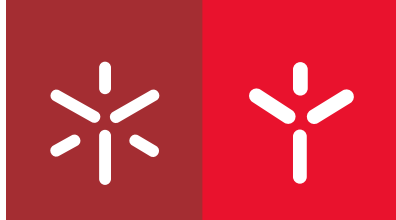




**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Mara Sofia da Silva Ferreira

**Da Responsabilidade Civil do Médico por  
Falta de Consentimento Informado**



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Mara Sofia da Silva Ferreira

## **Da Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da  
**Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva**

janeiro de 2015

## DECLARAÇÃO

**Nome:** Mara Sofia da Silva Ferreira

**Endereço eletrónico:** maraferreira1@gmail.com

**Número do Bilhete de Identidade:** 13261674

**Título da dissertação:** Da Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado

**Orientadora:** Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva

**Ano de conclusão:** 2015

**Designação do Mestrado:** Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, 30 de janeiro de 2015.

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus Pais e à minha Irmã, a quem tanto devo.

À minha Orientadora, pela sabedoria, pelo rigor e pela disponibilidade.

Ao Pedro Nuno, pela paciência e pela força.

À Mariana, minha fiel amiga.

A toda a minha família, por nunca duvidar.

Aos meus amigos, pelo ânimo.



## **RESUMO**

Um olhar atento permite afirmar que a maioria das ações de responsabilidade civil médica tem por base a falta de diálogo na relação médico-paciente.

Nascem, essencialmente, da falta de informação, especialmente no que respeita aos riscos inerentes à realização de certa intervenção ou tratamento. A isso acresce a não rara falta de disponibilidade do médico para prestar esclarecimentos.

Somos mesmo tentados a afirmar que, em determinados casos, essas ações podiam ser evitadas com um mero pedido de desculpas quando as coisas não correm bem...

Com a presente dissertação propomo-nos a abordar a temática da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado, procurando delinear os seus contornos e identificar as suas fragilidades, na esperança de lhe oferecermos o nosso melhor contributo.



## **ABSTRACT**

A watchful eye allows you to assert that most medical liability actions are based on the lack of dialogue in the doctor-patient relationship

These actions are born essentially from lack of information, especially regarding the inherent risks when conducting certain intervention or treatment. Additionally, isn't uncommon, the lack of availability of the physician for provide clarification.

We are even tempted to say that, in certain cases, these actions could be prevented with a simple apology when things don't go well...

With this thesis we propose to address the issue of liability of the doctor for lack of informed consent, seeking to outline the contours and identify their weaknesses, hoping to offer our best contribution.





## ÍNDICE

Abreviaturas.....	xi
Notas Introdutórias .....	1
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E JURÍDICO DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	
3	
1. Noção de Consentimento Informado .....	3
2. Breve Evolução Histórica.....	6
3. O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português.....	12
3.1. Na Constituição da República Portuguesa .....	13
3.2. No Código Civil .....	17
3.3. No Código Penal .....	21
3.4. Na Lei Administrativa.....	27
3.5. No Código Deontológico da Ordem dos Médicos .....	29
CAPÍTULO II – DECLARAÇÃO DE CONSENTIMENTO .....	
33	
1. Modalidades da Declaração de Consentimento.....	33
1.1. Consentimento Expresso e Consentimento Tácito.....	33
1.2. Consentimento Presumido.....	35
2. Forma do Consentimento .....	37
2.1. A Utilização de Formulários para a Prestação de Consentimento .....	39
3. Tempo do Consentimento.....	41
4. Revogabilidade .....	43
CAPÍTULO III – REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO INFORMADO .....	
47	
1. A (in)Capacidade para Consentir .....	48
1.1. O Caso dos Menores: Algumas Notas sobre a sua Capacidade para Consentir e os Modos de Suprir a sua Incapacidade. ....	51
1.2. Os Interditos e os Inabilitados por Anomalia Psíquica .....	61
1.3. A Incapacidade Acidental .....	64
2. Informação e Esclarecimento .....	66
2.1. Algumas Notas sobre a Posição de Terceiros no Quadro das Doenças Infecto-contagiosas.....	68
2.2. Conteúdo da Informação .....	71
2.3. Critério do Médico e do Paciente Razoável e do Paciente em Concreto .....	74
3. Respeito pelos Bons Costumes e pela Ordem Pública .....	76

CAPÍTULO IV- RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO.....	79
1. Considerações Introdutórias: a Responsabilidade Civil.....	79
2. Natureza da Responsabilidade Civil Médica por Falta de Consentimento Informado.....	83
3. Análise dos Pressupostos.....	90
3.1. O Facto.....	90
3.2. A Ilícitude.....	92
3.3. A Culpa.....	94
3.3.1. A Questão do Ónus da Prova.....	97
3.4. O Dano.....	103
3.4.1. Ressarcibilidade dos Danos não Patrimoniais.....	107
3.5. O Nexo de Causalidade entre o Facto e o Dano.....	108
Notas Conclusivas.....	111
Bibliografia.....	117
Índice Jurisprudencial.....	125

## ABREVIATURAS

AA	Autores
ac.	Acórdão
al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
CDHB	Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CNEV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
cfr.	Confrontar
Cód. Civil	Código Civil
Cód. Penal	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGS	Direcção-Geral de Saúde
DL	Decreto-lei
Ed.	Edição
LBS	Lei de Bases da Saúde
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
SNS	Serviço Nacional de Saúde

ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

A presente dissertação prende-se com o tema da Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado.

O estudo iniciar-se-á com uma análise da evolução histórica do consentimento informado, com o propósito de nos lembrarmos que ao paciente nem sempre foi reconhecido um estatuto digno da sua qualidade de pessoa humana.

De seguida, surgiremos com uma noção de consentimento informado tal como o entendemos, ou pelo menos idealizamos.

Cumprirá, ainda, abarcar a declaração de consentimento, referindo a forma, o tempo e as modalidades do consentimento, sem descurar o relevante princípio da livre revogabilidade e não ressarcibilidade.

Mais atenção merecerá, necessariamente, a análise dos requisitos do consentimento informado para finalmente desembocarmos no estudo da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado.

Para terminar, esta nossa escolha motivou-se na séria convicção de que este é um domínio do Direito ao qual, infalivelmente, não escaparemos.



# CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E JURÍDICO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

## 1. NOÇÃO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O exercício da medicina deve pautar-se pelos princípios da autonomia, da beneficência e da justiça<sup>1</sup>. Sobre o médico recai o dever de tratar, de atuar de acordo com as *leges artis*<sup>2</sup>, de observar sigilo e de respeitar o doente. Este dever de respeito encerra em si um dever de informar, de confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento do paciente<sup>3</sup>.

Do latim *consentīr*, consentir significa permitir, tolerar, aprovar, dar consentimento, anuir, assentir<sup>4</sup>. Transpondo o conceito para o plano da acção médica, é correto afirmar-se que o consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza “(...) uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral”<sup>5</sup>.

O consentimento informado poderá ser definido como “o assentimento livre e esclarecido que deve ser prestado por qualquer pessoa relativamente a quaisquer actos médicos que lhe digam respeito, tenham eles a finalidade preventiva ou de diagnóstico, terapêutica ou de experimentação”<sup>6</sup>.

Sucedem que, regra geral, o doente está desprovido de competências técnicas que lhe permitam efetivamente avaliar e compreender o seu estado de saúde e o eventual

---

<sup>1</sup> O princípio da autonomia traduz-se no reconhecimento do direito à autodeterminação do paciente. O princípio da beneficência significa a obrigação de o médico garantir o bem-estar do paciente, comprometendo-se a providenciar no sentido de futuramente tornar mais fácil o cumprimento dessa obrigação. Por último, o princípio da justiça refere-se à obrigação médica de “dar a cada pessoa o que lhe é devido”, funcionando aqui como uma justiça distributiva que garanta uma repartição equitativa dos benefícios e dos sacrifícios. Para mais desenvolvimentos, vide JEOVANA VIANA ALVES, *Ensaio Clínicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 56-71.

<sup>2</sup> Tal como MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3ª Ed., Lisboa, Reis dos Livros, 2000, p. 288, empregamos o conceito para designar “(...) a perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados”.

<sup>3</sup> Neste sentido, 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, Coimbra Editora, 2001, p. 24.

<sup>4</sup> Dicionário da Língua Portuguesa, 7ª Edição, Porto, Porto Editora, p. 460.

<sup>5</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 24.

<sup>6</sup> JOSÉ RUI COSTA PINTO, *Bioética para todos*, Braga, Editorial A.O., 2006, p. 50.



tratamento. Assim, para que haja um consentimento informado, incumbe ao médico – na qualidade de profissional de saúde habilitado para o efeito – fornecer ao doente as informações de que dispõe, com todas as limitações que esse dever de informação encerra<sup>7</sup>. Posto isto, ao paciente é permitido, em consciência, decidir<sup>8</sup>, sublinhe-se, mesmo que erradamente.

Desde já, importa reter duas apreciações: o consentimento não se traduz num mero ato isolado e deve ser um consentimento informado<sup>9</sup>.

Clarificando, como sustenta – e bem – ÁLVARO DIAS, “o consentimento é um processo e não uma forma. O consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção”<sup>10</sup>.

Como tal, declinamos, desde já, a ideia de que com a mera assinatura de uma declaração de consentimento possa falar-se num consentimento informado. Na verdade, muito embora se compreenda a exigência da certificação documental das declarações de informação e de vontade<sup>11</sup>, esta formalização (ou formalidade) deverá obrigatoriamente ser precedida e sucedida da prestação recíproca de informações e esclarecimento<sup>12</sup>.

Esquemáticamente, este processo dialógico poderá ser representado da seguinte forma: “(..) informação – esclarecimento – consentimento – intervenção – informação – convalescença – informação ..”<sup>13</sup>.

Deste modo, o consentimento informado não se esgota num simples ato, como seja o da assinatura da declaração de consentimento, mas antes se prolonga por toda a relação médico-paciente.

---

<sup>7</sup> Referimo-nos aos casos de privilégio terapêutico e à inevitável margem de erro que pautam a actividade médica.

<sup>8</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ... cit.*, p. 17.

<sup>9</sup> Utilizaremos as expressões *consentimento informado* e *consentimento esclarecido* como sinónimos, tal como ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 75, e JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ... cit.*, p. 49 e ss.

<sup>10</sup> JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 281.

<sup>11</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ... cit.*, p. 19.

<sup>12</sup> Como afirma JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida ... cit.*, p. 281, a assinatura, pelo doente, de formulários de consentimento não pode sub-rogar-se nem tão-pouco sobrepor-se à troca de informações recíprocas.

<sup>13</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p.28.

Mais, a necessidade de consentimento informado pode, não raras vezes, perdurar após a convalescença. A título de exemplo, se dos tratamentos resultarem sequelas e, ainda que essa hipótese tenha sido contemplada pelo médico e comunicada ao paciente, pode surgir a necessidade de lhe prestar novas informações ou esclarecimentos e de eventualmente colher o seu consentimento para a realização de terapias corretivas<sup>14</sup>.

Contudo, não basta este diálogo para que exista um verdadeiro consentimento informado. O dever de respeito a que o médico está adstrito abarca, para além do dever de informar, o dever de confirmar o esclarecimento e obter o consentimento<sup>15</sup>.

Quanto a nós, estes deveres operam cronologicamente e pela ordem enunciada. Assim, o médico deve primeiramente informar o paciente (e recolher informações deste, necessariamente) e, de seguida, confirmar o esclarecimento. Isto é, com base no critério do médico e do paciente razoável e, mais importante, recorrendo ao critério do paciente em concreto<sup>16</sup>, o médico deve assegurar-se, com a maior certeza possível, de que aquele paciente, em específico, compreendeu plenamente as informações que lhe foram transmitidas.

Confirmado o esclarecimento, o paciente será capaz de prestar o seu consentimento ou, pelo contrário recusar o tratamento ou a intervenção. Independentemente da sua opção, ao paciente devem ser facultadas as ferramentas indispensáveis à formação de uma vontade livre e esclarecida.

Em suma, o consentimento informado opera bilateralmente, sustentado numa lógica de interdependência e de confiança. Assim o é, já que na relação médico-paciente há uma necessidade recíproca de informar e ser-se informado e um dever do médico de confirmar o esclarecimento. De seguida, é exercido o direito de decisão do paciente, sendo que essa decisão deve ser incondicionalmente respeitada pelo médico.

Apenas e só nestas condições é admissível falar-se em consentimento informado e afirmar-se que “(..) o paciente foi tratado como sujeito e não como objecto do ato médico”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p.28.

<sup>15</sup> *Idem*, p.24.

<sup>16</sup> Os critérios enunciados serão oportunamente aprofundados, pelo que se impõe somente fazer-lhes referência.

<sup>17</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p.27.

Por último, como ensina GUILHERME DE OLIVEIRA, adiante-se que a necessidade de obter o consentimento informado do paciente encontra fundamento no direito à integridade física e moral de cada indivíduo<sup>18</sup>e, ainda, no seu direito à autodeterminação. Na verdade, o consentimento informado brota diretamente do princípio da autonomia e permite em matérias de ensaios clínicos, a título de exemplo, “(...) alterar a situação da pessoa que participará, de uma simples marioneta para uma participação consciente”<sup>19</sup>.

Poderíamos ser tentados a afirmar que o dever de obter o consentimento emerge da própria relação contratual. Todavia, este *entendimento contratualista* poderia significar que, na ausência de uma relação contratual típica, não existiria qualquer fundamento jurídico que impusesse o consentimento, mas tão-só uma mera obrigação moral ou deontológica.

Em suma, reiteramos as palavras do autor quando afirma que “o dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o ato médico”<sup>20</sup>.

## 2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Durante vários séculos, na relação médico-paciente vigorou um modelo paternalista e autoritário, herança de Hipócrates.

Reza a história que Hipócrates recomendava que se informasse o paciente o menos possível, que se distraísse a sua atenção do que se estava a fazer e que se ocultasse ao máximo o diagnóstico e o prognóstico. No extremo, preconizava que “(...) dar aos profanos mais explicações do que as estritamente necessárias constitui uma incitação a ajuizar o tratamento”<sup>21</sup>. Nestas palavras, reside o cerne do paternalismo

---

<sup>18</sup> Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, , pp. 62 e 63.

<sup>19</sup> JEOVANA VIANA ALVES, *Ensaio Clínicos, op. cit.*, p. 58.

<sup>20</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, , p. 63. .

<sup>21</sup> *Idem*, p. 110.

clínico: “o médico é o pai e o doente é um incapaz; é um enfermo, um *infirmus*, um ente sem firmeza de julgamento e de vontade”<sup>22</sup>.

A vontade do paciente não era sequer considerada, já que o médico, pela sua formação e experiência, era o único sujeito a quem se reconhecia legitimidade para tomar decisões médicas. O paciente, incapaz e enfermo – contudo, obediente – submetia-se às ordens e recomendações médicas, cegamente convicto de que o médico procuraria o seu bem. Note-se que o médico era socialmente perspectivado como um sacerdote e a profissão médica revestia-se de um carácter sagrado, tanto mais se pensarmos que as próprias doenças tinham uma origem divina<sup>23</sup>.

Em termos de responsabilidade, assistia-se a “(...) uma responsabilização religiosa e moral dos médicos, decorrente do carácter sagrado do seu *múnus*: nunca uma responsabilidade jurídica no sentido que hoje lhe atribuímos”<sup>24</sup>.

A necessidade de obter o consentimento do paciente, inicialmente, assentou numa lógica de cooperação do doente no processo clínico e, só depois significou um verdadeiro reconhecimento da autonomia da vontade<sup>25</sup>.

Pese embora a medicina antiga reconhecesse ao paciente um direito a ser respeitado, tal não significava, necessariamente, conferir-lhe algum poder decisório.

Os escritos Hipocráticos apenas sugeriam que se fomentasse a cooperação do paciente como meio de conquistar a sua confiança. Com o povo hebraico, o consentimento tornou-se regra para qualquer operação médica, em nome do respeito pela pessoa humana<sup>26</sup>.

Este *modelo paternalista* vigorou, essencialmente, desde o séc. XIX até à Segunda Guerra mundial e, está hoje superado pelo *modelo da autonomia*<sup>27</sup>.

Com a consagração do consentimento informado rompem-se os laços com a “(...) medicina paternalista, em que se procurava seguir o princípio da beneficência, mas sem

---

<sup>22</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, p. 110.

<sup>23</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, p. 106.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>25</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 24.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>27</sup> MIRIAM VIEIRA DA ROCHA FRUTUOSO, *O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde*, Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2012, p. 77.

considerar as opiniões do paciente: «tudo para o doente, mas sem o doente»<sup>28</sup> e singra o princípio da autonomia do paciente<sup>29</sup>.

A “medicina arte e o doente-enfermo” dão lugar à “medicina-técnica e ao paciente-cidadão”<sup>30</sup>. O dever de informação dos médicos marca o *fim da «arte silenciosa»*<sup>31</sup> ou, se preferirmos, *o fim do «médico-padre»*<sup>32</sup>. Afirmar que sobre o médico recai um dever de informar o paciente e de lhe prestar esclarecimento, para que este possa consentir ou recusar o tratamento, é negar todo o pensamento Hipocrático.

Para esta mudança concorrem os mais variados factores, tais como a perda da confiança inquestionável depositada no médico e a própria complexidade que as intervenções médicas têm vindo a assumir, tornando-se a medicina mais invasiva, mais agressiva e potencialmente mais perigosa – contudo, mais eficaz<sup>33</sup>.

Autores como GONÇALO DIAS PEREIRA questionam mesmo se a necessidade de obter o consentimento teria sido reconhecida se não fosse pelo profundo traumatismo que abalou a ética médica aquando das «experiências realizadas com material humano» por médicos alemães e japoneses durante a segunda Guerra mundial<sup>34</sup>.

Na verdade, as experiências totalitárias, os programas de tratamento compulsivo, as esterilizações forçadas, a «desumanização» da pessoa humana através da experimentação científica, em campos de concentração e hospitais psiquiátricos, parecem ter alertado a sociedade civil e reclamado a intervenção do ordenamento jurídico, no sentido de se respeitar a dignidade e a autonomia de cada paciente<sup>35</sup>.

Outrossim, esta mudança de paradigma deveu-se à superação do conceito helenístico de pessoa, à consagração de direitos fundamentais e, como já referimos, à

---

<sup>28</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 29.

<sup>29</sup> Neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, in “Repositório da Universidade de Coimbra” [em linha], Disponível na www: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/14549>>.

<sup>30</sup> Nomenclatura utilizada por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 24 e ss.

<sup>31</sup> Expressão utilizada por GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, p.105 e ss.

<sup>32</sup> Nas palavras de MARTA SUSANA LOPES REIS DE MELO, «A importância do consentimento – Independência Médica vs. Autodeterminação do Doente» in *Maia Jurídica, Revista de Direito*, Edição Associação Jurídica da Maia, Ano III, n.º1, Janeiro-Junho, Maia, 2005, p. 61.

<sup>33</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, pp. 28 e 29.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>35</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 30.

própria evolução da medicina<sup>36</sup>. Só assim foi possível criar-se um espírito crítico e questionar-se a prática médica, despindo-a dessa impunidade – jurídica, pelo menos.

Também motivos de ordem social estarão na base desta renovação. A evolução da própria sociedade, agora mais instruída, mais informada e mais autónoma não se coaduna com tal submissão e deslumbramento.

Vejam agora como se positivou a figura do consentimento informado e de que modo esta evoluiu.

É possível divisar quatro fases na evolução do consentimento informado: o *consentimento voluntário*, o *consentimento informado*, o *consentimento válido* e, por último, o *consentimento autêntico*<sup>37</sup>.

O Código de Nuremberga<sup>38</sup> destaca-se como o primeiro diploma a exigir expressamente o consentimento informado. Nesse texto – que é o primeiro a proclamar os direitos dos pacientes – reside a “(...) semente do direito médico hodierno: o direito à autodeterminação do paciente”<sup>39</sup>, consagrando-se o direito ao consentimento voluntário.

De facto, o primeiro princípio enunciado nesse Código elenca os quatro, ainda atuais, requisitos de validade para o consentimento: a sua voluntariedade, a capacidade para consentir, a prestação de informação e a confirmação do esclarecimento<sup>40</sup>.

Não podemos deixar de mencionar a Declaração de Helsínquia<sup>41</sup> por ter sido o primeiro texto internacional de ética médica a impor o consentimento do paciente, embora apenas para os casos de experimentação. Com a Declaração de Lisboa<sup>42</sup>, finalmente se afirma que depois de ter sido legalmente informado sobre o tratamento proposto, o doente tem o direito de aceitar ou recusar

Debrucemo-nos sobre o consentimento informado.

---

<sup>36</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina, op.cit.*, p. 108.

<sup>37</sup> Neste sentido, GALÁN CORTÉS *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 64.

<sup>38</sup> Datado de 1947, este é o primeiro texto a consagrar direitos dos pacientes, muito embora se debruçasse sobre a experimentação clínica.

<sup>39</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 59.

<sup>40</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p. 35.

<sup>41</sup> Elaborada pela Associação Médica Mundial em 1964. Sofreu a sua última revisão em 2008. Afigura-se do maior interesse consultar a Proposta de alteração do Draft de consulta pública elaborada pela Ordem dos Médicos Portuguesa, com expressas referências à matéria do consentimento informado, [em linha], Disponível na www: <URL: <https://www.ordemosmedicos.pt/>>.

<sup>42</sup> Adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa em setembro/outubro de 1981 e alterada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, em setembro de 1995.

Alguns autores consideram que a figura do *informed consent* foi introduzida nos EUA, em 1957, como resultado de uma decisão proferida por um Tribunal da Califórnia<sup>43</sup>. O caso<sup>44</sup>, sucintamente, resume-se ao facto de o paciente – Martin Salgo – não ter sido informado do risco de paralisia irreversível que a intervenção cirúrgica comportava e que veio, efetivamente, a verificar-se. Os dois médicos – cirurgião e radiologista – foram condenados por violação do dever de informação, sustentando o juiz que “o médico não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao consentimento do seu paciente”<sup>45</sup>.

Contudo, historicamente, a decisão que é reputada por outros autores<sup>46</sup> como “embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autónomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões”<sup>47</sup> foi proferida, em 1914, no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*. Parafraseando o Juiz Benjamin Cardozo, “every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”<sup>48</sup>.

Esta afirmação do direito ao consentimento informado veio-se repercutindo progressivamente em vários ordenamentos jurídicos<sup>49</sup>, reclamando-se o dever de informação do médico para com o doente, em especial, no que concerne à revelação dos riscos do tratamento<sup>50</sup>.

Ora, resta-nos fazer referência ao *consentimento válido* e ao *consentimento autêntico*, sendo que este último se refere a uma decisão autêntica do paciente: autêntica, porque está em plena consonância com o sistema de valores do paciente<sup>51</sup>.

Ambos os conceitos assentam numa lógica de reconhecer o paciente como um sujeito portador de um sistema de valores auto-referencial e absoluto merecedor de

---

<sup>43</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 62.

<sup>44</sup> Que ficou conhecido como *Salgo v. Leland Stanford Jr. University board of Trustees*.

<sup>45</sup> GALÁN CORTÉS *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...p. 63*.

<sup>46</sup> Cfr. DAVID J. OLIVEIRA, «The Law of Informed Consent and the Right to Die in the USA» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 61 e 62 e, ainda, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 30.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> DAVID J. OLIVEIRA, «The Law of Informed Consent and the Right to Die in the USA» *op.cit.*, p. 61.

<sup>49</sup> Nos EUA surgem as chamadas Cartas dos Direitos dos Pacientes<sup>49</sup> em vários centros hospitalares, acabando por nascer um texto nacional em 1973 : *A Patient's Bill of Rights*. Em França, publicou-se a *Carta dos Direitos dos Pacientes* (1974). Em Espanha, destaca-se o *Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de Las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social* (1972) e a *Carta de Derechos y Deberes del paciente del INSALUD* (1984). Em Portugal, publicou-se a *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes*.

<sup>50</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 62.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 65.

tutela<sup>52</sup>. A jurisprudência manifestou-se nesse mesmo sentido e, com uma decisão do Supremo Tribunal dos EUA<sup>53</sup>, declarou-se existência de direito à privacidade (*privacy*), direito esse que legitima o paciente a aceitar ou recusar tratamento, ainda que essa recusa possa significar a sua morte.

Este direito a renunciar ao tratamento estava já espelhado numa decisão do Supremo Tribunal de Massachussets<sup>54</sup> na qual se afirmou que os adultos capazes podem renunciar ao tratamento, quando este signifique suportar riscos ou consequências que para si são intoleráveis e, – sublinhe-se –, por mais desaconselhável que tal se afigure.

Desta breve resenha histórica cumpre concluir que “ a Medicina, como o Risco, eram tarefas que se desempenhavam em silêncio. Mas as coisas mudaram; levou dois mil anos mas mudaram. E agora, para os médicos, o silêncio ... acabou”<sup>55</sup>. E, assim, se reconhece o consentimento informado, *como hoje o conhecemos*.

*Como hoje o conhecemos* porque, atualmente, a doutrina começa a alertar para uma crise do consentimento informado<sup>56</sup>. Vários factores potenciam esta situação, nomeadamente os progressos tecnológicos, a (des)regulação e a objectivação da medicina<sup>57</sup>. Ainda, é de apontar o desenvolvimento de novos ramos da medicina, tal como a procriação medicamente assistida, o diagnóstico genético e a transplantação que, pela sua complexidade, suscitam dificuldades em matéria de consentimento informado. A própria densidade normativa é geradora de dúvidas e incertezas, nomeadamente pela falta de rigor terminológico nos conceitos empregues.

A autodeterminação do paciente, pedra angular do direito ao consentimento informado, vê-se ainda abalada pelo atual cenário económico. As medidas de austeridade e o propósito de racionalizar e economizar recursos podem vedar o acesso dos pacientes a certos processos diagnósticos ou a certas técnicas<sup>58</sup> e, assim, limitar a sua autonomia por falta de informação.

---

<sup>52</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit...p.* 65.

<sup>53</sup> Caso *Cruzan* (1990). Para mais esclarecimentos sobre o conceito de *privacy* consultar ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 65.

<sup>54</sup> Caso *Rogers versus Oakin* (1979). ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 65.

<sup>55</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, op.cit.,p. 114.

<sup>56</sup> Autores como ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit...p.* 75.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit...p.* pp. 76 e 77.



Por último, a tutela do direito ao consentimento informado conduziu a um resultado adverso. Referimo-nos à chamada «medicina defensiva<sup>59</sup>» ou «medicina receosa<sup>60</sup>» que se tem praticado nos EUA. Verifica-se que os médicos têm “hiperinformado” os pacientes “*just to be safe*”<sup>61</sup>, desvirtuando a teleologia do instituto do consentimento informado e coarctando a actividade médica.

### 3. O CONSENTIMENTO INFORMADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O consentimento informado encontra-se largamente positivado no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente na Constituição, no Código Civil, no Código Penal e na Lei Administrativa. Ainda, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos preceitua sobre esta temática.

A título de referência, não podemos deixar de mencionar que o consentimento informado está ainda previsto em legislação específica sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana<sup>62</sup>, procriação medicamente assistida<sup>63</sup> e interrupção voluntária da gravidez<sup>64</sup>.

Especial destaque, não só pela sua contemporaneidade, mas principalmente por sublinhar a importância que vem sendo conferida ao consentimento, merece a legislação relativa ao testamento vital e às diretivas antecipadas de vontade<sup>65</sup>.

