do paciente, mas não do seu representante legal ou do próprio médico, pelo que será crucial saber qual o seu sistema de valores. Ficará a cargo do médico empregar todas as medidas passíveis de convergência desses dois arbítrios, consultando, por exemplo, os seus familiares próximos (art. 21.º, n.º 6 do CDOM).

Avente-se que o médico, sempre que possa, deve informar as contingências referidas antes da eventual inconsciência do enfermo, no sentido de aclarar, previamente, a vontade deste, a qual deve ser atendida tanto quanto possível à luz do art. 9.º da CDHB⁷⁵. Convém fazer alusão ao testamento vital, que deve ser respeitado em razão da proteção da autodeterminação, a não ser que a decorrência do tempo e o evoluir da medicina questionem a imutabilidade da vontade nele manifestada, ou seja, no caso de surgirem posteriormente fundadas razões que contestem a sua consistência⁷⁶. Posto isto, competirá ao médico examiná-la ou reafirmá-la de acordo com os interesses em jogo face à circunstância atual.

Esgotados todos os meios de buscar a vontade presumível do doente, em última instância, poderá o médico lançar mão do critério do paciente razoável e enveredar pelo princípio da boa fé,

brocardo “*primum non nocere*”.

⁷³ ERS, ob. cit., p. 39, “*o médico deve interromper a operação quando a sua continuação acarrete consequências tão negativas quanto a sua repetição*”.

⁷⁴ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 215; PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 304. VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 8, a vontade presumida deve referir-se ao maior interesse do enfermo, o qual pode não corresponder ao seu melhor bem.

⁷⁵ Cfr. CHRISTIAN VON BAR/ ERIC CLIVE/ HANS SCHULTE-NÖLKE, *Draft Common Frame of Reference of Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (doravante DCFR), 2009, disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/DCFR.html>, n.º 4 de IV.C. - 8:108: *Obligation not to treat without consent* e art. 21.º, n.º 2 do CDOM

⁷⁶ A lei prevê essas possibilidades e estipula um prazo de eficácia da figura (art. 7.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho). ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Diretivas antecipadas de vontade em Portugal”, in *Julgar*, cit., pp. 296-297

agindo de maneira que lhe salvasse a saúde e vida, mesmo com sacrifício da autodeterminação⁷⁷. Em contrapartida, a existirem razões veementes que concluam uma rejeição do paciente ou a vontade recusativa ser cognoscível pelo médico, este deve abster-se de agir, por mais imprudente que pareça e seja qual for o desfecho.

(B) Tempestividade

Um consentimento válido deve ser declarado precedentemente aos atos médicos e permanecer até ao fim do processo terapêutico, sendo que a concordância superveniente não se parece mais do que um perdão⁷⁸, sem que pareça forçoso ser atual, cuja eficácia na prática funciona, amiúde, dilatadamente após certo período de tempo em relação ao momento da realização da intervenção.

Com o fundamental respeito pela reflexão do doente, boa parte da doutrina defende um “prazo de reflexão” obrigatório entre a receção de informação e a declaração de consentimento, que encontra a sua *ratio* no facto de um paciente leigo precisar de certo intervalo de tempo para perceber, com o propósito de lhe permitir raciocinar sem pressão e medir o custo-benefício do tratamento em causa. Pode suceder que, e não raras vezes, após a primeira cogitação, se suscitem outras incertezas carecidas de novas explicações e reconsiderações.

No entanto, repare-se que a lei não impõe nenhum prazo nesse sentido⁷⁹, sendo que o art. 20.º, n.º 2 do CDOM apenas sugere atribuir um intervalo temporário para refletir, com natureza meramente recomendatória. Seria preferível que se aprovassem genuínos períodos mínimos de reflexão, designadamente nas intervenções impostas com consentimento escrito, sem prejuízo de serem prolongados consoante a perigosidade da cirurgia, o discernimento, idade e personalidade do doente concreto.

⁷⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 8, se não for demonstrada uma grande probabilidade da rejeição do paciente, o médico será ilibado à luz dos princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro vita* (ou *pro salute*).

⁷⁸ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 411 nota 1040; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato...*, cit., p. 220. Contra, FERNANDO PESSOA JORGE, ob. cit., pp. 273 e ss., afirma a razoabilidade da retroatividade do consentimento posterior.

⁷⁹ Há autores que indicam como prazo de reflexão a “*antecedência mínima de 3 dias*” a que se refere o art. 142.º, n.º 4 do CP. Quanto a nós, o melhor entendimento será consagrá-lo antes da declaração de consentimento mas não posteriormente, como no art. 74.º, n.º 2 do CDOM.

(C) Formalidade

A globalidade dos negócios jurídicos tem como princípio a liberdade de forma (art. 219.º do CC). É de recorrer ao mesmo princípio no caso de ausência de disposição geral a explicitar a do consentimento, que possui relevo jurídico declarando-se sob qualquer forma.

Se não olvidarmos, a lei exige anuência expressa em determinadas intervenções, a maioria das quais carece da forma escrita⁸⁰, acompanhada, por vezes, da participação de terceiras entidades⁸¹ ou da interferência judicial⁸². A imposição da forma mais solene visa precaver decisões precipitadas e facilitar o processo probatório, justificando-se por certos tratamentos envolverem métodos invasivos e riscos elevados, a maioria dos quais é de índole não terapêutica. Refira-se, porém, que não existe regra geral a requerer forma especial de assentimento em intervenções invasivas abstratamente consideradas. Aliás, é preferível que o dissentimento seja registado por escrito⁸³.

À falta de forma legal o ato jurídico é nulo, ao abrigo do art. 220.º do CC. Não obstante, o imperativo de consentimento escrito traduz-se em geral numa formalidade *ad probationem*, cuja ausência, ao contrário da *ad substantiam*, poderá ser substituída por confissão expressa mas não pelo registo de anuência marcado no ficheiro clínico ou por testemunho, não desencadeando necessariamente a nulidade⁸⁴. Todavia, não parece de negar, contundentemente, o valor probatório destes últimos (*vide* art. 413.º do CPC), que poderão servir para demonstrar uma considerável veracidade do consentimento, o comportamento lícito alternativo do médico e favorecer uma diminuição do *quantum* indemnizatório.

⁸⁰ V.g. interrupção voluntária da gravidez (art. 142.º, n.º 4 do CP); diagnóstico pré-natal (art. 9.º, n.º 2 da Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro); esterilização voluntária (art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 3/84, de 24 de Março); investigação clínica (art. 16.º, al. v) da CDHB, art. 2.º, al. l) da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril); doação de órgão ou tecidos (art. 19.º, n.º 2 da CDHB, art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril)

⁸¹ V.g. intervenção da comissão de ética em ensaio clínico (art. 16.º da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril); intervenção de médico diferente em interrupção voluntária da gravidez (art. 142.º, n.º 2 do CP)

⁸² V.g. doação de órgão ou tecidos em maiores incapazes por razão de anomalia psíquica (art. 8.º, n.º 5 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril). Desenvolvidamente, JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., pp. 428-431

⁸³ Tal encontra-se afirmado no ponto 10, al. a) da Norma n.º 015/2013 de 03/10/2013 da DGS. ERS, ob. cit., p. 32, diferentemente de Espanha, a lei portuguesa não impõe consentimento genericamente escrito em intervenções invasivas. Seria conveniente o disposto dos arts. 3.º, n.º 2 e n.º 3 e 8.º, n.º 2 do Projeto de Lei n.º 413/XI/2.ª, ao exigir a forma escrita de informação e consentimento nos tratamentos que contivessem “*risco elevado de incapacidade grave ou de morte do doente*”.

⁸⁴ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 436, reputa o consentimento escrito como simples prova da declaração invocando o art. 364.º, n.º 2 do CC, cuja falta poderá ser colmatada por outras provas de valor idêntico ou superior.

Note-se que, no que tange à obrigatoriedade de consentimento escrito, este se reduzirá, por vezes, ao uso de formulários. Essa utilização já se encontra destacada na Norma n.º 015/2013 de 03/10/2013 da Direção Geral da Saúde⁸⁵, que vem esmiuçar tratamentos que obriguem concordância escrita e proporcionar uma série de instruções relacionadas com o formulário apresentado no seu anexo, sendo este regulado com devida transparência, por forma a englobar informações variadas e facilitar o entendimento dos pacientes leigos.

Ciente de um acréscimo de litígios nessa matéria, a adoção de formulários é conceituada como expediente para se cumprir as obrigações em causa e assume-se como prova materialmente visível e estável de um consentimento informado. Apesar disso, esta de facto possui somente valor suplementar e jamais basta, *de per si*, para um consentimento efetivo.

Têm-se suscitado numerosas preocupações respeitantes à extrema simplicidade e falta de versatilidade destes formulários. É frequentemente uma minuta pré-elaborada de modo genérico, insuscetível de modificabilidade e inteligibilidade por adotar terminologia demasiado técnica. Se assim é, serão menos atendíveis as situações particulares de cada doente concreto e as índoles mais ocultas de determinada doença.

A este propósito, a melhor doutrina ensina que o conteúdo dos formulários deve ser rematado atendendo ao circunstancialismo, de maneira a condizer-se com as peculiaridades do paciente, pelo que se afigura imprescindível uma comunicação oral, que é insubstituível pela informação escrita⁸⁶, servindo esta para complementar aquela, mas nunca para a exonerar e, por mais minuciosa que seja, nunca obliterando a necessidade de ser esclarecida.

Ora, a mera assinatura do paciente no formulário traduz-se apenas num registo da relação médico-paciente ou numa simples formalidade sem conteúdo substancial, que, distorcendo o processo dinâmico do consentimento esclarecido num mero ato unilateral, não dá para lograr o

⁸⁵ Norma n.º 015/2013 de 03/10/2013 atualizada a 04/11/2015, disponível em: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013.aspx>. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A Consagração...” cit., p. 163, embora de caráter organizacional, é de reconhecer a sua repercussão positiva sobre a necessidade do consentimento informado.

⁸⁶ JORGE ROSAS DE CASTRO, “Consentimento informado e medicina defensiva”, in *Julgar*, cit., p. 215; JOSÉ GUILHERME MINOSSI, “O consentimento informado. Qual o seu real valor na prática médica?”, *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol. 38, n.º 3 (2011), p. 200

alvo categórico da figura - orientação para doentes - nem isenta, portanto, o médico da responsabilidade⁸⁷. Na mesma linha de raciocínio, o Ac. do STJ de 09/10/2014⁸⁸ afirmou que o documento subscrito pelo doente não consubstancia prova plena da efetividade de consentimento ali demonstrada.

Pelo exposto, sem minimizar a função adjuvante dos formulários, ao desempenharem um papel pedagógico, evitarem omissão de dados importantes e facilitarem a explicação, é de incontestavelmente declinar que a simples subscrição desses documentos seja equivalente a um consentimento efetivo, cuja validade não se certificará do ângulo puramente estático. Para efeitos probatórios, parece-nos mais útil um conjunto sistemático de ficheiros clínicos (v.g. anamnese, registo e progresso clínico) passíveis de indicar a existência de um diálogo correspondente a cada ato médico, de forma que se acerte a percepção cabal do paciente, cuja implicação jurídica nem pode caber num só formulário, e vice-versa, a insuficiência dos dados neste demonstrados tão-pouco provará a ausência da informação *ad hoc* verbalmente transmitida⁸⁹. É fundamental, aliás, que sejam todos esses ficheiros capazes de indicar tal processo como exercício regular⁹⁰.

Para terminar, a fim de censurar eventuais cláusulas abusivas, grande parte da doutrina defende a aplicabilidade analógica do diploma das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro), com as necessárias adaptações no controlo de formulário de consentimento, que se ajusta à “*mesma ratio de proteção*”, pelas suas características - “*pré-formulação, generalidade e imodificabilidade*” - conformes com o cerne das condições gerais⁹¹. De acordo com esta legislação, são interditas as cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade médica (art.

⁸⁷ LEONOR DUARTE DE ALMEIDA, “Consentimento informado. Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para a sua obtenção - Breves considerações”, *Revista da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia*, Vol. 35, n.º 1 (Janeiro-Março 2011), p. 90, os formulários visam reforçar a confiança fundamentadora da relação clínica, não tendo, porém, por finalidade principal a defesa judicial.

⁸⁸ Proc. cit., sentenciou “*a referência num documento, assinado por médico e paciente (...) não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e, bem assim, dos riscos concretamente indicados*”. Mesmo assim, o tribunal invocou o art. 376.º, n.º 2 do CC reconhecendo a prova plena da própria prestação de declaração ali referida.

⁸⁹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O Consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: Uma proposta para o seu controlo jurídico”, *BFD* Vol. LXXVI (2000), p. 455, a doutrina norte-americana admite que nada obsta à prova mesmo que os formulários não sejam assinados ou se tenham perdido.

⁹⁰ A obrigatoriedade de incluir o consentimento no processo clínico está prevista na Norma 15/2013 (1-b, 6).

⁹¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., pp. 461 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 241. Mas tais protocolos nunca se identificam com contrato de adesão, cfr. CAROLINA FERNÁNDEZ FERNANDES/ LÍVIA HAYGERT PITHAN, “O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética”, *Rev HCPA*, vol. 27, n.º 2 (2007), p. 81. Porém, a jurisprudência portuguesa ainda mantém uma atitude contida acerca dessa aplicabilidade, *vide* o Ac. do STJ de 09/10/2014 cit.

18.º, als. a) a d)). Aliás, é de retirar todo o teor da cláusula do consentimento em branco, em termos do seu art. 21.º, al. c), sob cominação de nulidade, por não se apresentar menos que uma manobra fraudulenta, sob penumbra da autonomia pessoal contra os valores imperiosos do instituto consentimento - entendimento já assinalado pela doutrina e jurisprudência⁹². Para além disso, preveem no seu art. 5.º o ónus de comunicar as cláusulas de forma apropriada, completa e com antecedência e no art. 6.º o dever de informar e esclarecer.

5.2.2. Falta de Requisitos Intrínsecos⁹³

Dos arts. 38.º, n.º 2 do CP, 81.º do CC e 20.º, n.º 1 do CDOM podemos concluir que um consentimento válido pressupõe a liberdade e consciência de vontade do paciente, isto é, uma plena autonomia de decidir sem erro, coação, ameaça real ou suspeita exterior e sujeição aos efeitos perturbadores físicos ou mentais decorrentes do consumo de álcool ou drogas. Da mesma forma, são componentes internos a capacidade para consentir, a comunicação de informação e elucidação adequadas e a consonância da anuência com a ordem pública e os bons costumes.

Traçadas essas sucintas considerações, debruçar-nos-emos, nesta senda, sobre os parâmetros a atender para examinar cada um desses requisitos e precisaremos as situações incitadoras da responsabilidade.

(A) Capacidade para Consentir

A capacidade de exercício, por norma, limita-se a ser concedida àquele que atingir a maioridade (art. 130.º do CC), traduzindo-se na medida de exercício livre, pessoal e independente das posições jurídicas encabeçadas⁹⁴. Desde logo, definem-se como desprovidos dessa

⁹² Veja-se VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 242; GUILHERME DE OLIVEIRA/ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, disponível em: https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/ConsInfLivroPratico_0.pdf, p. 47; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Novos...*, cit., p. 18 nota 45. O Ac. do STJ de 02/06/2015 cit. considerou que a cláusula deste tipo não autoriza senão as intervenções urgentes, não resultando assim um efetivo consentimento escrito, nem sequer tacitamente.

⁹³ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., pp. 129-130, refere-se a três elementos determinantes: capacidade para consentir, informação suficiente, vontade livre e consciente sem coação ou vícios, enquanto TOM BEAUCHAMP/ JAMES CHILDRESS, ob. cit., p. 145, discorrem cinco: competência, comunicação, compreensão, voluntariedade, consentimento.

⁹⁴ Sobre a distinção entre a personalidade jurídica, a capacidade de gozo e a de exercício, vide ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., pp. 191-194; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, Vol. I parte geral, Tomo III - Pessoas, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 337-341

capacidade os menores, os maiores acompanhados e os que estiverem em incapacidade acidental.

No domínio de saúde, a autonomização dogmática da capacidade para consentir vem ganhando terreno, sobretudo nas doutrinas e jurisprudências alemãs e austríacas. Entre a doutrina nacional ressalta a figura de ANDRÉ DIAS PEREIRA, que propõe uma distinção entre a capacidade negocial de agir e a capacidade para consentir, embora sendo figuras pararelas pertencentes à capacidade de exercício, advogando que este último consubstancia uma nova disciplina, em atenção à sua notória especificidade, digna de lucubração jurídica particular⁹⁵. De facto, é indefensável que se exija a capacidade negocial, cuja estatuição, à partida, se liga aos atos jurídicos patrimoniais, na tomada de decisão clínica, que envolve bens jurídicos personalísticos e requer uma meditação dos interesses bastante pessoais. Mais um ponto díspar em relação à generalidade dos negócios jurídicos, em que tal decisão do paciente é livremente revogável, sem ter este de se responsabilizar por qualquer indemnização em benefício do médico, desde logo porque se está no âmbito de revogações decisórias em matéria de direitos pessoais.

Ora, nem toda a gente negocialmente capaz tem capacidade para consentir, em decorrência de perturbação patológica que repercute negativamente a competência de decisão. Existem, aliás, hipóteses especiais de incapacidade nas legislações avulsas⁹⁶. Por conseguinte, a capacidade em causa deverá ser analisada sob aspetos contextuais mas não considerada como um “*continuum*”, sendo que a asserção não sucederá num só evento, mas depende de estimação consecutiva durante todo o processo terapêutico⁹⁷. O que releva são as aptidões cognitivas e volitivas que permitam ao sujeito compreender os factos e desenvolver um juízo prognosticador de riscos e alternativas, pesando os prós e contras destes, de molde a decidir conscientemente consoante o seu sistema de valores.

Na sequência de não se fixar nenhum critério jurídico nesse sentido, cumpre desvendar a

⁹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 200 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., pp. 205-206

⁹⁶ V.g. a idade de 25 anos em esterilização voluntária (art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 3/84, de 24 de Março), de 18 anos em procriação medicamente assistida (art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), o co-consentimento do representante legal em investigação clínica (art. 7.º, n.º 1, al. a) da Lei 21/2014, de 16 de Abril)

⁹⁷ ALEXANDRA ANTUNES, ob. cit., p. 19; THOMAS GRISSO/ PAUL S. APPELBAUM, ob. cit., pp. 26 e ss., 147. Mais desenvolvimento, ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., pp. 210-213, seguindo a tese de AMELUNG.

questão norteando-se com a deontologia e diligência dos médicos. É que, ficará primordialmente a cargo destes julgar a capacidade para consentir de cada paciente, cujas exigências variam consoante fatores como a sua personalidade e a gravidade dos riscos, o que veicula, precisamente, a necessidade de aquilatação casuística. E, quiçá, será mais praticável utilizar as regras da medicina para a apurar do que estipulação legal estática⁹⁸.