Com a criação do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), passa a ser possível, a partir do dia 1 de julho do corrente ano, que os pacientes manifestem antecipadamente a sua vontade, *consciente, livre e esclarecida*, relativamente aos cuidados de saúde que desejam (ou não) receber, no caso de não lhes ser possível, por

---

<sup>59</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, pp. 76 e 77.

<sup>60</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p. 93. O autor prefere a expressão «medicina receosa» por considerar que a «medicina defensiva» deve reservar-se à actuação médica destinada a evitar futuras medidas invasivas ou intervenções mais drásticas, como é o exemplo dos casos em que se retira um sinal para prevenir que este degenera em melanoma.

<sup>61</sup> Expressões utilizadas por STEPHEN WEAR *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 77.

<sup>62</sup> Lei n.º 12/93, de 22 de abril alterada pela Lei n.º 22/2007, de 29 de junho, pela Lei n.º 12/2009, de 26 de março e pela Lei n.º 36/2013, de 12 de junho.

<sup>63</sup> Lei n.º 32/2006, de 26 de julho alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro e rectificada pela Declaração de Retificação n.º 102/2007, de 25 de outubro

<sup>64</sup> Lei 16/2007 de 17 de abril.

<sup>65</sup> Lei n.º 25/2012, de 16 de julho e Portaria n.º 96/2014 de 5 de Maio.

qualquer motivo, expressar a sua vontade, pessoal e autonomamente. Os pacientes podem, ainda, optar pela nomeação de um procurador de cuidados de saúde, a quem conferem poderes para decidir por si, quando não o possam fazer.

Por motivos de delimitação do nosso estudo, esta legislação específica não será objecto de análise.

### **3.1. NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

A exigência do consentimento informado e esclarecido para a prática de certo ato médico encontra o seu fundamento jurídico, antes de mais, na lei fundamental. Isto porque, a atividade médica sugere uma intromissão na esfera física e psíquica do paciente e, como tal, certos bens jurídicos com proteção constitucional devem ser pensados.

O art.1.º da CRP acolhe a dignidade da pessoa humana como princípio basilar da República Portuguesa. Desta consagração advém como intransigentes decorrências que primeiro está a pessoa humana e, só depois, a organização política e, que “(...) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”<sup>66</sup>.

Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a dignidade da pessoa humana funciona como um “valor-limite” ou um “princípio-limite” contra totalitarismos e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana<sup>67</sup>.

Quanto a nós, numa lógica mais alargada, propendemos no sentido de se considerar que a dignidade da pessoa humana funciona como barreira intransponível contra qualquer conduta susceptível de ofender essa mesma dignidade.

Deste modo, realizar certo tratamento ou intervenção cirúrgica sem obter o consentimento informado do paciente será, em primeira instância, uma violação do

---

<sup>66</sup> J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

princípio da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo da violação de outros direitos fundamentais. Isto porque, nomeadamente, o direito à integridade física e psíquica, o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento da personalidade são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, para além do princípio da dignidade da pessoa humana, em matéria de consentimento informado torna-se imperioso abordar estes outros direitos fundamentais, catalogados como direitos, liberdades e garantias pessoais.

*A vida humana é inviolável*, dispõe o n.º 1 do art. 24.º da CRP. Este direito à vida ocupa, propositadamente, o primeiro lugar no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, desde logo, porque é condição de todos os outros direitos fundamentais<sup>68</sup>.

Conforme resulta do n.º1 do art.25. do texto constitucional, também a *integridade moral e física das pessoas é inviolável*. Sob a epígrafe «Direito à integridade pessoal», o legislador conferiu proteção à integridade física e psíquica do ser humano, concretizada no direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo, no espírito ou em ambos<sup>69</sup>.

Na qualidade de direito pessoal irrenunciável, o seu titular não poderá dele abdicar. A este propósito cumpre ressaltar os casos em que a renúncia seja aceitável, como seja a realização de *piercings* ou tatuagens<sup>70</sup>. Em matéria de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, cumpre remeter para o art.150.º do Código Penal, que será por nós mais tarde analisado.

Intimamente relacionado com o direito à integridade física e psíquica está o direito à autodeterminação, entendido como o exercício da liberdade de vontade<sup>71</sup>. A este propósito, afigura-se da máxima conveniência autonomizar o direito à liberdade, em matéria de consentimento informado.

---

<sup>68</sup> . J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 446.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 454.

<sup>70</sup> *Ibidem*. Os autores apontam estes exemplos como casos em que o consentimento é aceitável. Rejeitamos esta expressão por entendermos que se trata de uma renúncia que, pelo seu desvalor, dispensa qualquer ingerência do ordenamento jurídico. Não queremos com isto dizer que não haja necessidade de um consentimento, mas antes que o que está em causa não será a validade do consentimento (qualificando-o, ou não, como aceitável) mas antes a admissibilidade da renúncia que, nestas situações, é aceitável.

<sup>71</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 50.

Abraçando o entendimento de ORLANDO DE CARVALHO, à luz da lei penal, a falta de consentimento corresponde a uma violação da liberdade da vontade – e não a uma violação do direito à integridade física<sup>72</sup>.

Ainda nas palavras do autor, contrariamente, no plano civil, a falta de consentimento é sempre perspectivada como uma lesão à integridade física, ainda que presentes os requisitos do art.150.º do Cód. Penal. Isto porque, o preenchimento dos requisitos do art.150.º desse diploma exclui a lesão do direito à integridade física – note-se – mesmo na ausência de consentimento do paciente. Da leitura do preceito, parece inequivocamente resultar que é suficiente que o médico proceda de acordo com as *leges artis* e movido por uma intenção terapêutica, para que se afaste a ofensa à integridade física.

Contudo, como sustenta – e muito bem – o dano provocado pela ausência de consentimento não se traduz na agravação do estado físico-psíquico do paciente. O dano será “(...) a intervenção não consentida na zona de reserva que o corpo é para a pessoa, é a lesão da incolumidade do corpo alheio”<sup>73</sup>. Ora, o dano é a ausência de consentimento, é a ofensa da liberdade da vontade.

Subsidiariamente, na hipótese de não se considerar a falta de consentimento como uma violação da liberdade da vontade, deve entender-se que haverá sempre uma violação da integridade psíquica.

Por último, importa trazer à colação outros direitos especiais de personalidade que relevam em matéria de consentimento informado.

Referimo-nos ao direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, plasmados no n.º1 do art.26.º da CRP.

Ainda, por imposição do n.º2 do mesmo artigo, fica o legislador obrigado a estabelecer garantias contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e às famílias.

---

<sup>72</sup>ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981, pp. 94 e ss.

<sup>73</sup>ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 96.

O n.º3 estabelece a garantia da dignidade pessoal e identidade genética humana, frente ao desenvolvimento e utilização das tecnologias e à experimentação científica. Note-se que esta norma revela o especial desiderato da nossa Constituição em salvaguardar a dignidade da pessoa humana face às tecnologias biomédicas, no geral<sup>74</sup>.

É também de referir o art.27.º da CRP que garante o direito à liberdade individual, clarificado nos números e artigos seguintes, com remissão para a lei penal.

É manifesta a proteção legal conferida aos direitos, liberdades e garantias e as implicações práticas que daí decorrem. Desde logo, o art.18.º da lei fundamental consagra o princípio da sua aplicabilidade imediata e a sua vinculação a entidades públicas e privadas.

Os direitos e princípios constitucionais aqui referidos, nomeadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal à capacidade civil e à cidadania não podem, em caso algum, ser afectados pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (cfr. n.º6 do art. 19.º da CRP).

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

Prevê-se ainda, no art.22.º, a possibilidade de responsabilização das entidades públicas pela violação desses mesmos direitos.

Por último, cumpre fazer uma breve alusão à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina <sup>75</sup> – doravante CDHB – que, por força do art.8.º da CRP, vigora no ordenamento jurídico português.

Para o que aqui nos interessa, o capítulo II da CDHB regula a matéria do consentimento, exigindo um consentimento informado e esclarecido<sup>76</sup> para toda e

---

<sup>74</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...*, op.cit., p. 97.

<sup>75</sup> Outorgada em Oviedo, no dia 4 de Abril de 1997. Em Portugal, a CDHB foi aprovada para ratificação em 19 de Outubro de 2000 (Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001).

<sup>76</sup> No art.5.º da CDHB pode ler-se que “a pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos”.

qualquer intervenção no domínio da saúde e, permitindo, a todo o tempo, a revogação desse consentimento (art.5.º).

A Convenção não descurou a matéria das incapacidades, da protecção das pessoas que sofram de perturbação mental, das situações de urgência e do consentimento antecipado, estatuidando regras gerais a seu respeito, nos arts. 6.º a 9.º.

Este diploma estabelece ainda regras especiais para a investigação científica, reclamando-se aqui um consentimento por escrito (art. 16.º, n.º 5). No que concerne à regulação da colheita de órgãos e tecidos em dadores vivos para fins de transplante, as exigências aumentam. Desta feita, o consentimento, para além de reduzido a escrito, deve ser prestado perante uma «instância oficial» (art.19.º,n.º 2).

### 3.2. NO CÓDIGO CIVIL

Paralelamente à tutela constitucional conferida ao direito à integridade física e moral do paciente, o Cód. Civil reitera essa mesma protecção, aclamando regras que passaremos a analisar.

Desde logo, cumpre mencionar que o Cód. Civil não surge com uma definição dos direitos de personalidade, nem tão-pouco fornece um elenco taxativo. O direito ao nome, ao pseudónimo, ao sigilo sobre cartas, o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, previstos nos arts.72.º e ss., são apenas alguns dos direitos de personalidade.

Estes direitos de personalidade enquadram-se nos direitos absolutos e são oponíveis *erga omnes*. Na verdade, “estes direitos emanam da própria pessoa cuja protecção visam garantir”<sup>77</sup>.

Todavia, o legislador instituiu, no seu art.70.º, uma tutela geral da personalidade, com vista à salvaguarda da posição dos *indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*. Trata-se de consagrar uma

---

<sup>77</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 257 e 258.

“(....) tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade”<sup>78</sup>.

Acrescenta este normativo que, sem prejuízo de uma eventual responsabilidade civil<sup>79</sup>, a pessoa ofendida ou ameaçada fica habilitada a requerer as «providências adequadas»<sup>80</sup> a impedir a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Assim, o alcance desta tutela geral da personalidade não fica reduzido aos direitos de personalidade especialmente mencionados no código, tendo a lei reservado à doutrina e à jurisprudência essa tarefa de admissão e delimitação<sup>81</sup>. A título de exemplo, podem ser incluídos no art.70.º, o direito à vida, à integridade física, à saúde e à liberdade.

No domínio da responsabilidade civil do médico, os tratamentos e intervenções cirúrgicas representam uma ofensa à integridade física e moral do doente. Assim, carecem de ser consentidas, para que se exclua a sua ilicitude, nos termos do art.340.º em conjugação com o art.81.º do Cód. Civil.

A lei autoriza a limitação voluntária dos direitos de personalidade, no art.81.º do Cód.Civil, incluindo-se aqui a limitação voluntária ao direito à integridade física nas intervenções médicas. Porém, o legislador, prudentemente, estabeleceu duas categorias de limitações<sup>82</sup>, conforme contrariem ou não princípios da ordem pública<sup>83</sup>.

No primeiro caso, as limitações enfermam de nulidade (nº1).

No segundo caso, as limitações são válidas mas livremente revogáveis, sendo que esta revogação tem como cominação a obrigação de indemnizar a outra parte por violação das suas legítimas expectativas<sup>84</sup> (nº2). No plano das intervenções médicas,

---

<sup>78</sup> Vide ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p. 98.

<sup>79</sup> À responsabilidade civil por ofensas à personalidade física ou moral são aplicáveis, em termos gerais, as normas constantes dos arts. 483.º e ss do Cód.Civil.

<sup>80</sup> Salvo melhor entendimento, julgamos estar em causa os procedimentos cautelares previstos nos art. 362.º e ss do CPC.

<sup>81</sup> ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 16ª Ed. Revista e Atualizada, Lisboa, Ediforum, Edições Jurídicas Lda., 2009, p.51.

<sup>82</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 110.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 110. Leia-se ordem pública interna.

<sup>84</sup> Vide ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado, op.cit.*, p. 67. Será o caso dos «reality shows» em que os concorrentes limitam voluntariamente os seus direitos de personalidade – concretamente, o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, oferecendo o seu consentimento autorizante que mais tarde analisaremos. Na circunstância de desistirem da participação no programa, poderá sobre eles recair uma obrigação de indemnizar a estação televisiva.

parece-nos que não haverá lugar ao ressarcimento de quaisquer prejuízos, desde logo, porque não haverá legítimas expectativas a tutelar<sup>85</sup>.

Admitindo-se a limitação voluntária dos direitos de personalidade, nos termos *supra* referidos, importa analisar o regime do consentimento como forma de exclusão da ilicitude. A esse respeito, dispõe o n.º 1 do art. 340.º do Cód. Civil que *o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na sua lesão*. Assim, o consentimento validamente prestado, isto é, sem vícios da vontade e sem divergências entre a vontade e a declaração, afasta a ilicitude da conduta do lesante.

Acrescenta o n.º2 que, não obstante esse consentimento, a ilicitude persiste quando o ato se revele ilegal ou ofensivo dos bons costumes<sup>86</sup>. À luz desta norma, parece-nos claro que, ainda que o lesado haja consentido na lesão, reserva o direito a ser indemnizado. Isto porque, na hipótese de esse ato conflitar com os bons costumes e com a ordem pública, o consentimento não lhe retira a ilicitude.<sup>87</sup>

Preconiza o n.º3 que se dá por consentida a lesão, quando esta surja no interesse do lesado e de acordo com a sua «vontade presumível». Desde já e, sem relutância, afirmamos que “deixa de haver vontade presumível, se o lesado se opôs à lesão ou, por qualquer forma, manifestou vontade contrária a ela”<sup>88</sup>.

Note-se que a norma desconsidera o resultado efetivo da atuação do lesante, limitando-se a avaliar se essa conduta ocorreu no interesse do lesado com base na sua intenção de lhe proporcionar um resultado útil<sup>89</sup>. Ora, parece bastar a intenção do lesante em, de algum modo, beneficiar o lesado e que essa intenção coincida com a «vontade presumível» do lesado, para que se tenha por consentida a lesão.

Contudo, não se afigura tarefa fácil avaliar dois requisitos indeterminados, como sejam o da «intenção» do lesante e o da «vontade presumível» do lesado e, ainda, estabelecer um nexo de correspondência entre ambos. Forçosamente, tal só será

---

<sup>85</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente ...cit.*, p.133.

<sup>86</sup> Devem ser tidos como atos contrários aos bons costumes aqueles que ofendem direitos de personalidade, como o direito à vida, à integridade física, à honra e ao bom nome, entre outros. Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op.cit.*, p.304

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op.cit.*, p.304

<sup>89</sup> *Idem*. p. 286.



possível, atendendo às circunstâncias do caso concreto<sup>90</sup> e ponderando os interesses em causa mas, desde já, se anteveem dificuldades sérias, nomeadamente em matéria de prova.

Arquitetando-se a hipótese de o lesante atuar no interesse do lesado – por exemplo, realizando-lhe uma transfusão sanguínea que lhe salvaria a vida, bem sabendo que o lesado, por convicções religiosas, não o autorizaria. Parece-nos legítimo que o lesado, que preferia perder a vida a submeter-se a tal intervenção, responsabilize civilmente o lesante. Isto porque o lesado, neste caso, conhecia a vontade real do paciente. Como tal, não poderá agir contra os desejos do lesado invocando pra o efeito a sua «vontade presumível». Por outro lado, também não será admissível – nem sequer justo – que o lesante, de boa-fé, que não pôde colher o consentimento do lesado por este estar inconsciente e, desconhecendo a sua vontade real, seja responsabilizado por lhe ter salvado a vida.

No domínio da saúde e, ponderando os interesses em causa, somos forçados a considerar que “o consentimento presuntivo a que se refere o n.º3 (...) cobre inquestionavelmente as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento do agredido ou acidentado, que não fique em condições de exprimir a sua vontade”<sup>91</sup>. Contudo, por uma questão de coerência, não poderemos deixar de fazer uma ressalva. Este consentimento cobre necessariamente – e não inquestionavelmente – essas intervenções, operando como um «mal menor».

Em suma, a aplicação e interpretação desta norma, com certeza, suscitará controvérsia, convocando-nos para um aceso debate. Se, por um lado, pode deixar o lesante desprotegido, por outro, pode pactuar com violações dos direitos de personalidade do lesado e, quanto a nós, ambos os cenários são repreensíveis.

Terminamos com um breve apontamento aos tipos de consentimento deslindados por ORLANDO DE CARVALHO: o consentimento tolerante, o consentimento autorizante e o consentimento vinculante.

---

<sup>90</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, op.cit. p.304.

<sup>91</sup> *Idem*. p.304

O *consentimento tolerante* é causa de exclusão da ilicitude, na medida em que não confere um verdadeiro poder de agressão ao lesante, mas implicitamente justifica essa conduta. Exemplificativamente, aqui se incluem as intervenções cirúrgicas consentidas pelo paciente e em seu benefício.

O *consentimento autorizante*, à luz do art.81.º,nº2 do Cód. Civ, confere um poder de agressão mas, apesar de ser livremente revogável, faz nascer uma certa obrigação de indemnizar.

Por último, o *consentimento vinculante*, tal como o próprio nome sugere, não poderá ser unilateralmente revogado, aplicando-se as regras gerais dos negócios jurídicos plasmadas nos arts. 230.º e ss e 406.º do Cód. Civil..

Ora, no plano das intervenções médicas aplicar-se-á, necessariamente, o regime do consentimento tolerante, acolhido no art. 340.º do Cód. Civil, com dois traços fundamentais: a livre revogabilidade e a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos<sup>92</sup>.

### **3.3. NO CÓDIGO PENAL**

A ação médica, como já se referiu, acarreta uma ingerência na esfera física e psíquica do paciente. Por esse motivo, devem ser considerados os normativos da lei penal.

Coloca-se, antes de mais, a questão de proceder à qualificação jurídica das intervenções médico-cirúrgicas. Reproduzindo as palavras do Prof. EDUARDO CORREIA, “ Segundo uns, as intervenções médicas não cabem no tipo das ofensas corporais ou de homicídio; segundo outros, as intervenções são típicas mas assiste-lhes uma causa de justificação baseada no consentimento; ainda segundo outros, as intervenções médicas estão abrangidas pelo exercício de um direito profissional dos médicos”<sup>93</sup>.

À semelhança do autor, apenas consideramos plausível a primeira solução e rendemo-nos aos argumentos por este apresentados. Na verdade, a terceira solução

---

<sup>92</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-...cit.*, p. 133.

<sup>93</sup> *Apud* MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 15ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002,p. 518.

afigura-se nada menos do que perturbante, já que pactua com uma lógica de desconsideração e total desvalor do paciente enquanto cidadão dotado de direitos, liberdades e garantias. Subtrai-se o paciente da equação e confere-se total poder aos agentes médicos, retrocedendo-se para um pensamento medieval com o qual não podemos concordar.

A segunda solução é, de facto, insuficiente, nada acrescentando aquilo que é o carácter típico das intervenções médicas e, assim, resta-nos somente a primeira solução que passamos a abordar.

Tenha-se por assente, antes de mais, que a integridade física que aqui discutimos é, para efeitos de consentimento, livremente disponível, contando que não ofenda os bons costumes. Desde logo, o art.38.º, no seu n.º1, aponta para a disponibilidade da integridade física, determinando que o consentimento exclui a ilicitude do facto<sup>94</sup>, com o devido respeito pelos bons costumes, conforme já referimos.

Este consentimento pode *ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do seu titular* e permite-se a sua livre revogação até à execução do facto (cfr.nº2 do art.38.º).

Não nos oferece dúvidas que o consentimento deva ser anterior à prática do ato consentido e, como tal, “o consentimento posterior não é mais do que perdão, e como tal deve ser tratado”<sup>95</sup>.

O consentimento só será eficaz se prestado por quem possua mais de 16 anos de idade e revele o discernimento necessário (nº3).

Maior atenção reclama o nº4 ao preconizar que *se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa*. Seguindo os ensinamentos de MAIA GONÇALVES, “os casos em que o agente atua desconhecendo que o ofendido dera o seu consentimento dão origem a uma figura análoga à da tentativa impossível, que alguns aproximam mais de um crime putativo. Daí a remissão feita no n.º4 para a punição da tentativa, e não diretamente para a tentativa”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> O consentimento como causa de exclusão da ilicitude decorre, desde logo, do art.31.º,n.º2,al.d) da lei penal.

<sup>95</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, op.cit., p. 175.

<sup>96</sup> *Ibidem*. p. 175.

Esquemáticamente, podem extrair-se deste artigo requisitos de fundo, requisitos de forma e requisitos relativos à capacidade para consentir, sem os quais o consentimento não confere licitude à ação<sup>97</sup>.

Os requisitos de fundo estão elencados no n.º1 e respeitam à disponibilidade dos interesses jurídicos e ao respeito pelos bons costumes.

Quanto aos requisitos de forma do consentimento, plasmados no n.º2, estes podem resumir-se à necessidade de existir uma vontade séria, livre e esclarecida do titular. No domínio da saúde, tal só será possível, se o titular tiver sido informado de forma plena e o médico tiver confirmado o esclarecimento.

Por último, os requisitos respeitantes à capacidade para prestar consentimento – condição de eficácia do consentimento – determinam que essa capacidade fique reservada aos maiores de 16 anos que possuam o discernimento necessário (n.º3).

O Cód. Penal regula, no seu art.39.º, o regime do consentimento presumido, equiparando-o ao consentimento efetivo. Haverá consentimento presumido *quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado*.

Trata-se de conferir relevância à «vontade virtual ou hipotética»<sup>98</sup> do lesado – à semelhança da consideração da «vontade presumível» a que se alude no art. 340.º,nº3 do Cód.Civ. – e, deste modo, excluir a ilicitude da conduta. Como tal, tratando-se de um “(..) juízo de prognose póstuma (..) ”<sup>99</sup>, cumpre referir que haverá sempre a «lacuna» de não saber se a vontade do lesado, por mais insensata que se apresente, seria a de não prestar o consentimento.

Este consentimento presumido, para além de obedecer aos requisitos gerais do consentimento contidos no art.38.º, terá como “(..) requisitos específicos a necessidade da decisão e a impossibilidade de esta ser tomada pelo titular do interesse”<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado, op.cit,175*

<sup>98</sup> *Idem.* p. 177.

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> *Ibidem.*

Como já referimos, a integridade física é relativamente disponível para efeitos de consentimento. O art.149.º do Cód. Penal reitera esse desígnio, decorrendo da leitura conjunta do preceito que o titular dos bens jurídicos respeitantes ao corpo e à saúde pode deles dispor livremente e, assim, desde que a ofensa não contrarie os bons costumes, o consentimento afasta a ilicitude<sup>101</sup>.

Numa primeira análise, esta norma parece dispensável se atentarmos ao regime do consentimento, regulado nos arts. 38.º e 39.º<sup>102</sup>. Contudo, um olhar mais atento leva-nos a considerar que a norma complementa o preceituado nestes artigos, já que clarifica a cláusula dos bons costumes<sup>103</sup>. Note-se que no n.º2 do art.149.º, o legislador enuncia critérios que permitem valorar se a ofensa ao corpo ou à saúde é contrária aos bons costumes, devendo atender-se, nomeadamente, aos *motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa*.

Centremo-nos agora na atuação médica, regulada essencialmente nos arts. 150.º, 156.º e 157.º do Cód. Penal.

Socorrendo-nos do n.º1 do art.150.º, constatamos que as intervenções e tratamentos, realizados por um médico ou pessoa legalmente autorizada, que ocorram com respeito pelas *leges artis* e que prossigam finalidades terapêuticas<sup>104</sup>, não preenchem o tipo legal de crime de ofensas à integridade física.

Sejamos mais precisos. A norma impõe o preenchimento cumulativo de quatro pressupostos<sup>105 106</sup> para que a conduta médica não constitua uma ofensa à integridade física: em primeiro lugar, a intervenção médica deve mostrar-se indicada (indicação médica<sup>107</sup>); em segundo lugar, deve respeitar as *leges artis*<sup>108</sup>; em terceiro lugar, exige-

---

<sup>101</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, op.cit, p. 517.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 61.

<sup>104</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 58.

<sup>105</sup> Acolhemos o entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 306 e ss.

<sup>106</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Coimbra, Almedina, 2007, p.232, considera que nesta norma estão patentes dois elementos subjetivos – a qualificação do médico e a intenção terapêutica – e dois elementos objectivos –a indicação médica e a realização segundo as *leges artis*.

<sup>107</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*,p. 59.

<sup>108</sup> *Ibidem*. O autor alerta para a compreensível confusão entre o pressuposto da indicação médica e do respeito pelas *leges artis*, já que ambos os conceitos se reportam a uma "(...) actuação conforme às regras tidas por adequadas pela ciência médica". Todavia, tal como o autor, parece-nos que o legislador se sentiu impelido a individualizar a fase preventiva e diagnóstica – a chamada indicação médica – da fase executiva, para assim reforçar a proteção do paciente.

se a «qualificação técnico-profissional do interventor<sup>109</sup>»; por último, deve ser movida por uma intenção terapêutica<sup>110</sup>.

*A contrario*, a violação das *leges artis* e conseqüente criação de *perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde* do paciente, será punida com *pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal*<sup>111</sup> (cfr. n.º 2 do art. 150.º).

Parece-nos, portanto, que a violação das *leges artis*, *de per se*, não será suficiente para que se aplique este art.150.º. É necessário que dessa violação advenha perigo para o paciente.

Ainda, como sustenta – e bem – MAIA GONÇALVES, a criminalização das *leges artis*, não é contraditória com a regra da dispensa facultativa da pena aclamada na al. a) do n.º2 do art.148.º, nos casos em que do ato médico não resulte doença ou incapacidade para o trabalho superior a 8 dias. Segundo o autor, o art.148.º não contempla situações de violação dolosa das *leges artis*, referindo-se a uma violação negligente dos deveres objectivo e subjetivo de cuidado, nos termos do art.15.º<sup>112</sup>.

Como vimos, a conduta médica consciente, que respeite as *leges artis* e prossiga finalidades terapêuticas, não poderá ser incriminada nos termos do art.150.º como ofensa à integridade física. Todavia, a par da integridade física, a autodeterminação do paciente é merecedora de tratamento isolado pela lei penal<sup>113</sup>, criminalizando-se a ausência de consentimento.

As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários integram o catálogo dos crimes contra a liberdade pessoal, punindo-se<sup>114</sup> o médico ou pessoa legalmente autorizada cuja actuação, apesar de respeitar as *leges artis* e de prosseguir finalidades terapêuticas, não surja acompanhada do consentimento do paciente (cfr.n.º1 do art.156.º).

---

<sup>109</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...cit.*, p. 59.

<sup>110</sup> Ou, se preferirmos, visando uma «teleologia médico-medicamentosa», buscando a expressão utilizada por JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 59,

<sup>111</sup> Esta norma, sendo de aplicação subsidiária, não obsta à aplicação do regime do homicídio ou da ofensa à integridade física e, podemos dela inferir uma ideia de responsabilização acrescida do médico.

<sup>112</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, *op.cit.*, p. 519.

<sup>113</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p.71.

<sup>114</sup> Prevê-se a pena de prisão até três anos ou uma pena de multa.

Ora, ao passo que o art.150.º confere protecção à integridade física do paciente, o art.156.º encontra o seu fundamento na liberdade pessoal ou autodeterminação do paciente<sup>115</sup>. Assim, parece-nos que a ausência de consentimento não poderá, nos termos da lei penal, consubstanciar a prática do crime contra a integridade física ou a saúde<sup>116</sup>.