Em suma, poder-se-á presumir que, via de regra, uma pessoa disposta da capacidade negocial de exercício tem inclusivamente a capacidade para consentir; todavia, isso não é inilidível e a primeira capacidade não é condição *sine qua non* da última. No que diz respeito à falta de capacidade para consentir, não nos parece oportuno aplicar o regime da anulabilidade, pois um vício tal do consentimento não invalida a relação obrigacional assente, com base na qual se poderá reivindicar as eventuais responsabilidades civis.

Nesta ocasião, questionamo-nos: será que aos menores são acessíveis os cuidados médicos sem anuência dos representantes legais, *maxime*, dos seus progenitores? Recordamos que, à luz do art. 1877.º do CC, os menores se sujeitam às responsabilidades parentais. É interessante saber se os requisitos da capacidade para consentir, prescritos no art. 38.º do CP, relevam nessa matéria.

A despeito do princípio presente no art. 123.º do CC da incapacidade de agir dos menores, esta admite especialidades nos atos puramente pessoais (art. 1881.º, n.º 1, 2.ª parte do CC), que, no nosso entender, abrangem o exercício dos direitos de personalidade. Em boa verdade, o próprio direito civil evidencia várias exceções para tal, as quais a doutrina denomina de “maioridades especiais”⁹⁹.

De facto, por força do art. 1878.º, n.º 2 do CC, é de patentear uma autonomia progressiva dos menores, ao aclarar a faculdade de exprimir opiniões e ser ouvido em razão da sua maturidade, colorário do mútuo respeito obrigatório entre pais e filhos (art. 1874.º, n.º 1 do CC) e

⁹⁸ BECKY COX WHITE, *Competence to Consent*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1994, pp. 10-11

⁹⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, in *Temas...*, cit., p. 240. V.g. art. 127.º do CC. Aliás, os menores com 16 anos podem celebrar casamento (art. 1601.º, al. a) do CC), perfilhar (art. 1850.º do CC). Certas faculdades são concedidas aos menores de 14 anos e até de 12 anos (arts. 1931.º, n.º 2 e 1981.º, n.º 1, al. a) do CC), para além daquelas no direito real (v.g. posse, usucapião).

do direito ao livre desenvolvimento da personalidade deste¹⁰⁰. Importa salientar que o instituto do poder paternal não se traduz numa relação de subordinação mas numa autoridade em favor do melhor interesse do filho - o verdadeiro sujeito dos seus direitos¹⁰¹. Tendo em vista somente acautelar a incompetência natural, a incidência desse poder-dever limita-se na rígida medida em que as necessidades exigirem e vêem-se diminuídas enquanto a criança vai adquirindo maturidade, de modo a que sejam respeitadas e se desenvolvam a sua personalidade e autonomia pessoal.

Convém, neste momento, tomar atenção ao art. 38.º, n.º 3 do CP, que requer univocamente a idade de 16 anos, a par do juízo necessário para apreciar a extensão e significado do consentimento, como condição qualificativa da capacidade para consentir. Em articulação com o que acabámos de referir podemos deferir que a lei considera 16 anos como idade assinaladora da habilidade de ajuizar, já que os indivíduos dessa idade conseguem normalmente um raciocínio natural, o que, no entanto, não escamoteia a significância de aferição individualizada do seu discernimento. É que, a idade referencial por si só não basta para determinar a capacidade para consentir, funcionando, pois, somente como presunção de capacidade. Deste modo, dever-se-ia desonerar o médico de fazer essa prova, dada a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344.º, n.º 1 do CC, sendo os pais que teriam de demonstrar a incompetência do filho de 16 anos¹⁰².

Neste ensejo, há autores que advogam a reflexão universal deste preceito penal no campo civil, pois faz pouco sentido um jovem poder consentir nos bens jurídicos de maior inquietação à escala penal, mas ficar impedido de o fazer civilmente, sob pena de incongruência axiológica na ordem jurídica¹⁰³. Ainda assim cremos que, pelo menos, no horizonte civilístico, o legislador não

¹⁰⁰ ROSA CÂNDIDO MARTINS, “A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 792

¹⁰¹ LUCIANA FERNANDES BERLINI, “Responsabilidade civil pelo exercício abusivo da autoridade parental no âmbito sanitário”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. II, pp. 338-339

¹⁰² Em caso do paciente com menos de 16 anos, o ónus de provar a sua capacidade competirá ao médico. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., pp. 317-318; GERALDO RIBEIRO, “Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para os actos médicos”, *Lex Medicinæ* Ano 7, n.º 14 (2010), p. 126

¹⁰³ ROSA CÂNDIDO MARTINS, ob. cit., p. 828, afirmando-o segundo o princípio da unidade do sistema jurídico. ANA AMORIM, “O consentimento informado de menores de idade na actividade pericial forense”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XXI, n.º 23 (2012), pp. 142, 150; ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “Do consentimento dos

pretende ir ao extremo impondo no contexto de cuidados médicos uma disposição tão intransigente que proíba todos os doentes inferiores a 16 anos de tomar decisão clínica, ato este pessoalíssimo e que reclama considerações do próprio sistema de valores, não sendo, por isso, passível de ser transmitido ou delegado em qualquer outra pessoa. Graças à facilidade de acesso a informações e à pedagogia avançada na sociedade moderna, o desenvolvimento intelectual, psicológico e emocional dos menores pode ser, assaz, precoce, tendo em mira, aliás, as experiências pessoais, parâmetros de tal ordem diversificados que não se podem esgotar nem ilustrar pelo mero indício etário.

Neste cenário, a orientação de PAULO MOTA PINTO é lapidar realçando que na limitação voluntária dos direitos de personalidade o menor deve ser adequadamente consultado e prestar por si próprio o consentimento, contanto que disponha de maturidade e juízo suficientes para compreender os factos. Em particular, a criança que “*tenha ou não ainda completado uma certa idade*” pode denegar o consentimento dos representantes legais¹⁰⁴. Não desviando deste entendimento e mais concretamente, JOÃO VAZ RODRIGUES, frisa uma avaliação casuística da capacidade com base na relação entre o discernimento, a idade e a situação clínica do menor, atribuindo pertinência prioritária ao primeiro¹⁰⁵.

Na ótica do Direito Comparado, julgamos pertinente referir o regime do Código Civil de Macau, ao estatuir que é válida a limitação voluntária dos direitos de personalidade “*se nela consentir maior de 14 anos que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*”, conforme o disposto no art. 69.º, n.º 2. O preceituado no n.º 3 concede claramente ao menor possuidor de discernimento, independentemente da idade¹⁰⁶, o

menores para a realização de actos médicos terapêuticos”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 118 (2009), pp. 147, 154

¹⁰⁴ PAULO MOTA PINTO, ob. ult. cit., pp. 542-545, a não ser a limitação poder provocar danos graves aos bens jurídicos fundamentais ou efeitos conflituantes com os resultados em termos gerais do exercício dos poderes paternais.

¹⁰⁵ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., pp. 204-205. Mesmo sentido, CARLOS DE MELO DIAS, *Consentimento Informado como mediador razoável da relação profissional de saúde-doente*, Formasau, Coimbra, 2003, p. 56; BECKY COX WHITE, ob. cit., p. 187. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., anotação 5 ao art. 38.º do CP; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral - Tomo I*, 3.ª ed., GESTLEGAL, Coimbra, 2019, p. 568

¹⁰⁶ Sendo estatuído com ainda mais liberalidade *de iure condendo*: “*A limitação voluntária dos direitos de personalidade de menores carece de ser consentida por eles próprios se as suas condições de maturidade o permitirem, e, em qualquer caso, a partir dos 14 anos de idade*”, cfr. PAULO MOTA PINTO, “Anteprojeto de localização do Código Civil em Macau na parte relativa aos direitos de personaliade”, *BMJ* n.º 488 (Julho de 1999), pp. 35-36

poder de se opor ao consentimento do representante legal. Isso contribui não só para uma maior autodeterminação do menor mas também para uma maior flexibilidade e nitidez entre as disposições legais, na medida em que a idade do menor não funciona como condicionante de recusa de intervenção médica.

De facto, o aumento da idade de 14 anos, prevista no art. 38.º do CP da anterior versão da Lei n.º 59/2007, para os 16 anos justifica-se, porventura, pela ideia de uma tutela penal mais acentuada dos menores, mas cuja adoção cabal na sede civil será uma superproteção em detrimento da autêntica autonomia progressiva e do livre desenvolvimento da personalidade, o que se apresentará como um retrocesso nos seus direitos fundamentais e se traduzirá numa angústia dos adolescentes, já bem munidos em aspetos cognitivos e psicológicos, em contracorrente com o avanço social que incrementa cada vez mais as potencialidades destes. Com efeito, em contraste com o sistema português, verifica-se nos outros sistemas uma tendência legislativa mais conforme e em favor ao desenvolvimento integral do menor¹⁰⁷.

Outrossim, relativamente à educação sexual, contraceção e planeamento familiar, na Lei n.º 3/84 de 24 de Março (*vide* art. 5.º) e segundo a Portaria n.º 52/85 de 26 de Janeiro, ao garantir-se a “*todos os jovens em idade fértil*” uma consulta desprovida de qualquer inibição - uma autonomia absoluta da saúde reprodutiva sem interferência do representante legal -, é de genericamente reconhecer o direito ao acesso a cuidados médicos a quem atingir a adolescência, sob pena de desarmonia do sistema jurídico¹⁰⁸.

Pelo exposto, sintetizamos que, em princípio, não existe equivalência definitiva entre idade e maturidade nem há delimitação etária que diga respeito à capacidade para consentir na área de saúde, onde prevalece de tal modo a autodeterminação, sendo único requisito decisivo o bom senso indispensável e não se prescindindo nunca de uma estimação individualizada. Cientes da ausência normativa, somos obrigados a analisar e harmonizar o espetro das previsões legais

¹⁰⁷ ANA AMORIM, “O consentimento...” cit., pp. 126-127, defendendo a redução da idade fixada no art. 38.º, n.º 3 do CP a 14 anos ou até 12 anos, regra que seguem já 30 estados americanos em 2010. ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., pp. 297, 302, os sistemas jurídicos belga, suíço, suéco e finlandês forjam até no sentido de não existir qualquer idade mínima limitadora de prestar consentimento, cuja validade depende da apreciação concreta da competência do menor.

¹⁰⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Novos...*, cit., p. 12 e nota 30; GERALDO RIBEIRO, ob. cit., p. 133; ERS, ob. cit., p. 52. Cfr. também art. 5.º, n.º 3 da Lei da Saúde Mental (Lei n.º 36/98 de 24 de Julho), que prevê um limite etário de 14 anos.

existentes com o propósito de encontrar soluções equitativas. A saber, o legislador optou por consagrar a autonomia do menor sobre multifacetadas vertentes da vida pessoal, que abarcam, sem sombra de dúvida, a decisão de cuidados clínicos¹⁰⁹.

(B) Informação e Esclarecimento

Tem por pressuposto uma comunicação prévia com o paciente acerca da informação a oferecer pelo médico, cujo conteúdo se encontra prescrito nos arts. 5.º da CDHB, 157.º do CP, 19.º do CDOM e na Base 2, n.º 1, als. d), e) da LBS. A sua amplitude adequada conquista um maior horizonte no quadro civil do que no penal, por naquele vigorarem princípios diferentes¹¹⁰, cujo objetivo é permitir a munição de todos os dados suscetíveis de influenciar a autodeterminação eficiente sobre o corpo.

Neste sentido, após um cotejo legislativo e doutrinário de diversas jurisdições europeias, enumeramos os conteúdos elementares: diagnóstico e estado de saúde do paciente; meios e fins do cuidado¹¹¹; prognóstico; natureza, consequências secundárias, riscos e benefícios da intervenção; alternativas ao tratamento¹¹², bem como os correspondentes riscos; riscos da recusa de intervenção; aspetos económicos do cuidado, sendo necessária uma focagem suficiente, completa mas não exaustiva, isto é, o médico não se vincula a sindicar todos os traços de determinada intervenção¹¹³ o mais pormenorizadamente possível. A isto acresce que, o problema deve-se muitas vezes ao erro médico que irá repercutir-se na exatidão de informação a fornecer.

¹⁰⁹ Refira-se que o assentimento nesta hipótese não abrange compromissos jurídicos senão uma mera tolerância dos tratamentos médicos, sendo aqueles suportados unicamente pelos progenitores em função do poder paternal. Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. ult. cit., p. 246

¹¹⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., p. 370, sobretudo porque o direito civil não se sujeita aos princípios da legalidade, da subsidiariedade ou da fragmentariedade.

¹¹¹ O Ac. do STA de 09/05/2012, Proc. n.º 093/12, Relator: COSTA REIS, declarou que a efetuação da episiotomia inerente à intervenção do parto, pela simplicidade e frequência, não se condiciona pelo consentimento. Porém, a nosso ver, tal viola o imperativo do consentimento “esclarecido”, mormente por envolver riscos atendíveis. Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar”, in *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, ICJP, Lisboa, 2014, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf

¹¹² Cfr. Ac. do STA de 09/03/2000, Proc. n.º 042434, Relator: VITOR GOMES. EDUARDO DANTAS, “How informed should consent be? A brief analysis on consent and autonomy under the european convention on human rights and biomedicine”, *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 17 (2012), p. 60, enfatizando este aspeto no intuito de uma escolha esclarecida.

¹¹³ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 41

Nesta ocasião, convém indagar da advertência dos riscos iminentes a certo tratamento, sendo por causa da sua ocultação que se suscita grande parte dos litígios. Incontrovertível é que só e apenas em razão do consentimento esclarecido, que justifica em termos jurídicos uma transferência dos riscos inicialmente suportados pelo médico para o paciente, é admissível essa transferência para os pacientes que já os tiverem tomado em consideração e, ainda assim, decidirem arriscar. Por outras palavras, ao assentir, o doente está a responsabilizar-se pela sua decisão sobre o seu corpo, cujos riscos passam a ser suportados por si próprio, pelo que se afigura de primada importância uma receção da informação correspondente¹¹⁴. Recordamos, contudo, que a ciência médica comporta sempre dada incerteza objetiva e a imprevisibilidade de alguns efeitos nefastos só poderá ser resolvida pela evolução da ciência. Deste jeito, é de delimitar quais riscos devem ser transmitidos.

A este propósito, vem-se propendendo um novo parecer contemplando uma revelação dos “*riscos significativos*”¹¹⁵. Essa teoria, com propriedade, sugere uma prestação de informação mais abrangente, que passa a incorporar todos os riscos cognoscíveis que, justificadamente, afetarem a decisão concreta. Presume-se que aqueles passíveis de deteriorar a saúde ou a vida pesam no processo decisório¹¹⁶. A fim de determinar a significância do risco, ANDRÉ DIAS PEREIRA explicita quatro critérios: (1) a indispensabilidade terapêutica, (2) a regularidade do risco e (3) a sua gravidade ou intensidade, que devem ser determinadas de acordo com (4) a conduta do doente. Existem já decisões judiciais na mesma linha de raciocínio¹¹⁷.

No que tange ao primeiro, se é certo que a necessidade de tratamento pesa na ponderação, nos cuidados dispensáveis sem fins terapêuticos ou meramente satisfatórios, por excelência, as

¹¹⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 305 nota 810, os riscos derivados da área da medicina recaem sobre o médico se não tiver cumprido o dever de informar e esclarecer. Neste sentido, o Ac. do TRL de 26/06/2008, Proc. n.º 4450/2008-2, Relator: EZAGUY MARTINS, afirmou que “*só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico*”.

¹¹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *in Responsabilidade...*, cit., pp. 11-12

¹¹⁶ No mesmo sentido, n.º 2 de IV.C. - 8:105: *Obligation to inform* do DCFR, cit. Sendo o critério adotado nos Países Baixos e na Suécia, cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., pp. 406-408.

¹¹⁷ Cfr. Ac. do TRC de 11/11/2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator: JORGE ARCANJO, que determinou que o dever de informação é imposto por motivo da “*necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente*”, e Ac. do TRP de 01/04/2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1, Relator: RUI MOREIRA

cirurgias estéticas para simples embelezamento¹¹⁸ e as intervenções puramente diagnósticas, intensifica-se aqui o rigor do dever de informar e esclarecer, bem como da formação da vontade do doente, pois este incorrerá em riscos sem eventual restauração da saúde¹¹⁹. Nesse conspecto transparece a intenção de dissuadir tratamentos arriscados desnecessários, enfatizando, assim, o perigo que lhes é congénito; ao passo que os riscos serão informados de forma menos rígida para estimular cuidados essenciais. Porém, ainda que dada terapia seja diametralmente necessária, nunca se desobriga o médico de avisar sobre os riscos.

Relativamente ao segundo critério, quanto mais frequente seja a ocorrência do risco mais acentuado é o dever de o informar. Todavia, boa parte da doutrina vem minimizando o papel de estatísticas probabilísticas na determinação da tipicidade de riscos, cuja relevância ao doente concreto é que importa para uma decisão séria. Nesta sorte, a problemática prende-se precisamente com a transmissão dos riscos graves mas raros. De facto, este critério associa-se em certa medida ao terceiro critério.

Proferidas decisões inconciliáveis nos tribunais estrangeiros, surgem duas posições predominantes distintas: segundo uma, o médico deve demonstrar todos os riscos seja qual for a sua frequência e gravidade; enquanto outra sugere que revele apenas riscos sérios, regularmente previsíveis, com exceção daqueles excepcionais, hipotéticos ou invulgares, mesmo que graves. Nestes termos, a jurisprudência francesa tem-se forjado no primeiro sentido, exigência tão extensa como na Alemanha, pressionando assim, notavelmente, o cumprimento do dever de informar; enquanto que a segunda orientação é dominante na Espanha e na Bélgica¹²⁰.

Na prática contemporânea convém a informação enquadrar tanto aspetos positivos como negativos da terapia proposta, pelo que julgamos que os riscos, contanto que sejam particulares

¹¹⁸ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 214; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 226. Contra VITULIA IVONE, “*Informed consent in aesthetic treatments: remarks on a recent judgment of the Italian Supreme Court*”, in *Direito da Saúde - Estudos...*, cit., p. 230

¹¹⁹ Cfr. Ac. do STJ de 16/06/2015, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, Relator: MÁRIO MENDES e Ac. do STJ de 02/06/2015 cit., consideram que os riscos graves, embora excepcionais, devem ser informados ao paciente na intervenção não terapêutica.