O médico será ainda punido, a título de negligência grosseira, quando não tenha promovido as diligências necessárias para confirmar o consentimento e se convença falsamente da existência de um consentimento relevante<sup>117</sup> (art. 156.º, nº 3).

O consentimento só será eficaz se o médico ou pessoa legalmente autorizada tiver cumprido o seu dever de esclarecimento, nos termos do art.157.º. Significa isto que o paciente deve ser devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, possíveis tratamentos/intervenções e eventuais consequências e riscos que esses comportem. Assim, neste dever de esclarecimento é possível deslindar um dever de informação e um dever de confirmar o esclarecimento<sup>118</sup>.

A falta de consentimento do paciente poderá, portanto, ser equiparada a um consentimento deficiente, entendido como aquele que não se funda numa vontade séria, livre e esclarecida (cfr.art.38.º,nº2). Em bom rigor, consideramos que a falta de consentimento deve ser distinguida do consentimento ineficaz, já que no primeiro caso não há sequer uma declaração de consentimento e, no segundo, há um consentimento ineficaz por violação do dever de esclarecimento. Todavia, essa distinção (meramente teórica) não releva para efeitos de punição, visto que a lei é clara quando faz uma remissão do art.157.º para o art.156.º.

Por último, é de referir que a lei prevê situações em que a falta de obtenção do consentimento não será punível e, ainda, casos de «dispensa» do cumprimento do dever de informar e do dever de esclarecer (art.156.º,nº2 e art.157.º, respectivamente),

---

<sup>115</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, op.cit., p. 542.

<sup>116</sup> Cf. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade médica em Direito Penal ..op.cit.*, , p. 357.

<sup>117</sup> Vide JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ... ,op.cit.*,p.73.

<sup>118</sup> *Idem*, p. 72.

### 3.4. NA LEI ADMINISTRATIVA

Reza a CRP, no seu art.64,nº1, que *todos têm o direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*. Compete prioritariamente ao Estado, a tarefa de garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos e de assegurar que o serviço nacional de saúde está alargado a todo o país, com racionalidade e eficiência, (art.64,nº3 al.a) e b)). O Estado deve ainda garantir adequados padrões de eficácia e de qualidade nas instituições públicas e privadas, disciplinando e fiscalizando nesse sentido (art.64.º,nº3,al.d))<sup>119</sup>.

As normas que visam esta prerrogativa compõem o chamado «Direito da Saúde», entendido como o “(...) conjunto de preceitos cujos vínculos mútuos e inter relações obrigam o *operador jurídico* a ter presente a chave estrutural do complexo”<sup>120</sup>.

Neste «Direito da Saúde» podemos identificar um sub-ramo – o Direito Administrativo da Saúde ou Direito da Saúde Pública – que “regula a organização e a atividade da Administração Pública, movida pelos fins de concretizar a garantia constitucional da protecção da saúde e manter tão elevado quanto possível o nível sanitário da população”<sup>121</sup>.

Centremo-nos agora na questão do consentimento informado e esclarecido do paciente e, desta feita, vejamos o que dispõe a LBS<sup>122</sup> a esse respeito.

A Base XIV exige o consentimento e autoriza o dissentimento do paciente, conferindo-lhe a faculdade de *decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhe é proposta, salvo disposição especial da lei* (al.b) do n.º1). Novamente, trata-se de reconhecer e respeitar a autodeterminação do paciente, conferindo-lhe liberdade de escolha.

---

<sup>119</sup> Nas al.c)e) e f) do n.º 3 do art.64.º estão elencadas outras atribuições do Estado com vista a garantir o direito à protecção da saúde.

<sup>120</sup> Neste sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.,p. 72*.

<sup>121</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Introdução ao Direito da Saúde” in OLIVEIRA ASCENÇÃO E OUTROS, *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1991, p.48

<sup>122</sup> Lei de Bases da Saúde – Lei n.º48/90 de 24 de Agosto alterada pela Lei n.º27/2002 de 8 de Setembro.



Intimamente relacionado com o consentimento está o direito de informação do utente, a quem deve ser devidamente comunicada a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a provável evolução do seu estado de saúde (al.e) do n.º1).

No que concerne aos menores e incapazes, compete à lei regular as condições em que os seus representantes legais poderão exercer por eles os direitos que lhe assistem, nomeadamente o direito a dissentir (cfr.n.3).

Numa lógica de cooperação com o Ministério da Saúde atribuíram-se competências à DGS, nomeadamente para *propor e difundir orientações relativas ao consentimento livre e esclarecido*<sup>123</sup>. Assim, a DGS publicou a Carta dos direitos e deveres dos doentes e elaborou uma Circular Informativa sobre a prestação do consentimento livre e esclarecido.

Em termos genéricos, a Carta debruça-se sobre o direito a (não) ser informado e o direito ao consentimento e ao dissentimento livres e esclarecidos, nos seguintes moldes.

O paciente tem o direito a ser informado sobre a sua situação de saúde, sendo *que essa informação deve ser prestada de forma clara, atendendo-se à personalidade, ao grau de instrução e às condições clínicas e psíquicas do paciente*. A informação deve conter elementos atinentes ao diagnóstico, ao prognóstico, aos possíveis tratamentos e aos riscos e consequências que esses eventualmente comportem. *A contrario*, o paciente pode optar por não ser informado e, querendo, poderá indicar um terceiro a quem a informação deva ser revelada.

Relativamente ao consentimento, este é obrigatório e prévio ao acto médico, decorrendo da informação prestada. Prevê-se ainda a livre revogabilidade do consentimento, bem como a opção pelo dissentimento.

Na referida Circular Informativa, são nomeadamente abordadas as modalidades da declaração de consentimento (consentimento expresso e tácito), os requisitos de eficácia do consentimento, a sua livre revogabilidade, a prestação de informação e a confirmação do esclarecimento, bem como o dissentimento.

---

<sup>123</sup> Cfr. art.25.º al. h) do DL n.º 122/97 de 20 de Maio.

Especial destaque merece o facto de se indicar o consentimento prestado por escrito como meio privilegiado da manifestação da vontade do paciente, constando como anexo da Circular um modelo genérico como proposta de trabalho, que poderá ser adaptado às várias instituições de saúde. Concordamos que esteja subjacente um intuito de “(...) construir uma uniformização dos modelos e das actuações prosseguidas nas várias instituições de saúde portuguesas, o que é de louvar”<sup>124</sup>.

### 3.5. NO CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS

No preâmbulo do actual CDOM<sup>125</sup> pode ler-se que este código *destinado a médicos é um conjunto de normas de comportamento, cuja prática não só é recomendável como deve servir de orientação nos diferentes aspectos da relação humana que se estabelece no decurso do exercício profissional*. Estas normas hão-de espelhar os princípios éticos fundamentais orientadores de toda a atividade médica, como sejam o princípio da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça.

Primeiramente, é de salientar que este código não descarta as matérias relacionadas com o consentimento informado e esclarecido do paciente, revelando significativos progressos quando comparado com o revogado CDOM de 1985<sup>126</sup>.

Desde logo, no seu art.31.º, estabelece como princípio geral que o médico, no exercício das suas funções, fica obrigado a agir no pleno respeito pela dignidade do ser humano. Esse dever de respeito pela pessoa do doente vem reiterado no art.39.º,nº1.

Preconiza o n.º1 do art.35.º do mesmo diploma que *o médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as leges artis*. O n.º2 do mesmo artigo autoriza a prática dos *actos não reconhecidos pelas leges artis* mas sobre os quais recaiam fundadas probabilidades de êxito, somente em dois casos específicos: apenas *em situações em que não haja alternativa* e desde que o doente – ou o seu representante legal, quando aplicável – preste o seu consentimento. Este preceito legitima ainda a

---

<sup>124</sup> Vide JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...*,op.cit.,p.80.

<sup>125</sup> Regulamento n.º14/2009, da Ordem dos Médicos, publicado em Diário da República, 2ªsérie, n.º 8, no dia 13 de Janeiro de 2009.

<sup>126</sup> Publicado na Revista da Ordem dos Médicos n.º3/85.

prática de atos integrados em protocolos de investigação, observadas que sejam as regras da experimentação.

Ora, o consentimento terá por base o esclarecimento (cfr.art.44.º) prévio, devendo o médico informar e esclarecer o paciente sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença<sup>127</sup>, bem como dos contornos, riscos e possíveis consequências que possam advir da sua conduta. Deverá fazê-lo de modo adequado e compreensível, atendendo nomeadamente ao *estado emocional do paciente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural*. É desejável, ainda, que o esclarecimento assente em dados probabilísticos. Assim, permitir-se-á ao doente *consentir em consciência*.

Os requisitos de validade do consentimento serão a capacidade para consentir, o cumprimento cabal do dever de informação por parte do médico e, ainda, a ausência de coação física ou moral (cfr.n.º1 do art.45.º). Mais se recomenda que se proporcione um lapso de tempo razoável a mediar o esclarecimento e a prestação do consentimento para o que doente *possa refletir e aconselhar-se* (cfr.n.º2 do art.45.º). Por último, se o acto médico envolver sérios riscos ou consequências, o médico não só deve aceitar, como pode sugerir ao paciente que procure uma segunda opinião médica (cfr.n.º3 do art.45).

No que respeita à incapacidade para prestar consentimento (cfr.art.46.º) não podemos deixar de saudar o facto de se tomar em consideração a opinião dos menores<sup>128</sup>, em função da sua maturidade. É de louvar que não se subtraia, simplesmente, o menor deste processo. Note-se que não se faz qualquer referência à idade mas apenas à maturidade. Na verdade, parece-nos óbvio que a idade não é necessariamente sinónimo de maturidade e, como tal, será necessária uma avaliação casuística que permita, eventualmente, respeitar as opções do menor consoante o discernimento que se lhe reconheça.

Considerando o médico que a decisão dos representantes legais ou dos familiares não se coaduna com o superior interesse do paciente, será requerido o suprimento

---

<sup>127</sup> Cfr. art. 50.º. No n.º3 deste artigo está contemplado aquilo que apelidamos de «direito a não saber».

<sup>128</sup> Esta norma deve ser articulada com o art.48.º,n.º 3 no qual se determina que “no caso de menores ou incapazes, o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 e 6 do artigo 46.º e do artigo 52º”.

judicial do consentimento (n.º6 do art.46.º). Esta matéria será por nós deslindada adiante, a propósito da capacidade para consentir e, para lá remetemos os necessários esclarecimentos.

O consentimento implícito assenta numa presunção de consentimento (cfr. art.47.º). Terá lugar em situações de urgência – e, de acordo com a «vontade presumível» do paciente –; quando só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou pra a saúde e quando surja uma necessidade imperiosa de realizar uma diferente intervenção/tratamento e se revele possível colher novo consentimento.

No que concerne às formas de consentimento (art.48.º), dispõe-se que este pode ser prestado oralmente ou reduzido a escrito. Será obrigatório o consentimento escrito e/ou testemunhado nos casos legalmente contemplados.

A figura do dissentimento está implicitamente plasmada no art.49.º, sendo que face à recusa de exames e tratamentos o médico pode escusar-se a prestar assistência (cfr.art.41.º e art.46.º,nº6, *in fine*). Nos casos em que o paciente com capacidade para consentir corra perigo de vida, terá de ser o próprio a dissentir *expressamente e sem quaisquer coacções*.

Concluimos com duas críticas positivas ao actual CDOM.

No código revogado, prescrevia-se no art.38.º,nº1 e 2 o dever de esclarecer o paciente, a sua família ou representante acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que se pretendiam aplicar. Na verdade, ao conferir-se aos familiares ou representante do paciente um direito a ser informado “(...) houve a preocupação de alargar o processo de tomada de decisão pelo paciente, estabelecendo um regime de complementaridade”<sup>129</sup>.

No código vigente, estabelece-se a regra de que o diagnóstico e o prognóstico devem sempre ser revelados ao paciente, só podendo ser dados a terceiros com o consentimento expresso do paciente, salvo se o paciente for menor ou *cognitivamente incompetente* (cfr. nº 1 e 4 do art.50.º). Parece cumprir-se o regime de

---

<sup>129</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*,p. 88.

subsidiariedade reclamado por alguns autores<sup>130</sup> em prol da dignidade e autonomia do paciente.

O segundo enaltecimento prende-se com a repetição, no anterior CDOM, da expressão «preferencialmente por escrito<sup>131</sup>», entendida por alguns autores como uma indução a uma “(...)desnecessidade de formalização do consentimento e a sugestão de o formalizar<sup>132</sup>”. Essa expressão, felizmente, parece ter sido erradicada do presente CDOM<sup>133</sup>.

Contudo, não podemos deixar de atentar para o facto de o actual código persistir na falta de uniformidade na terminologia empregue<sup>134</sup>, utilizando aleatoriamente os conceitos de «consentimento», «consentimento por escrito», «consentimento expresso», «expresso e explícito consentimento pleno», «consentimento pleno», «consentimento plenamente livre e informado do doente» e, ainda, «consentimento informado escrito». Esta falta de concretização e de precisão linguística, para além de dificultar a compreensão dos preceitos, pode acarretar implicações práticas.

---

<sup>130</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 88.

<sup>131</sup> Nomeadamente nos arts.39.º,art.60.º, art.61.º.

<sup>132</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado ...op.cit.*, p. 90.

<sup>133</sup> Designadamente, no que concerne à experimentação humana, exige-se agora o consentimento prestado por escrito (cfr.art.82.ºal.a) do atual CDOM e art.60.º,nº1 do anterior CDOM).

<sup>134</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...op.cit.*, p. 90. teceu as mesmas considerações ao anterior CDOM.

## CAPÍTULO II – DECLARAÇÃO DE CONSENTIMENTO

### 1. MODALIDADES DA DECLARAÇÃO DE CONSENTIMENTO

#### 1.1. CONSENTIMENTO EXPRESSO E CONSENTIMENTO TÁCITO

O nosso ordenamento jurídico consagra, nos arts. 217.º e 219.º do Cód. Civil, o *princípio da liberdade declarativa*<sup>135</sup> quanto à forma dos negócios jurídicos. Isto significa que, em regra, a declaração de vontade pode validamente prestar-se por “(...) quaisquer meios que correspondam à noção de comportamento declarativo”<sup>136</sup>.

Por força do art. 295.º do mesmo diploma, este princípio aplicar-se-á à prestação de consentimento para realização de atos médicos<sup>137</sup>. Ora, o mesmo é dizer que o consentimento pode ser declarado expressa ou tacitamente, afastando a ilicitude da lesão.

É correto falar-se em *consentimento efetivo* para abarcar quer o consentimento expresso quer o consentimento tácito<sup>138</sup>.

Assim, se por um lado se admite o consentimento expresso – prestado por *palavras, por escrito ou por qualquer outro meio direto de manifestação de vontade*<sup>139</sup> – por outro, também se reconhece valor jurídico às declarações tácitas, aqui com uma particularidade: o consentimento tácito terá de deduzir-se de factos que com toda a probabilidade o revelem (cfr. n.º 1 do art. 217.º do Cód.Civil).

Como ilustra o Ac. do STJ de 7 de junho de 2011, Proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1 Relator Gabriel Catarino, “para que ocorra uma situação de consentimento tácito (...) torna-se necessário que os sinais (significantes ou

---

<sup>135</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.,p. 424. O autor relembra que relativamente ao conteúdo dos negócios jurídicos vigora o *princípio da liberdade negocial* (art. 405.º do Cód. Civil).

<sup>136</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2003, p. 129.

<sup>137</sup> Na verdade, como refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 704 e ss tratam-se de *quase-negócios-jurídicos*.

<sup>138</sup> No mesmo sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 91 e 424.

<sup>139</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, cit., pp. 91 e 424. O consentimento escrito por testemunho de terceiro e o consentimento obtido por outros meios de registo, tais como a gravação de imagem e voz, podem configurar outro meio direto de manifestação de vontade. Acerca da noção legal de documento e dos meios de prova documental, ver os artigos 362.º e 268.º do Cód. Civil, respetivamente.

exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida”<sup>140</sup>. Portanto, o consentimento tácito assentará num comportamento concludente do paciente.

Daí declinarmos o raciocínio empregue no Ac. do STJ de 18 de março de 2010, Proc. n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1, Relator Pires de Rosa<sup>141</sup> em que sustenta este Tribunal que “tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba (...) predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha”. Acrescenta-se ainda que “se a autora escolheu o seu médico, a sua clínica, é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido”.

Discordamos que o simples facto de se optar por determinada clínica seja um comportamento suficientemente revelador para daí se inferir um consentimento tácito para o ato médico. Na verdade, pode argumentar-se que o paciente, ao escolher aquela clínica, deposita uma especial confiança nos respetivos médicos. Todavia, não nos parece que essa opção tenha por consequência lógica a vontade do paciente em seguir orientações médicas que simplesmente desconhece. Muito embora se pudesse aceitar o consentimento tácito da paciente, tal não exonera o médico do cumprimento do dever de informar.

Cumpramos recordar que só os atos médicos que importem um risco superior ao mínimo carecem de ser expressamente consentidos. Para os atos médicos apelidados como «atos de rotina», privilegia-se a relação de confiança médico-paciente, pelo que se afigura bastante o consentimento tácito ou presumido<sup>142</sup>.

Contudo, situações há em que a lei impõe o consentimento exposto, nomeadamente em matéria de atuação médica<sup>143</sup>. Reputamo-nos às intervenções que,

---

<sup>140</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>141</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>142</sup> Neste sentido, JOSÉ RUI COSTA PINTO, *Bioética para Todos, op.cit.*, p. 51.

<sup>143</sup> A título de exemplo, cfr. art. 19.º, n.º 2 da CDHB, respeitante à colheita de órgãos ou de tecidos em dador vivo para transplante e, ainda, art. 3.º, n.º 2 al.d) e art. 4.º, n.º 2 al. a) do Despacho n.º 9108/97 de 18 de setembro, relativo aos testes genéticos.

pela sua gravidade e pelos riscos que comportam, reclamam a obtenção de uma manifestação de vontade tanto quanto possível explícita, direta e inequívoca<sup>144</sup>.

Consideramos que esta exigência de consentimento expresse, *maxime*, por escrito, pode justificar-se por motivos que se prendem com a segurança jurídica, facilitando ainda a produção de prova. De facto, mais do que justificável é mesmo desejável que determinadas intervenções careçam de consentimento expresse, na medida em que não só permite salvaguardar o médico de uma eventual responsabilização, como simultaneamente proporciona ao paciente um maior tempo de reflexão. Note-se que a exigência de declaração expressa de consentimento está, em regra, associada à exigência de forma escrita<sup>145</sup>, o que julgamos reiterar estes eventuais propósitos do legislador.

## 1.2. CONSENTIMENTO PRESUMIDO

Nas declarações de vontade, paralelamente ao consentimento expresse e ao consentimento tácito, é ainda de referir a figura do consentimento presumido.

Doutrinalmente, considera-se que o consentimento presumido deve ser distinguido do “(...) consentimento efetivo, que engloba o consentimento tácito e o consentimento expresse”<sup>146</sup>, muito embora se estabeleça uma equiparação entre ambos<sup>147</sup>.

Na verdade, esta modalidade de consentimento acolhida no art. 340.º, n.º 3 do Cód. Civil<sup>148</sup> – preceito já oportunamente analisado – funcionará como outra causa de

---

<sup>144</sup> A este propósito, como veremos adiante, o consentimento expresse do paciente não será, necessariamente, um consentimento livre e verdadeiramente esclarecido e, portanto, válido – nomeadamente por violação dos deveres de informação e esclarecimento.

<sup>145</sup> Cumpre referir que a recente Lei da Investigação Clínica (Lei n.º 21/2014 de 16 de abril), no seu art. 2.º al. j) ) define o consentimento informado como “a *decisão expressa* (...)”, acrescentando que “o mesmo *deve ser escrito, sempre que aplicável*” (itálico nosso). Entendemos que os estudos clínicos, pelo seu caráter experimental e particularmente imprevisível, reclamavam uma proteção acrescida da integridade física e moral dos participantes, pelo que a declaração de consentimento deveria ser obrigatoriamente expressa e reduzida a escrito.

<sup>146</sup> Cf. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., pp.91 e 424.

<sup>147</sup> Vide art. 39.º, n.º 1 do Cód. Penal.

<sup>148</sup> Vide art. 47.º do CDOM.



exclusão da ilicitude, distinta quer do «consentimento verdadeiro» quer do estado de necessidade<sup>149</sup>.

Assim o será, desde logo, pelo seu carácter subsidiário<sup>150</sup>. Note-se que o consentimento presumido ficará reservado aos casos em que o paciente se encontra inconsciente – ou, por outro motivo, incapaz de prestar o consentimento – e não se encontra legalmente representado, a intervenção é urgente e, ainda, os casos de alargamento do âmbito da operação<sup>151</sup>.

Trata-se de conferir prevalência ao dever de agir – corolário do princípio da beneficência – que pauta a ética médica. Posto isto, não nos parece infundado considerar-se que o instituto do consentimento presumido pressupõe uma hierarquização ou ponderação de direitos<sup>152</sup>. De facto, quando o médico opera um paciente inconsciente para lhe salvar a vida, desconhecendo a sua vontade real, está a conferir primazia ao bem jurídico vida, com sacrifício da integridade física do paciente.

Não nos oferece dúvidas de que, tratando-se de intervenções ou tratamentos adiáveis, deva aguardar-se que o paciente recupere e decida ou, em alternativa, que o tribunal nomeie um representante legal<sup>153</sup>.

Na medida em que este consentimento presumido deva traduzir a vontade hipotética ou presumível do paciente, somos levados a afirmar que o médico tem o dever de esgotar todos os meios ao seu alcance para conhecer essa vontade, por exemplo, consultando os familiares próximos.

Neste âmbito, cumpre reforçar a importância que o testamento vital<sup>154</sup> pode assumir, na medida em que garante ao paciente que a sua vontade real será atendida, mesmo quando não esteja em condições de a manifestar.

---

<sup>149</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 495.

<sup>150</sup> No Ac. do TRC de 28 de abril de 2009, Proc. n.º 92/08.4GDCTB-A.C1, Relator Jorge Gonçalves, Disponível em :<http://www.dgsi.pt>, pode ler-se que “o consentimento presumido assume sempre carácter subsidiário, no sentido de que só é legítima a sua invocação quando não for possível obter a manifestação expressa de vontade ou houver perigo sério na demora”.

<sup>151</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 495. Poderá ser o caso do médico que, ao operar o paciente, encontra metástases e, decide, alargar o âmbito da operação de forma a evitar perigo para a vida ou para a saúde do paciente.

<sup>152</sup> MIRIAM VIEIRA DA ROCHA FRUTUOSO, *O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde*, op. cit., p. 77.

<sup>153</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 496.

<sup>154</sup> Acerca das vantagens e desvantagens deste *living will*, cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Experiência Europeia...* cit., pp. 18 e 19. O autor elogia o facto de o testamento vital exonerar os familiares e médicos da árdua tarefa de tomar decisões pelo paciente. *A contrario*, alerta para o risco de o consentimento não ser atual e poder estar desfasado dos avanços da medicina ou ainda de o paciente, na iminência da morte, mudar de opinião.

Por último, frustrando-se todas as tentativas de conhecer a vontade hipotética do paciente e, reiterar-se, em situações de manifesta urgência, não restará outra alternativa ao médico que não a de invocar o critério do «paciente razoável».

O consentimento presumido distingue-se ainda do consentimento efetivo, já que o primeiro é uma “(...) manifestação da vontade do médico, tal como este configura dever ser a vontade do paciente que não lha pode prestar”<sup>155</sup>. Já o consentimento efetivo – declarado expressa ou tacitamente – constitui uma exteriorização, direta ou indireta, da vontade do paciente.

## 2. FORMA DO CONSENTIMENTO

Como já referimos, também em matéria de consentimento informado vigora o *princípio da liberdade de forma* ou *princípio da liberdade declarativa*, acolhido no art. 219.º do Cód. Civil. Posto isto, o consentimento pode ser validamente prestado por qualquer meio, sendo a regra a da oralidade<sup>156</sup>.

Ora, na sua condição de regra, também esta contempla exceções. Reputamo-nos aos casos em que a lei impõe o consentimento prestado por escrito, em documento<sup>157</sup>.

São eles, nomeadamente, a interrupção voluntária da gravidez (art. 142.º, n.º 4 do Cód. Penal); realização de técnicas invasivas em grávidas, tais como amniocentese, biopsia das vilosidades coriônicas, cordocentese, drenagem, amnioinfusão, (Circular Normativa n.º 16/DSMIA, de 05/12/2001, da DGS); esterilização voluntária – laqueação tubar e vasectomia – (art. 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março); procriação medicamente assistida (art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho<sup>158</sup>); realização de

---

<sup>155</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 90.

<sup>156</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 481. Ver ainda Ac. do STJ de 18 de março de 2010, Proc. n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1, Relator Pires da Rosa, disponível em :<http://www.dgsi.pt>.

Na decisão é referido que “(...) o consentimento, a menos que a lei expressamente diga o contrário, pode ser prestado por qualquer forma – não necessita de ter a forma escrita”.

<sup>157</sup> A título de curiosidade, é de referir que em determinadas situações as exigências vão para além do consentimento escrito, convocando-se a intervenção dos tribunais ou envolvendo vários médicos no processo de consentimento. Apontando alguns casos, no processo de verificação da morte não deve intervir médico que integre a equipa de transplante (art.13.º, n.º 2 da Lei 36/2013 de 12 de junho). Ainda, nos termos do n.º 2 do art.142.º do Cód. Penal, a verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado elaborado por outro médico que não aquele por quem, ou sob cuja direção, seja realizada a intervenção.

<sup>158</sup> Alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

testes genéticos (art. 9.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro); realização de atos cirúrgicos e/ ou anestésicos (CDOM); colheita e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana (art. 8.º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril); dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana (art. 24.º da Lei n.º 12/2009, de 26 de março); participação em ensaios clínicos (Lei 21/2014 de 16 de abril) e, ainda, a realização de atos invasivos, tais como biópsias, endoscopias e anestésias.

Os exemplos apontados ilustram formas de intervenção médica mais agressivas ou mais arriscadas que, pela sua natureza, reclamam uma maior proteção do paciente.

Inúmeras vantagens podem ser apontadas à obrigatoriedade de prestar o consentimento por escrito.

Desde logo, esta imposição tem o condão de facilitar a prova<sup>159</sup>, já que o consentimento – materializado num documento – se torna palpável. Por isso dizemos que, ainda que colateralmente, o consentimento escrito protege o médico, podendo funcionar como garantia do cumprimento do seu dever de informação. Quanto a nós, fica claro que esta certificação documental das declarações de informação e de vontade torna-se, em certos casos, imperiosa e dá resposta a exigências de certeza e segurança jurídicas<sup>160</sup>.

Mais do que assumir valor probatório, o consentimento escrito talvez seja um *consentimento mais informado e mais esclarecido*. Senão vejamos.

O consentimento reduzido a escrito, em princípio, deverá proporcionar o desejável tempo de reflexão para que o paciente, informado e esclarecido, decida em consciência. Note-se que o consentimento oral está tendencialmente associado a uma resposta rápida ou até imediata. Deve ainda servir o propósito de convidar ao diálogo, no qual médico e paciente partilham informações e se confirma o esclarecimento.

Obviamente, tal só será possível se o consentimento escrito for precedido do cabal cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento que sobre o médico impendem. Isto porque a informação escrita pode complementar a informação oral, mas

---

<sup>159</sup> Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit p. 433.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 19.

não a dispensa. Se assim acontecer, o consentimento escrito quase que encerra em si um consentimento oral, funcionando como que um *duplo consentimento*.

Sem prescindir, não podemos deixar de referir que o consentimento escrito pode ser falacioso e produzir resultados perversos sobre os quais cumpre tecer algumas considerações. Reputamo-nos à utilização de formulários para prestação de consentimento, sobre os quais faremos uma breve alusão de seguida.

## **2.1. A UTILIZAÇÃO DE FORMULÁRIOS PARA A PRESTAÇÃO DE CONSENTIMENTO**

Tal como já constatamos, em regra, o consentimento pode prestar-se oralmente. Para os casos em que se exige a forma escrita<sup>161</sup>, comumente se recorre à utilização de formulários de consentimento.

Na Norma nº 015/2013 de 03/10/2013, da DGS<sup>162</sup> pode ler-se que “o consentimento informado deverá ser inscrito no formulário em anexo à presente Norma<sup>163</sup>. Acrescenta-se que “o dito formulário é suficientemente aberto para nele caber toda a informação específica, já adotada em formulários nacionais de consentimento informado”.

Na verdade, seria desejável que estes formulários funcionassem como modelos genéricos e fossem posteriormente adaptados à real e concreta situação clínica de cada paciente. Saliente-se que estes formulários contribuem para a uniformização em matéria de consentimento informado, nomeadamente na terminologia empregue, pelo que a sua utilidade é inegável.

Porém, com preocupante frequência, esses formulários – que não passam de minutas pré-elaboradas – extravasam a sua função orientadora por não sofrerem qualquer alteração. Nesse caso, não nos espanta que no formulário não sejam sequer

---

<sup>161</sup> Cumpre referir que a redução a escrito é, em alguns casos, uma opção voluntária de alguns hospitais, que adotam os seus próprios formulários para a prestação de consentimento.

<sup>162</sup> A presente Norma revoga a Circular Informativa n.º 15/DSPCS de 23-03-1998, da DGS.

<sup>163</sup> O anexo I contém um formulário de consentimento informado, esclarecido e livre para atos/intervenções de saúde. No anexo II pode encontrar-se um formulário de consentimento informado, esclarecido e livre para participação em estudos de investigação.

contemplados os riscos especiais que aquela intervenção importa para aquele paciente em concreto. Outrossim, pode suceder que esse documento não considere as características concretas de certa patologia, por se limitar a descrever um quadro clínico geral e abstrato.

Em suma, consideramos que nos formulários deve ver-se a «mão do médico» e que o recurso a este meio deve ser admitido com alguma relutância, sob pena de se converterem numa espécie de contratos de adesão<sup>164</sup>.

Ainda, não podemos deixar de afirmar que os médicos podem ser tentados a utilizar os formulários como um instrumento de desresponsabilização, descurando os seus deveres de informação e de esclarecimento. Maior indignação causa-nos o facto de os formulários serem usualmente entregues por funcionários administrativos, alheios ao ato médico, não tendo o paciente acesso a qualquer informação ou esclarecimento<sup>165</sup>.

Como tal, parece-nos valiosa a proposta de GONÇALO DIAS PEREIRA<sup>166</sup> de controlar os formulários para prestação do consentimento mediante o recurso ao Diploma das Cláusulas Contratuais<sup>167</sup>.

Correndo o risco de nos repetirmos, o facto de existir um documento no qual o paciente dá a sua anuência para a realização de certo tratamento ou intervenção, em nada inviabiliza a propositura de uma ação de responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado.

Reitere-se: a mera assinatura de um formulário não consubstancia, de *per si*, um consentimento informado. Isso “seria a «burocratização» de um direito que as pessoas têm e que os profissionais devem proteger. O papel pode estar assinado e isso não quer dizer que a pessoa tenha sido informada, esclarecida nas dúvidas e validada a sua compreensão sobre o que ia ser realizado a seguir”<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> Como afirma ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 536.

<sup>165</sup> Cf. MARTA SUSANA LOPES REIS DE MELO, *A importância do consentimento...*, *op. cit.*, p. 7 e, ainda, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 550.

<sup>166</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 540-550.

<sup>167</sup> DL n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos DL n.º 220/95, de 31 de agosto, DL n.º 249/99, de 07 de julho e DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

<sup>168</sup> CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade Civil, Penal e Profissional*, Lisboa, 2013, p. 21, [em linha], Disponível na [www: <URL: http://www.cej.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso\\_Complementar\\_Direito\\_Saude.pdf>](http://www.cej.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf).

### 3. TEMPO DO CONSENTIMENTO

Conforme já tivemos oportunidade de aqui referir, é indiscutível que o consentimento deva ser anterior à prática do ato médico e, como tal, “o consentimento posterior não é mais do que perdão, e como tal deve ser tratado”<sup>169</sup>.

Contudo, para que se possa falar em consentimento informado, não basta que o paciente seja informado e consinta. É necessário que um lapso de tempo razoável medeie essas duas etapas, de forma a proporcionar ao paciente um «tempo de reflexão».

Este período de tempo funcionará como um instrumento privilegiado de ponderação, em que o paciente equacionará os riscos e os benefícios daquele tratamento ou intervenção. Note-se que o paciente, em regra alheio ao exercício da medicina, só poderá tomar uma decisão verdadeiramente informada e esclarecida se, após ter sido informado, gozar do tempo razoável para compreender o sentido e o alcance daquele ato. Trata-se de formar uma vontade séria, livre, esclarecida e amadurecida e ter a possibilidade de a interiorizar e, eventualmente, reconsiderar. Isto porque, desta reflexão podem nascer novas dúvidas que devem ser oportunamente esclarecidas e que, em última instância, podem mesmo implicar uma decisão em sentido contrário.

Alguns autores optam pela expressão «prazo de reflexão»<sup>170</sup> mas, quanto a nós, essa expressão deve reservar-se aos casos em que a lei, efetivamente, estipula um prazo mínimo para que o paciente, após ter sido informado, decida. Como tal, não nos parece que a norma do art. 142.º, n.º 4, al. a) do Cód. Penal consagre um verdadeiro prazo de reflexão<sup>171</sup>. Senão vejamos.

Dispõe esse normativo que o consentimento exigido para a interrupção voluntária da gravidez é prestado “em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção.”

---

<sup>169</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, op. cit., p. 175.

<sup>170</sup> Cf. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 490.

<sup>171</sup> *A contrario*, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 491.

Ora, o consentimento deve ser prestado, – sublinhe-se – *sempre que possível*, com antecedência mínima de três dias. Atente-se que não é feita qualquer referência ao lapso de tempo que deve decorrer entre a prestação de informação e a declaração de consentimento, mas antes ao tempo que deve decorrer entre o consentimento e o ato médico.

Como tal, militamos no sentido de considerar que não está em causa conferir ao paciente um prazo de reflexão ou sequer um tempo de reflexão, mas sim conferir-se um prazo alargado para revogar o consentimento.

Terminamos com duas advertências que julgamos pertinentes. A primeira prende-se com o facto de a lei ser omissa quanto ao tempo de reflexão a conceder ao paciente<sup>172</sup>, confiando na sensatez do médico. Por ser assim, entendemos que o médico tem uma responsabilidade acrescida de colmatar essa lamentável falha, acautelando os direitos do paciente.

Com isto não pretendemos afirmar que seria tarefa fácil definir qual o tempo de reflexão reclamado para cada ato médico, até porque esse tempo varia em função do paciente em concreto. Na verdade, cada sujeito tem distinta capacidade de compreensão e de discernimento e reconheça-se que a própria idade, a vulnerabilidade e mesmo a personalidade poderão ter impacto no processo de decisão.

Todavia, seria desejável que a lei consagrasse verdadeiros prazos mínimos de reflexão – pelo menos em relação às situações em que exige o consentimento expresso do paciente – prazos esses que poderiam ser aumentados pelo médico se assim julgasse conveniente.

O segundo apontamento resume-se a considerarmos que o tempo de reflexão – ou o prazo de reflexão, se preferirmos – deve ser proporcional aos riscos envolvidos no ato médico. Assim, um ato médico mais agressivo ou mais arriscado, reclama um maior tempo de reflexão.

---

<sup>172</sup> Refira-se, por exemplo, o art. 45º, n.º 2 do CDOM que apenas recomenda que se proporcione um lapso de tempo razoável a mediar o esclarecimento e a prestação do consentimento para o que doente “possa refletir e aconselhar-se”.

#### 4. REVOGABILIDADE

Neste ponto, iremos trazer à colação os traços gerais da revogabilidade, já abordados no anterior capítulo, procurando esclarecer algumas questões.

Nas intervenções médicas não há lugar à execução específica<sup>173</sup> nem à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória (art. 829.º-A do Cód. Civil). Compreende-se facilmente que assim o seja, desde logo, porque a própria natureza dos bens jurídicos em causa não se compatibiliza com um cumprimento coercivo. Pode ainda advogar-se que “(...) não existe um dever jurídico de cumprir as prescrições do médico” ou que a sanção compulsória não terá aplicação por estarmos perante a exceção consagrada no n.º 1 desse preceito, se entendermos que a prestação do médico assenta nas suas capacidades científicas<sup>174</sup>.

Cumpre lembrar que à atuação médica aplica-se o regime do consentimento tolerante, acolhido no art. 340.º do Cód. Civil, com dois traços fundamentais: a livre revogabilidade e a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos.

Assim, o consentimento será livremente revogável, a todo o tempo – isto é, até ao momento da realização do ato médico consentido –, sem sujeição a quaisquer formalidades<sup>175</sup>.

Por outro lado, a revogação do consentimento não gera qualquer obrigação de ressarcir. A este propósito, retenha-se essencialmente que a obrigação de indemnizar, contida no n.º 2 do art. 81.º do Cód. Civil, não vigora, mormente, por não se vislumbrarem aqui *legítimas expectativas da outra parte* (itálico nosso)<sup>176</sup>. De facto, uma eventual obrigação de indemnizar poderia funcionar como uma forma de coartar a autonomia e a liberdade do paciente e de colocar em crise a característica da livre revogabilidade. Na verdade, não se concebe que um paciente se veja impelido a realizar uma operação para evitar uma indemnização. No extremo, estar-se-ia a reservar a revogabilidade para aqueles que financeiramente a pudessem suportar.

---

<sup>173</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 216.

<sup>174</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 494.

<sup>175</sup> A livre revogabilidade do consentimento vem afirmada, nomeadamente, no art. 81.º, n.º 2 do Cód. Civil, art. 38.º, n.º 2 do Cód. Penal, art. 5.º da CDHB, art. 5.º da Convenção de Oviedo, e art. 6.º, n.º 4 e n.º 6 da Lei n.º 21 /2014, de 16 de abril (Lei da Investigação Clínica).

<sup>176</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 133 e 493.



Pensemos na questão dos transplantes e dos ensaios clínicos por serem matérias em que eventualmente poderia colocar-se a questão de existirem expectativas de terceiros a tutelar. Contudo, mesmo aqui, a lei<sup>177</sup> não faz qualquer referência a uma obrigação de indemnizar e, uma vez que se trata de uma lei especial, prevalece sobre o regime do art. 81.º do Cód. Civil<sup>178</sup>. Consequentemente, nas demais intervenções médicas não se reconhecem expectativas legítimas.

Todavia, importa não desconsiderar que a revogação do consentimento pode acarretar prejuízos. Assim, pese embora não possa haver lugar a uma execução específica nem à aplicação de uma sanção compulsória, será legítima a cobrança de honorários?

O CDOM, no seu art. 107.º, parece responder afirmativamente a essa questão ao considerar que “o médico chamado ao domicílio goza do direito a honorários mesmo que, por motivo alheio à sua vontade, não chegue a prestar assistência médica”. Quanto a nós, a cobrança de honorários servirá para «compensar» a deslocação do médico e os transtornos que essa implicou – nomeadamente, por ter impossibilitado o médico de realizar outras consultas. A mera deslocação do médico não será um ato médico<sup>179</sup>, pelo que não está em causa o paciente retirar o consentimento, mas antes ter obstado à realização da consulta.

E no caso de falta de comparência ou desistência do paciente a uma consulta ou intervenção cirúrgica?

Relativamente às consultas médicas no SNS, não nos causa desagrado que, de acordo com a Portaria 95/2013 de 4 de março<sup>180</sup>, o utente tenha o dever de “justificar a falta, por motivo plausível, a qualquer consulta marcada, para a qual tenha sido convocado, sob pena de lhe ser exigido o pagamento da taxa moderadora aplicável” (ponto 9.4).

---

<sup>177</sup> Vide art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 12/93 de 22 de abril. Cfr, ainda, o art.6.º, n.º 1, al.b) e n.º 6 da Lei da Investigação Clínica (Lei n.º 21/2014, de 16 de abril).

<sup>178</sup> Neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 493 e 494. O autor invoca ainda um *argumento teleológico*, frisando que os transplantes e as doações de órgãos constituem duas das mais graves ofensas e que, precisamente por esse motivo, foi criada legislação especial.

<sup>179</sup> Acerca da noção de ato médico cfr. Ac. do TRP de 10 de outubro de 2011, Proc. n.º 84/08.3TVPR.T.P1, Relator Soares de Oliveira, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Nessa decisão, considera-se que a depilação laser “ não se tratou de um ato médico, pois que não estamos perante um ato de diagnóstico, prognóstico, prescrição ou execução de medidas terapêuticas, necessariamente realizado por um profissional de saúde. Fica pois prejudicada a necessidade de prévio consentimento”.

<sup>180</sup> Esta Portaria aprova o Regulamento do Sistema Integrado de Referenciação e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas instituições do SNS, designado por Consulta a Tempo e Horas (CTH).

No que concerne às intervenções cirúrgicas a realizar nos estabelecimentos do SNS<sup>181</sup>, a falta ou desistência do paciente não envolve qualquer penalização monetária. A desistência do utente, a sua falta injustificada, ou três faltas justificadas à intervenção cirúrgica são considerados motivos de saída da Lista de Inscritos para Cirurgia (cfr. ponto 136 al. c) e ponto 140, al. b) e c)). Contudo, desde que se mantenha a indicação cirúrgica, poderá o utente solicitar reinscrição (cfr. ponto 146).

Esta característica da livre revogabilidade e não ressarcibilidade tem o desiderato de proteger a integridade física e moral do paciente, bem como o seu direito à autodeterminação. Em suma, o que se pretende é que o paciente não sinta qualquer pressão ou constrangimento. Mais, se o consentimento fosse irrevogável ou implicasse o ressarcimento continuaria a ser um ato totalmente livre?

Forçosamente, a revogação do consentimento não passará de um direito teoricamente consagrado se for omitido do paciente. Como tal, revela-se da máxima importância que o paciente seja advertido dessa possibilidade (oralmente), devendo ainda essa informação estar plasmada nas declarações de consentimento<sup>182</sup>, quando a esta via se recorra.

Concluimos afirmando que a revogação do consentimento é uma espécie de *direito de arrependimento* e como tal deve ser tratada.

---

<sup>181</sup> Portaria 45/2008 de 15 de janeiro, que veio alargar o âmbito de aplicação do Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia (SIGIC) às entidades que contratam e convencionam com o SNS.

<sup>182</sup> O anexo I da Norma nº 015/2013 de 03/10/2013, da DGS contém um formulário para Consentimento Informado, Esclarecido e Livre para atos/intervenções de saúde. Pelo paciente deve ser declarado ter-lhe sido garantido que não haverá prejuízo para os seus direitos assistenciais se recusar aquela solicitação.



### CAPÍTULO III – REQUISITOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado será válido quando haja sido livremente prestado, isto é, de forma voluntária, sem qualquer coação ou vícios da vontade. Esta liberdade ou voluntariedade pode ser tratada como uma pré-condição do consentimento informado e definida como a ausência de coação ou ameaça – ou suspeita de ameaça – exercida pelos profissionais de saúde. É de referir, ainda, que a vontade do doente pode ser adulterada pelo uso de determinados medicamentos, álcool ou drogas e, ainda, pelo estado emocional do paciente<sup>183</sup>.

Reclama-se, igualmente, a atualidade do consentimento, o que significa que o consentimento deve ser declarado para certo e determinado ato médico<sup>184</sup>. Assim, o paciente deve consentir na realização de cada tratamento ou intervenção, renovando-se esta exigência de obter o consentimento sempre que surja necessidade de realizar um outro.

Para além dos requisitos da voluntariedade e da atualidade, o consentimento válido será declarado por quem seja dotado de (1) capacidade para consentir, (2) após ter sido informado e esclarecido e, por último, (3) contando que esse consentimento respeite os bons costumes e a ordem pública.

Estes últimos requisitos de validade do consentimento<sup>185</sup>, pela sua complexidade e relevância para o nosso estudo, serão desenvolvidos de seguida.

---

<sup>183</sup> RUI NUNES, *Consentimento Informado*, p. 20. Disponível na [www: <URL: http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf>](http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf).

<sup>184</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, «Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico» in *Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 37.

<sup>185</sup> Dispõe o CDOM, no seu art. 45.º, n.º 1 que “Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais”. Já o Código de Nuremberga enuncia, no seu primeiro princípio, a voluntariedade, a capacidade, a informação e o esclarecimento, como requisitos fundamentais do consentimento. Relativamente à condição de respeito pelos bons costumes e pela ordem pública, este requisito é apontado pelo autor JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 259 e ss.

## 1. A (IN)CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Por motivos de clareza cumpre, antes de mais, distinguir os conceitos de personalidade e capacidade jurídica.

A personalidade jurídica, como sabemos, traduz-se na suscetibilidade de ser titular autónomo de relações jurídicas, ou seja, na idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas<sup>186</sup>. Acerca da aquisição da personalidade, dispõe o n.º1 do art. 66.º do Cód. Civil que “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”.

Nos termos do art. 67.º do Cód. Civil, “as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica”.

Como destaca HEINRICH EWALD HÖRSTER, personalidade e capacidade jurídica são conceitos distintos pois ao contrário da capacidade jurídica – que pode ser limitada nos termos do art. 67.º por força de disposição legal em contrário – a personalidade não sofrerá constrangimentos<sup>187</sup>.

Como ensina MOTA PINTO, “à personalidade jurídica é inerente a *capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos*. À pessoa reconhece o direito objetivo capacidade jurídica, de modo que podemos, em termos tecnicamente rigorosos, considerar a pessoa um *ente capaz de direitos e obrigações*”<sup>188</sup>.

A capacidade jurídica (ou capacidade de gozo), contudo, não pode confundir-se com a capacidade de exercício de direitos – ou capacidade negocial de exercício<sup>189</sup>, no plano dos negócios jurídicos. Esta última é reconhecida aos maiores de dezoito anos (art. 130.º) e consiste na aptidão para “atuar juridicamente (...) por *ato próprio e exclusivo*

---

<sup>186</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op.cit.*, p. 193.

<sup>187</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, op.cit.*, p. 309.

<sup>188</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>189</sup> Existe ainda a possibilidade de se verificar uma incapacidade negocial de gozo, que determina a nulidade dos negócios jurídicos praticados e é insuprível. Constituem incapacidades negociais de gozo, nomeadamente, os impedimentos dirimentes absolutos e os impedimentos dirimentes relativos para celebrar casamento (arts. 1601.º e 1602.º), a incapacidade testamentária (art. 2189.º) e a incapacidade para perfilhar (art. 1850.º).

ou mediante *representante voluntário ou procurador*<sup>190</sup>. Em suma, o sujeito com capacidade de exercício atua pessoal e autonomamente<sup>191</sup>. Pessoalmente, porque não necessita de ser substituído por um *representante legal*. Autonomamente, na medida em que não carece do consentimento de um *assistente* para a prática de atos jurídicos.

A lei considera incapazes para o exercício de direitos<sup>192</sup> os menores, os interditos e os inabilitados<sup>193</sup> (art. 123.º, art. 138.º e ss e arts. 152.º e ss do Cód. Civil, respetivamente). Compreende-se que assim seja, já que esta “(...) capacidade para agir pressupõe uma capacidade natural de querer e entender”<sup>194</sup>. O modo de suprir esta incapacidade de exercício de direitos será o de recorrer aos institutos da representação legal<sup>195</sup> ou da assistência<sup>196</sup>.

Especial destaque merece o regime da incapacidade acidental, previsto no art. 257.º da lei civil. Esta apresenta-se como uma figura afim face às incapacidades de exercício que acabamos de enunciar, na medida em que o sujeito acidentalmente incapacitado possui, em geral, capacidade de exercício<sup>197</sup>.

Analisados os traços gerais do regime da capacidade no direito civil, cumpre agora centrarmos o nosso estudo na capacidade para consentir.

Alguma doutrina<sup>198</sup> faz a distinção – e bem – da capacidade para consentir face à capacidade negocial de exercício, considerando mesmo que a primeira se apresenta como um novo ramo da capacidade jurídica.

De modo a justificar esta autonomização pode alegar-se que a capacidade para tomar decisões médicas respeita a bens jurídicos de elevada natureza pessoal, ao passo

---

<sup>190</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 195.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> Refira-se que a incapacidade negocial de exercício determina a anulabilidade dos negócios jurídicos (Cfr. art. 125.º, art. 148.º a 150.º, art. 156.º, art. 1687.º, todos do Cód. Civil).

<sup>193</sup> Para além destas incapacidades, o legislador definiu, ainda, ilegitimidades ou «incapacidades conjugais» (vide arts. 1682.º, 1687.º e 1690.º do Cód. Civil). Acerca da inclusão destas limitações na categoria das ilegitimidades ou das incapacidades, cfr. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ob.cit., pp. 76 e 102 e ss e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op.cit., pp. 294 e 295. A ilegitimidade dos cônjuges é suprida com o consentimento do outro cônjuge, nos termos dos arts. 1682.º, n.º1 e n.º3. 1682.º-A e 1682.ºB.

<sup>194</sup> *Ibidem*. A nomenclatura “capacidade para agir” é utilizada no direito alemão (*Handlungsfähigkeit*) para designar a capacidade de exercício de direitos.

<sup>195</sup> Será o caso do suprimento da incapacidade dos menores pelo poder paternal ou, subsidiariamente, pela tutela (art. 124.º do Cód. Civil).

<sup>196</sup> Cfr. art. 153.º que determina a assistência dos inabilitados por um curador.

<sup>197</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op.cit., p. 346.

<sup>198</sup> Neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 148 e ss.

que o regime da capacidade negocial parece estar arquitetado para proteger bens puramente patrimoniais<sup>199</sup>.

Na verdade, a capacidade para consentir traduz-se na idoneidade para autorizar (ou recusar) lesões na integridade física e psíquica. Essa capacidade reclama não só a compreensão do ato médico e das suas implicações, mas também a aptidão para discernir e ponderar alternativas.

De facto, a própria lei – ao admitir a sua livre revogabilidade e a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos – discrimina positivamente o consentimento médico, oferecendo-lhe uma proteção redobrada face aos negócios jurídicos em geral.

Assim, subscrevemos o entendimento de ORLANDO DE CARVALHO quando sustenta que o consentimento tolerante – que, como já vimos, abarca o consentimento para o ato médico – “ não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos”<sup>200</sup>. De facto, o consentimento nas lesões à integridade física não exige capacidade negocial e, por ser assim, podem os menores (a título de exemplo), em certa medida, autorizar a limitação voluntária ao exercício dos seus direitos de personalidade<sup>201</sup>.

Examinemos, antes de mais, o modo como se estabelece a capacidade para consentir. Na tarefa de aferir a capacidade do paciente são convocados os médicos, a própria ética médica e, inevitavelmente, as disposições legais.

Em regra, os sujeitos dotados de capacidade negocial de exercício (adquirida aos dezoito anos de idade, nos termos do art.130.º) possuem capacidade para consentir. Dizemos «em regra», por consideramos que a maioridade deve ser um indício de capacidade para consentir, e não uma verdadeira presunção de capacidade<sup>202</sup> (ou, pelo menos, não uma presunção inilidível). Como tal, competirá ao médico avaliar o discernimento daquele paciente para decidir sobre aquele ato, em específico.

---

<sup>199</sup> JENS KUHLMANN *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 148.

<sup>200</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 183.

<sup>201</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, op.cit.*, 270.

<sup>202</sup> JENS KUHLMANN *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 170. O autor dá o exemplo dos idosos adultos para alertar para a questão da maioridade dever operar como um fator meramente indicativo da capacidade.

Cumpra mencionar que na prática médica são utilizados «testes de capacidade» para aferir se, no caso concreto, o paciente está habilitado a tomar decisões, compreendendo-lhes o sentido e o alcance. Entre os fatores atendidos, destaca-se a “(...) compreensão, a memória, o raciocínio, a comparação, a avaliação, a projeção, a opção, a expressão e a decisão”<sup>203</sup>.

Esta preconização da capacidade para consentir como um ramo autónomo da capacidade de exercício de direitos terá implicações práticas ao nível do regime das incapacidades e do seu modo de suprimento. Limitar-nos-emos a tecer breves comentários sobre esta temática, uma vez que extravasa o objeto do nosso estudo.

Como já mencionamos, estão privados de capacidade negocial os menores de dezoito anos, os interditos e os inabilitados.

No que concerne à incapacidade para consentir diremos que, em princípio, carecem dessa faculdade os menores de 16 anos de idade, os interditos (art. 138.º e ss), os inabilitados por anomalia psíquica (arts. 152.º e 153.º, nº1) e os pacientes que sofram de incapacidade acidental (art.257.º). Em legislação extravagante, encontramos incapacidades para realizar determinadas intervenções<sup>204</sup>. Será o exemplo da participação em ensaios clínicos, da esterilização voluntária e da procriação medicamente assistida<sup>205</sup>.

### **1.1. O CASO DOS MENORES: ALGUMAS NOTAS SOBRE A SUA CAPACIDADE PARA CONSENTIR E OS MODOS DE SUPRIR A SUA INCAPACIDADE.**

Já vimos que, nos termos da lei civil, os indivíduos adquirem capacidade de exercício aos 18 anos de idade. Todavia, como sustenta GONÇALO DIAS PEREIRA, os artigos. 123.º e 139.º do Cód. Civil espelham o conceito tradicional de capacidade de

---

<sup>203</sup> JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, cit., p. 201.

<sup>204</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 178 trata estes casos como incapacidades de gozo do direito de consentir. Já o autor JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado... cit.*, pp. 198 e 199 considera estar perante incapacidades de exercício.

<sup>205</sup> Acerca da participação em ensaios clínicos de menores e de maiores incapazes de prestar o seu consentimento informado, cfr. art. 7.º e 8.º da Lei 21/2014 de 16 de abril. Por força do art. 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março, a esterilização fica vedada aos menores de vinte e cinco anos. No que concerne à procriação medicamente assistida, dispõe o art. 6.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho que “as técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica”.



exercício. Porém, em matéria de consentimento informado, não devem estes normativos ser interpretados literalmente, mas antes harmonizados com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, consagrado no art. 26.º, n.º 1 da CRP<sup>206</sup>. Ainda, é de invocar o disposto no n.º 2 do art. 1878.º do Cód. Civil, normativo que impõe que os pais, *de acordo com a maturidade dos filhos*, considerem a sua opinião nos assuntos familiares importantes e lhes reconheçam *autonomia na organização da própria vida*.

Em primeiro lugar, retenha-se que a (in)capacidade dos menores para consentir será sempre aferida casuisticamente, atendendo-se à sua maturidade, discernimento, capacidade de compreensão e de ponderação e, naturalmente, aos riscos envolvidos na decisão. Entendemos, ainda, que a própria vulnerabilidade e o estado emocional do menor devem ser valorados.

Antecipe-se já que somos da opinião de que os pacientes com 16 anos de idade são capazes para consentir desde que revelem a maturidade e o discernimento suficiente para compreender o sentido e o alcance do ato médico e dos riscos inerentes e tomem uma decisão refletida e razoável. E, salvo melhor entendimento, esta posição que aqui defendemos compagina-se com a lei.