¹²⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O dever...” cit., pp. 452-454. Também as jurisprudências inglesa e canadiana entendem que se deve transmitir riscos raríssimos mas graves. VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 229; GERALD ROBERTSON, *Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes*, Canadá, 1991, disponível em: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/3601>, p. 429

desta e representem especial gravidade em relação ao próprio paciente, devem ser comunicados, não obstante a raridade. Porém, nunca se deve proceder à inclinação polarizada revelando todos os riscos sérios, a despeito de extraordinários, mas sim tentar alcançar um ponto de equilíbrio. Poderia suceder da informação excessiva que o doente não conseguiria raciocinar em resolução plausível por ser incapaz de assimilar tudo e ficaria com ansiedade acrescida por sobrestimar os riscos que quase nunca ocorreriam, por um lado, e aumentariam os litígios e o conseqüente fenómeno da medicina defensiva, por outro. Ademais, o processo dinâmico do consentimento arriscar-se-ia a reconduzir-se em meros formulários, que exauririam os riscos, constringendo assim o desenvolvimento da relação de confiança.

Atendendo aos inconvenientes de uma transmissão exagerada de informação, é de restringir a comunicação dos riscos que se apresentam previsíveis enquanto possíveis, mas não qualquer risco extraordinário, salvo aqueles que representem interesse específico, passível de influenciar sensivelmente a formação de vontade, vale dizer, quando da sua concretização resultarem conseqüências sérias sobre o decisor. Não assacará responsabilidade ao médico a omissão de risco devido, por exemplo, face à imprevisibilidade, ou quando a materialização é excecional e só comporta danos ligeiros ou não releva na deliberação do paciente¹²¹.

Da mesma maneira, apresenta-se com grande relevo a conduta do doente¹²², que vem destacar a vertente subjetiva da informação, cujo teor deve ter em contemplação não apenas os sintomas físicos e mentais (v.g. diabetes melito, obesidade, hipertensão), como também os hábitos quotidianos e profissionais (v.g. alcoolismo, tabagismo), as características, o discernimento e até as expetativas, pois esses fatores podem influir, sensivelmente, na significância dos riscos em relação ao paciente em concreto. A saber, alguns riscos normalmente considerados banais ou desprezíveis para a generalidade das pessoas poderão haver-se como significativos se se prenderem fortemente com os interesses atendíveis destas - para exemplificar cite-se as

¹²¹ COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial* (dirigido por JORGE FIGUEIREDO DIAS), Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 607 § 25; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)”, *Lex Medicinæ*, n.º 23-24 (2015), pp. 150-152, deve-se distinguir informações básicas, que não incluem riscos raros, das suplementares, dependendo estas do pedido do paciente.

¹²² Recordamos um ditado famoso “*não há doenças, há doentes*”. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento / Consentimento do Doente”, *Data Venia*, Ano 1, n.º 1 (2012), disponível em: <http://www.datavenia.pt/edicoes/68-edicao01>, p. 16

habilidades laborais. Como podem ser afetadas substancialmente a frequência e gravidade dos riscos originários em virtude dos elementos pessoais, esse último critério deve ser digno da maior atenção nessa temática.

Em conclusão, por efeito do casuísmo que impera na relação clínica, não parece viável edificar uma enumeração taxativa a indicar quais os riscos que consistem no teor acertado de informação a prestar, que deve adequar-se às circunstâncias idiossincráticas e à atinência dos riscos quanto à pessoa do paciente, desde que sejam conhecidas ou cognoscíveis pelo médico. Propugnamos uma solução que conduza ao equilíbrio de custo-benefício entre uma prevenção de responsabilidade desmesurada, a recair sobre o prestador de saúde, e uma proteção suficiente de decisão livre, lúcida e refletida do paciente¹²³. Em termos jurisprudenciais, contrariamente ao Ac. do STJ de 09/10/2014 cit., onde se estatui que os riscos excepcionais ou raríssimos não são abrangidos na obrigação de informação senão os normais, o Ac. do STJ de 22/03/2018 cit. sublinha já a necessidade de transmitir igualmente os riscos particulares e acrescidos devido às qualidades do paciente concreto.

(C) Conformidade com os Bons Costumes e a Ordem Pública

Em última instância, à semelhança de outras relações jurídicas, os atos jurídicos no setor da saúde, inclusive o consentimento, devem compatibilizar-se com os bons costumes e a ordem pública, exigência que decorre inequivocamente dos arts. 340.º, n.º 2 - em relação subsidiária ao art. 81.º, n.º 1 - e 280.º, n.º 2 do CC, sob cominação de nulidade. A obediência aos bons costumes está, aliás, plasmada nos arts. 38.º, n.º 1 e 149.º, n.º 2 do CP, que têm de se interpretar de modo mais restritivo que no plano civilístico.

Sendo dois conceitos indeterminados e variáveis com o decorrer do tempo, por vicissitude valorativa social, ainda que possam ter campos que se sobreponham, a doutrina tem procurado deslindá-los a fim de acertar a aplicação. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA define os bons

¹²³ O art. 2.º, n.º 4 do Projeto de Lei n.º 413/XI/2.^a previa uma extensão adequada da informação, que “*não abrange os riscos muito graves cuja concretização seja manifestamente improvável, salvo se o doente a solicitar*”. Mais acertadas serão a lei belga, que exige a revelação dos riscos “*pertinentes para o paciente*”, e a lei espanhola, que impõe informar os riscos “*relacionados com as circunstâncias pessoais e profissionais do paciente*”. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Alguns aspetos do consentimento informado”, *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico Criminais*, n.º 0 (2014), p. 176

costumes como o conjunto de condutas que, em congruência com as normas éticas de comportamento social que se têm reconhecido “*em dado momento e em determinado contexto geográfico, cultural e ambiental*”, revelam honestidade, correção e boa fé¹²⁴, podendo incluir as regras deontológicas profissionais¹²⁵. No tocante à ordem pública, ela abarca as regras de cariz jurídico, ou seja, os axiomas sociais suporte do ordenamento jurídico, cuja violação se traduz na adversidade ao princípio geral em que se baseia um sistema de preceitos injuntivos, mesmo que não se apresente oposta a uma disposição concreta¹²⁶.

Ao abordar essa temática, há autores que propõem uma distinção entre intervenções terapêuticas e não terapêuticas, afirmando-se a consonância com os bons costumes da anuência para cuidados subsumíveis ao art. 150.º do CP, cujos pressupostos já conduzem a que tal respeito se satisfaça, sem que seja necessário sindicar os requisitos a que se refere o art. 149.º, n.º 2 do CP, já que os tratamentos terapêuticos excluem o tipo-ilícito ofensa corporal. Desta feita, tanto se adaptará aos bons costumes e à ordem pública civilmente defendidos¹²⁷.

Com o devido reconhecimento, julgamos, no entanto, que as indicações do art. 149.º, n.º 2 podem servir, de modo complementar, para a aferição atendendo designadamente ao motivo e à coerência entre o ato médico e o resultado previsto. Posto isto, é de qualificar como contrárias aos bons costumes as intervenções realizadas por motivo imoral ou provocadoras de resultado manifestamente desproporcional¹²⁸.

¹²⁴ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 411 nota 1039; VAZ SERRA, “Objecto da obrigação a prestação - suas espécies conteúdo e requisitos”, *BMJ* 74.º (1958), pp. 174 e ss.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 1974, p. 341, trata-se de “*regras morais aceites pela consciência social*”, mas não condutas ou práticas que se conformam com estas conceções.

¹²⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2017, p. 1222; VAZ SERRA, ob. ult. cit., p. 187. *Vide* também COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, cit., pp. 543-545

¹²⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, ob. cit., pp. 557-558; ANTUNES VARELA, ob. ult. cit., p. 804

¹²⁷ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., p. 98, 142. COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., pp. 546, 549, sendo doutrina penal alemã e austríaca que só as lesões graves merecem discussão sobre a contrariedade à ordenação ético-axiológica. Para nós, embora decisivo, isso não é o único critério a ter em conta, já que se pode justificar por salvaguardar interesses superiores. Aliás, há intervenção contrária aos bons costumes sem danos graves, atente-se àquelas que nada tenham a ver com indicação terapêutica. V.g. mutilação gratuita, prescrição de drogas nocivas sem fim terapêutico. Cfr. KUHLMANN *apud* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *ibidem*, p. 146

¹²⁸ ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 214. A este propósito, veja-se o art. 71.º, n.º 4 do CC de Macau, que fornece mais indicações: “*A limitação voluntária ao direito à integridade física e psíquica é nula quando, segundo for possível prever, existam sérios riscos de vida ou, salvo justificação ponderosa, dela resultem provavelmente consequências graves e irreversíveis para a saúde do titular*”.

Ora, a autonomia de vontade limita-se à observância dos bons costumes, que identificam a licitude do exercício da liberdade em relação a outrem (art. 334.º do CC), por um lado, e restringem a disposição sobre os próprios bens jurídicos decorrente desse exercício (art. 340.º, n.º 2 do CC), por outro. Os valores éticos eminentes na comunidade e os princípios fundamentais da ordem jurídica devem prevalecer sobre a autodeterminação individual, que conhece limitações à mercê da dignidade da pessoa humana.

Indubitavelmente, a obediência aos bons costumes e à ordem pública é essência de todo o sistema do Direito e desempenha o papel de ponderar e determinar a aplicação mais adequada das normas jurídicas. Atente-se que a remissão e interpretação desses conceitos deve ser fiscalizada mediante constante verificação do sentido real das regras extra-jurídicas vigentes, sob pena do perigo de arbitrariedade judicial¹²⁹. Assim sendo, à jurisprudência compete resolver eventuais confusões e conflitos de valores fundamentais, através de averiguação circunstancial, em articulação com as perspectivas biomédicas e bioéticas dominantes na altura.

5.3. A Questão do Ónus da Prova

Na responsabilidade médica tem-se reparado na existência de uma aporia melindrosa em matéria do ónus da prova, problemática que contém implicações práticas importantes. Convém traçarmos os principais entendimentos com elas relacionados para radicar a nossa posição.

(A) Ónus da Prova do Consentimento

A assacar responsabilidade civil ao médico, a ausência ou invalidade do consentimento, *a priori*, parece dever ser alegada pelo doente lesado por ser facto constitutivo do seu direito (art. 342.º, n.º 1 do CC), provando o inadimplemento ou cumprimento defeituoso do dever de obter consentimento esclarecido do médico¹³⁰.

Porém, há condições consideravelmente desfavoráveis atinentes ao paciente, como a intangibilidade do conteúdo da relação envolvida, que se caracteriza por prestação *de facere* não materializada, levando a que a atividade probatória se torne assaz penosa se for o lesado que tiver de demonstrar o *non facere* do médico - prova “diabólica” na linguagem processualista -, o que

¹²⁹ Mais desenvolvimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. ult. cit., pp. 1181 e ss.

¹³⁰ Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., pp. 432-433

será dificultado ainda mais pela sua debilidade no acesso às informações relevantes. Por maioria de razão, é a disparidade de armas entre as partes litigantes que justifica o recair do encargo do ónus da prova sobre o médico, sob a égide do princípio da igualdade processual (cfr. art. 4.º do CPC)¹³¹. Por outro lado, como acima deixámos expedido, o ato médico sem concordância válida não é menos que uma conduta violadora da autodeterminação e integridade física e moral. Na medida em que se apresenta como causa justificadora da ilicitude o consentimento válido - facto impeditivo do direito à indemnização¹³² -, cuja verificação deverá ser provada pelo médico lesante, por força do art. 342.º, n.º 2 do CC.

Face a essas realidades, várias jurisdições de países latinos vêm alternando a ótica tradicional onerando o agente médico com a prova da obtenção efetiva do consentimento, entendimento que vem sufragando a doutrina portuguesa e se torna dominante¹³³. No mesmo horizonte, a maioria dos acórdãos portugueses afirma que recai sobre o médico esse ónus probatório¹³⁴.

Do exposto, julgamos correta que recaia a oneração da prova do consentimento sobre o prestador de serviços médicos. Nesta senda, a questão agudiza-se no que tange ao *onus probandi* da prestação de informação e esclarecimento adequados e suficientes - componente essencial de um consentimento válido.

(B) Ónus da Prova da Prestação de Informação e Esclarecimento

¹³¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 57 nota 99, o Tribunal Constitucional alemão tem estatuído que onera o médico a carga probatória sempre que tal seja exigido por razão de justiça, aplicando a lei flexivelmente, de modo que se cumpra o princípio da igualdade de armas. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica”, in *Direito da Saúde e Bioética* cit., pp. 130 e ss.

¹³² É de frisar que um facto pode ser reputado em simultâneo como constitutivo e impeditivo, consoante a função que lhe competem as diferentes partes em relação à fundamentação de certo direito. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 306

¹³³ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>, p. 18, entendimento seguido pelos sistemas austríaco, francês, alemão, belga, italiano e espanhol. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 54; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 242; PAULO MOTA PINTO, “A limitação...” cit., p. 539 nota 28.

¹³⁴ Cfr. Ac. do STJ de 02/11/2017 cit.; Ac. do STJ de 22/03/2018 cit.; Ac. do STJ de 02/06/2015 cit. No sentido contrário, vide Ac. do STJ de 18/03/2010 cit. quanto à intervenção desprovida de riscos sérios, cuja não realização é que os causará. Veja-se *infra* nota 159.

Na doutrina nacional, as posições não são pacíficas, mas boa parte das opiniões apontam que é sobre o médico que recairá esse ónus, entendimento que atinge uma unanimidade, entre outros, nos sistemas espanhol, francês, belga e alemão¹³⁵.

Tanto também parece ser a solução *de iure condito*, ao configurar o consentimento como causa legitimadora da ilicitude do ato médico e facto impeditivo do direito do doente, pelo que onerará o médico com a prova, para além da obtenção de consentimento, dos seus requisitos de validade, nos quais consistem principalmente a prestação integral de dados e explicações. Esta distribuição do ónus probatório encontra, aliás, a sua *ratio* na disparidade dos conhecimentos entre o médico e o doente leigo, bastando assim que este último demonstre um facto verosímil de não ter sido informado, segundo o dito princípio da “*distribuição dinâmica da prova*”, argumento defendido pelo Ac. do STJ de 16/06/2015 cit. e pelo Ac. do TRC de 11/11/2014¹³⁶.

Outrossim, ao abrigo dos arts. 573.º, 575.º, 1161.º, al. d) do CC e 40.º, n.º 1 da CDOM, impende sobre o médico o dever de documentação¹³⁷- deveres de registar as observações clínicas e de as conservar por força do sigilo profissional -, que conota, inclusivamente, uma vertente crucial do direito à informação do paciente. Tratando-se de um dos objetivos do dever, o contributo dos processos clínicos como elementos probatórios nos litígios médicos afeta a repartição do ónus da prova. É que, o incumprimento poderá conduzir à inversão da carga probatória plasmada no art. 344.º, n.º 2 do CC¹³⁸ e acarretar extrapolações desfavoráveis ao médico, à luz dos princípios processuais da colaboração no desvelamento da verdade e da livre apreciação da prova, que transparecem a ideia de onerar a parte que revelar mais facilidade e proximidade em aceder a certos materiais probatórios e demonstrar os factos correspondentes

¹³⁵ MANUEL ROSÁRIO NUNES, ob. cit., pp. 45-46; ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., p. 18; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 243; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 221 nota 446. Contra, JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 432

¹³⁶ Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator: JORGE ARCANJO. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na experiência europeia*, 2010, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/14549>, p. 15, na doutrina alemã basta ao paciente alegar só o incumprimento da obrigação de informação.

¹³⁷ FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 45, é um dever derivado diretamente da lei. LUÍS PIRES SOUSA, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo e prova pericial)”, in *Curso Complementar...*, cit., p. 463, este dever consta primeiramente das *leges artis*.

¹³⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia*, 2006, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/2795>, pp. 3-4; VAZ SERRA, “Provas, Direito probatório material”, *BMJ* n.º 110 (1961), pp. 160-164

(Cfr. arts. 414.º, 417.º e 607.º, n.º 5 do CPC)¹³⁹. Na verdade, a fim de reconstituir a realidade fáctica em ponderação, independentemente da posição processual, impera ressaltar a importância do dever de colaborar, que se intensificará em relação a quem possua maior acessibilidade, quer material quer intelectual, no alcance dessa cooperação. Desde logo, a não apresentação ou incompletude dos documentos a cargo do médico poderá levar a que os factos, supostamente contidos neles, conduzam a uma decisão judicial que lhe é desfavorável, desde logo porque impende sobre o médico esta responsabilidade, este dever de documentação integral acerca do paciente em causa.

A ser assim, sintetizamos que é suficiente o doente alegar a invalidade do seu consentimento para o efeito da violação do dever correspondente do médico e, por isso, na condução à ilicitude do ato médico. É de todo conveniente afirmar que caberá ao prestador de saúde provar que informou e clarificou devidamente o doente, pois tal consubstancia um dos requisitos de validade do consentimento, cuja confirmação representa um facto impeditivo que impossibilitará o lesado de invocar o seu direito, sendo, aliás, que tais conclusões emanam do dever de documentação e do princípio processual de cooperar para a descoberta da verdade.

Para terminar, caso se reconheça a aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais no caso em que se exija consentimento escrito, segundo o art. 5.º, n.º 3 desse diploma, é de incumbir ao médico o ónus de provar a transmissão efetiva da informação. Na mesma linha de raciocínio, merece referência o Projecto de Lei n.º 413/XI/2.^a, cujos arts. 3.º, n.º 4 e 8.º, n.º 3 prescreviam que “*competem ao profissional ou ao estabelecimento de saúde fazer prova, por qualquer modo, de que prestou a informação*” e “*obteve o consentimento informado do doente nos termos exigidos pela lei*”.

5.4. A Problemática do Nexo de Causalidade

Outra *vexata quaestio* nesta temática é o nexo causal entre a ausência de informação ou esclarecimento e os danos físicos verificados a final, *maxime*, a concretização dos riscos não revelados, que se deve exclusivamente ao progresso físico-patológico da doença padecida, pelo

¹³⁹ LUÍS PIRES SOUSA, ob. cit., p. 477, “*tal omissão, em regra, é valorada no sentido de que a parte (Réu) – no plano subjectivo – recebe o resultado daquela diligência probatória*”. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pp. 129-130

que tanto a teoria tradicional de *conditio sine qua non* como a de causalidade adequada parecem, à primeira vista, preteríveis neste contexto¹⁴⁰.

Perfiladas prolíferas posições, convém, acima de tudo, alertar para a imprestabilidade da teoria da perda de chance para constituir o nexos causal entre os danos e a violação da autodeterminação pessoal. Apesar de a jurisprudência francesa apelar muitas vezes a essa figura neste assunto e dada a existência de dúvidas no que concerne à sua razoabilidade dogmática¹⁴¹, ajuizar-se-ia que a chamada chance não poderia depender unicamente do sentido da vontade pessoal, que pareceria retroativamente indeterminável e inquantificável. Com a delicadeza de demonstrar *a posteriori* o sentido da decisão do doente, caso se tivesse familiarizado com os fatores omissos e se não fosse rigorosamente aplicada, tal teoria converter-se-ia num expediente artificial responsabilizador do médico, o que distoceria a certeza e justiça. Na realidade, do que se trata é apenas da frustração de formar um consentimento válido, que configura, em vez de uma chance perdida, um efetivo dano, ao qual faltará “*a componente aleatória a que a figura visa responder*”¹⁴².

Ora, o que está em causa é a colocação do núcleo de reflexão das questões e valores fulcrais do consentimento esclarecido, cuja desorientação nos conduzirá sempre ao impasse da ausência de causalidade. Na dilucidação dessa polémica, cumpre reiterarmos que o direito decerto violado pela omissão de informação é a autodeterminação, que configura, por si só, direito de personalidade autónomo e se traduz na faculdade de tomar uma decisão livre e consciente e na possibilidade de decidir em certo sentido ou noutra destino diferente do antecedente, cuja supressão é indiscutível devido à violação do dever de informação¹⁴³ e é reputada como dano

¹⁴⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade civil médica e nexos de causalidade - Tópicos de compreensão de um problema clássico do direito delitual”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. II, pp. 357-359, mormente devido à indeterminabilidade da eventual recusa do paciente, que incorpora fatores psicológicos não despciendos.

¹⁴¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ob. cit.*, pp. 265-268, 305 nota 811, os tribunais franceses têm decidido no sentido de que, caso não seja assertiva a decisão do doente, reconhecer-se-á um ressarcimento pela perda de chance de rejeitar o tratamento. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Danos - Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, Príncipe Editora, Cascais, 2018, pp. 109 e ss, negando a construção da figura.

¹⁴² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *in ob. cit.*, p. 462, pp. 268-270; VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. ult. cit.*, pp. 160-161, 219, não ocorre um “*desaparecimento atual e certo de uma possibilidade favorável ao agente*”. Cfr. Ac. do STJ de 22/03/2018 *cit.*, que declarou aplicável a teoria da perda de oportunidade, entendimento de que discorda RUTE TEIXEIRA PEDRO, ao afirmar que a figura “*não se aplica a casos como este em que o que se ‘perdeu’ foi a oportunidade de se submeter a um ato médico*”, *in* “Responsabilidade Civil Médica II, Consentimento Informado I” *cit.*, p. 57

¹⁴³ MARTA NUNES VICENTE, “Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a jurisprudência Perruche”, *Lex*

autónomo ressarcível, digno da tutela jurídica, independentemente da verificação de lesões corporais. Neste ensejo, não é exigido ao doente fazer prova de que teria ou não assentido caso o correspondente risco lhe tivesse sido dado a conhecer. Ele será indemnizado a despeito de não conseguir demonstrar inteiramente a rejeição hipotética, dado que já se afigura certa ofensa à liberdade de vontade, sendo tal prova questão que concerne à indemnização por eventual prejuízo da integridade física e moral¹⁴⁴.

No que tange às lesões corporais, convém relatar sucintamente a doutrina alemã, segundo a qual os danos derivados da intervenção arbitrária deveriam, em regra, ser ressarcidos, uma vez que o consentimento inválido não ilibaria a conduta médica da ilicitude. O BGH, por seu turno, adota frequentemente neste domínio a teoria do âmbito da protecção da norma ou do bem lesado. Isto é, a partir da destriça elaborada no dever de esclarecimento pelo ordenamento jurídico entre riscos assumidos por paciente e médico, este deverá responder por todos os prejuízos causados se os riscos não assentidos se lhes associarem materialmente, ou caso não tenha sido transmitida informação de tal forma essencial que transtorne a formação de vontade, mesmo que os riscos ou sequelas omissos não correspondam às lesões reais, tanto mais que se verifica já uma invalidade do consentimento na sua totalidade¹⁴⁵. Deste modo, a infração das disposições legais que impõem o consentimento informado acarretará responsabilidade civil do médico, com base na sua inserção no âmbito de protecção dessas normas. Em termos jurisprudenciais, pode ver-se o apelo à teoria em apreço no Ac. do TRL 26/06/2008¹⁴⁶. Em nosso parecer, é de aceitar essa teoria, pese embora seja condicionada à existência de norma e à aceção, relativamente estática, da causalidade.

A este propósito, será plausível, na esteira de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, uma percepção binária do assunto em crise - a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da

Medicinae, Ano 6, n.º 11 (2009), pp. 122 e 132; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...*, cit., p. 317

¹⁴⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., pp. 218, 244; JOÃO VAZ RODRIGUES, *A Recusa do Paciente perante...*, cit., p. 274, sob pena de uma causalidade demasiado sofisticada.

¹⁴⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O dever...” cit., pp. 479, 496, “*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*”. JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 273. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 313, reconduzindo, assim, o problema à interpretação do texto e objetivo particular da norma.

¹⁴⁶ Proc. n.º 4450/2008-2, Relator: EZAGUY MARTINS, onde se lê “(...) estabelecido o nexo de causalidade, apenas os danos ocasionados que caíam no âmbito de protecção do dever de esclarecer merecem ser indemnizados”.

responsabilidade¹⁴⁷- na solução da questão dilemática da determinação donexo causal. Por outro lado, releva compreender a responsabilidade na ótica ético-axiológica perspetivando a causalidade como nexode imputação. Cada indivíduo deve cumprir uma panóplia de deveres de cuidado, cujo incumprimento ampliará uma certa esfera de risco ou responsabilidade inatamente suportada, por forma a que ele próprio e os demais possam agir livremente em simultâneo; daí a edificação de um círculo de risco. Tal assunção prévia contribui para firmar um juízo imputacional objetivo¹⁴⁸. Ora, o consentimento possibilita a autodeterminação da sujeição a riscos e sua circunscrição. Destarte, à falta deste, o médico convocará a si próprio um âmbito de risco incrementado sujeitando o paciente a consequências perniciosas, o que basta para fundamentar a sua responsabilidade, na medida em que os danos ocorridos tenham origem naquele âmbito, mediante uma averiguação acerca do envolvimento necessário da conduta lesante na esfera de risco e na evolução ocasionadora do dano. Desta feita, prescinde-se da comprovação naturalística.

Com efeito, não se pode apenas assentar numa causalidade biológica, pois o disposto do art. 563.º do CC não é de tal ordem restrito que só acolha os nexos de causalidade implacavelmente diretos, antes aceita os indiretos e mediatos. Seguindo de perto o pensamento do ilustre jurista GUILHERME DE OLIVEIRA, se bem que o facto não gere diretamente o dano e, não obstante terem concorrido outros fatores, existe nexo causal por tal facto originar outra ocorrência que produza o prejuízo e ser determinante para isto suceder¹⁴⁹. Pelo contrário, o sistema da *common law* impõe um nível particularmente exigente de conexão causal, não bastando adotar o “*but for test*” para constituir a causalidade em questão, tanto mais que se entende que a omissão informacional não vicia, em princípio, o consentimento prestado pelo paciente, sufragando o critério valorativo do paciente “razoável”, mas não “em concreto”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade...” cit., pp. 360-361, “a primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificados”.

¹⁴⁸ *Ibidem*, “ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo (...) a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa”.

¹⁴⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas...*, cit., p. 230, “O que importa é que estes factores também se possam considerar induzidos pelo facto inicial, segundo um juízo de probabilidade”. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, ob. cit., pp. 578-579; VERA LÚCIA RAPOSO, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>, p. 86.

¹⁵⁰ GERALD ROBERTSON, ob. cit., pp. 425, 433-435. Cfr. *Chappel v Hart* (1998) 72 ALJR 1344 de *Australian High*

5.4.1. A Aplicabilidade do Consentimento Hipotético

Com vista a obstar ao abuso do direito no consentimento informado para mera pretensão indemnizatória, a doutrina alemã e o BGH têm permitido a denominada prova do consentimento hipotético, segundo a qual o nexa causal seria afastado pela teoria do comportamento lícito alternativo, excluindo ou limitando, assim, o ressarcimento pelas lesões corporais - e só por elas. A tese desdobra-se no sentido de caber ao paciente provar que se encontraria numa circunstância de conflito de decisão ou se suscitariam dúvidas perceptíveis contra a anuência e que uma rejeição seria concebível, sem ter que demonstrar o que verdadeiramente decidiria; enquanto se encarrega o médico de provar que o doente teria optado por continuar o tratamento, mesmo que houvesse estado munido das informações ocultas¹⁵¹. Representando facto impeditivo, o comportamento alternativo lícito deve ser provado pelo médico, o que se justifica da mesma forma por ser facto negativo para o lesado e não ser um assunto officiosamente fiscalizado pelo tribunal.

Efetivamente, é de arredar uma mera intenção de perseguir a indemnização sem uma base justificativa, ou seja, no caso de a suposta recusa do tratamento se parecer notoriamente despropositada, ou no caso de se ter evitado riscos mais sérios com a realização do ato médico, sem a qual tais riscos se teriam concretizado. Contudo, existem “reticências” contra essa figura premeditada para eximir a responsabilidade dos profissionais médicos¹⁵².

A nosso ver, com os pareceres modernos, faz-se jus dar-se atenção na responsabilidade médica à figura em análise, que, aliás, vem sendo adotada na jurisprudência portuguesa para atenuar, em alguma medida, a imposição rígida de obrigação indemnizatória sobre os prestadores de serviços médicos¹⁵³. Sem sombra de dúvida, trata-se de questão de nexa de causalidade¹⁵⁴ e

Court

¹⁵¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., pp. 486-489, sendo regra probatória preceituada na lei alemã, admitida aliás nas doutrinas e jurisprudências suíças, francesas, austríacas; enquanto as inglesas e norte-americanas se mostram mais exigentes onerando o paciente com a tarefa de provar que teria rejeitado. *Vide* IAN KENNEDY/ ANDREW GRUBB, ob. cit., p. 728 e ss.

¹⁵² VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato...*, cit., p. 219, afirmando a sua utilidade no direito penal, a autora duvida da aplicabilidade no plano civil, em que não se dá, em princípio, relevância à causa virtual. No entanto, como declara MAFALDA MIRANDA BARBOSA, ob. ult. cit., pp. 365-366, mesmo que se insista em condicionalidade ou dados estatísticos, não se prescinde de um mínimo de raciocínio probabilístico, devido à ausência de “*determinismo da realidade*”. Em bom rigor, a figura em análise distingue-se da causalidade virtual.

¹⁵³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Danos...*, cit., p. 122; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ob. cit., p. 86 nota 34. Cfr. o Ac. do STJ de 02/06/2015 cit.

¹⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 393 e ss., a doutrina dos comportamentos lícitos alternativos tem a ver com a teoria

cumprir reiterar que o significado do art. 563.º do CC não se cinge aos critérios naturalísticos, mas é suscetível de acolher ideias desenvolvidas pela evolução doutrinal e jurisprudencial.

As vozes a favor concluem, porém, várias condições inibidoras da aplicação: transgressão grave dos deveres de conduta do médico, ausência de formalidades substanciais, omissão de informação essencial para a formação de vontade¹⁵⁵. Entende-se que a prova do consentimento hipotético deve assentar no conhecimento do perfil específico do doente concreto aquando da aquiescência, por estar em causa bens jurídicos eminentemente pessoais. A fim de impugnar tal figura, certo risco não revelado deve pesar na reflexão do doente e possuir uma razoável potencialidade que faça rejeitar a intervenção ou alterar a decisão tomada, mas nunca se traduzir numa mera conjectura¹⁵⁶. Mesmo assim, quanto a nós, isso não se deveria traduzir numa avaliação de tal forma subjetiva que ignorasse qualquer indicação objetiva de um paciente “razoável” - apanágio na jurisprudência de *common law* -, como a indispensabilidade ou insubstituibilidade de cuidado e a confiança no agente médico.

Nestes termos, embora *de iure constituto* não vislumbremos nenhuma estipulação que permita uma inversão do *onus probandi*, por motivo das peculiares dificuldades probatórias do lesado, quer pela privação dos saberes profissionais quer pelo total desconhecimento sobre os factos de eventuais terceiros interessados em litígio, seria meritório fazer uso de presunção judicial, que os tribunais têm empregado para inferir factos desconhecidos de um facto conhecido em concordância com a experiência da vida, a probabilidade lógica e até do bom senso humano (arts. 349.º, 351.º do CC e 607.º, n.º 5 do CPC), sem depender de factos absolutamente incontestáveis. A vantagem desse instituto reside, aliás, na sua total aplicabilidade a todas as circunstâncias antecedentes à inversão do ónus da prova e na restrição de eventuais resultados desmedidos.

Sendo apanágio nas jurisprudências estrangeiras a chamada prova *prima facie* com base nas

da conexão de risco em matéria de imputação objetiva, prendendo-se, aliás, com a do fim de proteção da norma.

¹⁵⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A Consagração...” cit., pp. 174-175. No mesmo sentido, veja-se o Ac. do TRL 26/06/2008 cit., onde se lê “sendo leve a violação de dever de informar, ser de admitir a figura do consentimento hipotético”.

¹⁵⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade...*, cit., pp. 27-28, é aconselhável o julgador não ser de sobremaneira exigente para com as justificações apresentadas pelo paciente, sob pena de aniquilar a essência do regime do consentimento informado - a segurança da autonomia de vontade individual.

presunções judiciais, mecanismo que tanto poderá ser aplicado na apreciação da culpa como do nexo causal, aquela desempenha o papel de amenizar a rigidez das regras probatórias e as debilidades de uma das partes. Desta maneira, assegura-se a igualdade processual¹⁵⁷. Acrescente-se, *de iure constituendo*, que se sugere que numa ação de responsabilidade dos profissionais se inverteria o ónus da prova da conexão causal contra eles em certas circunstâncias¹⁵⁸. De facto, pode-se notar a adoção da prova *prima facie* da jurisprudência portuguesa na responsabilidade médica¹⁵⁹.

Em geral, só ao atingir-se uma asserção negativa fundamentada certa é que se logrará um ressarcimento integral dos danos finais. Todavia, de acordo com o art. 566.º, n.º 3 do CC, não é exigida uma demonstração do valor pecuniário exato e cabal sobre o prejuízo causado, que será avaliado de forma equitativa pelo tribunal em função da matéria provada, o que contribui para um suprimento da eventual escassez de prova relativamente ao montante indemnizatório¹⁶⁰. Apesar dos critérios escrupulosos da repartição do ónus da prova, serão compensáveis pelo princípio da liberdade de apreciação da prova, plasmado no art. 607.º, n.º 5 do CPC, nos termos do qual o tribunal pode, tendo em mente as dificuldades materiais e cognitivas do paciente, desenvolver uma ponderação menos rigorosa sobre as provas por ele demonstradas¹⁶¹.

Em suma, julgamos por certa, em nome do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, a aplicabilidade do consentimento hipotético na ordem jurídica portuguesa. Perante o especial desequilíbrio entre as partes processuais, é recomendável promover condições amortecedoras da

¹⁵⁷ VAZ SERRA, ob. ult. cit., pp. 164-165, negando uma repartição definitivamente fixa e mecânica, sendo que o ónus probatório se poderia inverter em confronto com uma inexigibilidade de fazer certa prova. FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 46; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pp. 142-143; PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., p. 474 nota 24

¹⁵⁸ VAZ SERRA, ob. ult. cit., p. 167; MANUEL ROSÁRIO NUNES, ob. cit., pp. 75-76. Porém, existem razões fundadas em manter as regras de repartição do ónus da prova, veja-se BRUNA MAIA PRINZO, *A prova da responsabilidade médica*, 2017, disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/32548>, pp. 100-101

¹⁵⁹ Vide Ac. do STJ de 17/12/2002, Proc. n.º 02A4057, Relator: AFONSO DE MELO. Interessante será o Ac. do STJ de 18/03/2010 cit., que proferiu que o ónus de provar a falta do consentimento recai sobre o paciente no caso de o tratamento médico conter riscos exíguos mas ser indispensável para a saúde, já que há uma grande probabilidade de que ele tenha assentido, através de presunção judicial.

¹⁶⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., p. 138, pode considerar-se como exceção à regra preceituada no art. 414.º do CPC.

¹⁶¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pp. 140-141, tal diminuição “só é justificável na exata medida em que tal seja necessário para criar uma situação de igualdade”. No mesmo sentido, cfr. Ac. do STJ de 15/10/2009 cit., que usou “*da máxima iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação)*”.

aporia probatória do paciente no sentido de corrigir tal desigualdade e realizar a irrefragável justiça. Salvo melhor entendimento, parece-nos inoportuno limitarmo-nos a uma compreensão estanque e estritamente literal das normas legais, sem desvelar a meridiana axiologia e teleologia residentes no espírito do sistema.

5.5. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Resolvidos os problemas acima indicados, convém incidirmos sobre os pressupostos da responsabilidade civil médica por falta de consentimento informado¹⁶², discutindo, novamente, certos assuntos interessantes sob esta rubrica.

(A) Facto Voluntário

A verificação de um facto humano voluntário lesivo apresenta-se como ponto de partida da pretensão indemnizatória, podendo revestir-se de ação ou omissão. Esta última traduz-se num facto negativo e poder-se-á responsabilizar quem se abster de atuar, sempre que se encontrar legalmente vinculado a tal e quando a sua atuação é dependente da sua vontade subjetiva e pessoal em a realizar. No contexto em análise, julga-se que o facto lesivo reside na não obtenção do consentimento válido sobre certa intervenção, o que se trata de uma omissão.

Neste seguimento, importa identificar o devedor da obrigação de indemnizar. Sendo os deveres de informar e esclarecer e de obter consentimento prestação infungível por natureza, é o próprio médico que possui o interesse no seu cumprimento, que é, em princípio, insuscetível de ser delegado ou realizado por terceiros, mormente o pessoal paramédico, nem mesmo por outro médico habilitado¹⁶³. Quem é responsável é o médico que propõe certo tratamento. Aliás, sendo assente na confiança da relação clínica, o paciente estará mais confiante e seguro para descortinar os problemas de saúde com o médico por si escolhido do que com outro.

A prática moderna, porém, envolve frequentemente intervenções de diversos especialistas numa integral terapêutica (v.g. cirurgião, anestesista e neurologista), sendo consistente numa

¹⁶² Iremos acompanhar os cinco pressupostos sugeridos por ANTUNES VARELA. Acerca da sua generalidade no plano delitual, *vide* ANTUNES VARELA, ob ult cit., pp. 525 e ss. enquanto na sede contratual *vide idem*, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 92 e ss.