Na verdade, o próprio Cód. Civil, no seu art. 123.º, quando estipula que os menores (de dezoito anos) carecem de capacidade de exercício<sup>207</sup> admite exceções.

Referimo-nos aos casos em que a lei reconhece aos menores autonomia no exercício dos seus direitos, chegando mesmo a consagrar determinadas *maioridades especiais*<sup>208</sup>.

O art. 127.º, no seu n.º1, considera “excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) Os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância; c) Os negócios

---

<sup>206</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 166.

<sup>207</sup> Esta norma aplica-se também aos interditos, por remissão do art. 139.º.

<sup>208</sup> EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, (no prelo) “*Menores: incapacidade versus autonomia*”. A autora aponta, nomeadamente, a faculdade de o menor adquirir por usucapião (art. 1289.º, n.º 2), adquirir posse (art. 1266.º), o instituto da representação voluntária (art. 263.º) e a maioridade religiosa que se atinge aos 16 anos (art. 1886.º).

jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício”. Outrossim, os menores com 16 anos podem celebrar casamento (art. 1601.º al. a)), perfilhar (art. 1850.º) e decidir sobre a sua educação religiosa (art. 1886.º).

Ainda no mesmo diploma, encontramos referências expressas à idade de catorze anos e até de doze anos, nomeadamente quando se determina que a nomeação de tutor deve ser precedida da audição do menor que tenha completado catorze anos (art. 1931.º, n.º 2) e que a adoção depende do consentimento do adotando maior de 12 anos (art. 1981.º, n.º 1, al. a)).

Também na jurisprudência, é recorrente atender-se não só à idade do menor, mas também à maturidade que este revela<sup>209</sup>. Não descortinamos, portanto, qualquer obstáculo legal à não equiparação da capacidade para consentir com a capacidade de exercício, no que à idade mínima concerne.

Todavia, e não obstante todos estes considerandos, é com base na lei penal que assumimos preferência pelos 16 anos como idade de referência para adquirir a capacidade para consentir.

O Cód. Penal, no seu art. 38.º, n.º 3, concede eficácia ao consentimento prestado por quem haja completado dezasseis anos de idade<sup>210</sup> e possua *o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*.

Ora, acompanhamos o entendimento da doutrina maioritária – FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO,<sup>211</sup> CAPELO DE SOUSA<sup>212</sup>, ORLANDO DE CARVALHO<sup>213</sup> e GUILHERME DE OLIVEIRA<sup>214</sup> – e advogamos pela transposição civilística desta norma<sup>215 216</sup>.

---

<sup>209</sup> A título ilustrativo, no Ac. do STJ de 7 de fevereiro de 2008, Proc. n.º 07A4666, Relator Moreira Camilo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>, afirma-se que “No tocante à regulação do poder paternal, não existe na nossa lei qualquer idade mínima para a audição de um menor, pelo que, em cada caso, poderá verificar-se a necessidade e a possibilidade de ouvir o menor, sopesando, nomeadamente, a idade e o grau de maturidade do menor. Aliás, para a conferência de pais prevista no artigo 175º da OTM, é a própria lei (nº 1 deste artigo) que dá a faculdade ao juiz de autorizar a assistência do menor, tendo em conta a sua idade e grau de maturidade”. Numa questão relacionada com a colocação de barreiras de segurança, considerou ainda o STJ, no seu Ac. de 11 de julho de 2013, Proc. n.º 95/08.9TBAMM.P1.S1, Relator Alves Velho, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>, que “tendo o menor já 13 anos de idade, este já possui maturidade para respeitar às proibições caso elas ali existissem, como depois do acidente foram colocadas”.

<sup>210</sup> Na redação anterior deste artigo estipulava-se a idade de 14 anos. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, definiu-se os 16 anos como marco.

<sup>211</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS/ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1984, p.38. Os AA não concordam que se possa estabelecer regras mais rigorosas no plano do direito civil do que no direito penal.

<sup>212</sup> RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 412.

Posto isto, reiteramos a nossa posição e consideramos que são dotados de capacidade para consentir os menores que hajam completado 16 anos de idade e que revelem uma “capacidade natural para consentir”<sup>217</sup>. Assim, encontrando-se preenchido o requisito da idade e o requisito do discernimento, fala-se em capacidade para consentir.

Na verdade, a idade de 16 anos funciona como um *elemento indiciador do discernimento*. O paciente com essa idade, em princípio, será capaz de discernir e avaliar o sentido e o alcance do ato médico e, por via disso, estará capacitado para tomar decisões médicas. Todavia, esse discernimento será sempre verificado casuisticamente. Poderia mesmo falar-se numa *presunção de capacidade*<sup>218</sup>, mas se assim fosse, inverter-se-ia o ónus da prova, por força do n.º 1 do art. 344.º do Cód. Civil. Em termos práticos significaria que o médico presumiria a capacidade do menor, pelo que, se os pais do menor pretendessem ver declarada a invalidade do consentimento por falta de capacidade, teriam de ser eles a provar que o menor era incapaz.

Não tão linear se apresenta a hipótese de o menor ter idade inferior a 16 anos, mas a maturidade e o juízo suficiente para tomar decisões médicas. Nessa situação, defendemos que se considere o menor capaz e, por isso, subscrevemos as palavras de GONÇALO DIAS PEREIRA, a saber: “ A idade de 16 anos deveria constituir uma *presunção de capacidade*, a significar que o médico perante um menor de menos de 16 anos o *presume incapaz*, embora no caso concreto, se possa considerar capaz, na medida em que possua discernimento necessário para *avaliar o sentido e o alcance do*

---

<sup>213</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, op.cit.*, 95 e seguintes.

<sup>214</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, «O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde» in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 239 e seguintes.

<sup>215</sup> Os AA. Referem-se à idade de 14 anos com base na anterior redação do art. 38.º, n.º 3 do Cód. Penal, sendo que a versão atualizada da norma refere os 16 anos de idade.

<sup>216</sup> Autores como VERA LÚCIA RAPOSO *Do Regime das Intervenções Médico- Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, Disponível em [www:« http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR\\_-\\_Do\\_Regime\\_das\\_Intervencoes\\_Medico-Cirurgicas\\_Arbitrarias\\_no\\_Codigo\\_Penal\\_Portugues\\_-Out2013-.pdf»](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf), 2013, p.9) e GUILHERME DE OLIVEIRA e ANDRÉ DIAS PEREIRA, (*Consentimento Informado*, Coimbra, 2006, p. 77. Disponível em [www: URLhttp://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf](http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf)), advertem para a falta de uma base legal que sustente inequivocamente este raciocínio.

<sup>217</sup> EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, (no prelo), «Menores: incapacidade versus autonomia».

<sup>218</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta presunção de capacidade cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 317 e 318.

*consentimento no momento em que o presta*<sup>219</sup>. Assumimos esta posição, mas reconhecemos que esse é um entendimento *contra legem*.

A *contrario*, possuindo a idade suficiente, mas faltando-lhe o discernimento, consideramos que o menor deve ser tido como incapaz para consentir.

Deste raciocínio resulta que a idade deve funcionar como um *elemento* indiciador<sup>220</sup> do discernimento e da capacidade. Já o discernimento se apresenta como um verdadeiro *requisito*, indispensável à capacidade.

Como tal, a idade não exonera o médico da tarefa de avaliar o discernimento do paciente no caso concreto. Todavia, parece-nos que se o paciente possuir a idade mínima (16 anos) e o médico, após uma avaliação cuidadosa, considerar que está na presença de um paciente dotado da maturidade e capacidade de compreensão necessárias, não deve ter de provar essa capacidade. Assim, o médico deverá sempre decidir com a razoabilidade e a ponderação que estes delicados cenários demandam.

A solução não será a mesma no caso de o menor ter, por exemplo, 13 anos e revelar o discernimento necessário. Nesse caso, sobre o médico recai o ónus da prova da capacidade<sup>221</sup>.

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

Sublinhe-se, por fim, que o não acatamento das decisões médicas não é necessariamente sinal de falta de discernimento. Como tal, importa não desconsiderar o sistema de valores do menor, ainda que esse esteja em desenvolvimento. Como tal, a regra deverá ser a audição do menor, ainda que a sua vontade possa não ser atendida.

---

<sup>219</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p.317.. Em sentido diverso, GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores ... op.cit.*, p. 245 , considera que se o ato médico exceder a «pequena importância» é imprescindível a obtenção do consentimento dos pais.

<sup>220</sup> Acerca do estabelecimento da idade mínima de 18 anos para a capacidade de exercício de direitos, *vide* HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p.317. O autor considera que tal exigência visa oferecer resposta a exigências de segurança jurídica, revelando, porém, alguma flexibilidade.

<sup>221</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 317 e 318. O autor desenvolve ainda, em nota de rodapé, a questão do ónus da prova da incapacidade e da capacidade. Ainda a este propósito, cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado, cit.*, pp. 204 e 205.

Por isso, é de salutar o art. 46.º, n.º 3 do CDOM quando preconiza que “a opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade (...)”.

De salientar, ainda, o art. 12.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança<sup>222</sup>, que passamos a transcrever:

“ARTIGO 12.º: 1 - Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

2 - Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”<sup>223</sup>.

Conclua-se: a idade não é necessariamente sinónimo de maturidade. No plano da atividade médica, privar o menor da possibilidade de tomar decisões sobre a sua vida, a sua saúde e o seu corpo somente com base na sua idade não nos parece, de modo algum, uma solução desejável.

Por último, considerando-se o menor incapaz de consentir, vejamos qual o modo de suprir essa incapacidade.

Da leitura conjugada dos arts. 124.º e 1877.º e seguintes do Cód. Civil, resulta que a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal ou, subsidiariamente, pela tutela<sup>224</sup>.

Assim, competindo aos pais tomar decisões médicas, estes devem, de acordo com a maturidade dos filhos, «ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes

---

<sup>222</sup> A Convenção foi assinada em Nova Iorque no dia 26 de janeiro de 1990 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 a 8 de junho de 1990.

<sup>223</sup> Sobre a interpretação deste artigo, cfr. o Comentário Geral n.º 12 (2009) da ONU. Disponível na [www:«URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1894A0012&nid=1894&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo»](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1894A0012&nid=1894&tabela=leis&pagina=1&fica=1&so_miolo=&nversao=#artigo). Acerca dos cuidados de saúde, aí se lê que “*Children, including young children, should be included in decision-making processes, in a manner consistent with their evolving capacities. They should be provided with information about proposed treatments and their effects and outcomes, including in formats appropriate and accessible to children with disabilities*”.

<sup>224</sup> Cfr. artigos 1927.º e seguintes do Cód. Civil.

e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida» (cfr. n.º 2 do art. 1878.º do mesmo diploma).

Aqui chegados, impõe-se, sem mais, considerar alguns cenários possíveis.

Começemos pela hipótese de não existir acordo entre os pais quanto à prestação de consentimento. A solução terá por base o art.1901.º, n.º2 do Cód. Civil ao dispor que faltando o acordo em «questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação». Frustrando-se essa tentativa de conciliação, compete ao tribunal decidir, depois de ouvir o filho «salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem» (n.º 3). Aproveitámos para reforçar que a lei não estabelece uma idade mínima para esta audição do menor.

E no caso de um dos progenitores não se encontrar presente<sup>225</sup> no momento de prestar o consentimento? É certo que a lei presume que o ato praticado por um dos pais está em consonância com a vontade do outro. Contudo, tal presunção não se aplicará aos atos para os quais a lei exija expressamente o consentimento de ambos ou quando se tratem de *atos de particular importância* (art. 1902.º, n.º1 do Cód.Civil).

Ora, face a esta indeterminação legal, a dificuldade está em qualificar certa intervenção médica como um *ato de particular importância*. Note-se que não funcionando a presunção de mútuo acordo dos progenitores, o médico fica impedido de agir (n.º 2 da mesma norma).

Consideramos plausível que esta lacuna seja colmatada com recurso à avaliação dos riscos inerentes àquela intervenção<sup>226</sup> e do perigo da sua não realização ou adiamento, avaliação essa que será confiada ao médico, com observância das *leges artis*.

Assim, tratando-se de procedimento urgente e inadiável que não se compagine com a intervenção nunca imediata do Tribunal, somos levados a afirmar que o médico tem o poder-dever de intervir, mesmo sem o consentimento de um dos progenitores.

---

<sup>225</sup> Se a ausência, incapacidade ou outro impedimento do progenitor faltoso puder ser demonstrado, será de aplicar o art. 1903.º, pelo que a decisão caberá somente ao outro progenitor.

<sup>226</sup> No mesmo sentido, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, cit., pp. 211 e 212. O autor propõe ainda, a elaboração de um inventário de atos. Manifestamos alguma relutância quanto a essa solução, uma vez que a mesma intervenção cirúrgica pode não significar os mesmos riscos para todos os pacientes, nomeadamente devido ao concreto historial clínico.

Configuremos agora a hipótese (delicada) de os pais recusarem o tratamento ou a intervenção recomendada pelo médico, com inegável risco para a saúde ou para a vida do menor – nomeadamente por convicção religiosa, como é o exemplo da recusa de transfusões de sangue por parte das Testemunhas de Jeová.

Nesta situação, deverá requerer-se, sempre que possível, a intervenção do tribunal para que este supra essa falta de consentimento<sup>227</sup>. Assim o será, por imposição do art. 1918.º do Cód. Civil ao estabelecer que quando a saúde do menor se encontre em perigo, pode o Tribunal, a requerimento do Ministério Público ou das pessoas mencionadas no art. 1915.º, n.º1, decretar as adequadas providências. Por sua vez, ao atentarmos no art.1915.º, verificamos que essa legitimidade para suscitar a intervenção judicial é atribuída à pessoa a cuja guarda o menor esteja confiado, de facto ou de direito. Como tal, entendemos que o diretor do hospital ou da clínica privada ou o médico assistente, por serem as pessoas a quem a guarda do menor está confiada de facto, possuem tal competência<sup>228</sup>.

Dizemos que deverá requerer-se a intervenção do Tribunal *sempre que possível*, já que a situação clínica do menor poderá não tolerar a inevitável morosidade da justiça<sup>229</sup>.

Novamente, competirá ao médico a difícil tarefa de ponderar a gravidade e da urgência do caso concreto. Considerando que essa demora implica risco grave para a saúde ou mesmo para a vida do menor, o médico deve pugnar pelo interesse do menor e atuar contra a vontade dos progenitores e sem obter o suprimento judicial<sup>230</sup>.

Neste sentido, pronuncia-se o CNECV. No Parecer sobre a objeção ao uso de sangue e derivados pra fins terapêuticos por motivos religiosos<sup>231</sup>, é afirmado que “ os

---

<sup>227</sup> Os autores CARLOS DE MELO DIAS, *Consentimento Informado como Mediador Razoável da Relação Profissional de Saúde-Doente*, 1ª Edição, Coimbra, Formasau, 2003, p. 56, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 323, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, cit., p. 214 e JOSÉ RUI COSTA PINTO, *Bioética para todos*, op.cit., pp. 52 e 53, subscrevem o mesmo entendimento. O próprio CDOM, no n.º 6 do art. 46.º do CDOM dispõe: “Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente”.

<sup>228</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, «Consentimento Informado – Pedra Angular ... op. cit.», p. 45.

<sup>229</sup> A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de setembro alterada pela Lei n.º31/2003, de 22 de agosto), nos seus artigos 91.º e 92.º, regula os chamados procedimentos de urgência. Configuram estes um expediente “célere” que permite obter uma decisão provisória no prazo máximo de 48 horas. Para mais desenvolvimentos, cfr. BEATRIZ MARQUES BORGES, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Comentário e Anotação à Lei n.º 147/99 de 1 de setembro*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 297. Os processos de suprimento de consentimento estão regulados no art. 1000.º e 1001.º do CPC.

<sup>230</sup> Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p. 323 e ss, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, cit., p. 214, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, «Consentimento Informado – Pedra Angular ...op. cit.», p. 44.

<sup>231</sup>Parecer n.º46/CNECV/05. Disponível na [www:<URL: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf>](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf).

doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os atos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados” (ponto 10). Acrescenta-se ainda que “deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado” (ponto 11).

Doutrinalmente é de destacar a posição de ÁLVARO DIAS quando aponta três requisitos que legitimam o médico a intervir sem o consentimento dos progenitores: a urgência e perigo da demora em obter o suprimento judicial do consentimento, a indispensabilidade da intervenção para a vida ou saúde do menor e, por último, que o consentimento que se tentou obter haja sido negado sem razões válidas<sup>232</sup>.

Coloquemos agora a seguinte questão. Constituirá uma «razão válida» para recusar o ato médico o facto de os pais preferirem um protocolo distinto daquele que é recomendado pelo médico? Em bom rigor, quando os pais optam por um tratamento alternativo, não estão a recusar todo e qualquer tratamento ou a intervenção. Estão a recusar aquele, em específico, por depositarem mais confiança num outro tratamento alternativo.

Casos polémicos chegam ao nosso conhecimento<sup>233</sup> e qualquer tomada de posição será sempre refutável. A este propósito, a Carta dos Direitos do Doente Internado<sup>234</sup>, admite, como corolário do direito à liberdade individual, que o doente internado possa abandonar o estabelecimento de saúde, depois de ter sido informado dos riscos envolvidos e desde que assine um «termo de responsabilidade pela sua alta». Todavia,

---

<sup>232</sup> JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 289, nota 126.

<sup>233</sup> Recorde-se o caso do menor, Ashya King, com cinco anos de idade, diagnosticado com um tumor cerebral. Em 2014, os pais, sem autorização dos médicos, retiraram o menor do hospital em que estava internado, no Reino Unido, para que este fosse submetido a um tratamento com raios de prótons em Praga. Segundo as notícias avançadas pela comunicação social, a guarda da criança foi temporariamente retirada aos pais, acabando depois por ser obtida uma autorização judicial para a realização do tratamento pretendido. Outro caso polémico, desta vez em Portugal, foi o da menor Safira Mateus. A criança tinha quatro anos de idade quando, em 2010, lhe foi diagnosticado um raro cancro renal. Foi operada e recebeu tratamentos de quimioterapia no Instituto Português de Oncologia de Lisboa. Os médicos propuseram-se a continuar com tratamentos destinados a impedir que o cancro regressasse, mas os pais optaram por recorrer a um tratamento experimental com células dendríticas na Alemanha, desrespeitando a opinião dos médicos e a decisão do Tribunal – que tinha retirado provisoriamente a guarda da menor aos pais.

<sup>234</sup> O documento foi publicado pelo Ministério da Saúde e, posteriormente, pela DGS e pela Comissão de Humanização. Disponível na www: «URL: <http://www.dgs.pt/>».



esta Carta parece tratar diferenciadamente o caso dos menores, considerando que “quando a saúde ou integridade física de um menor possa ficar comprometida pela recusa do seu representante legal ou pela impossibilidade de obter o seu consentimento, o médico responsável deve, ao abrigo das disposições legais, prestar os cuidados necessários, desencadeando através do Tribunal, o processo de retirada provisória do poder paternal”.

Por último, importa tecer algumas considerações sobre uma eventual responsabilização civil ou criminal do médico que atue sem o consentimento dos pais (ou contra o seu dissentimento) e na impossibilidade de obter o suprimento do consentimento pela via judicial.

Como solução, subscrevemos o entendimento de COSTA ANDRADE ao afirmar que na ausência de consentimento dos progenitores para a realização de um tratamento ou intervenção que se revele imprescindível para a vida ou saúde do menor, o médico deve atuar e, “(...) se o fizer – como deve – não incorre em responsabilidade criminal a título de *tratamento arbitrário*. A liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma *liberdade pessoal*, que não se comunica ao representante legal (...)”<sup>235</sup>.

Pode ainda invocar-se o direito de necessidade ou o conflito de deveres, a que aludem os artigos 34.º e 36.º do Cód. Penal.

No plano civil, salvo melhor entendimento, também não se descortina a possibilidade de responsabilizar o médico que haja atuado nestas circunstâncias

Assim, a autoridade parental não é absoluta e terá como limite o superior interesse do menor<sup>236</sup>: em suma, trata-se de “(...) respeitar o poder paternal até onde for possível”<sup>237</sup>. Na verdade, o consentimento dos pais nasce da necessidade de suprir a incapacidade do menor para tomar decisões médicas e, ainda, do direito-dever de assistência a que os progenitores estão vinculados.

---

<sup>235</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ... op. cit.*, p. 383. Sobre esta questão, *vide*, ainda, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado*, *cit.*, pp. 214 e 215.

<sup>236</sup> Não nos parece descabido aqui invocar o artigo 69.º da CRP, como o fez J. PINTO DA COSTA, *Responsabilidade Médica*, Porto, Felício & Cabral, 1996. Relembre-se que esse normativo tem o desiderato de proteger os menores «contra o exercício abusivo da autoridade na família».

<sup>237</sup> GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de ... cit.*, p. 244.

## 1.2. OS INTERDITOS E OS INABILITADOS POR ANOMALIA PSÍQUICA

Conforme já referimos, os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica estão desprovidos de capacidade para consentir.

Como forma de suprir estas incapacidades, surgem os institutos da tutela<sup>238</sup> (no caso dos interditos) e da assistência<sup>239</sup> (no caso dos inabilitados), devendo o médico colher o consentimento junto do tutor ou do curador.

A lei sujeita ao regime da interdição “todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens” (n.º 1 do art. 138.º do Cód.Civil)<sup>240</sup>. Quando essas mesmas circunstâncias, embora de carácter permanente, não possuam gravidade suficiente para justificar a interdição, ao incapaz aplicar-se-á o regime da inabilitação (n.º1 do art. 152.º do mesmo diploma<sup>241</sup>).

Ora, conforme resulta do art. 138.º do Cód. Civil, a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou a cegueira, não implicam, *de per se*, falta de discernimento ou de compreensão. Essas qualidades deverão ser susceptíveis de afectar a capacidade de administrar os bens ou de governar a sua pessoa.

Mas, se repararmos, a anomalia psíquica recebe um tratamento mais gravoso por parte do legislador. A corroborar esta posição parecem estar os artigos 1601.º al. b) e 2189.º, al. b) do Cód. Civil quando consideram como impedimento dirimente absoluto para contrair casamento a interdição e a inabilitação fundadas em anomalia psíquica e quando determinam a incapacidade de testar do interdito por anomalia psíquica, respetivamente.

Relativamente à habitual prodigalidade ou ao uso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes como causa de inabilitação, vozes autorizadas consideram que estes

---

<sup>238</sup> Art. 124.º por remissão do art. 139.º do Cód. Civil.

<sup>239</sup> Art. 153.º do Cód. Civil.

<sup>240</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, ... cit.*, p. 333, refere-se a estas circunstâncias como “qualidades minguantes” e esclarece que a anomalia psíquica abrange “(...) não apenas deficiências de intelecto, de entendimento ou de discernimento, mas igualmente as deficiências de vontade, afetividade e sensibilidade”.

<sup>241</sup> A norma aponta ainda a habitual prodigalidade ou consumo de bebidas alcoólicas ou estupefacientes como causas de inabilitação.

factos consubstanciam o grupo de pessoas incapazes de administrar convenientemente o seu património<sup>242</sup>.

Como tal, para efeitos de consentimento na realização de ato médico, julgamos que apenas seria de relevar a anomalia psíquica do paciente interdito ou inabilitado. Vamos por partes. Um indivíduo cego ou surdo-mudo possui, de facto, uma “qualidade minguante” e essa qualidade pode comprometer a sua capacidade de governar a sua pessoa (note-se que os atos médicos são atos pessoais), a ponto de se justificar a sua interdição ou bastando a sua inabilitação.

Mas, em respeito pela integridade física e psíquica do incapaz, não seria razoável avaliar-se *in casu* da eventual capacidade para tomar decisões médicas – independentemente de já se ter por assente que o indivíduo não é capaz de se autogovernar? Se um interdito/inabilitado por surdez-mudez ou cegueira pode contrair casamento e tem capacidade para testar, por que não deixá-lo decidir sobre a sua própria saúde, ou mesmo sobre a sua vida?

Apesar dos argumentos apresentados, reconhecemos que há uma maior predisposição legal para o reconhecimento de capacidade para consentir no ato médico aos inabilitados.

Desde logo, devido ao facto de o inabilitado por anomalia psíquica não ser perentoriamente incapaz de tomar decisões médicas. A justificação para tal, parece residir no art. 153.º, n.º1 da lei civil e, como tal, a eventual incapacidade para consentir na realização de atos médicos deverá estar especificada na sentença<sup>243</sup>. Outrossim, relembre-se que o curador não pratica atos pelo inabilitado, competindo-lhe somente conceder autorização – autorização essa que pode ser judicialmente suprida.

Por fim, cumpre ressaltar os casos em que há uma incapacidade de facto, mas que ainda não declarada judicialmente<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, ... cit.*, p. 342, considera que o outro grupo de pessoas a que alude o art. 152.º do Cód. Civil respeita àqueles que reúnem as características que justificariam a interdição, mas sem a gravidade reclamada por esse instituto.

<sup>243</sup> Da mesma opinião partilham os autores ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 215 e 216 e JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado, cit.*, pp. 198 e 199.

<sup>244</sup> Acerca da validade dos atos praticados pelo incapaz no decurso da ação e até ao trânsito em julgado da sentença, refira-se que estes poderão ser anuláveis, com recurso ao art. 149.º do Cód. Civil (aplicável também aos inabilitados por força do art.156.º). Por sua vez, aos atos praticados antes de anunciada a propositura da ação, estes também poderão ser anuláveis, agora com base no regime da incapacidade acidental (art. 257.º em articulação com o art. 150.º, preceitos também aplicáveis aos interditos, nos termos

Nessas situações, parece ser chamado a intervir o Ministério Público, na qualidade de representante geral dos incapazes<sup>245</sup>, de forma a ser nomeado um tutor/ curador ou ser decretada a interdição/inabilitação, ainda que com carácter provisório (artigos. 142.º e art. 156.º do Cód. Civil).

Não sendo possível aguardar pela desejada decisão judicial, importa destrinçar dois cenários, consoante o paciente esteja ou não apto a manifestar a sua vontade real.

No primeiro caso, faria sentido atender-se à vontade real do paciente que, para os devidos efeitos legais, não foi ainda declarado incapaz.

No segundo caso, o CDOM recomenda, no seu art. 46.º, que o médico atue com base no consentimento presumido do paciente incapaz de manifestar a sua vontade – nos termos do n.º 3 do art. 340.º do Cód. Civil, consultando, nomeadamente, os seus familiares. Na verdade, a audição dos familiares, embora facultativa, pode ser deveras útil na tomada de decisão<sup>246</sup>.

Deste modo, somos da opinião que também aqui deve ser empregue a solução por nós preconizada no caso de falta de consentimento dos progenitores com inegável risco para a saúde ou vida do menor e em que a intervenção do tribunal não é suficientemente expedita. Não obstante o médico poder e dever consultar o paciente e os familiares ou pessoas mais próximas, reserva para si o poder decisório, atuando com base no consentimento presumido do paciente.

Sem mais considerações, concluímos afirmando que a vontade dos incapazes – menores, interditos ou inabilitados – deve ser considerada, ainda que não possa ser atendida<sup>247</sup>.

---

do art. 156.º). No domínio do consentimento para a realização de ato médico, esta eventual anulação afigura-se, no mínimo, controversa.

<sup>245</sup> Vide art. 3.º, n.º 1, al. a) do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de outubro).

<sup>246</sup> Porém, cumpre referir que nos regimes da interdição e da inabilitação não está em causa a incapacidade de exteriorizar a vontade, mas antes a desconsideração jurídica dessa vontade. Por outro lado, também não nos parece que a audição da família seja vinculativa, por não se assumirem estas pessoas como representantes legais.

<sup>247</sup> Cfr. Art. 6.º, n.º3 e art. 9.º da CDHB.

### 1.3. A INCAPACIDADE ACIDENTAL

Anteriormente, quando dissertamos acerca da incapacidade dos interditos e dos inabilitados para consentir, abarcamos as situações em que esse circunstancialismo, não obstante poderem ocorrer intervalos de lucidez, tem cariz duradouro.

Contudo, não raras vezes, o sujeito pode encontrar-se acidentalmente incapacitado, donde decorre que, em princípio, a pessoa possui plena capacidade de exercício.

A incapacidade acidental vem prevista e regulada no art. 257.º do Cód. Civil. Dispõe essa norma, no seu n.º1, que “a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário”. O facto goza de notoriedade “(...) quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar” (n.º 2 do mesmo artigo).

Como tal, para que os atos praticados pelo incapaz sejam suscetíveis de anulação não basta que o sujeito esteja privado do seu discernimento ou capacidade de compreensão ou que a sua vontade esteja inquinada. A lei está criteriosamente redigida no sentido de se exigir que essa incapacidade seja perceptível pelo homem médio ou, em alternativa, que seja do conhecimento do declaratário<sup>248</sup>.

Mais, tal como sublinham os Tribunais<sup>249</sup>, a incapacidade deve coincidir com o preciso momento da declaração<sup>250</sup>. O mesmo é dizer, que os atos que ocorram nos intervalos de lucidez são, por maioria de razão, válidos<sup>251</sup>.

No plano médico, a embriaguez, a intoxicação, o delírio, a ira e o estado hipnótico<sup>252</sup>, poderão constituir causas de incapacidade acidental. Esclareça-se, contudo,

---

<sup>248</sup> Concordamos com CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, op.cit.*, p.538, quando considera que este requisito visa tutelar a confiança do declaratário. A jurisprudência considera que, para além de tutelar a boa-fé do declaratário, este requisito é garante da própria segurança jurídica. Cfr. Ac. do STJ de 13 de janeiro de 2009, Proc. n.º 8A3809, Relator Hélder Roque e Ac. do TRC de 10 de março de 2009, Proc. n.º 469/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>249</sup> Cfr. Ac do TRP de 31 de março de 2009, Proc. n.º 0827936, Relator João Proença e Ac. do STJ de 24 de maio de 2011, Proc. n.º 4936/04.1TCLRS.L1.S1, Relator Marques Pereira, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>250</sup> A autora PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, 1ªEd., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 72 e seguintes, alerta para a dificuldade de se fazer prova da incapacidade no momento da declaração da vontade.

<sup>251</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, ... cit.*, p. 347.

que a incapacidade acidental, embora possa fundar-se em motivos de doença “não é o estado de saúde do pretense incapacitado acidentalmente que está em causa, mas o seu estado de não entendimento do sentido das suas declarações”<sup>253</sup> ou, ainda, a afetação do livre exercício da vontade.

Encontrando-se o paciente temporariamente incapacitado, será de toda a conveniência que se aguarde pela recuperação do paciente. Porém, caso a urgência do quadro clínico não se compadeça com essa espera, não restará outra alternativa ao médico que não a de praticar o ato que julga indispensável para a vida ou saúde do paciente.

Poderá – e deverá – fazê-lo tendo por base a hipotética vontade do paciente, nomeadamente consultando os seus familiares e pessoas mais próximas, sem prejuízo de tomar decisão distinta. Por todos estes motivos, julgamos que as Diretivas Antecipadas de Vontade constituem, na verdade, o único meio de que o paciente dispõe para impor a sua vontade real num cenário de incapacidade acidental.

Novamente, será de aplicar o regime do consentimento presumido do art. 340.º, n.º 3 do Cód. Civil. Na verdade, para o Direito, não parecem justificar-se diferenças de tratamento para os casos em que um paciente é incapacitado de facto ( sem ter sido ainda declarado interdito ou inabilitado) e um paciente que temporariamente está incapacitado.

Posto isto, não nos parece adequada a aplicação do art. 257.º – desenhado para situações negociais – em matéria de consentimento médico, desde logo, por estarmos na presença de um ato de natureza pessoalíssima <sup>254</sup>.

Acresce que, o instituto da incapacidade acidental tem em vista a anulação do negócio, quando o que aqui pretendemos é uma declaração válida de consentimento.

---

<sup>252</sup> Estes exemplos de incapacidade acidental são apontados por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op.cit.*, p. 249.

<sup>253</sup> Ac. do STJ de 16 de janeiro de 2014, Proc. n.º 1556/08.5TBVRL.P1.S1, Relator Oliveira Vasconcelos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>254</sup> MIRIAM VIEIRA DA ROCHA FRUTUOSO, *O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde*, *op.cit.*, p.126, considera que o regime da incapacidade acidental não tem aplicação no domínio da saúde, uma vez que foi pensado “(...)para situações negociais e não para atos jurídicos de natureza eminentemente pessoal, como aqueles em que está em causa a capacidade para consentir em cuidados de saúde”.

Em suma, a incapacidade acidental em contexto médico ocorre, mas será resolvida com recurso ao consentimento presumido (art. 340.º, n.º 3 do Cód. Civil).

## **2. INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO**

Centremos agora toda a nossa atenção no dever de informação em contexto de cuidados de saúde, já que este se assume como o requisito fulcral do consentimento informado<sup>255</sup>.

Fazendo uma breve resenha das considerações tecidas nos anteriores capítulos acerca desta matéria – para onde remetemos os eventuais esclarecimentos – cumpre destacar que a obrigação de informar é anterior à prestação de consentimento, mas não se esgota com esse acontecimento. Na verdade, a troca de informações prolonga-se no tempo, nomeadamente durante e após o período de convalescença.

Ainda, muito embora não pretendamos exaurir esta questão, importa referir que também o paciente deve informar o médico, com este colaborando em todo o processo de consentimento. Se assim não fosse, como poderia, razoavelmente, exigir-se que o médico informe de modo completo e verdadeiro o paciente quando este, por exemplo, lhe omitiu algum sintoma ou doença suscetível de alterar a avaliação médica?

Juridicamente, o dever de informação e de esclarecimento está especialmente plasmado no art. 157.º do Cód. Penal. Neste normativo, é-nos dito que “ o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento...”.

Por sua vez, o art. 50.º do CDOM, no seu n.º 1, avança que “o diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia”.

---

<sup>255</sup> Reservámos os necessários esclarecimentos acerca das consequências legais da falta de informação para o próximo capítulo.

Outrossim, importa mencionar a menos completa al. e) do n.º 1 da Base XIV da LBS, quando prevê que os doentes têm direito a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”.

Autores<sup>256</sup> há que vão mais longe e trazem à colação as normas do direito dos consumidores para reforçar este direito à informação aplicando, por analogia, o art. 8.º da Lei de Defesa do Consumidor<sup>257</sup>.

Ora, se existe uma obrigação de informação, o médico ocupará a posição de devedor, o paciente será o credor<sup>258</sup> e, em princípio, tratar-se-á de uma prestação infungível por natureza (art.767.º do Cód. Civil)<sup>259</sup>.

Como tal, não nos parece legítimo que o médico delegue esse dever no enfermeiro, ou mesmo noutro médico, por vários motivos. Desde logo, o médico que irá praticar o ato para o qual se exige o consentimento, é quem está inteirado do processo clínico. É ainda de referir que a relação médico-paciente é pautada por uma especial fideducía, sendo que o paciente, *a priori*, confiará mais nos dados que lhe sejam revelados pelo seu médico e sentir-se-á menos constrangido para lhe colocar questões. Por último, esse médico é quem demonstra o efetivo interesse no cumprimento desse dever, mormente para se salvaguardar de uma eventual ação judicial.

Depreende-se do que acima foi dito que não basta que o paciente seja informado. É imperioso que o médico confirme esse esclarecimento, sob pena de se desvirtuar toda a lógica do consentimento informado. Assim, se por um lado, falar-se em informação sem esclarecimento é contraproducente, por outro, esclarecer-se um paciente que não foi informado não é sequer concebível.

Ora e porque assim, a informação e o esclarecimento consistem na explicação clara, suficiente e verdadeira, bem como na disponibilidade do médico para esclarecer as questões que o paciente julgue pertinentes<sup>260</sup>. Estes deveres servem o propósito da

---

<sup>256</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, p.354 e seguintes e JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit.,p.224.

<sup>256</sup> Assim o refere JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit.,pp. 222 e 223

<sup>257</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

<sup>258</sup> Como veremos adiante, poderá o paciente não ser o único credor da informação. Referimo-nos aos casos das doenças infetocontagiosas.

<sup>259</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 360 e 361. Para mais desenvolvimentos acerca da (in)fungibilidade da prestação, vide, ainda, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit.,pp. 232 e seguintes.

<sup>260</sup> Assim o refere JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit.,pp. 222 e 223.



compreensão do ato médico pelo paciente para que este possa, em consciência, tomar uma decisão.

De facto, no domínio da saúde, informação e esclarecimento atuam numa lógica de interdependência. Mas, como sustenta – e bem – SÓNIA MOREIRA DA SILVA, é possível distinguir conceptualmente estes deveres. Ao passo que “(..) o primeiro pressupõe um cumprimento espontâneo por parte do devedor, o segundo refere-se ao dever de prestar informações no seguimento de questões colocadas pelo credor da informação<sup>261</sup>”. Deste modo, o dever de esclarecimento carece de um *impulso* por parte do paciente e compete ao médico revelar *disponibilidade* para esse efeito.

Pelo que acabamos de dizer, somos forçados a declinar, com veemência, uma decisão jurisprudencial que vai no sentido de considerar que “ (...) se do mesmo documento 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 direito a ser informado em termos detalhados”<sup>262</sup>. O dever de informação e o dever de esclarecimento estão forçosamente relacionados mas são distintos, donde o cumprimento de um deles não exonera o médico do cumprimento do outro.

Neste momento, impõe-se delimitar o conteúdo desse dever de informação e definir quais os critérios a serem empregues aquando da transmissão da informação e confirmação do esclarecimento.

## **2.1. ALGUMAS NOTAS SOBRE A POSIÇÃO DE TERCEIROS NO QUADRO DAS DOENÇAS INFECTO-CONTAGIOSAS**

Desde já, parece-nos exigível que, no seio matrimonial, o cônjuge contaminado tenha o dever de revelar ao outro a sua contaminação ou a sua possibilidade, por força

---

<sup>261</sup> EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré- Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 70.

<sup>262</sup> Ac. do STJ de 9 de outubro de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, Relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

dos seus deveres conjugais de respeito e de cooperação (art. 1672.º a 1674.º da lei civil)<sup>263</sup>. Constatamos, com pesar, que nem sempre isso acontece.

Tal como *supra* referimos, o paciente assume-se como credor da informação. Na verdade, o sigilo médico<sup>264</sup> assume-se como pedra-angular de toda a relação médico-paciente e, por via disso, só circunstâncias preponderantes poderão justificar a sua derrogação.

Desta forma, estando em causa doenças infetocontagiosas, estará o médico habilitado a informar o cônjuge do paciente – ou aqueles com quem o paciente mantenha relação de intimidade – do perigo de contágio, contra a vontade do paciente?

A doutrina vai no sentido de responder afirmativamente à questão, se o paciente, além de se recusar a informar essas pessoas, proíbe liminarmente o médico de o fazer, invocando para o efeito o direito de necessidade (art. 34.º do CP)<sup>265</sup>.

No mesmo sentido dispõe o art. 89.º do CDOM, sob a epígrafe *Precauções que não Violam o Segredo Médico*, no seu n.º 2 :” Sendo a preservação da vida o valor fundamental, deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar este comportamento, nomeadamente declarando que irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer”. Chamamos à atenção para o

---

<sup>263</sup> LUÍS VASCONCELOS ABREU, «O Segredo Médico no Direito Português Vigente» in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 276 e GUILHERME DE OLIVEIRA, «H.I.V e S.I.D.A -14 Perguntas sobre Relações de Família» in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 185. Segundo este autor, a violação destes deveres conjugais podem fundamentar um pedido de divórcio ou de separação judicial de bens e, ainda, um pedido de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

<sup>264</sup> O sigilo médico está largamente consagrado, pelo que apenas iremos referir os diplomas que julgamos mais relevantes. A nível internacional, o segredo médico está nomeadamente consagrado no art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 10.º da CEDHB, entre muitos outros. No plano interno, é de destacar o art. 26.º (direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar) e o art. 35.º da CRP (relativo à proteção de dados pessoais), a al. d) do n.º 1 da Base XIV da LBS, a Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes (ponto 9), o art. 195.º do CP (crime de violação de segredo), o art. 7.º e 15.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 67/98 de 26 de outubro), art. 4.º da Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde), artigos 16.º e 17.º, n.º2 do Cód. Trabalho e art. 70.º (direito geral de personalidade) e 80.º (direito à reserva da intimidade da vida privada) do Cód. Civil. Por último, o CDOM dedica o capítulo XI à regulação deste segredo médico.

<sup>265</sup> CARLOS LOBATO FERREIRA, «Do Segredo Médico aos Segredos do Médico» in *Revista do CEJ*, n.º3, (2005) pp. 241 e 242, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ... cit.*, pp. 797 e 798, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 249 e 250, MARIA DO CÉU RUEFF, «Segredo Médico e VIH/SIDA- Perspetiva Ético-Jurídica», *Ata Médica Portuguesa*, Vol.17, n.º6, 2004, pp.457 e 458, e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Sigilo Médico – Análise do Direito Português*, 2008, p.35. Disponível na www: URL<[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Sigilo.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Sigilo.pdf)>entendem que o médico tem o direito de informar, mas não um dever. O último autor considera que, atribuindo-se ao médico um dever de informar, poderia gerar-se o cenário perverso de o médico ser condenado por homicídio ou ofensa à integridade física grave, caso incumprisse com esse dever.

facto de não obstante o preceito aludir a um dever por parte do médico, a verdade é que não se prevê qualquer tipo de penalização para a violação desse dever.

Na mesma esteira de raciocínio, pronunciou-se o CNECV. No Parecer Sobre o Consentimento<sup>266</sup> é recomendado que o médico deve despender todos os esforços para persuadir o doente a informar o cônjuge da sua doença e do risco de transmissão. Malogrando-se essa tentativa, o médico está legitimado a informar o cônjuge, dando conhecimento ao paciente de que o irá fazer, sem que isso constitua quebra de sigilo médico.

Civilmente, tudo se resume a uma colisão de direitos. Por um lado, o direito do paciente à reserva da intimidade da vida privada (art. 80.º do Cód.Civil) e, por outro, a própria vida e a saúde do terceiro (art. 70.º do mesmo Código).

Para dirimir esta problemática, se olharmos ao espírito da lei, em especial ao art. 335.º, n.º2, do Cód. Civil, que regula a colisão de direitos, sem dúvida prevalecerá o direito à vida e à saúde, porquanto “deva considerar-se superior”.

Como tal, tomamos posição pela licitude do ato médico de informar terceiros que convivam intimamente com o paciente sobre o perigo de contágio – desde que haja efetivamente o perigo de contágio e que essa revelação seja o único meio idóneo para tutelar bens jurídicos de terceiros. O médico poderá e deverá fazê-lo, contudo, sem que se possa falar numa obrigação legal.

Para finalizar, proclama-se no Juramento de Hipócrates: “Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado”<sup>267</sup>. Essa, de facto, deverá ser a regra. Compete aos profissionais de saúde e aos juristas impedir o desfasamento desta, quando confrontada com a realidade.

---

<sup>266</sup>Parecer 32/CNECV/2000. Disponível na [www:](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057546_P032_SigiloMedico.pdf) URL<  
[http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057546\\_P032\\_SigiloMedico.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057546_P032_SigiloMedico.pdf)>.

<sup>267</sup> Versão adaptada da Fórmula de Genebra. Adotado pela Associação Médica Mundial, em 1983.

## 2.2. CONTEÚDO DA INFORMAÇÃO

Conforme já tivemos oportunidade de referir, o médico deve informar o paciente acerca do seu estado de saúde, dos possíveis tratamentos / intervenções e dos riscos inerentes.

Na verdade, a base legal deste dever de informação e esclarecimento palpita do art. 157.º do Cód. Penal, o qual prevê que “(...) o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento...”. Com base no mencionado preceito penal, é possível descortinar que a informação a prestar ao paciente prende-se, essencialmente, com o diagnóstico e com os riscos do tratamento.

Contudo, nada obsta a que no domínio civil se reforcem as exigências e se considere que a informação deve ainda abarcar a necessidade ou urgência do tratamento, o prognóstico e os eventuais tratamentos alternativos, entre outros.

Trata-se de munir o paciente de toda a informação relevante e pertinente, com o desígnio de que este exerça o seu direito à autodeterminação e à livre disposição do seu corpo e, por fim, decida em conformidade com o seu sistema de valores.

No que concerne ao diagnóstico e ao prognóstico, verificamos que estes constituem momentos decisivos no processo de consentimento informado, que convocam o Direito, a Ética, e a própria Deontologia – mormente nos casos de prognóstico fatal.

De facto, ressalvados os casos de privilégio terapêutico<sup>268</sup>, a regra será a de comunicar toda a verdade ao doente. Mas, importa não descurar que essa verdade pode ser destrutiva e violar aquilo que alguns autores apelidam de “direito á esperança”<sup>269</sup>.

Salvo o devido respeito, não nos parece admissível que, numa lógica condescendente, misericordiosa ou até paternalista, se omitam informações –note-se,

---

<sup>268</sup> O privilégio terapêutico vem acolhido, *maxime*, no art. 157.º, *in fine*, da Lei Penal. Resumidamente, consubstancia-se na omissão de certas informações que, “(...) a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à sua saúde física ou psíquica”. O médico, nestas circunstâncias, está dispensado de informar o paciente sobre estas questões.

<sup>269</sup> Nomenclatura utilizada por JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 285.

relevantes – ao paciente. Como tal, consideramos que o modo como se transmite a informação pode ser crucial pelo que, desde já, apelámos à sensibilidade e bom senso do médico: o médico não deverá mentir, ou sequer omitir informações pertinentes ao seu paciente. Deverá, antes, transmitir-lhe uma informação verdadeira, de forma não abrupta ou embelezada.

Relativamente à questão da informação sobre os riscos, parece-nos ser esta a pedra de toque em matéria de responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado.

Nunca é demais relembrar que a medicina é, por natureza, uma atividade de risco e como tal deve ser tratada. Conformemo-nos com o facto de que a ocorrência de danos imprevisíveis e de efeitos adversos não pode ser acautelada e aguardemos pelos avanços da ciência.

Ponto assente é que a atividade médica comporta riscos, mas impõe-se agora definir quais os riscos a comunicar ao paciente. A doutrina<sup>270</sup> e a jurisprudência têm acautelado esta situação, recorrendo à *teoria dos riscos significativos*.

A título de exemplo, o Ac. do TRC de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator Jorge Arcanjo, refere que essa teoria “impõe o dever de informação em razão da necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente”<sup>271</sup>.

Esta teoria comporta em si quatro critérios: (1) a necessidade terapêutica que, por sua vez, deve ser avaliada em função (2) da frequência do risco e (3) da sua gravidade e, ainda, (4) em razão do comportamento do paciente.<sup>272</sup>

Traçando em linhas gerais o entendimento de GONÇALO DIAS PEREIRA, que sobre este tema se debruça com exaustão, no que se refere aos riscos significativos em razão da necessidade terapêutica de certo tratamento ou intervenção, diremos que o dever de

---

<sup>270</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 443.

<sup>271</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>. No mesmo sentido, Ac. do TRP de 01 de abril de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1, Relator Rui Moreira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>272</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica» cit., p. 443

informação deve ser mais rígido em intervenções ditas “dispensáveis” (como é o caso das cirurgias plásticas) e, *a contrario*, é mais flexível no que toca a atos essenciais<sup>273</sup>.

Quanto a nós, parece-nos estar aqui patente uma vontade de “desencorajar” certas intervenções perigosas e dispensáveis, em especial aquelas que servem propósitos meramente estéticos, sublinhando os riscos que lhe estão inerentes. Quanto às intervenções verdadeiramente necessárias, o dever de informação continua a existir, os riscos devem ser comunicados, mas de modo menos enfatizado, sob pena de também aqui se estar a demover o paciente da sua realização.

Passemos então à questão da frequência e, também nos parece lógico que quanto mais frequente o risco, maior será a obrigação de informar.

Relativamente à questão dos riscos significativos pela sua gravidade, esta resume-se à obrigação de informar sobre aqueles riscos que, ainda que não se registem com frequência, devem ser transmitidos pela sua gravidade<sup>274</sup>. Não podemos deixar de aplaudir este raciocínio, uma vez que não se baseia apenas numa lógica probabilística e confere destaque às implicações práticas que tais riscos, ainda que altamente improváveis, podem assumir na vida do paciente. Inversamente, os riscos menos graves podem, em certos circunstancialismos, ser omitidos.

Por último, não menos importante se assume o critério do risco significativo em função do comportamento do paciente. Consiste este na valoração da situação clínica daquele paciente em concreto. De facto, certos problemas de saúde ou certos hábitos de vida podem aumentar exponencialmente determinado risco. O próprio carácter, o estado de espírito e mesmo a capacidade de compreensão do sujeito podem implicar esforços redobrados, no sentido de informá-lo sobre os riscos.

Neste contexto, cumpre analisar os critérios utilizados para valorar o cabal cumprimento do dever de informar.

---

<sup>273</sup> Para uma análise completa do tema, cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica» cit., pp. 444 e seguintes. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 96 acompanha este autor. Ainda no mesmo sentido, FRANCISCO PUY MUÑOZ, «El Consentimiento Informado – Un Problema de Deontología Odontológica en algunos Casos Judiciales Recientes» in *Dereito –Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 12, n.º 1, (2003), p. 194, considera que “*La extensión y la precisión en la información son exigidas en la medicina satisfactiva con mayor rigor que en la curativa o asistencial*”.

<sup>274</sup> Entendimento diverso está vertido no Ac. do STJ de 9 de outubro de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, Relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, afirmando-se que o dever de informação não abrange “(...) a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento”.

### 2.3. CRITÉRIO DO MÉDICO E DO PACIENTE RAZOÁVEL E DO PACIENTE EM CONCRETO

O dever de informar deve operar numa lógica de simplicidade, verdade e suficiência. Impõe-se agora analisar quais os critérios que permitem valorar se a informação facilitada pelo médico satisfaz o cumprimento desse dever de informar e esclarecer.

Em primeira instância, torna-se necessário apelar ao critério do médico e do paciente razoável<sup>275</sup>.

Muito sucintamente, este critério assenta na presunção de que a informação é suficiente quando corresponda àquela informação que um *médico razoável*, nas mesmas circunstâncias, teria transmitido ao paciente. Outrossim, considera-se que o paciente recebeu as informações necessárias à formação da vontade, quando um *paciente razoável*, na mesma situação, se contentaria com tais informações.

Destarte, com base neste critério geral e abstrato e invocando padrões médios de conduta é possível aferir do cumprimento do dever de informar. Contudo, como temos vindo a reiterar, ao paciente pode ter sido transmitida a informação suficiente mas isso não significa que o paciente tenha compreendido o sentido e o alcance dessa informação.

Na verdade, cada paciente tem distintas capacidades cognitivas e sociais e, por via disso, distinta necessidade de informação. Vários fatores obrigam a que assim seja.

Desde logo, há indiscutível assimetria informacional entre o médico e o paciente, pelo que a utilização de uma linguagem científica, ignorada pelo comum dos mortais, é de rejeitar liminarmente. Pode argumentar-se que essa assimetria tem vindo a ser atenuada pelos avanços tecnológicos, mormente com recurso à *Internet*. Contudo, como sabemos a informação pouco fidedigna está, de facto, à distância de um *click*. Como tal, se não é recomendável que o paciente se automedique, também não nos parece vantajoso que se “auto-informe”.

---

<sup>275</sup> Estes critérios são aprofundados por JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 256 e seguintes e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp. 439 e ss.

Também o nível cultural e as habilitações literárias do paciente podem assumir um papel relevante. Pensemos no analfabetismo<sup>276</sup> e na iliteracia em saúde<sup>277</sup> – que novamente nos alertam para a perigosidade da utilização de formulários pré-elaborados.

Por último, a própria personalidade, a idade, o estado emocional, a situação familiar, profissional e social do paciente são fatores a ponderar<sup>278</sup>.

Face ao exposto, torna-se imperioso lançar mão do critério do *paciente em concreto* como forma de colmatar estas inevitáveis disparidades, que não devem ser alheias ao médico nem aos Tribunais.

As palavras de ABÍLIO NETO espelham com precisão o que acabamos de mencionar, quando observa que ““o julgador, ao aplicar a lei no âmbito do direito de personalidade, não deve atender a um tipo humano médio, ao conceito de cidadão normal e comum, antes deve ter em conta a especial sensibilidade do lesado tal como ele é na realidade”<sup>279</sup>. E parece fazê-lo<sup>280</sup>.

Mencione-se, ainda, o Relatório da Entidade Reguladora da Saúde sobre o Consentimento Informado ao reforçar que “deve-se usar o critério do «paciente concreto» isto é, dar as informações que aquele concreto paciente precisa de saber ou desejaria conhecer para tomar a sua decisão, com a sua personalidade e capacidade cognitiva”<sup>281</sup>.

Ultimando, o *critério do médico e do paciente razoável* devem servir de orientação para aferir do cumprimento do dever de informação e esclarecimento mas, sem dúvida, apenas o *critério do paciente concreto* satisfaz, com distinção, os propósitos almejados pelo instituto do consentimento informado.

---

<sup>276</sup> O autor CARLOS DE MELO DIAS, *Consentimento Informado como Mediador Razoável ...cit.*, p. 60., recomenda que os analfabetos, depois de serem informados, façam uma marca no local da assinatura do termo de consentimento (que será a marca da impressão digital), validando-o. Acrescenta que este ato deve ser presenciado por uma testemunha.

<sup>277</sup> Segundo as notícias avançadas pela comunicação social, “pelo menos seis em cada 10 portugueses não têm bons conhecimentos em assuntos de Saúde”. É esta a conclusão do estudo da Escola Nacional de Saúde Pública, realizado em setembro de 2014, que “aponta para um nível de literacia em Saúde problemático ou inadequado”. Disponível na [www: URL: http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=767304&tm=2&layout=123&visual=61](http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=767304&tm=2&layout=123&visual=61).

<sup>278</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, «Responsabilidade Civil por Erro Médico – Esclarecimento/Consentimento do Doente», *Data Venia*, ano 1, n.º01 (2012), p. 21.

<sup>279</sup> ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado, op.cit.* p.52.

<sup>280</sup> No já mencionado Ac. do STJ de 9 de outubro de 2014, Relator João Bernardo, diz-se – e muito bem – que “o conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação”. No também já referido Ac. do TRP de 1 de abril de 2014, Relator Rui Moreira, afirma-se que “(...) sempre terá de se verificar, em concreto, a densidade da informação a prestar(...)”.

<sup>281</sup> Relatório Final de maio de 2009, disponível na [www: URL< https://www.ers.pt/uploads/document/file/36/Relat\\_rio\\_de\\_actividade\\_regulat\\_ria\\_ERS\\_2009.pdf>](https://www.ers.pt/uploads/document/file/36/Relat_rio_de_actividade_regulat_ria_ERS_2009.pdf).



### 3. RESPEITO PELOS BONS COSTUMES E PELA ORDEM PÚBLICA

O último requisito de validade do consentimento informado prende-se com a condição de respeito pelos bons costumes e pela ordem pública.