¹⁶³ ANTUNES VARELA, ob. ult. cit., p. 26

parte da relação uma equipa ou colaboração médica (arts. 117.º a 119.º do CDOM). Nestes termos, a doutrina admite, genericamente, a legitimidade do médico-chefe de delegar a tarefa de informar nos médicos membros. Mais concretamente, cabe, em primeiro lugar, ao médico que propôs a terapia os deveres referidos, mas tal não desonera outro profissional, que vá levar a cabo certo exame, de ter o cuidado de fornecer informações correspondentes à sua especialidade, sendo esse o seu dever especial. Sem embargo de poder variar em extensão e profundidade, consoante diversas especialidades, a participação na transmissão de informação, seja ela suplementar ou essencial, afetará a formação da vontade do paciente.

A este propósito, impende ainda sobre os médicos cooperadores um dever de colaborar para se comunicarem e inteirarem mutuamente dos dados importantes referentes ao enfermo (cfr. art. 41.º do CDOM), o que visa manter uma coerência e veracidade da informação, particularizar certo cuidado e fortalecer a sua função holística, como por exemplo sobre o médico operador, que poderá não ser aquele que já teve contacto anterior com o doente mas sim aquele que só o vai conhecer no momento da cirurgia. De qualquer forma, aquele não deixa de ser obrigado a confirmar pessoalmente, antes da intervenção, o consentimento patentemente esclarecido do doente, o qual não se pode deduzir tacitamente da sua conduta¹⁶⁴. A boa prática médica reclama que todos os intervenientes médicos e a intuição prestadora de cuidados sejam responsáveis, de modo solidário, pelo cumprimento dos deveres referidos¹⁶⁵ e, a jusante, pela obrigação indemnizatória em causa (arts. 497.º e 800.º, n.º 1 do CC).

(B) Ilicitude

Examinados o facto voluntário e o agente, é imperioso saber se a sua conduta é ilegal e objetivamente censurável, independentemente da aspiração ou previsibilidade do resultado - questão concernente à culpa. Em abono da teoria do desvalor do facto¹⁶⁶, o que deve ser o objeto da apreciação de ilicitude é unicamente o comportamento do lesante. Como é sabido, a ilicitude é

¹⁶⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 237. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, cit., pp. 1135-1136, não configura conduta típica da revelação de segredo a comunicação dos colaboradores.

¹⁶⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., p. 362, chama a atenção para uma “*clara repartição de competência*” para apurar o médico responsável pelos outros médicos prestadores de informação. Mais desenvolvimento, SÓNIA FIDALGO, “Responsabilidade Penal na Equipa Hospitalar: a Responsabilidade do Farmacêutico”, *Lex Medicinæ* ano 7, n.º 14 (2010), pp. 97 e ss.

¹⁶⁶ Sendo a doutrina dominante, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., Vol. I, p. 532; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 288

apartada perante causas de exclusão. Sendo uma dessas o consentimento pelo lesado, o ato médico não é legitimado a menos que seja validamente consentido.

Reiteremos que a obtenção imperativa do consentimento esclarecido tem gênese legal e deontológica, pelo que a ilicitude da sua violação não pressupõe um inadimplemento contratual. No caso de ser levado a cabo um tratamento sem consentimento válido, a ilicitude residirá na violação dos direitos à autodeterminação e à integridade física e psíquica na sede extracontratual¹⁶⁷, ao abrigo do art. 70.º do CC, das disposições de proteção pertinentes a essa matéria na segunda modalidade de ilicitude (v.g. art. 156.º do CP), ou ainda de forma subsidiária do art. 485.º do CC¹⁶⁸, em articulação com o art. 483.º, n.º 1 do CC; enquanto terá por assente o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos deveres de informar e esclarecer e de obter consentimento no quadro contratual, por força do art. 798.º do CC. Do alvo crucial desses deveres, segundo os critérios de distinção entre obrigações de meios e resultado¹⁶⁹, podemos classificá-los como pertencentes ao último tipo, bastando assim a ausência da anuência clarificada para determinar o incumprimento do médico, a despeito de a prestação principal ser de meios.

Deve-se notar que os deveres jurídicos em causa não pertencem exclusivamente às *leges artis* mas situam-se no seu meio envolvente¹⁷⁰, a saber, o cumprimento não terá de ser aquilatado através da ótica técnico-profissional; ao invés, a atuação médica *in casu* será avaliada pelo próprio julgador, desvelando a conformidade desta com as exigências jurídicas e dogmáticas.

Outra abordagem pertinente será a eventual infração do direito à reserva da intimidade da vida privada, que está preceituado nos arts. 26.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP, 10.º, n.º 1 da CDHB, 190.º a 198.º do CP e 80.º do CC. O sigilo médico exclui, em regra, a acessibilidade da família e protege

¹⁶⁷ O Ac. do TRC de 11/11/2014 cit. clarificou que o bem jurídico prejudicado será o direito à autodeterminação em relação à sua saúde. O Ac. do STJ de 22/03/2018 cit. afirmou que os bens jurídicos violados são a liberdade e a integridade física e psíquica.

¹⁶⁸ SINDE MONTEIRO, ob. cit., pp. 384, 393 nota 170, afirma a responsabilidade por informação do médico, mesmo estando em causa uma relação obrigacional não destinada primariamente à prestação de informação.

¹⁶⁹ Cfr. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 55 e ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 75 e ss.

¹⁷⁰ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 417, sendo matéria isolada não redutora da liberdade e independência profissional.

os dados pessoais para além das informações de saúde¹⁷¹, mas comporta exceção - a sua quebra poder-se-á justificar perante o interesse público ou por atender a um dever jurídico flagrantemente superior. Por exemplo, a revelação do risco de contágio de certa doença grave que possa prejudicar a saúde pública ou de terceiros¹⁷². Neste caso, a doutrina reconhece que a preservação de bem jurídico sensivelmente eminente funcionará como causa justificante de ilicitude da violação da privacidade do paciente, por força do direito de necessidade, plasmado nos arts. 34.º do CP e 339.º do CC¹⁷³. Ora, afigura-se sempre imperiosa uma especulação casuística; caso contrário, colocar-se-iam em crise os interesses sociais do paciente em não se ver discriminado.

Frise-se que, por vezes, é em defesa da saúde do médico que se deve permitir desvendar o estado clínico do doente, como o teste de SIDA, após um acidente que ocasione um contacto do médico com fluidos sanguíneos do portador suspeito de VIH¹⁷⁴, que carece em princípio do assentimento por colidir com a autodeterminação informacional (art. 35.º, n.º 1 e 4 da CRP).

(C) CULPA

Debruçamo-nos agora sobre o requisito da censurabilidade pessoal - culpa - nexos de imputação subjetiva, que se pauta por um juízo de censura contra a atitude do lesante e pressupõe a sua imputabilidade. Sendo em princípio subjetiva a responsabilidade civil médica¹⁷⁵, existirá direito à indemnização somente quando se provar a culpa do agente.

A determinação da culpa carece sempre de ter em mira os sujeitos e as circunstâncias em

¹⁷¹ Cfr. art. 30.º, n.º 2 do CDOM. Mais desenvolvimento, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Sigilo Médico: análise do direito português*, 2009, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/10576>, p. 21; PAULO MOTA PINTO, ob. ult. cit., pp. 534 e ss.

¹⁷² Cfr. arts. 32.º, al. b) e al. d), 33.º e 95.º, al. a) do CDOM e Tabela de Doenças de Declaração Obrigatória (Portaria n.º 1071/98, de 31 de Dezembro). TOM BEAUCHAMP/ JAMES CHILDRESS, ob. cit., p. 267

¹⁷³ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. ult. cit., p. 35, é consensual reconhecer o direito de necessidade de revelar os segredos mas negar qualquer dever de revelar, sob pena de desvirtuar o regime do sigilo médico e prejudicar a confiança da relação clínica.

¹⁷⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., pp. 247-248, tal teste prende-se com os direitos à privacidade genética, à autodeterminação informacional, ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade física, que serão limitados face aos interesses fundamentais de terceiros e à saúde pública. O teste realizado com materiais já recolhidos não atinge o relevo típico do art. 156.º do CP sem que haja invasão corporal, embora sofra ilicitude civil. Neste sentido, COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., pp. 602 \$15, 604 \$19; GUILHERME DE OLIVEIRA/ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. cit., p. 117

¹⁷⁵ A admissão excepcional da responsabilidade objetiva do profissional médico decorre diretamente da lei, v.g. investigações clínicas (art. 15.º, n.º 1 da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril).

concreto. No entanto, para tal efeito, é imprescindível recorrer a um critério abstrato de juízo - o critério do homem médio - segundo o art. 487.º, n.º 2 do CC, aplicável igualmente no plano obrigacional por remissão do art. 799.º, n.º 2 do CC, sendo a culpa, neste caso, presumida à luz do n.º 1 deste artigo. Refira-se que a identificação da culpa afere-se não apenas por deficiência da vontade como também por deficiência da conduta, pautando-se assim a diligência exigível pelo nível especializado do médico e adotando o critério do profissional médio, que é mais escrupuloso que o do homem médio, por estar em causa um agente possuidor de habilidades especiais¹⁷⁶.

Traçadas as considerações respeitantes à apreciação da culpa do médico em geral, cumpre aprofundar como e em que medida se deve valorar a informação e explicação, penetrando na sua adequação qualitativa e quantitativa em relação ao seu recetor e, em concomitância, avaliar se a conduta do profissional médico se revela deficitária.

O critério valorativo tradicionalmente adotado é o do médico razoável, que se poderá resumir à ideia de que o médico deve prestar a informação que um médico razoável, sob a mesma situação, oferecerá. Porém, vem perdendo prestígio por não lograr resguardar a autonomia do paciente, ao existir entre este e aquele uma óbvia disparidade do acesso à informação, a maioria da qual se regista, aliás, com terminologia científica. Com efeito, a decisão sobre o corpo humano é reservada exclusivamente ao seu titular e o seu pensamento deve ser atendido; daí que se propague o critério do paciente razoável, o que “*representa a mudança de atitude contemporânea em favor do respeito pela autonomia dos indivíduos doentes*”¹⁷⁷.

Segundo esse critério, o paciente deve ser considerado como tendo obtido informação suficiente para formar livremente a sua vontade, por referência a um doente “razoável” sob mesma atmosfera o conseguir. Todavia, tal não parece bastante para explicar a posição do enfermo, porque a significância de informação e a compreensão de cada indivíduo variarão em função das próprias qualidades pessoais. Por esse motivo e como nos confrontamos com uma relação *intuitu personae*, que envolve bens jurídicos pessoalíssimos, é de lançar mão dos

¹⁷⁶ ANTUNES VARELA, ob ult cit., p. 581, não será exigível ao médico de clínica geral perante certo domínio especializado uma diligência de um especialista daquele campo. LUÍS PIRES SOUSA, ob. cit., p. 487

¹⁷⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, in “O fim...” cit., p. 111; JOÃO ÁLVARO DIAS, ob. cit., p. 282

parâmetros do paciente em concreto¹⁷⁸.

Em abono das palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA¹⁷⁹, a informação deve ajustar-se em bom rigor às especificidades do caso concreto. Na realidade, o médico não assume uma função unilateral de nortear e tomar a melhor decisão pelo enfermo, mas antes auxiliá-lo a atingir uma deliberação de acordo com os seus valores individuais. Como tal, é imprescindível um raciocínio personalizado e somos forçados a apelar ao critério do paciente em concreto, em razão de corrigir a inelutável discrepância valorativa, colocando as considerações jurídicas na posição do doente.

Desde logo, é defensável um dever jurídico do médico de dirigir o procedimento dialogal do consentimento de molde a adaptá-lo com as qualidades pessoais do enfermo, a fim de impulsionar uma ponderação interna e mútuo entendimento, culminando numa responsabilidade conjunta¹⁸⁰. Convém que, em contexto de direito de personalidade, a aferição da conduta do agente não se pautе estritamente pelo critério do homem médio, mas atenda ainda à particularidade e vulnerabilidade do lesado em concreto. No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 09/10/2014 cit. declarou que o dever de informar, a que se vincula o médico, se caracteriza por elástico, cujo conteúdo difere perante diversos indivíduos que se encontram na mesma circunstância.

Em jeito de síntese, sem embargo de os primeiros dois critérios mencionados poderem funcionar como diretriz primária para apreciar o cumprimento do dever de informar e esclarecer quanto à obtenção do consentimento informado, o ideal de justiça exige que seja aplicado o critério do paciente concreto para se saciar o desiderato do regime. É que, sempre que as circunstâncias o exigirem, para além do que normalmente se deve transmitir a doentes médios, o

¹⁷⁸ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 258; CARLOS DE MELO DIAS, ob. cit., pp. 53-54; Conselho Nacional da Qualidade, *Boas Práticas de Farmacêuticas para a farmácia comunitária*, 3.ª Ed., Ordem dos Farmacêuticos, 2009, disponível em: https://www.ordemfarmaceuticos.pt/fotos/documentos/boas_praticas_farmaceuticas_para_a_farmacia_comunitaria_2009_20853220715ab14785a01e8.pdf, em que se refere “o farmacêutico deve fornecer toda a informação (...) de acordo com as necessidades individuais do utente”.

¹⁷⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Estrutura...” cit., p. 67

¹⁸⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., pp. 444-445. AMÉRICO VARELA/ EZEQUIEL PINTO/ MANUEL CARRAGETA, “Comunicação médico-doente e consentimento informado em Portugal”, *Saúde & Tecnologia*, n.º 15 (2016), pp. 42 e ss., afirmam com dados estatísticos que o grau satisfatório do doente moderno quanto ao consentimento informado prende-se com a realização de decisão partilhada, que exige em grande medida a capacidade comunicacional do médico e a sua formação correspondente.

médico terá de aprofundar a informação e explicitação, cuja relevância não há que ser precisamente perspetivada sob ângulo profissional-médico. Por norma, a violação da obrigação de obter consentimento informado implica que o médico incorre em culpa pela sua omissão com negligência¹⁸¹, configurando falta da conveniente prudência a convicção errada de que o doente tenha sido bem clarificado.

(D) DANO

Ao assacar responsabilidades ao agente, há que existir um dano real ressarcível - objeto da avaliação do teor indemnizatório. Respeitante ao dano indemnizável no domínio em análise, convém referir o Ac. do STJ de 22/03/2018 cit., onde se estatui que a infração dos bens jurídicos tutelados - liberdade e integridade física e psíquica - acarreta tanto danos patrimoniais como não patrimoniais¹⁸².

A isto acresce que, como já tivemos oportunidade de discorrer, sem embargo de certos riscos não revelados não virem a materializar-se, caso se tratem de fatores decisivos para a formação de vontade, não deixam de suscitar danos morais em relação à autodeterminação e à integridade física e psíquica no aspeto de incolumidade pessoal e até eventuais danos patrimoniais¹⁸³, como no caso do lesado, que se tivesse sido cabalmente informado e esclarecido, jamais optaria por aquele tratamento dispensável, sendo que a falta de cumprimento de tal dever acarretou a impossibilidade do exercício da atividade profissional, o que se traduz em crescentes danos patrimoniais, tais como os advenientes da falta ou diminuição dos rendimentos laborais; ou por vantagens que teria arrecadado se tivesse sido avisado de certa alternativa que se lhe apresentaria como preferida. Pelo exposto, cremos que não procedem os argumentos de que não haja nenhuma obrigação de ressarcimento aquando da não ocorrência de qualquer lesão corporal.

No horizonte contratual, doutrinariamente reconhece-se que os danos sofridos medem-se por interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Porém, não pareceria cabalmente

¹⁸¹ Pelo contrário, no quadro penal o médico será isento da responsabilidade em caso de simples negligência, nos termos dos arts. 148.º, n.º 2 e 156.º, n.º 3 do CP.

¹⁸² Cfr. também Ac. do STJ de 16/06/2015 cit., onde se lê “*em principio, haverá lugar à reparação dos danos não patrimoniais (...) à qual acrescerá a eventualidade de uma indemnização por danos patrimoniais*”; Ac. do STJ de 18/03/2010 cit.; Ac. do TRL de 26/06/2008 cit.

¹⁸³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 219; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 216

apropriado, em princípio, aplicar o primeiro na responsabilidade médica por falta de consentimento, que não se coadunaria com a situação de culpa *in contrahendo*, porquanto a ausência de anuência não equivaleria à rutura do contrato médico e tal veicularia uma ideia atentatória em contradição com a autonomia pessoal do doente e a liberdade profissional do médico. Por maioria de razão, à falta de “*correspondência à confiança*”, surgiriam precisamente do contrato válido os prejuízos *in casu*, os quais seriam causalmente dissociados do interesse na confiança e irremediáveis com a reparação deste¹⁸⁴.

Por outro lado, a ressarcibilidade do dano não patrimonial em sede contratual já é admitida pela doutrina e jurisprudência maioritária¹⁸⁵, desde que se verifique gravidade irrefutável e merecedora da tutela jurídica, nomeadamente no domínio da medicina, que está relacionado diretamente com a personalidade moral do paciente e os direitos de tal ordem fundamentais que legitimam uma concessão de compensação pelos danos morais.

Resumindo, a realização do tratamento não anuído pelo doente gerará sempre danos morais, sendo os prejuízos sofridos suscetíveis de repercutir ainda na vertente patrimonial, mormente quando ocorrerem riscos não avisados e o subsequente exacerbamento do estado sanitário, ou quando se tiver pagado mais por não ser informado das terapêuticas alternativas menos dispendiosas e desprovidas dos riscos verificados.

(E) NEXO DE CAUSALIDADE

A doutrina dominante que explica o nexo de causalidade - nexo de imputação objetiva - é a teoria da causalidade adequada¹⁸⁶. Remetendo para o que *supra* versámos a respeito desta questão, daqueles prismas podemos depreender que as lesões corporais, derivadas dos riscos não comunicados, serão imputáveis ao médico por não ter cumprido a obrigação de informar e esclarecer e, portanto, seja por a intervenção carecer de autorização ou por não transferir os riscos

¹⁸⁴ Sobre a impossibilidade de cumular esses dois interesses num ressarcimento, *vide* PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Coimbra, 2007, pp. 1003 e ss.

¹⁸⁵ Cfr. VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, *BMJ* n.º 83 (1959), pp. 102 e ss.; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 335; FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 41-42; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos...*, *cit.*, p. 749; 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, Coimbra, 2006, p. 136. Na jurisprudência, cfr. Ac. do STJ de 07/03/2017, Proc. n.º 6669/11.3TBVNG.S1, Relator: GABRIEL CATARINO

¹⁸⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 347; PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pp. 578-579

implicados para o paciente e alargar a própria esfera de risco, ou ainda por colidir com o âmbito de proteção das disposições legais do regime do consentimento esclarecido¹⁸⁷.