Na ausência de uma definição legal do conceito de *bons costumes* e, por estarmos na presença de um conceito largamente indeterminado, estes terão de ser apreciados casuisticamente e enquadrados no tempo e no espaço. Subscrevemos as palavras de CAPELO DE SOUSA quando concebe os bons costumes como “(...) o conjunto de comportamentos tidos por honestos, corretos e de boa fé segundo as regras éticas e de boa conduta social, generalizadamente reconhecidas, em dado momento e em determinado contexto geográfico, cultural e ambiental, pela sociedade portuguesa”<sup>282</sup>.

Por sua vez, a *ordem pública* abrange “(...) as normas de carácter jurídico e o seu relevo próprio consiste em que a ilicitude continua mesmo onde exista contrariedade, não a uma norma específica, mas a um princípio geral que se deduz de um sistema de normas imperativas”<sup>283</sup>.

Portanto, ao passo que os *bons costumes* constituem “valores positivos”<sup>284</sup> – são regras éticas e morais de conduta – a *ordem pública* respeita a normas jurídicas.

No campo da medicina – como em todo o domínio das relações com relevância para o Direito – qualquer intervenção ou tratamento não deve conflitar com os bons costumes e com a ordem pública.

À luz da lei civil, “o consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes” (art. 340.º, n.º 2) e, ainda, “toda a limitação voluntária aos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública” (diz-nos o art. 81.º, n.º1)<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 411.

<sup>283</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p.523.

<sup>284</sup> *Idem*, p.524.

<sup>285</sup> Decorre dos artigos 81.º, n.º1, 280.º, n.º 2 (por remissão do art.295.º) e 340.º, n.º 2 do Cód. Civil, que o consentimento contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, é sancionado com a nulidade. Importa referir que o art. 81.º, n.º 1 é uma lei especial em relação ao art. 340.º, n.º2. *Vide*, a este propósito, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., p.268.

De forma a clarificar esta questão, alguns autores recorrem ao Cód. Penal e operam uma distinção, consoante se tratem (ou não) de *intervenções terapêuticas*<sup>286</sup>,

Nos termos da lei penal (*maxime*, nos artigos 150.º, 156.º e 157.º), as *intervenções terapêuticas*<sup>287</sup> estão subjugadas ao regime das intervenções arbitrárias quando não hajam sido consentidas. Relativamente às intervenções ditas *não terapêuticas*<sup>288</sup>, desta feita será de aplicar o regime das ofensas à integridade física (cfr. artigos 143.º e seguintes e art. 149.º).

Reza o art. 149.º, n.º2: “ Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

Ora, uma vez que o consentimento nas *intervenções terapêuticas* exclui a ilicitude e estas não são tidas como ofensas à integridade física (cfr. art. 150.º, n.º2, *in fine*), não será de lhes aplicar as regras dos bons costumes do mencionado art. 149.º. Aqui, o respeito pelos bons costumes emana do próprio art. 150.º, se tivermos por pressuposto que as *leges artis* e a intenção curativa coincidirão com os bons costumes e com as normas jurídicas.

Quanto às intervenções ditas *não terapêuticas*, é clara a necessidade de obediência aos bons costumes, por imposição do n.º 2 do art. 149.º.

Este preceito fornece alguns critérios a atender na qualificação do ato médico como desprimoroso dos bons costumes, nomeadamente, “(...) os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e amplitude previsível da ofensa”, que julgamos reconduzir-se a três fatores: motivação, intencionalidade e proporcionalidade.

---

<sup>286</sup> Adotamos, nesta parte, o raciocínio empregue por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...cit.*, pp.141 e seguintes.

<sup>287</sup> Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ...cit.*, pp. 309 e 310, o transexualismo, a cirurgia estética reconstrutiva e a experimentação terapêutica, são abrangidas pelo art. 150.º e, portanto, a ausência de consentimento desembocaria na sua punição a título de intervenção arbitrária. Concordamos que assim seja, uma vez que estas visam a minoração do sofrimento do paciente.

<sup>288</sup> A nosso ver, caem aqui as intervenções cirúrgicas ditadas unicamente por razões de ordem estética, designadamente operações de *lifting* ou de emagrecimento ou intervenções cirúrgicas de implantes mamários por motivos de ordem puramente estética.

Assim, ter-se-á por imoral uma intervenção que seja motivada ou que vise um resultado inaceitável, ou em que se suscite uma manifesta desproporção entre os riscos e o resultado desejado.

Isto porque o consentimento na realização de um ato médico é, factualmente, um ato de disposição do próprio corpo, como expressão da autonomia da vontade e da autodeterminação do paciente. Mas, como sustenta PAULO OTERO “ a autonomia da vontade (...) não pode servir de instrumento atentatório da própria dignidade da pessoa: não há liberdade para renunciar à dignidade” <sup>289</sup>.

Quanto à motivação do paciente, gera-nos algumas dúvidas que a sua imoralidade, por si só, possa ser legalmente censurada. Por isso, quanto a nós, o acento tónico deve ser colocado no resultado pretendido pelo paciente e na ponderação dos riscos.

Do que foi dito, concluímos que a destrição entre os dois tipos de intervenção, embora enriquecedora, não será fundamental já que conduz ao mesmo resultado, ora por exigência do art. 149.º, n.º1, ora por força do art.150.º. Tanto mais, se vincarmos que o dever de obediência aos bons costumes e à ordem pública estão na base de todo e qualquer ato jurídico.

---

<sup>289</sup> PAULO OTERO, «Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana» in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 131.

## CAPÍTULO IV- RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A RESPONSABILIDADE CIVIL

Começamos por afirmar que “o Homem é um ser que existe com vista à sua auto-responsabilidade”<sup>290</sup> e, como tal, é-lhe exigido que atue de modo consciencioso, ponderando os efeitos e as consequências que podem advir da sua conduta, numa lógica de se prevenir a ocorrência de danos.

Todavia, nem todo o zelo e diligência se revelarão suficientes para antever todos os riscos e evitar qualquer dano. De facto, é inerente à condição humana um “risco geral de dano”. Nestes casos, é chamado o princípio *casum sentit dominus*, ou seja, os prejuízos são suportados por aquele que os sofreu.

Posto isto, o lesado arcará com os chamados “(...) *danos fortuitos* relacionados com acontecimentos exteriores de tipo natural ou, mais genericamente, deixa-se com o lesado os danos *sem um responsável*. O *dominus* suporta também, e por maioria de razão, o dano que ocorra no círculo da sua atuação e ligado a uma qualquer *infelicidade* (...)”<sup>291</sup>.

Casos há, contudo, em que a justiça – e, a nosso ver, a própria ética e a moral – reclama que se opere uma transferência do dano, de quem o sofreu (lesado) para quem o causou (lesante)<sup>292</sup> : é esta a razão de ser da responsabilidade civil<sup>293</sup>.

Ora, a responsabilidade civil terá por base a ocorrência de um dano e o correspondente dever de indemnizar<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, op.cit.*, p. 70

<sup>291</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 90.

<sup>292</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, “Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil” in *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 326.

<sup>293</sup> Ao passo que a responsabilidade penal prossegue finalidades de interesse público, a responsabilidade civil, objeto deste nosso estudo, está vocacionada para a justiça privada.

<sup>294</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, op.cit.*, p. 71.

O dano pode surgir em sede contratual ou fora desta, termos em que se consagra uma responsabilidade civil extracontratual ou contratual, acolhidas nos artigos 483.º a 510.º e artigos 790.º a 816.º do Cód. Civil, respetivamente. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, reparte-se em (1) a responsabilidade civil por factos ilícitos, (2) a responsabilidade pelo risco e a (3) e a responsabilidade civil por factos lícitos.

É unânime que na responsabilidade civil extracontratual, não raras vezes apelidada de *responsabilidade delitual* ou *aquiliana*<sup>295</sup> (itálico nosso), está em causa a “violação de deveres *gerais* de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos”<sup>296</sup> (onde se inserem os direitos de personalidade e os direitos reais)

Relativamente à responsabilidade civil contratual (ou, se preferirmos, responsabilidade negocial ou responsabilidade obrigacional<sup>297</sup>), esta pressupõe a “(...) violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico”<sup>298</sup>: clarificando, está em causa a violação de direitos relativos próprios das obrigações, tais como os deveres acessórios de conduta. A obrigação de indemnizar nasce da existência de uma relação, contratual ou obrigacional, particular e prévia à ocorrência do dano<sup>299</sup>.

Todavia, como observa HEINRICH EWALD HÖRSTER, estas modalidades distintas de responsabilidade partilham alguns pontos comuns, a saber, o cálculo da indemnização, o modo de efetivar a reparação do dano (artigos 562.º e seguintes) e a apreciação da culpa quando a houver (artigo 799.º)<sup>300</sup>.

Mais importante, em ambas as modalidades de responsabilidade – contratual e extracontratual (por factos lícitos e ilícitos) – só haverá obrigação de indemnizar quando haja culpa.

---

<sup>295</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. 2, 1.ª Ed., Reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, pp. 261 e 262 esclarece que o termo “responsabilidade aquiliana” nasceu da “Lex Aquilia de Damno”, um plebiscito feito votar pelo Tribuno Aquilius que previa uma compensação dos danos cometidos culposa ou injustamente.

<sup>296</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição rev. e at., Coimbra, Almedina, 2011, p. 521.

<sup>297</sup> MANUEL DE SOUSA DOMINGUES DAS NEVES PEREIRA, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 398 e 399, considera que o termo responsabilidade civil contratual é erradamente empregue, uma vez que a obrigação de indemnizar pode nascer não só de um contrato, como através de um “(...) negócio jurídico unilateral ou de um facto que a lei qualifica como gerador de vínculos obrigacionais(...)”. Por tudo isto, o autor opta pela designação de responsabilidade civil obrigacional.

<sup>298</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 539.

<sup>299</sup> JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 7.

<sup>300</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op.cit., p. 72. Cfr. JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, cit., p. 9.

Começamos com a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos. Preconiza o n.º 1 do art. 483.º do Cód. Civil: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”<sup>301</sup>. Assim, verificámos que nesta modalidade da responsabilidade civil está subjacente o propósito de censurar a conduta ilícita do agente que, culposamente, causou danos a outrem.

Importa não descurar que este princípio da culpa assume contornos específicos na responsabilidade contratual: há uma presunção de culpa do devedor (art. 799.º).

A questão do ónus da prova da culpa, também mereceu tratamento diferenciado por parte da lei. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado a prova da culpa (art. 487.º, n.º 1). *A contrario*, na responsabilidade contratual, impende sobre o devedor a prova de que “(...) a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (art. 799.º, n.º 1)”<sup>302</sup>.

Muito atento, o legislador quis ainda regular aquelas situações em que não havendo culpa, há certamente um dano e necessidade de imputar responsabilidade ao lesante. Assim surge a chamada responsabilidade pelo risco<sup>303</sup>, onde se incluem os danos causados por animais, os acidentes causados por veículos e os danos causados por instalações de energia elétrica ou gás (artigos 502.º, 503.º e 509.º). Esta responsabilização baseia-se na ideia de que esses riscos estão inerentes e advém de uma atividade lícita desempenhada pelo lesante e no seu interesse. Aliás é expressamente referida a expressão *no seu interesse* (leia-se no interesse do lesante). Convenhamos que se trata de aplicar o *princípio ubi commoda, ibi incommoda*.

Passando para a análise da responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos, constatamos que esta modalidade está dispersa em vários normativos do Cód. Civil, não estando consagrado um regime geral.

---

<sup>301</sup> Esses danos resultantes da atuação ilícita poderão ser patrimoniais ou não patrimoniais, nos termos do art. 496.º.

<sup>302</sup> Para uma análise mais aprofundada acerca das diferenças nos regimes da responsabilidade extracontratual e contratual, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, ...cit.*, pp. 543 a 546. É de destacar o prazo de prescrição (nos termos dos artigos 498.º e 309.º, será de 3 anos na responsabilidade extracontratual e de 20 anos para a responsabilidade contratual),

<sup>303</sup> No quadro da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por factos lícitos, é inegável a importância do seguro e da possibilidade da cobertura a cargo do Estado como forma de garantia do ressarcimento de danos. A este propósito, cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª Ed. Revista e Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 100,

Como exemplo paradigmático desta responsabilidade, refira-se o estado de necessidade<sup>304</sup>. Dispõe o n.º 1 do art. 339.º do Cód. Civil que “é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”. Sem embargo e, não obstante a licitude da conduta, “o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por culpa sua exclusiva; em qualquer outro caso, o Tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade”, acrescenta o n.º2.

Desta feita, não está em causa uma violação ilícita de direitos absolutos ou de interesses legalmente protegidos. Trata-se de casos em que o lesado se vê obrigado a suportar determinadas violações de um direito que lhe assiste e, por via disso, goza do direito a ser ressarcido. MENEZES LEITÃO prefere a expressão *responsabilidade pelo sacrifício*, considerando que nesta se “(...) prescinde de um juízo de desvalor da conduta do agente, sendo a imputação do dano baseada numa compensação ao lesado, justificada pelo sacrifício suportado”<sup>305</sup>.

Por último, no que concerne à responsabilidade civil contratual, dita o art. 798.º do Cód. Civil: “O devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”. Ainda, estabelece-se uma presunção de culpa do devedor que deverá por este ser ilidida, nos termos do art. 799.º, n.º1.

Em jeito de síntese, advogámos que o instituto da responsabilidade civil parece prosseguir uma teleologia de cariz reparador ou ressarcitória, *maxime*, por força do princípio da reconstituição natural (art. 562.º do Cód. Civil). Nos termos deste preceito, deve dar-se primazia à recriação da situação que existiria se o dano não tivesse ocorrido. Frustrando-se essa possibilidade, recorrer-se-á, sublinhe-se, subsidiariamente à atribuição de uma indemnização por equivalente pecuniário, como forma de compensar o lesado pelo prejuízo sofrido.

Como tal, não vislumbramos finalidades punitivas no âmbito da responsabilidade civil, até porque só a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos é alvo de

---

<sup>304</sup> Cfr., ainda, n.º1 do art. 1322.º, n.º3 do art. 1347.º, n.º2 do art. 1348.º, n.º3 do art. 1349.º.

<sup>305</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 283.

um juízo de censura. Como já tivemos oportunidade de esclarecer, na responsabilidade pelo risco não há culpa do agente. Quanto à responsabilidade extracontratual por factos lícitos, tratando-se de um facto lícito – tal como o nome indica –, também nos parece errado que se invoque a punição. Por último, na responsabilidade contratual não se justificaria tal escopo sancionatório.

Algumas vozes na doutrina consideram que na responsabilidade subjetiva (praticada com dolo ou mera culpa) prosseguem-se maioritariamente finalidades de ressarcimento mas que, à exceção da responsabilidade pelo risco, é possível apontar-lhe intuítos preventivos ou punitivos<sup>306</sup>. Por esse motivo, em caso de mera culpa poderá haver lugar a uma limitação da indemnização, nos termos do art. 494.º.

## **2. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO**

O médico, no exercício da sua atividade, pode ser penalizado civil, criminal ou disciplinarmente, sendo que apenas nos ocuparemos da sua responsabilidade civil.

A questão debatida doutrinal e jurisprudencialmente é a de saber se ao médico pode ser imputada responsabilidade a título extracontratual, contratual, se ambas são admissíveis, ou se pode mesmo ocorrer um concurso de responsabilidades.

Como veremos adiante, não se trata de uma questão meramente teórica, mas antes com significativas implicações práticas, mormente em sede de culpa e do ónus da prova. Façamos uma breve sinopse das posições doutrinárias e jurisprudenciais merecedoras de destaque.

ÁLVARO DIAS, não hesita em afirmar que a responsabilidade civil médica tem, em princípio, natureza contratual. Alega, em síntese, que o médico e o paciente estão unidos por um “(...) contrato marcadamente pessoal, de execução continuada e, por via

---

<sup>306</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 277. Para mais esclarecimentos desta questão das finalidades prosseguidas pela responsabilidade civil cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate» in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p.598 e seguintes. A autora reconhece o carácter sancionatório e ressarcitório do instituto, distinguindo-a da figura da punição.



de regra, sinalagmático e oneroso”, acrescentando que o médico com consultório aberto e com uma placa colocada à entrada se assume como um proponente contratual.

O autor considera ainda que esta posição é marcadamente unânime e que a tradicional relutância em admitir esta natureza contratual prendia-se com o repúdio causado pela presunção de culpa do médico. Esse entrave viria – como foi – a ser ultrapassado com base na distinção entre as obrigações de meio e de resultados, que iremos desenvolver em sede própria. Em suma, a responsabilidade contratual será a regra e, só excecionalmente, poderá o paciente fazer-se valer da responsabilidade delitual<sup>307</sup>.

Inversamente, outras vozes da doutrina consideram que a responsabilidade civil extracontratual é aquela que melhor resposta oferece aos interesses do paciente<sup>308</sup>. Não negam, contudo, a existência excecional de uma responsabilidade médica objetiva<sup>309</sup> (independente da culpa do agente) e que resulta da própria lei, como será o caso dos ensaios clínicos<sup>310</sup>, doações de órgãos ou tecidos em vida<sup>311</sup> e da exposição a radiações<sup>312</sup>.

Alguns autores<sup>313</sup> admitem a responsabilidade do médico com recurso a ambas as modalidades. Assim, o paciente pode lançar mão de uma ação de responsabilidade civil extracontratual (por factos ilícitos, forçosamente) ou, alternativamente, intentar uma ação de responsabilidade civil contratual (quando haja um contrato entre o médico e o paciente). O fundamento desta posição é o de que há uma única pretensão e um

---

<sup>307</sup> JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...op. cit.*, pp. 221 a 225.

<sup>308</sup> CARLA GONÇALVES, «A Responsabilidade Médica Objetiva» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. P. 360. Por sua vez, MARGARIDA CORTEZ, “Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde” in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 260 e 261, considera que no contexto do SNS é de invocar o regime da responsabilidade extracontratual, uma vez que não estamos perante um acordo de vontades e, ainda que estivéssemos, não se trataria necessariamente de um contrato.

<sup>309</sup> Acerca do seguro obrigatório como forma de garantir o ressarcimento do lesado, afigura-se do máximo interesse cfr. CARLA GONÇALVES, «A Responsabilidade Médica Objetiva» *cit.*, pp. 378 e seguintes.

<sup>310</sup> No art. 14.º, n.º1 do DL n.º 46/2004, de 19 de agosto estipula-se que “ O promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao lesado”

<sup>311</sup> Art. 9.º, n.2 da Lei n.º 22/2007, de 29 de junho: “o dador tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos no decurso do processo de dádava e colheita, independentemente de culpa..”

<sup>312</sup> O art. 10.º do DL n.º 348/89, de 12 de outubro dispõe que “ Aquele que tiver a direção efetiva das instalações, equipamentos ou material produtor de radiações ionizantes ou não ionizantes e os utilizar no seu interesse responde pelos danos resultantes não só da sua utilização, como da própria instalação..” Na ausência de qualquer referência ao elemento da culpa, temos algumas reservas quanto à classificação desta responsabilidade como objetiva.

<sup>313</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, op.cit., pp 25 a 27 e CARLOS LOBATO FERREIRA «Do Segredo Médico aos Segredos do Médico», *op. cit.*, p. 248

conjunto de normas que fundamentam essa mesma pretensão. Se preferimos, há um único dano, mas dois regimes de proteção do lesado<sup>314</sup>.

A favor do cúmulo de responsabilidades, isto é, da possibilidade de o paciente invocar, na mesma ação, regras de ambas as modalidades de responsabilidade civil, podem apontar-se os nomes de MOTA PINTO<sup>315</sup>, GONÇALO DIAS PEREIRA<sup>316</sup>, RUI DE ALARCÃO<sup>317</sup> e FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO<sup>318</sup>. Na verdade, o Cód. Civil é omissivo sobre esta matéria e é esse mesmo o argumento invocado: “(...) na ausência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a «solução natural», a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades”<sup>319</sup>.

Em sentido negativo, é de realçar a posição de ALMEIDA COSTA, pela clareza de exposição e pela força dos argumentos. O autor começa por distinguir o *sistema do cúmulo* e o *sistema do não cúmulo*. O primeiro, encerra em si três hipóteses: a do lesado invocar normas de responsabilidade contratual e extracontratual numa única ação; a do lesado optar por uma das responsabilidades e a de se permitir que o lesado intente duas ações – uma com fundamento na responsabilidade civil extracontratual e outra com base na responsabilidade contratual.

O *sistema do não cúmulo* defendido pelo autor, por sua vez, traduz-se na ideia de que terá aplicação a responsabilidade contratual, dado que esta absorve em si a responsabilidade extracontratual: a isto se chama o *princípio da consunção*<sup>320</sup>.

Um dos exemplos apontados para ilustrar este concurso de responsabilidades é o do cirurgião que, no decurso de uma intervenção cirúrgica, por omissão dos deveres de cuidado, provoca danos na esfera do paciente. Neste caso, tendo assente que há um vínculo contratual, parece que os danos causados pelo cumprimento defeituoso do contrato assumem natureza contratual. Mas, não será errado afirmar que esses mesmos danos são suscetíveis de reparação em sede de responsabilidade extracontratual por violação culposa de direitos absolutos.

---

<sup>314</sup> ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal...*, op.cit., p. 27.

<sup>315</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 218.

<sup>316</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «O Sistema de Responsabilidade Civil Médica» in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, fevereiro, (2014), p. 44.

<sup>317</sup> RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 178,

<sup>318</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS/ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 25.

<sup>319</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS/ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 25.

<sup>320</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 546 a 553

Jurisprudencialmente, como se compreende, é pacífica a admissibilidade de ambas as modalidades de responsabilidade civil médica<sup>321</sup>.

A questão controversa é a de saber se essas responsabilidades devem ser invocadas em jeito de subsidiariedade, de alternatividade ou mesmo de cumulação.

Por um lado, encontramos decisões dos tribunais que vão no sentido de se aplicar, por regra, a responsabilidade contratual, por violação do contrato de prestação de serviços, reunidos que sejam os pressupostos deste regime. Destarte, a responsabilidade extracontratual terá aplicação subsidiária, chegando-se a afirmar que a “responsabilidade extracontratual deve ser usada em situações inequívocas”<sup>322</sup>.

Mais generosa se afigura a corrente que admite que, podendo assacar-se ao médico responsabilidade contratual e extracontratual, o lesado pode optar pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto”<sup>323</sup>. Portanto, já não estamos aqui num paradigma de subsidiariedade, mas de pura alternatividade.

Por último, e mais arrojada, é a eventual possibilidade de cumulação – que parece não ser acolhida pelos tribunais. Na verdade, a resposta da jurisprudência parece estar vertida no Ac. do STJ de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P L.S1, Relator Bettencourt de Faria<sup>324</sup>, cujo conteúdo não resistimos a transcrever: “Estando em causa direitos absolutos, como o da integridade física, põe-se a questão de saber se não concorrem na negligência médica a responsabilidade contratual e extracontratual. Existe, por isso, um concurso aparente de normas, que deve ser resolvido pela prevalência da responsabilidade contratual, por ser a mais adequada para a defesa dos interesses do lesado”.

---

<sup>321</sup> Ac. do TRP de 1 de abril de 2014, Proc. n.º 925/07.9TVPR.T.P1, Relator Rui Moreira, Ac. do STJ de 22 de maio de 2003, Proc. n.º 03P912, Relator Neves Ribeiro e Ac. do STJ de 27 de novembro de 2007, Proc. n.º 07A3426, Relator Rui Maurício, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>322</sup> Cfr. Ac. do STJ de 1 de julho de 2010, Proc. n.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Baptista, disponível em <http://www.dgsi.pt/>. No caso *sub judice*, estava em causa o tão invocado erro médico, aqui por omissão do diagnóstico correto e a violação das *leges artis*. No Ac. do TRP de 17 de junho de 2014, Proc. n.º 11279/09.2TBVNG.P1, Relator M. Pinto dos Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, reitera-se que “predominando hoje o entendimento de que a regra é a da responsabilidade contratual do médico, constituindo a responsabilidade extracontratual a exceção e apenas possível nos casos em que o médico atue em situações de urgência, em que inexistente acordo/consentimento do doente à sua atuação/intervenção”. Na mesma esteira, ver ainda Ac. do TRL de 28 de outubro de 2008, Proc. n.º 7563/2008-1, Relator Rosário Gonçalves, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>323</sup> Ac. do STJ de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro. No mesmo sentido, cfr. Ac. do STJ de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBC.L.G1, Relator Ferreira de Almeida; Ac. do STJ de 4 de março de 2008, Proc. n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>324</sup> Na mesma linha de raciocínio, o Ac. do TRC de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator Jorge Arcanjo e Ac. do TRL de 19 de abril de 2005, Proc. n.º 10341/2004-7, Relator Pimentel Marcos, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>. Em ambas as decisões tratam este concurso de responsabilidades como aparente.

Terminamos com as elucidativas palavras de ANTUNES VARELA acerca destas duas variantes da responsabilidade civil: “(...) a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, *compartimentos estanques*. Pode mesmo dizer-se que, sob vários aspetos, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual funcionam como verdadeiros *vasos comunicantes*”<sup>325</sup>.

Aqui chegados e ponderados todos os argumentos, é altura de nos pronunciarmos.

Admitimos a natureza contratual da responsabilidade civil do médico, mas com apelo à distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultados<sup>326</sup>, o que releva para efeitos da presunção de culpa inerente a esta responsabilidade. Sendo que esta distinção merecerá adiante a nossa consideração, avançamos apenas que a obrigação do médico será, por regra, uma obrigação de meios, de diligência. Consequentemente, a presunção de culpa assumirá contornos específicos, atentas as especificidades da atuação médica.

Relativamente à destrição a que a doutrina e a jurisprudência frequentemente recorrem, consoante o ato médico tenha sido praticado no âmbito do SNS ou em consultórios privados, permitam-nos algumas apreciações que julgamos pertinentes.

Para efeitos de determinação do tipo de responsabilidade imputável ao médico, não consideramos que releve apenas o facto de o ato médico ter sido praticado num estabelecimento público ou privado. Com efeito, esta dicotomia possibilita a qualificação (ou não) como um ato de gestão pública, caso em que estamos perante matérias da competência dos Tribunais Administrativos<sup>327</sup>.

Mas, ainda que o ato seja considerado como de gestão pública e, como tal, se aplique o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades

---

<sup>325</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 522.

<sup>326</sup> HUGO A. CÁRDENAS VILLARREAL, “La Cobertura Dogmática de la Recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/ obligaciones de resultado – una aproximación a través de casos de responsabilidade médica” in RESPONSABILIDAD MÉDICA, *Cadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado VI, Chile, 2010, p. 44, sustenta que nem todas as obrigações que derivam da prestação de serviços médicos são idênticas e, por esse motivo, mais do que um sistema de prova da culpa, deviam existir vários sistemas consoante o tipo de obrigação.

<sup>327</sup> Tratando-se de um ato de gestão pública, será de aplicar o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas (DL n.º67/2007 de 31 de dezembro). Nos termos do art. 7.º, o hospital responde em exclusivo pelo médico que haja agido com *culpa leve*, sendo que o último, só responderá solidariamente se ficar demonstrada o seu *dolo* ou *culpa grave* (art. 8.º). ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Responsabilidade Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 75 e seguintes, enaltece as vantagens do recurso à via administrativa, nomeadamente por oferecer ao paciente uma tutela mais célere quando faça uso de uma providência cautelar antecipatória. O paciente pode, reunidos que sejam os pressupostos, aceder ao montante indemnizatório a que eventualmente tenha direito – claro está, a título provisório, dada a dependência destas providências face à ação principal.

públicas, continua a poder falar-se em responsabilidade contratual ou obrigacional. A obrigação de indemnizar nasce da existência de uma relação, contratual ou obrigacional, particular e prévia à ocorrência do dano, como já aqui sustentámos.