Mais concretamente, a lógica residirá em primeiro lugar no facto de não existir consentimento válido sem prévia prestação de informação e esclarecimento, levando assim o paciente a ficar impossibilitado de formar elucidadamente a sua vontade; daí se revelar como uma frustração do exercício do direito à autodeterminação e uma ausência da causa justificadora da ilicitude da ofensa corporal. A despeito de o ato médico não provocar diretamente qualquer lesão corporal, é o incumprimento do dever de informar e esclarecer que conduz à decisão precipitada do paciente e à não transferência de riscos. Vale isto dizer que a omissão do médico não deixa de ser um fator decisivo para o surgimento do desfecho danoso e, segundo uma visão imputacional objetiva, já funciona como conexão suficiente, embora indireta e onde intervêm outros coeficientes.

Ao estimar a extensão do *quantum* indemnizatório, somos de aderir outra vez à tese de MAFALDA MIRANDA BARBOSA. Tratando-se de questão da causalidade preenchedora da responsabilidade, é de indagar o conteúdo e círculo de “*possibilidades abertas pela titularidade*” dos direitos subjetivos violados¹⁸⁸. Observemos ainda que não se deverá olvidar o problema da *compensatio lucri cum damno*, sendo que, amiúde, a administração do tratamento melhora a saúde do paciente ou esconjura outros riscos mais graves que os ocultos. Nesta sequência, o montante indemnizatório até se poderá esvaziar, visto que a sua fixação deve ser levada a efeito equitativamente atendendo às circunstâncias concretas (arts. 494.º, 496.º, n.º 4 e 566.º, n.º 3 do CC). Todavia, não se vê qualquer óbice à indemnização pelos danos morais nas situações em que as perturbações psíquicas sejam de tal ordem intensas que superem a melhoria verificada na saúde, sendo então compensada apenas na parte excedente face à melhoria ocorrida.

A este propósito, deve-se tomar atenção, outrossim, à culpa do lesado (art. 570.º do CC). Sendo um processo recíproco, o consentimento esclarecido, segundo o princípio da boa fé, faz

¹⁸⁷ O Ac. do STJ de 02/11/2017 cit. reconheceu que as circunstâncias concretas legitimam o enquadramento dos riscos específicos de prejuízo em relação ao paciente e da sua eventual concretização na obrigação de informar.

¹⁸⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, ob. ult. cit., pp. 128-129, sendo desnecessário aferir a adequação entre o prejuízo e a conduta lesiva.

impender sincronicamente sobre o doente o dever de colaborar com o agente médico partilhando dados pessoais relevantes (cfr. Base 2, n.º 4, al. b) da LBS)¹⁸⁹. Conforme o *supra* referido quanto aos critérios valorativos da adequação de informação, a sufragar o critério do paciente em concreto, caberá ao paciente o ónus de informar os interesses específicos. Caso contrário, não pareceria exigível uma prestação informativa e elucidativa com completude e precisão, sob pena de uma imposição de sobremaneira para o profissional médico. Nesta senda, não aplaudimos que o paciente se “auto-informe”, porque a fonte de informação nem sempre é fidedigna e a própria compreensão desprovida de certificação médica não é nada segura.

À falta de cooperação referida, o médico poderá rejeitar a assistir o doente (cfr. arts. 16.º e 17.º do CDOM) ou invocar a culpa do lesado para se eximir da responsabilidade, que só permanecerá pela não satisfação das necessidades de informação, que razoavelmente tiver e dever ter em mente. Do mesmo modo, se se realizar erradamente certo cuidado por causa da prestação defeituosa de informação do paciente, poderá o médico sair incólume de responsabilidade. Contudo, essa isenção de responsabilidade conhece fronteira exigida pelas *leges artis*, pois dir-se-á que se age com negligência no caso de do resultado de diagnóstico provir razão fundada para duvidar e reconfirmar os dados recebidos.

Sintetizando, sem embargo de ambiguidades da rejeição hipotética do paciente, como o sistema nacional de responsabilidade civil não estabelece a obrigatoriedade do princípio tudo-ou-nada quanto à avaliação de indemnização, mas antes institui vários mecanismos “elásticos” a resolver o impasse quantitativo, o juiz poderá, em primeira linha, por força do art. 566.º, n.º 3 do CC, consignar equitativamente o *quantum* indemnizatório na medida dos factos provados, que envolvem precisamente a contemplação do grau de culpa do médico e do paciente - parâmetros modificadores do ressarcimento à luz dos arts. 494.º e 570.º do CC, respetivamente. Como tal, será atenuada a tradição inflexível e desequilibrada de conceder uma total indemnização ou negar tudo, sendo que na primeira hipótese se sobrecarregaria a responsabilidade médica, em caso da leve violação de deveres, e na segunda seria injusto para o doente se a sua autodeterminação fosse realmente ofendida.

¹⁸⁹ CARLA AMADO GOMES, “*With great power comes great responsibility*: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente”, in *Responsabilidade na prestação...*, cit., pp. 68-69. O Ac. do STJ de 15/10/2009, Proc. n.º 08B1800, Relator: RODRIGUES DOS SANTOS

5.6. Exceção à Responsabilidade Civil por Falta de Consentimento Informado

Doutrinalmente reconhecem-se certas situações legitimadoras do incumprimento dos deveres de informar e esclarecer e de obter o consentimento e, por isso, afastadoras da responsabilidade pela intervenção arbitrária. Estritamente dizendo, apenas os casos de privilégio terapêutico e direito a não saber dizem respeito à exceção ao dever de informar e esclarecer; daí se prender a hipótese de urgência precisamente com a exceção ao dever de obter o consentimento.

5.6.1. Exceção ao Dever de Informar e Esclarecer

(A) Privilégio Terapêutico

Certa informação é passível de desencadear reações emocionais ou físicas drásticas em doentes sensíveis, como a revelação de prognóstico fatal. Trata-se de uma circunstância excepcional da proteção da integridade pessoal, em que o médico deve tomar especiais cautelas na abordagem informativa sem que cumpra integralmente tal obrigação que sobre si impende e como tal não se considera responsável pelo incumprimento parcial de tal dever, mas é sempre necessário o consentimento do paciente, pese embora não completamente esclarecido¹⁹⁰.

Nem se encontra um mínimo de expressão do “privilégio terapêutico” no Capítulo II da CDHB, mas o seu art. 10.º, n.º 3 prevê essa possibilidade¹⁹¹. No direito português, tal é positivado nos arts. 157.º *in fine* do CP, 25.º, n.º 2 *in fine* e 40.º, n.º 4 do CDOM e aplicável apenas nas intervenções de cariz terapêutico por razão axiológica e teleológica. Este regime só se poderá invocar nos casos excepcionalíssimos em que haja grande probabilidade fundada de a revelação de informação vir causar perigo grave à saúde ou vida, mas não uma simples perturbação emocional, tal como a ansiedade, justificando-se com os bens jurídicos que obviamente transcendem os valores subjacentes à autodeterminação. Compreende-se que assim o seja também para efeitos civis.

Este instituto jamais faculta ao médico mentir ou ocultar informação apenas na intenção de

¹⁹⁰ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim...” cit., p. 102; ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, ob. ult. cit., pp. 22-23, está em causa um “*favor vitae vel salutis*”, sob pena de uma hetero-colocação do doente em perigo pelo próprio médico.

¹⁹¹ Caracteriza-se por meramente facultativa, cfr. parágrafo 69 do Relatório Explicativo da CDHB, “*in exceptional cases domestic law may place restrictions on the right to know or not to know in the interests of the patient’s health*”.

evitar a rejeição ou hesitação do paciente¹⁹². De todo o modo, deve ser definido com elevada precisão no sentido de prevenir que o médico abuse da ambiguidade dos termos legais usados para se desonerar do dever de informar e esclarecer, a que se voltará a vincular caso a razão limitadora da obrigação deixe de subsistir.

(B) O Direito a Não Saber

Deve notar-se que a autodeterminação conota a vertente negativa do direito à informação, isto é, o paciente poderá preferir não receber qualquer informação e explanação - o direito a não saber, colorário do axioma fundamental da autonomia pessoal, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito à reserva da intimidade pessoal e da integridade pessoal¹⁹³-, o que se deixa claro nos arts. 10.º, n.º 2 da CDHB e 25.º, n.º 3 do CDOM.

Para que seja eficaz o exercício desse direito, a vontade do titular tem que ser sempre inequívoca, nunca se equiparando ao caso da mera falta de perguntas por parte do doente¹⁹⁴. No que se refere ao seu alcance, deve-se entender que o efeito implicado não vai no sentido de integrar todos os atos médicos subsequentes, na medida em que a boa prática exige que o profissional tome a iniciativa de se certificar constantemente se o paciente mantém a vontade recusativa, a qual será variável em função das múltiplas informações de diversos cuidados. A mantê-la, o médico ainda deve informá-lo em termos mais amplos e, especialmente, lembrar-lhe do seu direito ao consentimento esclarecido. Impõe-se sempre a suscetibilidade de obter informação, sendo nesta condição que se pode identificar a imperiosa renúncia “informada”¹⁹⁵. Neste ensejo, a não prestação de informação suficiente não faz incorrer o pessoal médico em responsabilidade alguma.

Não obstante, este direito deve subjugar-se à necessária tutela do interesse público, de

¹⁹² ALEXANDRA ANTUNES, ob. cit., p. 20, a persuasão não configura qualquer violação da autodeterminação, desde que seja “*de natureza exclusivamente racional*”. ADRIANO MARTELETO GODINHO, “Consentimento Informado, Consentimento Presumido e o Dano à Autodeterminação dos Pacientes”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. I, pp. 26-27, caso diferente será quando o médico faz diminuir a capacidade de renitência do paciente através da administração de medicamento.

¹⁹³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., pp. 273-274; RUI NUNES, ob. cit., p. 127

¹⁹⁴ É de criticar o aresto do Ac. do STJ de 09/10/2014 cit., ao afirmar que, se do documento de consentimento “*consta que o doente não deve hesitar ‘em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido’*, deve entender-se que este abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados”, entendimento injustificado que repudiamos. Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Nota...” cit., pp. 152-153

¹⁹⁵ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., pp. 362, 469

terceiros e mesmo do próprio paciente, cujos bens jurídicos fundamentais estão a ser ameaçados por tal desconsideração, como na hipótese em que este padeça de uma patologia infeto-contagiosa grave (v.g. SIDA). Neste caso, o médico não se desobrigará de lhe transmitir informações que permitam avaliar o risco de desconhecimento (*vide* arts. 10.º, n.º 3 e 26.º da CDHB)¹⁹⁶.

5.6.2. Exceção ao Dever de Obter o Consentimento Informado

Além das autorizações legais, a obtenção do consentimento é afastada somente perante situações de urgência ou expansão necessária do tratamento. Admite-se uma restrição da autonomia de vontade quando o doente estiver privado das condições de se autodeterminar perante uma intervenção, de tal ordem emergente e indispensável, para afastar o perigo real à saúde ou vida, em que se afigura impensável uma recusa, sendo legítima a intervenção médica imediata, em virtude do dever legal e deontológico de socorrer, cuja omissão é que será imputável ao médico¹⁹⁷.

Tendo por base legal os arts. 156.º, n.º 2 do CP, 8.º da CDHB, 4.º, n.º 6 do CDOM e 284.º do CP, a iniciativa do médico de intervir é patentemente autorizada pelo legislador com vista a salvar os bens jurídicos superiores, a saber, a vida e saúde, sacrificando assim a autodeterminação, o que será admissível apenas nas intervenções com fins terapêuticos. Na verdade, mal se perceberia que uma procrastinação de cuidado não terapêutico iria gerar lesões graves ao corpo humano. Tais intervenções têm em vista restaurar as condições da autonomia do doente, que deve ser informado o mais cedo possível após a sua recuperação.

Em síntese, quanto a nós, a indispensabilidade premente funciona como barreira do abuso de intervenção médica. Cumpre não desatender à vontade conjeturável do doente, mas deve observar-se ainda as exigências do consentimento presumido *supra* sindicadas, cujo preenchimento é forçoso para excluir a responsabilidade pelo tratamento arbitrário.

¹⁹⁶ Cfr. parágrafo 70 do Relatório Explicativo da CDHB sobre o conflito de interesses entre o paciente e terceiros. VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., p. 236, sendo esse direito limitado face ao interesse público, que impõe ao paciente informações necessárias.

¹⁹⁷ COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., p. 601 §13; GUILHERME DE OLIVEIRA/ ANDRÉ DIAS PEREIRA, ob. cit., p. 73, apesar de o perigo a que se refere o art. 156.º, n.º 2 do CP não precisar de ser grave ou iminente, não se admite que o médico intervenha baseando-se só num perigo potencial.

5.7. Responsabilidade Civil por Falta de Autorização do Representante Legal dos menores

Comprovada a incapacidade para consentir dos menores, é de recorrer às responsabilidades parentais ou, de modo subsidiário, à tutela, nos termos do art. 124.º do CC¹⁹⁸. De acordo com os arts. 1878.º, n.º 1 do CC e 36.º, n.º 5 da CRP, incumbe aos progenitores zelar pela saúde dos filhos, obrigando-se a que autorizem tratamentos necessários para a salvaguardar. Todavia, esta autorização não se interpreta nunca num genuíno consentimento, enquanto manifestação pessoalíssima da vontade livre dispositora do corpo do titular¹⁹⁹- exteriorização da autonomia sobre a esfera físico-moral intransmissível e por norma indeterminável por outrem. Como o *supra* expedido, assume sentidos distintos da capacidade negocial a capacidade para consentir em matéria do regime de representação legal, cuja aplicação deve obedecer aos valores pessoais e ao interesse superior da criança (Cfr. art. 3.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Do exposto decorre que, o exercício do poder paternal está, à revelia, coartado, sem instituir especificamente uma série de direitos e deveres nesse domínio e em hipótese alguma pode ser autoritário, ou seja, nunca os progenitores dispõem de liberdade total de decisão.

Por outro lado, qualificada como questão de particular importância, por envolver bens jurídicos eminentemente pessoais, é exigido ao tratamento médico a anuência de ambos os progenitores (art. 1902.º do CC). Nesta hipótese, seria correto ponderar a premência e gravidade de certos cuidados, distinguindo-os daqueles cuidados de menor relevância ou não invasivos, por forma a poder facultar ao menor decisão de aceitação dos mesmos, em função da sua capacidade natural, por força do art. 127.º, n.º 1, al. b) do CC²⁰⁰, sob pena de limitação excessiva por jamais poder agir sem a mútua autorização dos pais, mesmo em assuntos triviais.

Se bem que seja incompetente para consentir, o menor tem direito a ser ouvido e a participar no processo de decisão, na medida em que a sua maturidade o permitir (*vide* arts. 1878.º, n.º 2 e

¹⁹⁸ Para uma abordagem sistemática do tema, cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003, pp. 19 e ss.

¹⁹⁹ ROSA CÂNDIDO MARTINS, ob. cit., pp. 812-813. Neste caso, o médico vincula-se a fazer interferir os pais e prestar-lhes esclarecimentos a fim de suprir a vontade do menor. Cfr. arts. 6.º, n.º 4 da CDHB e 21.º, n.º 1 e 25.º, n.º 4 do CDOM.

²⁰⁰ V.g. tratamentos de gripe e constipação. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso...” cit., p. 245, afirmando a aplicabilidade do artigo, por analogia, nos atos personalísticos com pequena importância e neste caso pode envolver compromisso jurídico a ser assumido pelo menor. ELIANA GERSÃO, *A criança, a família e o direito*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014, p. 31

1901.º, n.º 3 do CC, 6, n.º 2 da CDHB, 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança²⁰¹ e 21.º, n.º 3 do CDOM), não sendo o médico escusado de o esclarecer, o que deve estar “*cooptado à competência concreta da criança*”²⁰². Sem embargo de não terem efeito vinculativo, as suas opiniões poderão ser decisivas em relação aos seus próprios interesses e cumpre não as desvalorizar. Em sincronia, devemos contemplar especialmente a própria fragilidade dos menores²⁰³.

Partimos agora para a situação em que não haja acordo prévio dos pais. Sendo pertencente a uma das “questões de particular importância”, um dos progenitores poderá por si só anuir sobre a intervenção médica oportuna ao seu filho se conseguir provar, nos termos do preceituado no art. 1903.º do CC, que o outro progenitor padece de tais impedimentos aí mencionados. Em caso de ausência dessa prova, é permitido, por imposição do art. 1901.º, n.º 2 do CC, requerer ao tribunal uma conciliação. Falhando esta, cabe ao tribunal determinar, após ouvir o menor (n.º 3 do mesmo).

Vislumbramos ainda a hipótese de haver conflito de decisão entre filho e pais. No caso de os pais rejeitarem um tratamento indispensável, para evitar consequências severas e irreversíveis à saúde do filho, segundo os arts. 1918.º do CC e 21.º, n.º 7 do CDOM, importará a intervenção do tribunal no propósito de suprir o consentimento em crise. Sendo o médico, a quem a guarda da criança está confiada de facto como se refere o art. 1915.º, n.º 1 do CC, tem ele legitimidade para invocar a intromissão judicial, a fim de instaurar providências necessárias, recorrendo, por excelência, a um procedimento de limitação do exercício das responsabilidades parentais²⁰⁴. Recordemos que a decisão dos pais não é absoluta, mormente quando se opuser gravemente à saúde do menor.

²⁰¹ Este artigo garante à criança, no domínio da saúde, a receção de informação sobre o cuidado proposto e a participação na decisão médica. Neste sentido, *vide* Comentário Geral n.º 12 (2009) ao artigo 12º da Convenção dos Direitos das Crianças da ONU, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.doc>

²⁰² GERALDO RIBEIRO, *in* ob. cit., p. 129. SÉRGIO DEODATO, *Direito da Saúde*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 209, o médico deve tomar iniciativa de fazer participar o menor. A participação deste é, aliás, acentuada na Norma n.º 015/2013 cit., ao requerer-se a sua assinatura. Cfr. anexo dessa Norma.

²⁰³ A vulnerabilidade dos menores reivindica dever especial de proteção do Estado e da sociedade, segundo o art. 69.º, n.º 1 da CRP. J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 457. Cfr. também art. 27.º, n.º 1 do CDOM

²⁰⁴ Não sendo necessário e proporcional a inibição das responsabilidades parentais, basta uma limitação provisória e concreta destas. GERALDO RIBEIRO, ob. cit., p. 137; ROSA CÂNDIDO MARTINS, ob. cit., p. 824. Cfr. também arts. 91.º, n.º 1 e 92.º, n.º 1 da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro)

No entanto, tal nem sempre se afigura um meio expedito na prática, já que, não deixando margem para dúvida de que a saúde da criança está em perigo, pode ser em vão o diferido procedimento judicial, o qual só parece perceptível enquanto compaginável com as circunstâncias. Ora, face à impossibilidade de um juízo de prognose acerca da necessidade de assistência médica, é de impender sobre o médico um poder-dever de intervir agindo contra a vontade dos pais e sem adquirir o suprimento do tribunal, em prol da saúde do menor. É a vulnerabilidade deste que faz jus a uma tutela maior dos seus bens jurídicos, sendo permitidas apenas intervenções que visem atingir o seu “benefício direto”, nos termos dos arts. 6.º, n.º 1 e 8.º da CDHB²⁰⁵.

Subscrevemos o ensino incisivo de JOÃO ÁLVARO DIAS, que sintetiza que no caso em que se cumule a necessidade inegável do tratamento, a irrazoabilidade da rejeição e a carência temporal, justifica-se a atuação do médico sem concordância dos pais nem suprimento judicial²⁰⁶. É que, prevalece sobre a obtenção imperativa do assentimento a obrigação de salvar o menor, em sintonia com a última *ratio* - o superior interesse deste, o seu bem-estar e a dignidade humana -, o princípio da beneficência, a deontologia médica e as *leges artis* (arts. 4.º, n.º 1, 5.º *in fine* e 21.º, n.º 4 do CDOM), entendimento que atinge uma unanimidade na doutrina²⁰⁷. De facto, tendo em conta o saber especializado e os deveres deontológicos, deve perceber-se que apenas o profissional de saúde *in casu* é que logrará a melhor decisão sobre a saúde da criança. Tal se justifica também por a atuação médica, neste caso, não superar a autonomia do menor, porquanto o dissentimento apenas tem a aquiescência aparente dos representantes legais.

Curiosamente, não raras vezes acontece que os pais recusam transfusões de sangue no filho por razão religiosa, como no caso das Testemunhas de Jeová e de outras pessoas que rejeitam as transfusões, face aos inúmeros perigos de sangue contaminado geradores de outras doenças, assim que administrado. É de incontroversamente declinar tal rejeição a fim de socorrer o menor e, por maioria de razão, a convicção religiosa dos progenitores não se comunica à da criança²⁰⁸.

²⁰⁵ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”, in *Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 44, reconhece que neste caso o médico pode agir com base no direito de necessidade (art. 34.º do CP) e no conflito de deveres (art. 36.º do CP).

²⁰⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, ob. cit., p. 289 nota 126

²⁰⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. ult. cit., p. 244; WALTER OSSWALD, “Limites do consentimento informado”, in *Estudo de direito da bioética*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009, p. 157. *The Belmont Report*, cit., o princípio do respeito por pessoas requer proteções para doentes com capacidade diminuída.

²⁰⁸ Cfr. Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, *Parecer sobre a objecção ao uso de sangue e*

Outra questão de ainda maior confusão será a situação em que os pais recusem a terapia proposta por considerar mais confiante outra alternativa²⁰⁹. Logo questionamo-nos: será esta opção justificação suficiente para a rejeição do cuidado médico em causa? O paradoxo reside, por um lado, na responsabilização do médico que duvida da eficácia da alternativa desejada e, por outro, na intenção dos pais de diminuir os sofrimentos do filho face ao tratamento tradicional e, portanto, optam por recorrer a outro que consideram mais fiável. De qualquer modo, deveria os progenitores ser inteiramente clarificados e o seu motivo fundamentar-se na ótica da ciência médica, repousando, por exemplo, nos resultados prometedores de dada investigação clínica. Seria conveniente ainda que tal decisão fosse examinada pelas autoridades administrativas ou judiciais.

Resumimos a advertência fulcral - a eventual responsabilidade médica por tratamentos num menor sem anuência dos pais nas situações emergentes. Em termos penais, a atuação médica é legítima e não faz incorrer o médico no crime de intervenções arbitrárias, na medida em que a liberdade individual de dispor da integridade física “*não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante*”²¹⁰, não sendo violado nenhum direito da criança nem dos pais. Em sede civil, como o poder paternal não é incondicional nem se traduz num controle absoluto sobre o filho, mas tem como objetivo basilar garantir os interesses primordiais deste, não se poderá responsabilizar o médico que decide atuar, justificando-se a atuação mormente com o consentimento presumido na urgência. De outro modo, seria de lhe imputar, à escala da responsabilidade civil, as consequências do delito referido e do desacatamento ao poder paternal.

Em contrapartida, a recusa dos pais *in casu* é que infringirá as funções paternas. Atendendo

derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos, Parecer 46/CNECV/05, Lisboa, junho de 2005, proferiu que só o próprio doente, capaz de exprimir autonomamente a sua convicção religiosa, pode recusar transfusões de sangue e hemoderivados por tal motivo.

²⁰⁹ Recorde-se o caso britânico de Ashya King em 2014, na notícia de imprensa *Público* (2014), «Médicos ou pais... Quem tem a última palavra no tratamento de uma criança?», 9 de setembro, disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/medicos-ou-pais-quem-tem-a-ultima-palavra-no-tratamento-de-uma-crianca-1669014>. Acontece que os pais de Ashya King (rapaz com 5 anos) pretendiam recorrer a uma terapia alternativa suscetível de propiciar a melhor cura para o tumor cerebral do filho e disponível só em Praga, mas não conseguiram a anuência do médico, resolvendo retirar Ashya do hospital. Embora fossem detidos mais tarde pelas autoridades britânicas, estas acabaram por autorizar o recurso médico existente em Praga.

²¹⁰ COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., p. 603 §17

ao facto de serem da mesma forma consagrados o direito à saúde, garantido a nível constitucional aos menores, a inobservância dos poderes paternais no sentido de promover o interesse supremo destes poderá conduzir ao exercício abusivo da parentalidade e consequentes responsabilidades²¹¹.

5.8. Dissentimento V.S. Responsabilidade Civil Médica

O consentimento, mercê do perfil absoluto do sistema valorativo de cada indivíduo e graças às prolíferas sentenças norte-americanas, vem conquistando reconhecimento no sentido autêntico, isto é, o paciente possui direito, inclusive, a dissentir os tratamentos e da mesma forma a revogar a anuência já prestada²¹². Daí que a aceitação e a rejeição se repute igualmente como opções válidas, na medida em que se originam evidentemente de uma decisão consciente, mesmo que a última implique impactos perniciosos para a saúde.

Como se vê, por mais irracional que seja sob o ângulo médico uma recusa de intervenção, já iniciada ou não, é a faculdade do paciente de decidir em congruência com a sua racionalidade, mera arbitrariedade ou obstinação - imperativo decorrente dos direitos à liberdade de consciência e da integridade física (arts. 41.º e 25.º da CRP) -, reconhecendo-lhe “o direito a escrever a sua biografia” e “o direito de tomar más decisões”²¹³. Desde que a escolha corresponda aos interesses pessoalmente valorizados, alcança a idoneidade física e espiritual.

Mais profundamente, interrogar-nos-emos: deverá o médico levar até o fim a vontade real do paciente e abster-se de o assistir, sem embargo da possibilidade de acarretar a morte do doente? Em suma, trata-se de indagar se essa abstenção em atuar por parte do médico ou, ao invés a sua atuação para salvar a vida do doente, a despeito do dissentimento deste último, conduz ou não à existência de responsabilidade civil. *Quid Juris?*

A doutrina maioritária defende que esta hipótese não se confunde com o homicídio a pedido

²¹¹ LUCIANA FERNANDES BERLINI, ob. cit., pp. 346 e ss., declarando que os pais podem incorrer na responsabilidade civil, para além da responsabilidade familiar, com base no abuso do direito.

²¹² JOÃO VAZ RODRIGUES, “A recusa do paciente: reflexões...” cit., p. 138, “o dissentimento possui densidade mais intensa, pelo menos enquanto persistir, já que reduz ou aniquila arbitrariamente a decisão anterior”.

²¹³ JOÃO VAZ RODRIGUES, *A Recusa do Paciente perante...*, cit., pp. 261, 266, caso contrário, arriscar-se-ia a sujeitar os pacientes a “servidão da inteligência alheia”. ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 265 nota 68, a liberdade de vontade abrange “a liberdade de gerir a sua própria verdade”. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Alguns...” cit., p. 169

da vítima (art. 134.º do CP)²¹⁴e o dever de garante cessará, tanto mais que, por maioria de razão, o legislador não faz sujeitar à eventual perda da vida a condicionante de intervenção médica. Colmatando esta linha de raciocínio, COSTA ANDRADE pontualiza que o sistema português optou por estabelecer a não punibilidade do médico que se abster de assistência, mesmo necessária para salvaguardar a vida, contanto que tal seja a vontade real do enfermo²¹⁵. Efetivamente, não existe hierarquia previamente estabelecida entre os valores fundamentais constitucionalmente garantidos; daí que não haja prevalência absoluta do direito à vida sobre a liberdade de vontade²¹⁶. Por conseguinte, será adequado o médico abster-se de agir perante a vontade recusativa indubitável do doente, sob cominação da responsabilidade pelo tratamento arbitrário, embora com maior possibilidade de justificação em caso de suicídio.

Cumprir advertir que o médico ainda se vincula a clarificar as consequências prejudiciais da recusa, asseverando a autenticidade de uma rejeição “livre, informada e explicitada”. Nesta esteira, o dever de informar e esclarecer pareceria intensificar-se dado que, perante a bondade de tratamento proposto, dever-se-ia reiterar os dados relevantes mais minuciosamente. Em particular, incumbir-lhe-á averiguar os motivos da rejeição, quando esta se afigura assaz inidónea do ponto de vista técnico-médico, cabendo-lhe novas abordagens dos problemas em causa. Com vista à escolha esclarecida, é também obrigatório avisar o paciente das possíveis alternativas terapêuticas (art. 20.º, n.º 3 do CDOM). De notar, porém, que será impossível responsabilizar o médico por não o ter conseguido convencer de certo tratamento que lhe salvaguardaria a saúde²¹⁷.

Um menor capaz de consentir, por sua vez, nem sempre se apresentará competente para dissentir, pese embora a lei lhe confira em certos casos verdadeiros direitos de veto,

²¹⁴ COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., p. 605 §21. DCFR cit., alerta para o assentimento na matéria de eutanásia e distanásia, mas reconhece que é assunto fora do escopo civil e deverá ser resolvido no direito público, em IV.C. - 8:108: *Obligation not to treat without consent*

²¹⁵ COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 456; VERA LÚCIA RAPOSO, ob. ult. cit., pp. 5-6. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação...*, cit., p. 509, negando um “*dever de salvar a vida do suicida*”. PAULA MARTINHO DA SILVA, “A relevância ético-jurídica do consentimento informado em cinco anos de CNECV e um olhar no futuro”, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 66, 69, ambos o Relatório ao Parecer 45/CNECV/05 e o Parecer 46/CNECV/05 cit. (pontos 3-6) o afirmam. Contra, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 207 nota 401, com fundamento na colisão de direitos, dando prioridade ao “*direito de liberdade de ação de salvar a vida de outrem*”. ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 557 e nota 3.

²¹⁶ ANDRÉ DIAS PEREIRA/ EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA FIGUEIREDO, “Diálogo(s) de Direitos Fundamentais no Direito Biomédico”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. I, p. 94. TOM BEAUCHAMP/ JAMES CHILDRESS, ob. cit., pp. 257-258, a maioria das opiniões aponta no sentido de o princípio da beneficência ceder ao da autonomia.

²¹⁷ JOÃO VAZ RODRIGUES, ob. ult. cit., p. 304, nota 535.

independentemente da capacidade para consentir²¹⁸. Diferentemente da recusa do paciente maior e capaz, a qual deve ser cabal e absolutamente respeitada, interrogamo-nos: será que o médico deve acatar um dissentimento do menor que, acompanhado, aliás, pela recusa do seu representante legal, se preste a danos atendíveis?

Em primeiro lugar, como *supra* dissertámos, a decisão do representante legal não se afigura definitiva neste domínio sempre que contrariar o interesse fundamental do menor ou este dispuser do discernimento necessário para se autodeterminar. Em segundo lugar, perante a irracionalidade da decisão do menor, o médico deverá reaquilatar a sua capacidade para consentir e empenhar maior diligência na excogitação dos motivos recusativos e na explanação das consequências nefastas, o que permitirá concluir que, caso se verifique um desequilíbrio drástico dos interesses em jogo, a rejeição do menor será de toda injustificada e lhe faltará capacidade para dissentir, pelo que o médico poderá e deverá agir em prol do melhor interesse da criança, desrespeitando a sua vontade²¹⁹. Comprovando este raciocínio em certa medida o art. 6.º, n.º 1 e n.º 5 da CDHB, a desresponsabilização do médico não parece desajustada senão eficaz para sopesar os valores essenciais, desde que a intervenção vise, decisivamente, assegurar os benefícios superiores da criança.

Sublinha-se que, com o objetivo de garantir valores constitucionais que contêm ponderações supra-individuais - por excelência a constância da saúde pública, da segurança pública e a realização da justiça -, o legislador prescreveu, contra a autodeterminação pessoal, patentes autorizações legais para intervenção médica, cujo fundamento legal principal se encontra nos arts. 64.º do CRP e 26.º da CDHB²²⁰. Escusado será dizer que se trata aqui de uma exceção do dever de obter o consentimento, legitimando-se os tratamentos em detrimento da recusa do doente. Deve-se tomar consciência, contudo, que tais autorizações não isentam o médico da obrigação

²¹⁸ Cfr. arts. 8.º, n.º 4 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, 20.º, n.º 2, al. v) da CDHB; arts. 7.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril e 17.º, n.º 1, al. v) da CDHB. ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, ob. cit., p. 153

²¹⁹ JOÃO VAZ RODRIGUES, “A recusa do paciente: reflexões...” cit., pp. 147-149, em caso dos menores é de garantir primordialmente os bens jurídicos vida e saúde. ANA AMORIM, ob. ult. cit., p. 119, é exigido ao menor, quanto à recusa, “*um nível de competência superior ao que é necessário para consentir*”, porquanto tem de compreender as consequências prejudiciais da sua recusa.

²²⁰ Trata-se de um tema pertencente ao Direito da Saúde Pública e merecedor de sindicância autónoma que extravasa o nosso estudo. Mais desenvolvimento, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., pp. 227, 521 e ss.

exigida pelo direito a ser informado e esclarecido²²¹, preservando assim, na maior medida, o respeito pela dignidade humana.

6. Da síntese à conclusão

6.1. A Síntese

Numa sociedade liberal que se identifica mais com a dimensão jurídica, em virtude da maior sensibilização da percepção da dignidade humana, que contribui para a incrementação da autonomia pessoal e liberdade consciente, para a superação do paternalismo clínico e a transformação radical do aforismo bioético e deontológico médico, a relação médico-paciente autoritária passa a ser fundamentada na paridade interpessoal. À medida dessa revolução, o consentimento informado vem adquirindo significância dogmática inquestionável - dimensão específica do direito à personalidade -, que consubstancia tanto pressuposto como baliza da atuação médica.

Na verdade, a indagação das jurisprudências dos últimos anos permite-nos constatar que o instituto se vem reforçando pela concretização e assimilação jurídica, apresentando-se não apenas deontológico, mas elevando-se antes a um evidente vetor da boa prática clínica e dever legal de respeitar a autodeterminação pessoal. É que, num domínio repleto de avaliação subjetiva e desprovido de legislação suficiente, a adoção apropriada das orientações doutrinárias depende, primariamente, do empenho e de uma atitude correta de cada profissional.

Tratando-se de ato quase-negocial, o consentimento, via de regra, não se constringe nem à modalidade nem à formalidade e até pode, excepcionalmente, ser presumido, devendo, de todo o modo, ser declarado antes da intervenção cirúrgica pelo paciente capaz de consentir e munido de informação esclarecida, de harmonia com os bons costumes e a ordem pública.

Ainda que seja um enfermo incompetente de consentir, as suas opiniões devem ser ponderadas no processo de decisão. Mesmo que se encontre inconsciente, nunca se pode desconsiderar as suas vontades previamente manifestadas. Se não for possível identificar tais

²²¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, ob. ult. cit., p. 68, “*o interesse público só exigirá que se retire a faculdade de recusar a intervenção*”.

vontades e a decisão do representante legal insista num sentido irrazoável, convém instaurar um processo judicial para autorizar a intervenção médica. Na hipótese em que tal não seja viável, nomeadamente na situação de urgência, não vislumbramos qualquer entrave à atuação médica imediata que visa o melhor interesse do paciente.

A propósito da capacidade para consentir no domínio da saúde, e ao reconhecer a sua fisionomia peculiar, será plausível instituir uma figura autónoma que se prende intimamente com a dimensão bio-psicológica pessoal e possui valor dogmático distinto da capacidade negocial. Destarte, no intuito de determinar a capacidade para consentir dos menores, militamos no sentido de adotar primordialmente o critério do discernimento necessário, concedendo, assim, maior elasticidade e abandonando um dos aspetos paternalistas. Tratando-se igualmente de sujeitos dos direitos mercedores da liberdade, é de lhes assegurar um espaço privilegiado para a autodeterminação de saúde. Impedi-los, absolutamente, de tomar decisão clínica não é menos que uma adversidade à dignidade humana.

Em referência à formalização, os institutos de saúde vêm avançando com diversos formulários no sentido de garantir um consentimento. É de relevância capital uma vigilância sobre a sua maleabilidade em relação a pluriformes processos clínicos. É consentâneo, senão mesmo imperioso, não apenas desenvolver um sistema criterioso de registo do consentimento no dossier clínico do paciente, que contém particularmente anotações da capacidade para consentir, informações transmitidas correspondentes a cada ato médico e um verídico diálogo explicativo, como também manter este registo como prática habitual exigível, passível de certificar a presença e autenticidade de consentimento. Não obstante a falta “infeliz” de não estar legalmente postulado este dever, a sua ausência implica uma atitude insensível sobre o regime em análise.

A extensão de informação adequada, por seu turno, tem-se alargado ao longo dos tempos²²². Todavia, não se poderia exigir que se englobasse nela aspetos de essencialidade fútil na formação de decisão, sob pena de desvirtuar a bondade da ciência médica e a confiança na relação médico-paciente. Ora, a exigibilidade da obrigação deveria ser restringida na estrita medida em

²²² JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento...*, cit., pp. 252 e ss., sugere-se que ela inclua a saúde, as qualificações, os interesses pessoais e económicos, a estatística sobre reveses do cirurgião, diversos aspetos da intuição de saúde (v.g. suficiência de operários, técnicas e equipamentos, existência de alternativas terapêuticas), etc.

que as circunstâncias substanciais na sociedade o permitirem, não sendo plausível incumbir ao médico um dever tão penoso que se desvie radicalmente da realidade.

Contempladas as causas exógenas e endógenas da falta do consentimento esclarecido, ousaremos determinar a responsabilidade civil do médico em causa. Transgride, em primeiro momento, o direito à autodeterminação individual a intervenção médica sem consentimento, que configura uma causa de exclusão da ilicitude, e ofende, subsequentemente, a integridade física e psíquica sem justificação, o que corresponderá à primeira modalidade de ilicitude ou à segunda modalidade de ilicitude (infração das normas de proteção atinentes a essa matéria) no panorama delitual; enquanto terá por assente um incumprimento ou cumprimento defeituoso dos deveres de informar e esclarecer e de obter o consentimento no plano contratual.

Com base nisso, é permitido ao lesado solicitar um montante indemnizatório tanto pelos danos patrimoniais como não patrimoniais, desde que o agente médico tenha agido negligentemente e a sua conduta ou os riscos daí provenientes estejam, mesmo indiretamente, conexionados terminantemente com os prejuízos ocorridos, de acordo com o âmbito de proteção de normas relacionadas ou a esfera de riscos, sob prisma da causalidade fundamentadora.

Neste ensejo, o ónus de provar que prestou informação e explanação devidas e obteve o consentimento recairá sobre o médico, seja por força dos argumentos processualísticos - igualdade processual, prova diabólica de facto negativo, colaboração na demonstração da verdade -, ou por razões substanciais - prova de facto impeditivo e dever de documentação. Acrescente-se, nenhum obstáculo se levanta contra a possibilidade de utilizar presunções judiciais no sentido de escamotear as desigualdades de armas entre os envolvidos no processo, caracterizado por conhecimentos especializados.

De qualquer forma, é de angular importância a circunspeção do caso como imagem global, ponderando eventuais comportamentos alternativos lícitos do médico, vantagens obtidas com o tratamento, falta de colaboração do paciente, exceções às obrigações, e até fatores sociais como recursos económicos, nível literário da população, proporção entre consumidores e profissionais e condições de trabalho destes, a fim de se acertar uma solução um tanto ou quanto equitativa.

6.2. Conclusão

Salvo as raríssimas situações preceituadas na lei, é necessário ser imperativo o consentimento esclarecido do paciente e a sua implementação correta, com o alvo precípuo de corroborar a confiança - núcleo da relação em análise, ao alicerçar em larga medida a vontade do paciente de transmitir informações íntimas, que, por sua vez, servem para fundamentar uma comunicação atinente a determinado exame e cuidado por parte do médico, destinada à decisão elucidada do primeiro, que de outra forma seria frustrada. A saber, da restrição da confiança alimentar-se-á o ceticismo; daí uma quebra sensível da relação clínica.

Assim sendo, o regime promove a humanização dos atos médicos - perspetivar o paciente como “pessoa” em vez de mero “objeto” da atuação -, reconhecendo que o doente é o dono do seu próprio corpo - senhor dotado dos mais sensatos juízos e escolhas livres de acordo com o seu universo valorativo -, e, o mais importante, venera a primordial dignidade da pessoa humana. O instituto contribuirá, inclusivamente, para uma maior segurança das terapêuticas, traduzindo-se num projeto mais circunspeto da vida futura e numa transparência tal que levará a que a generalidade da população aumente a sua confiança na eficácia e benefícios que a medicina e sua terapêuticas podem oferecer. À vista disso, diminuirá as conflitualidades e semeará uma confiança médico-paciente mais densa. O médico, desta feita, poderá aproveitar um melhor gerenciamento do custo-eficácia.

Perscrutadas a doutrina e jurisprudência portuguesas, afigura-se notável uma insuficiência e equivocidade de legislações a respeito do consentimento, o que se mostra compreensível até certo ponto por ser difícilimo regulamentar uma realidade interminavelmente polimórfica, dominando no campo da saúde o casuísmo. Apesar disso, como na sociedade pluralista coexistem as mais variadas divergências, parece urgente normalizar as ideias cruciais que já logram reconhecimento maioritário. Seria louvável uma iniciativa legislativa idónea a sistematizar um enquadramento legal do regime, mormente a ajustar a força vinculativa de dados aspetos, retificar as perplexidades consciencializadas e as esporádicas antinomias entre as disposições avulsas vigentes. Dever-se-ia legislar no sentido de densificar vertentes essenciais como a capacidade para consentir, o critério valorativo de informação, a repartição do ónus da prova e a responsabilidade civil em causa. Todavia, não se prescinde que com tal regulamentação se deixe

de estabelecer regras exclusivamente deontológicas e deveres jurídicos de cuidado articulando com as *leges artis* e se solicite resoluções ético-jurídicas do Conselho de Ética.

De notar, não obstante ser de mérito incontroverso a tutela da autonomia pessoal, pugnamos por uma ponderação equilibrada de molde a esconjurar um hiperdesenvolvimento dos direitos do paciente. Com efeito, à luz do princípio da justiça distributiva²²³, a responsabilidade médica deve circunscrever-se aquém do alcance razoável imposto pelas regras de equidade, repudiando qualquer encargo exorbitante suscetível de estagnar a inovação da ciência médica e distorcer a solidariedade da medicina. Deve-se começar a situar o foco numa responsabilidade partilhada, posto que para o paciente, quanto mais poder possuir maior responsabilidade terá de assumir. Caso contrário, sobrecarregar-se-ia a classe profissional médica e tornar-se-ia infrutífera a finalidade dos atos médicos.

Se é certo que a decisão terapêutica é uma gestão de riscos e visa clarificar a assunção destes implicadora de responsabilidades médicas, a doutrina do consentimento informado tem-se dedicado a consolidá-las, mesmo no sistema anglo-saxónico, onde só dificilmente se logrará um ressarcimento neste contexto, os médicos passam a assumir deveres mais extensos, o que ainda se justifica, do ponto de vista moral, com maior confiança depositada no médico. Perante os comportamentos antijurídicos, a irresponsabilidade seria toda injustificável, especialmente em intervenções passíveis de impactos devastadores, sendo que o médico poderia ficar sem consequência apesar de evidente violação e as vítimas seriam privadas de qualquer compensação, suportando por si próprias todos os prejuízos genuinamente sofridos, escamoteando assim os valores éticos e juridicamente sublimes e aniquilando o respeito pela *dignitas humana*.

Para terminar, fazemos votos de que o presente estudo contribua para uma consciencialização fundamentada e profunda sobre as questões abordadas, sobre algumas resoluções do impasse axiológico e pragmático nesta matéria e uma reflexão, senão mesmo uma efetivação, do melhoramento do regime vigente, com vista a um relacionamento mais consistente entre profissional médico e paciente.

²²³ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade...*, cit., p. 17

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, edição da AAFDL, Lisboa, 1996

ALMEIDA, LEONOR DUARTE DE, “Consentimento informado. Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para a sua obtenção - Breves considerações”, *Revista da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia*, Vol. 35, n.º 1 (Janeiro-Março 2011)

AMORIM, ANA, “O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011)

AMORIM, ANA, “O consentimento informado de menores de idade na actividade pericial forense”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XXI, n.º 23 (2012)

ANDRADE, COSTA, *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2004

ANDRADE, COSTA, *Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial* (dirigido por JORGE FIGUEIREDO DIAS), Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 1974

ANTUNES, ALEXANDRA, “Consentimento Informado”, in *Ética em Cuidados de Saúde* (coord. DANIEL SERRÃO, RUI NUNES), Porto Editora, Porto, 1999

ARRUDA, VIVIAN LACERDA, “O consentimento informado e a responsabilidade civil no direito farmacêutico”, *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18 (2012)

BAR, CHRISTIAN VON/ CLIVE, ERIC/ SCHULTE-NÖLKE, HANS, *Draft Common Frame of Reference of Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (doravante DCFR), disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/DCFR.html>

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia Editora, Cascais, 2017

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Danos - Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, Príncipia Editora, Cascais, 2018

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Responsabilidade civil médica e nexos de causalidade - Tópicos de compreensão de um problema clássico do direito delitual”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4

(2019), Vol. II

BEAUCHAMP, TOM/ CHILDRESS, JAMES, *Principles of biomedical ethics*, 4.^a ed., *Oxford University Press*, Nova Iorque, 1994

BERLINI, LUCIANA FERNANDES, “Responsabilidade civil pelo exercício abusivo da autoridade parental no âmbito sanitário”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. II

CANOTILHO, J. J. GOMES,/ MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CASTRO, JORGE ROSAS DE, “Consentimento informado e medicina defensiva”, in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil* (coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA), 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

CARVALHO, RICARDO MIGUEL PINTO DE, *A Natureza Jurídica e o Regime do Consentimento Prestado para Ensaaios Clínicos*, Coimbra, 2013, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34989/1/A%20Natureza%20Juridica%20e%20o%20Regime%20de%20Consentimento%20prestado%20para%20Ensaaios%20Clinicos.pdf>

CLOTET, JOAQUIM, “O consentimento informado: uma questão do interesse de todos”, *Medicina - Conselho Federal*, n.º122/123 (2000)

Conselho Nacional da Qualidade, *Boas Práticas de Farmacêuticas para a farmácia comunitária*, 3.^a Ed., Ordem dos Farmacêuticos, 2009, disponível em: https://www.ordemfarmaceuticos.pt/fotos/documentos/boas_praticas_farmaceuticas_para_a_farmacia_comunitaria_2009_20853220715ab14785a01e8.pdf

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 7.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2017

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de direito civil português*, Vol. I parte geral, Tomo III - Pessoas, Almedina, Coimbra, 1999

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006

COUTINHO, DIANA SOFIA ARAÚJO, *Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil*, 2015, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/50354>

DANTAS, EDUARDO, “How informed should consent be? A brief analysis on consent and autonomy under the european convention on human rights and biomedicine”, *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 17 (2012)

DANTAS, EDUARDO, “*When consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy*”, *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15 (2011)

DANTAS, EDUARDO, “Diferença entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente”, *Lex Medicinæ*, n.º 8 (2007)

DEODATO, SÉRGIO, *Direito da Saúde*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017

DIAS, CARLOS DE MELO, *Consentimento Informado como mediador razoável da relação profissional de saúde-doente*, Formasau, Coimbra, 2003

DIAS, FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral - Tomo I*, 3.ª ed., GESTLEGAL, Coimbra, 2019

DIAS, FIGUEIREDO/ MONTEIRO, SINDE, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *BMJ* n.º 332 (Janeiro de 1984)

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

DIAS, JOÃO ÁLVARO, “Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Vol. III, n.º 4 (1994)

Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento Informado - Relatório Final*, 2009, disponível em: https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf

FERNANDES, CAROLINA FERNÁNDEZ/ PITHAN, LÍVIA HAYGERT, “O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética”, *Rev HCPA*, vol. 27, n.º 2 (2007)

FIDALGO, SÓNIA, “Responsabilidade Penal na Equipa Hospitalar: a Responsabilidade do Farmacêutico”, *Lex Medicinæ* ano 7, n.º 14 (2010)

GERSÃO, ELIANA, *A criança, a família e o direito*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2014

GODINHO, ADRIANO MARTELETO, “Consentimento Informado, Consentimento Presumido e o Dano à Autodeterminação dos Pacientes”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. I

GOLDIM, JOSÉ ROBERTO, “O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia”, *Revista AMRIGS*, vol. 46, n.º 3,4 (2002)

GOMES, CARLA AMADO, “*With great power comes great responsibility*: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente”, in *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, ICJP, Lisboa, 2014, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf

GOMES, JOAQUIM CORREIA, “Constituição e consentimento informado: Portugal”, in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

GOMES, JOAQUIM CORREIA, “Responsabilidade Civil Médica II, Consentimento Informado I”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 5 (2019)

GRISSE, THOMAS/ APPELBAUM, PAUL S., *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1998

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007

IVONE, VITULIA, “Informed consent in aesthetic treatments: remarks on a recent judgment of the Italian Supreme Court”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2016

JÓLLUSKIN, GLORIA/ TOLDY, TERESA, “Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania?”, *Antropológicas*, n.º 12 (2011)

JORGE, FERNANDO PESSOA, “Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil”, Almedina, Coimbra, 1995

KENNEDY, IAN/ GRUBB, ANDREW. *Medical Law*, 3.ª ed., Butterworths, Londres, 2000

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.ª ed., Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018

LIMA, PIRES DE,/ VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987

MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2016

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Responsabilidade Civil por Ato ou Omissão do Médico: Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional” in *Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011

MARTINS, ROSA CÂNDIDO, “A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

MELO, MARTA REIS, “A importância do consentimento, independência médica vs. Autodeterminação do doente”, *MaiaJurídica*, Ano III, n.º 1 (2005)

MINOSSO, JOSÉ GUILHERME, “O consentimento informado. Qual o seu real valor na prática médica?”, *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol. 38, n.º 3 (2011)

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*, Vol. II, Coimbra, 2006

MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989

National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, The Belmont Report, Estados Unidos, 1979, disponível em: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>

NETO, LUÍSA, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo : a relevância da vontade na configuração do seu regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

NUNES, MANUEL ROSÁRIO, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Atos Médicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007

NUNES, RUI, “Consentimento informado e boa prática clínica” in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

NYS, HERMAN, “The information rights of the patient in the European Patients’ Rights Directive”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2016

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado”, in *Temas de Direito da Medicina I*, 2.ª ed. aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Auto-regulação profissional dos médicos”, in *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, 2.ª ed. aumentada, Coimbra, 2005

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “O fim da «arte silenciosa»”, in *Temas de Direito da Medicina I*, 2.ª ed. aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, in *Temas de Direito da Medicina I*, 2.ª ed. aumentada, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, 2.ª ed. aumentada, Coimbra, 2005

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)”, *Lex Medicinae*, n.º 23-24 (2015)

OLIVEIRA, GUILHERME DE/ PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, disponível em:

https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/ConsInfLivroPratico_0.pdf

OLIVEIRA, GUILHERME DE/ MONIZ, HELENA/ PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Consentimento informado e acesso ao processo clínico - um anteprojecto de 2010*, disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Consentimento-informado-e-acesso-ao-processo-clinico-%E2%80%94-um-anteprojecto-de-2010.pdf>

OSSWALD, WALTER, “Limites do consentimento informado”, in *Estudo de direito da bioética*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2009

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “Responsabilidade Civil Médica II, Consentimento Informado I”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 5 (2019)

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in *Responsabilidade civil dos médicos*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “A Consagração do Direito ao Consentimento Informado na Jurisprudência Portuguesa Recente”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2016

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “O Consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: Uma proposta para o seu controlo jurídico”, *BFD* Vol. LXXVI (2000)

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Alguns aspetos do consentimento informado”, *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico Criminais*, n.º 0 (2014)

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Diretivas antecipadas de vontade em Portugal”, in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, 2008, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*, 2007, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/32926>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Novos Desafios da Responsabilidade Médica: Uma proposta para o Ministério Público*, 2004, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/2525>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O consentimento informado na experiência europeia*, 2010, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/14549>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Dever de Documentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspectiva europeia*, 2006, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/2795>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Um Direito da Saúde para a Europa?*, 2010, disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF3/002215.pdf>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O Sigilo Médico: análise do direito português*, 2009, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/10576>

PEREIRA, ANDRÉ DIAS,/ FIGUEIREDO, EDUARDO ANTÓNIO DA SILVA, “Diálogo(s) de Direitos Fundamentais no Direito Biomédico”, *Cadernos da Lex Medicinae*, n.º 4 (2019), Vol. I

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Coimbra, 2007

PINTO, PAULO MOTA, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

PINTO, PAULO MOTA, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica 40*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

PINTO, PAULO MOTA, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *BFD* n.º 69 (1993)

PINTO, PAULO MOTA, “Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau”, *BFD* Vol. 76 (2000)

PINTO, PAULO MOTA, “Anteprojeto de localização do Código Civil em Macau na parte relativa aos direitos de personalidade”, *BMJ* n.º 488 (Julho de 1999)

PRINZO, BRUNA MAIA, *A prova da responsabilidade médica*, 2017, disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/32548>

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Consentimento informado, causalidade e ónus da prova em responsabilidade hospitalar”, in *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, ICJP, Lisboa, 2014, disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf

RAPOSO, MÁRIO, “Consentimento informado na relação médico-doente”, *O Direito*, Ano 124, III (1992)

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Do ato médico ao problema jurídico. Breves Notas sobre o Acolhimento da Responsabilidade Médica Civil e Criminal na Jurisprudência Nacional*, Almedina, Coimbra, 2015

RAPOSO, VERA LÚCIA, *Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, 2013, disponível em: https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf

RAPOSO, VERA LÚCIA, *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*, disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>

RIBEIRO, GERALDO, “Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para os actos médicos”, *Lex Medicinæ* Ano 7, n.º 14 (2010)

RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

ROBERTSON, GERALD, *Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes*, Canadá, 1991, disponível em: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/3601>

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal: Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”, in *Direito da Medicina I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, *Revista do CEJ*, n.º 16 (2011)

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento / Consentimento do Doente”, *Data Venia*, Ano 1, n.º 1 (2012), disponível em: <http://www.datavenia.pt/edicoes/68-edicao01>

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 Editora, Coimbra, 2001

RODRIGUES, JOÃO VAZ, *A Recusa do Paciente perante Intervenções Médicas*, Évora, 2015

RODRIGUES, JOÃO VAZ, “Do exercício da medicina: dos «médicos escravos para escravos e (dos) médicos livres para os homens livres»”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2016

RODRIGUES, JOÃO VAZ, “A recusa do paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários, 2013

SANTOS, ANDRÉ TEIXEIRA DOS, “Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 118 (2009)

SERRA, VAZ, “Provas, Direito probatório material”, *BMJ* n.º 110 (1961)

SERRA, VAZ, “Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual”, *BMJ* n.º 85 (1959)

SERRA, VAZ, “Reparação do dano não patrimonial”, *BMJ* n.º 83 (1959)

SERRA, VAZ, “Objecto da obrigação a prestação - suas espécies conteúdo e requisitos”, *BMJ* n.º 74 (1958)

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1995

SILVA, PAULA MARTINHO DA, “A relevância ético-jurídica do consentimento informado em cinco anos de CNECV e um olhar no futuro”, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

SIMÕES, FERNANDO DIAS, *A prestação de serviços médicos em Portugal. Consentimento esclarecido e responsabilidade civil*, 2013, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2295467>

SOTTOMAYOR, MARIA CLARA, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou separação judicial de pessoas e bens*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2003

SOUSA, LUÍS PIRES, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo e prova pericial)”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários, 2013

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Sobre o ónus da prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, edição da AAFDL, Lisboa, 1996

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

TOMÉ, PATRICIA RIZZO, “O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil Decorrente”, *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4 (2019), Vol. II

U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical Malpractice, U.S. Government Printing Office, Washington DC, 1994

VARELA, AMÉRICO/ PINTO, EZEQUIEL/ CARRAGETA, MANUEL, “Comunicação médico-doente e consentimento informado em Portugal”, *Saúde & Tecnologia*, n.º 15 (2016)

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016

VARELA, ANTUNES, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017

VICENTE, MARTA NUNES, “Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a jurisprudência Perruche”, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n.º 11 (2009)

WANDLER, MICHELLE, *The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy*, Harvard University DASH repositior, disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852197>

WHITE, BECKY COX, *Competence to Consent*, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1994