A favor desta tese contratualista da relação médico-paciente, parece posicionar-se a letra do art. 1157.º do Cód. Civil. Ali se define o contrato de prestação de serviços como “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. Se entendermos, como julgamos dever ser, que o resultado a que se alude é a promoção da saúde do paciente<sup>328</sup> e, considerando que este contrato não está sujeito a formalidades especiais, concluímos que a relação médico-paciente terá um cariz contratualista ou obrigacional.

Quanto a nós, falecem ainda os argumentos invocados no sentido de não existir uma relação contratual e prévia entre o médico e o paciente. Note-se que, por exigência do instituto do consentimento informado, entendido por nós como um ato contínuo, pautado pelo diálogo entre o médico e o paciente, estabelecer-se-ão entre estes sujeitos contactos prévios ao ato médico, nomeadamente quando trocam informações.

Todavia, também será defensável a natureza extracontratual da responsabilidade civil do médico, quando direitos absolutos (a integridade física, psíquica, a própria vida e o direito à autodeterminação) sejam violados, independentemente de admitirmos ou não a existência de um contrato.

Assim o será na responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado, ou seja, naqueles casos em que o médico não informou clara e suficientemente o paciente, confirmando o esclarecimento deste. A intervenção ter-se-á por não consentida e, por via disso, ilícita. Será ilícita, dado que apenas a prestação de um consentimento informado permite transferir para o paciente os riscos que seriam suportados pelo médico<sup>329</sup>.

Por último, em relação à cumulação de responsabilidades, pugnamos pela sua inadmissibilidade. Não nos parece justo que o paciente possa, a título de exemplo, fazer

---

<sup>328</sup>No Ac. do TRP de 24 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P1, Relator Filipe Carço, disponível em <http://www.dgsi.pt/>. entende o resultado mencionado no preceito será “não a cura, mas os cuidados de saúde, por se tratar de uma obrigação de meios”. No mesmo sentido, esclareceu-se no Ac STJ de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, que “o resultado a que se alude no art. 1154.º deve ser interpretado como cuidados de saúde”

<sup>329</sup> Esta ideia de transferência dos riscos vem plasmada no Ac. do TRL de 26 de junho de 2008, Proc. n.º 4450/2008-2, Relator Ezaguy Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

valer-se da presunção de culpa ou do prazo alargado de prescrição – própria da responsabilidade contratual, nos termos dos artigos 799.º e 309.º – e, simultaneamente, beneficie do regime da responsabilidade solidária – exclusivo da responsabilidade extracontratual (cfr. art. 497.º da lei civil).

O paciente deve, portanto, optar pela via que mais lhe convier, sendo que, em princípio, a tutela contratual parece ser a que mais beneficia o paciente na satisfação da sua pretensão indemnizatória, por força da presunção de culpa (arts. 344.º, 487.º, n.º1 e 799.º, n.º 1 do Cód. Civil) e não reconhecemos motivos para que não possa ser aplicada.

De todo o modo, convenhamos que é com manifesta estranheza que sujeitamos uma violação do direito à integridade física, psíquica, ou mesmo à vida, ao regime contratual. Por isso nos apazigua a mencionada decisão do STJ quando esclarece que “ não nos deve impressionar o facto da violação de direitos tão solenes como o direito à vida serem tratados como meras hipóteses de incumprimento contratual. A dignidade da defesa dos interesses em questão não resulta do facto da responsabilidade por essa lesão ser qualificada como proveniente de “delito”, mas sim da eficácia dessa mesma defesa. Por outro lado, mas na sequência do que acabamos de consignar, é perspetivando a responsabilidade do solvens como derivando do contrato que melhor se descortinará não só qual a ilicitude da sua conduta, como igualmente qual o seu grau de culpa. Pelo que temos a responsabilidade contratual como a mais adequada para defender os interesses do lesado, quando essa responsabilidade aparentemente concorre com a extracontratual”<sup>330</sup>.

Pese embora se reconheça que a relação médico-paciente é, por natureza, assimétrica e desigual, não podemos pactuar com uma excessiva proteção do paciente que acarrete um prejuízo injustificado e ilegal do médico: e esse seria o resultado adverso desta cumulação.

Para terminar, preconizamos que a responsabilidade civil do médico poderá assumir contornos próprios da responsabilidade civil contratual, extracontratual ou de ambas, caso em que o paciente poderá – saliente-se – optar pela modalidade que

---

<sup>330</sup> Ac. do STJ de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P L.S1, Relator Bettencourt de Faria, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

entenda conveniente. Em termos abstratos e teóricos, a opção desejável corresponderá à responsabilidade contratual.

No capítulo que se segue, partimos para análise dos pressupostos da responsabilidade civil (comuns a ambos os regimes) sem descurar as especificidades que estes assumem em sede contratual e extracontratual por factos ilícitos.

Restringindo ainda mais, propomo-nos a delinear os contornos da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado, direcionando a nossa análise para a falta de informação ou esclarecimento defeituoso.

### **3. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS**

#### **3.1. O FACTO**

Estabelece o n.º1 do 483.º do Cód. Civil: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação<sup>331</sup>”.

Condição *sine qua non* desta obrigação de indemnizar é a ocorrência de um facto. Colhendo dos ensinamentos doutrinários autorizados, afirmamos que esse facto, para que adquira relevância jurídica, terá de ser voluntário, ou seja, terá de ser controlável pela vontade humana<sup>332</sup>.

Assim, excluem-se deste domínio os factos naturais, como sejam os casos de força maior ou de circunstâncias fortuitas invencíveis, precisamente por não estarem na

---

<sup>331</sup> Conforme já tivemos oportunidade de referir, os pressupostos da responsabilidade contratual e extracontratual são idênticos, pelo que deve também invocar-se o art. 798.º do Cód. Civil.

<sup>332</sup> Cfr., nomeadamente, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 527.

disposição da vontade humana, mas já não se exige que o resultado tenha sido desejado ou sequer previsto pelo agente<sup>333</sup>.

Outrossim, são de afastar as situações em que ao agente falte a consciência ou o domínio da vontade<sup>334</sup>.

No domínio da responsabilidade aquiliana, por via de regra, esse facto manifesta-se pela positiva, traduzindo-se numa “ação (...) que importa a violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de ação do titular do direito absoluto”<sup>335</sup>.

Contudo, também pode falar-se num facto negativo, já que as simples omissões podem ser geradoras de responsabilidade, nos termos do art. 486.º. Na verdade, a inércia do lesante, se assim lhe quisermos chamar, será causadora de danos, sempre que este estivesse legalmente obrigado a atuar em certo sentido. Não o tendo feito, como devia, pode daí inferir-se que a sua abstenção contribuiu decisivamente para a produção daquele dano. O mesmo é dizer que estava na disponibilidade, no poder do agente, evitar aquele dano.

Se pensarmos na responsabilidade contratual, verificamos que a regra serão os factos negativos. A imputação do dano ao devedor, não raras vezes, advém da circunstância de não ter realizado certo ato – ou prestação, para sermos mais rigorosos – quando a tal estava obrigado (art. 798.º do Cód.Civil<sup>336</sup>).

Delimitando a nossa exposição, nas ações de responsabilidade civil médica (contratual ou extracontratual) por falta de consentimento informado, mais concretamente, quando a informação é insuficiente ou o esclarecimento defeituoso, concluimos que o pressuposto do facto se traduz na falta de informação ou esclarecimento defeituoso. Trata-se, portanto, de um facto voluntário negativo.

---

<sup>333</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 287 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 558

<sup>334</sup> Como exemplos ilustrativos podem ser apontadas as situações em que se danifica um vaso precioso em virtude de uma síncope cardíaca, ou aqueles casos em que sob o indivíduo foi exercida coação física, segundo nos mostra Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, op.cit.*, p. 559.

<sup>335</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, p. 527.

<sup>336</sup> “O devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, diz-nos a lei.



Resta-nos concluir sobre quem recai esse ónus da prova da prestação de informação, advogando que esse ónus recai sobre o médico, por motivos que facilmente se compreendem<sup>337</sup>.

Desde logo, atribuir ao paciente o *onus probandi* de não ter sido informado seria exigir-lhe uma prova diabólica. Como bem sabemos, a prova de um facto negativo é manifestamente improvável ou mesmo impossível. Ainda, é de considerar que o médico alegará na sua defesa que o ato foi consentido pelo paciente e que, por via disso, é lícito. Ora, se considerarmos o consentimento em sede probatória como um facto impeditivo do direito do paciente, competirá ao médico a sua prova (n.º2 do art. 342.º do Cód. Civil)<sup>338</sup>.

Cumprе mencionar que nem sempre é esse o entendimento da jurisprudência, encontrando-se decisões que vão no sentido de se considerar que “ na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse seu ónus se acaso a doente provasse por si própria, que outros caminhos havia, possíveis ou mais adequados de tratamento/intervenção”<sup>339</sup>.

Por tudo quanto foi dito, verdadeiramente inaceitável, mas não inédita, nos afigura uma decisão que faz recair sobre o paciente o ónus de provar a preterição do dever de informação por parte do médico<sup>340</sup>.

### 3.2. A ILICITUDE

Preenchido que seja o requisito do facto (voluntário), cumpre agora apreciar se a conduta do agente é ilícita, isto é, se viola “o direito de outrem ou qualquer disposição

---

<sup>337</sup>JORGE FIGUEIREDO DIAS/ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 31 e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado – Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, 2008, disponível na [www.URL« https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10577»](https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10577), pp. 18 a 20, partilham da mesma opinião. A contrario, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico...* op. cit., p. 432.

<sup>338</sup> Neste sentido se pronunciou o recente Ac. do TRC, de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em <http://www.dgsi.pt/> : “ O ónus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou a instituição de saúde, porque o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de exceção, como facto impeditivo (art. 342.º, n.º2 CC), devendo atender-se ainda ao princípio da “distribuição dinâmica da prova”.

<sup>339</sup> Ac. do STJ de 18 de março de 2010, Proc. n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, Relator Pires da Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>340</sup> Ac. do STJ de 15 de outubro de 2009, Proc. n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

legal destinada a proteger interesses alheios”, conforme se refere no mencionado art. 483.º.

É sabido que a ilicitude comporta sempre um juízo de desvalor pelo ordenamento jurídico. Contudo, de modo a apurarmos se essa reprovação é dirigida à conduta do agente ou ao resultado dessa conduta, torna-se imperioso lançar mão da teoria do desvalor do facto e da teoria do desvalor da conduta.

Socorrendo-nos dos ensinamentos de MENEZES LEITÃO sabemos que, tradicionalmente, era acolhida a teoria do desvalor do resultado. Isto significava que a censurabilidade do resultado (a morte, por exemplo) era suficiente para se considerar preenchido o requisito da ilicitude, bastando para tal, que o agente tivesse agido culposamente.

Todavia, a percepção de que este entendimento desembocava e pactuava com situações injustas (nomeadamente, quando se tinha por ilícita a conduta do agente que em nada contendia com as normas legais, simplesmente por ser apta a produzir o resultado censurável) minorou a aceitação desta teoria.

Como resposta, surge a *teoria do desvalor do facto*, hoje aceite pela doutrina dominante<sup>341</sup>. Em suma, a conduta do agente, essa sim, deve ser alvo de um juízo de censura.

Aplicando a *teoria do desvalor do facto* ao campo da medicina, verificamos que as intervenções médicas, quando validamente consentidas (por paciente capaz, informado e esclarecido e com o devido respeito pelos bons costumes e pela ordem pública) não podem ser legalmente reprováveis. Isto porque a atuação do médico, muito embora conduza a um resultado que não é mais do que uma verdadeira ofensa à integridade física e psíquica, tem por base um facto que é lícito.

Por motivos que se prendem com o objeto deste estudo, relembremos o regime do consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude já por nós analisado<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Com destaque para os nomes de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, p. 532 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, . 287

<sup>342</sup> Precisamente por essa mesma razão, não abordaremos as restantes causas justificativas do facto danoso, a saber: o exercício de um direito, o cumprimento de um dever, a legítima defesa, a ação direta e o estado de necessidade.

Da leitura conjugada do n.º1 e n.º 2 do art. 340.º do Cód. Civil resulta que o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que o ofendido tenha consentido na lesão e desde que se observem os bons costumes e os imperativos legais. O n.º3 desse preceito estabelece uma presunção de consentimento, dispondo que tem-se por consentida, portanto lícita, a lesão que ocorra no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

Conforme já tivemos oportunidade de esmiuçar e, correndo o risco de nos repetirmos, trata-se de atender à vontade hipotética do paciente que, por qualquer razão, se viu impossibilitado de manifestar a sua vontade real.

Concluindo, consideramos que a falta de informação ou de esclarecimento conduzem à invalidade do consentimento. O consentimento inválido, por sua vez, não permite afastar a ilicitude, em virtude do disposto nos artigos 340.º, n.º1 e 81.º do Cód. Civil, em conjugação com os artigos 38.º e 39.º e 157.º do Cód. Penal. Abreviando, o requisito da ilicitude traduzir-se-á na realização de ato médico sem o consentimento do paciente.

No plano contratual, por sua vez, a ilicitude residirá no incumprimento ou no cumprimento defeituoso uma *prestação de facere*<sup>343</sup>: o dever de informar e esclarecer o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico e, em especial, sobre os riscos e a necessidade da intervenção proposta.

### **3.3. A CULPA**

Merecedor de acrescida atenção, será este requisito da culpa, nomeadamente por em sede de responsabilidade contratual assumir particularidades que não podem ser ignoradas.

---

<sup>343</sup> Abraçamos o entendimento de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado – Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, op. cit., p.18. Na mesma esteira, cfr. Ac. do TRL de 20 de abril de 2006, Proc. n.º 2491/2006-6, Relator Olindo Galdes, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

A culpa assume-se, verdadeiramente, como o nexó de imputação do facto ao lesante<sup>344</sup> e, na sua ausência, não é possível assacar responsabilidades ao lesante.

À semelhança da ilicitude, está em causa, novamente, um juízo de censura agora dirigido, não contra o facto ou conduta do agente, mas antes contra a vontade do agente, em si mesma considerada.

Como tal, compreende-se que o lesante só responderá pelos seus atos, quando estes lhe possam ser imputados. O art. 488.º, n.º1 do Cód. Civil acautela essa necessidade e refere mesmo que “não responderá pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de querer ou entender...”.

Ora, será imputável o sujeito dotado do discernimento para medir o sentido e o alcance dos seus atos e que esteja, efetivamente, livre no querer e no agir. Por isso se exige –e muitíssimo bem –uma dupla capacidade: capacidade intelectual e emocional e, igualmente, capacidade volitiva<sup>345</sup>.

Quando, todavia, o agente se tenha culposamente colocado nesse estado de irresponsabilidade e esse estado não seja de carácter permanente, a justeza da lei implica que se considere o lesante imputável<sup>346</sup>.

Esta culpa, sendo apreciada *in casu*, é graduada com base na distinção entre dolo e mera culpa (comumente designada por negligência)<sup>347</sup>. Esta distinção releva, mormente, pela possibilidade de redução da indemnização acolhida no art. 494.º do Cód. Civil.

Começando pelo dolo, por ser sobremaneira censurável face à mera culpa, diremos que este pode revestir a modalidade de dolo direto, necessário ou eventual.

Reserva-se o título de dolo direto para aqueles casos em que o agente não só prevê aquele resultado, como o deseja, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei.

---

<sup>344</sup> Terminologia empregue por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 562.

<sup>345</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 563.

<sup>346</sup> Cfr. parte final do art. 488.º, n.º 1 do Cód. Civil. Salvo melhor entendimento, cairá aqui a situação em que ocorre um atropelamento e o condutor está alcoolizado.

<sup>347</sup> Para os devidos esclarecimentos, cfr. MÁRIO JÚLIO BRITO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 578 e seguintes e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 566 e seguintes.

Por seu turno, fala-se em dolo necessário quando o lesante não pretende aquele ilícito mas, convencido da hipótese de que aquele irá ocorrer, não se inibe de atuar. O ilícito é, portanto, um “mal necessário” para atingir fim diverso.

Por último, e mais polémica, é a situação de dolo eventual. Aqui, o lesante configura a hipótese de ocorrer um facto ilícito, admite essa possibilidade e aceita essa eventualidade. Como tal, não convicto de que a mesma ocorra necessariamente, na eventualidade, atua em desconformidade.

Relativamente à mera culpa, ou negligência<sup>348</sup>, deixamos de parte a ação do lesante, para nos centramos na omissão da diligência que lhe era devida. Também aqui, é possível distinguir os casos de culpa consciente dos casos de culpa inconsciente.

Os primeiros enquadram as hipóteses em que o agente idealiza, em abstrato, a possibilidade da ocorrência do facto ilícito, mas crê na sua não realização.

Já nos segundos, há uma culpa verdadeiramente inconsciente, já que o lesante não chega sequer a colocar a possibilidade de verificação do facto, quando podia e devia tê-lo feito. Consequentemente, o Direito não se coaduna com essa justificação de insipiência ou incúria e oferece-lhe igualmente a sua reprovação.

No que concerne à apreciação da culpa, esta será sempre aferida casuisticamente, devendo verificar-se se era possível e exigível àquele sujeito em concreto, face àquelas circunstâncias, uma conduta distinta. Sem prescindir, tal só será possível partindo-se de um critério abstrato de apreciação: o critério do bom pai de família ou o critério do homem médio. O mesmo é dizer que a culpa será perspectivada com base na posição que um sujeito de normal diligência adotaria, naquele contexto, sem que para tal se desconsiderem as suas qualidades pessoais.

Na verdade, este raciocínio está vertido no art. 487.º, n.º2, relativo à responsabilidade por factos ilícitos, aplicável ainda à responsabilidade contratual por força do n.º2 do art. 799.º, ambos do Cód. Civil.

Relembramos que, em medicina, essa valoração das condicionantes subjetivas pode mesmo ser decisiva para a classificação da conduta do médico como dolosa ou

---

<sup>348</sup> O Ac. do TRL de 20 de abril de 2006, Proc. n.º 2491/2006-6, Relator Olindo Geraldes, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, tem por negligente a conduta dos médicos que, podendo e devendo recorrer a meios complementares de diagnóstico, não o fazem.

negligente. A um médico especialista poderá ser exigível um certo “modus operandi” na prática de atos da sua especialidade que não será de esperar, com certeza, de um médico de clínica geral.

Muito embora a culpa assuma contornos distintos nas duas modalidades que aqui tratamos, o certo é que, conforme se refere no douto acórdão do STJ “ponto comum à responsabilidade contratual e extracontratual, ter o médico agido culposamente significa ter o mesmo agido de tal forma que a sua conduta lhe deva ser pessoalmente censurada e reprovada, pois em face das circunstâncias concretas do caso, o médico devia e podia ter atuado de modo diferente”<sup>349</sup>.

Em sede de responsabilização do médico por incumprimento dos deveres de informação e esclarecimento, somos tentados a afirmar que estamos, por via de regra, no domínio da mera culpa ou negligência. Todavia, pode acontecer que o médico não informe deliberadamente o paciente, para se assegurar de que este presta o seu consentimento.

A falta de informação, na verdade, em princípio, consubstancia uma omissão da diligência que era exigida ao médico.

### **3.3.1. A QUESTÃO DO ÓNUS DA PROVA**

Na responsabilidade civil extracontratual, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão. Tal decorre do art. 483.º, n.º1 em conjugação com o art. 342.º, n.º1 e assenta na preconização de que aquele invoca um direito tem o ónus de provar os factos que o sustentam.

Por ser assim, o paciente deve carrear para o processo todos os meios probatórios que sustentam a sua pretensão de ressarcimento, competindo ao médico contestar, questionar a veracidade dos mesmos, invocar factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

---

<sup>349</sup> Ac. do STJ de 15 de dezembro de 2011, Proc. n.º 209/06.3TVPR.T1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

O desenrolar do processo, em sede de responsabilidade contratual, já será outro. A lei é clara quando estabelece, no seu art. 799.º, n.º1, que “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua”. Decorre assim que o lesado beneficia de uma presunção de culpa do lesante, competindo ao último ilidir essa presunção.

É de referir que também o art. 493.º, n.º 2, consagra uma presunção de culpa para as chamadas atividades perigosas. Passamos a citar: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as prevenir”. O busílis da questão é saber se a medicina é uma atividade perigosa e em que termos. Quais os atos médicos a classificar como perigosos? O mesmo ato médico poderá ser sinónimo de perigo só em determinados casos?

Deixemos a resposta para quem de Direito. Avance-se, somente, que a esta ideia de perigo está intrínseca uma impossibilidade de controlo total, restando sempre uma espécie de perigo residual e que critérios determinantes dessa perigosidade serão a probabilidade da ocorrência do dano e intensidade do dano –critérios esses de preenchimento cumulativo<sup>350</sup>.

Voltando à questão da presunção de culpa vertida no art. 798.º do Cód. Civil, constatámos que persistem as decisões dos tribunais em “cobrar um preço ao paciente” pelos benefícios que esta presunção de culpa acarreta. Diz-se que “recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, da existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico, dos danos (e sua extensão), do nexos causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação, por parte do médico, ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento esclarecido”<sup>351</sup>.

Ora, como já vimos, não é de exigir ao paciente que prove um facto negativo – neste caso, a preterição do dever de informação – nem tão pouco nos rendemos à velha máxima “*iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur*” que,

---

<sup>350</sup> JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 77 e 78.

<sup>351</sup> Ac. do STJ de 15 de outubro de 2009, Proc. n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

traduzida, significará: para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação.

Na mesma linha de raciocínio, considera-se que o facto de o médico arcar com o ónus da prova da inexistência de culpa, não significa que baste ao paciente provar que não lhe foram prestados outros cuidados possíveis. O paciente terá de especificar qual o tratamento ou intervenção que lhe foi omitido<sup>352</sup> o que, quanto a nós, se revela excessivo e inapropriado. Não é expectável que o paciente – nem tão-pouco o seu mandatário – seja conhecedor da arte médica a ponto de poder fazer tal prova.

Em sentido diverso, outras decisões do Tribunal espelham com clareza uma ideia de repartição do ónus da prova, munidas com o propósito de equilibrar as posições das partes no processo.

Numa decisão do STJ de 15 de outubro de 2009, Processo n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos<sup>353</sup> (com dois votos vencidos) defende-se que “a tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efetivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no atual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva”.

Com o devido respeito, não podemos pactuar com esta perceção estática e rígida das normas e do Direito, em que se desconsidera a teleologia das normas e se enfatiza a sua interpretação literal. Em suma, trata-se de impedir que a verdade material, a justiça do caso concreto, se veja constringida fruto dessa burocratização da Justiça. Como tal, abraçamos as palavras vertidas no voto de vencido do Conselheiro João Bernardo<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Ac. do STJ de 22 de maio de 2003 Proc. n.º 03P912, Relator Neves Ribeiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>353</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>354</sup> “A repartição do ónus de prova de acordo com o que vem sendo explanado parece-me, aliás, mais consentânea com o princípio da razoabilidade. Como refere Carneiro de Frada, a propósito da responsabilidade médica e hospitalar (Direito Civil - Responsabilidade Civil, 116): «Consoante os casos, são de admitir – naturalmente em graus e medidas diversos – facilitações de prova (prova prima facie) e inversões do ónus de prova em benefício do lesado, susceptíveis de abranger a causalidade fundamentante da responsabilidade, a ilicitude e a culpa...». Indo a filha dos autores submeter-se a uma anestesia local e constatando-se que, na sequência dela, faleceu, é, a meu ver, extremamente violento, o entendimento de que os pais haviam de demonstrar quais as condutas dos médicos que, porventura, tenham estado, por negligência, na base da morte. Tudo o que referimos no número anterior, (desde os produtos de anestesia e aí por diante) passou ao lado dos progenitores, quer pela imensidão de conhecimentos técnico-médicos envolvidos, quer pela completa reserva a pessoas estranhas com que estes actos médicos são



Em suma, considera que, em certos circunstancialismos, serão de admitir-se simplificações de prova ou até inversões do ónus de prova em prol do lesado, suscetíveis de abranger a causalidade fundamentadora da responsabilidade, da ilicitude e da culpa.

Posto isto e, atentas as particularidades da atuação médica, parece ter-se considerado que especial prudência reclamava a aplicação desta presunção. Na verdade, somos levados a admitir que esta presunção da culpa do profissional de saúde em sede contratual pode ser acatada como desprimorosa ou demeritória da classe.

Com o intuito de dirimir a questão, apelou-se à distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado<sup>355</sup>.

Genérica e sucintamente, pode entender-se que as obrigações de meios têm-se por cumpridas quando haja uma conduta do devedor direcionada à obtenção do resultado pretendido pelo credor, ainda que tal resultado não se concretize. No caso dos médicos, é-lhes exigível que atuem com o zelo e a diligência próprias da *leges artis* e que apliquem os seus conhecimentos e sabedoria na prossecução do resultado – perspetivado por nós como a promoção da saúde do paciente.

*A contrario*, nas obrigações de resultado o cumprimento da obrigação depende da obtenção, pelo devedor, do resultado que se propôs alcançar<sup>356</sup>.

Apesar do primado da qualificação do ato médico como uma obrigação de meios<sup>357</sup>, no que à cirurgia estética ou plástica concerne, parece ser generalizado o entendimento de que estamos perante obrigações de quase-resultado ou obrigações de resultado<sup>358</sup>.

---

levados a cabo, quer ainda pela não possibilidade de detecção da grande maioria dos erros médicos em exames posteriores. Decerto que, mesmo perante acto médico tecnicamente impecável, pode acontecer a morte duma pessoa. É sabido de todos – e, como tal, facto notório – que a administração dum vulgaríssimo medicamento pode conduzir um paciente, com uma vulnerabilidade especial e não detectável, a resultados desastrosos. Mas, cabe ao médico, demonstrar que agiu correctamente, num quadro de razoável imprevisibilidade. De outro modo, o exercício dos direitos do paciente, ou herdeiros no caso de morte, fica gravemente esvaziado perante a possibilidade, ainda que de verificação raríssima, de ter lugar, imprevistamente, uma consequência fatal”.

<sup>355</sup> Posicionando-se contra esta dicotomia, por considerar que todas as obrigações são de resultado, muito embora esse resultado possa não coincidir com aquele que é devido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 358.

<sup>356</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.5, (2008), p. 445.

<sup>357</sup> Neste sentido, Ac. de 11 de julho de 2006, Revista n.º 1503/06 – 6ª Secção, Relator Nuno Cameira; Ac. de 2 de novembro de 2006, Revista n.º 2851/06 -2ª Secção, Relator João Bernardo; Ac. de 18 de setembro de 2007, Revista n.º 2334/07 – 1ª Secção, Relator Alves Velho e Ac. de 04 de março de 2008, Revista n.º 83/08 -6ª Secção, Relator Fonseca Ramos, todos do STJ.

<sup>358</sup> Posição diversa foi adotada no Ac. do STJ de 15 de novembro de 2012, Proc. n.º 117/2000.L1.S1, Relator Abrantes Geraldes, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Repete-se com alguma regularidade nas decisões dos Tribunais que “na cirurgia estética se a obrigação contratual do médico pode não ser uma obrigação de resultado, com o médico a comprometer-se “em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada, é seguramente uma obrigação de quase resultado porque é uma obrigação em que “só o resultado vale a pena”<sup>359</sup>.

Desta feita a propósito dos médicos especialistas, considerou o STJ que sobre este médico “sobre o qual recai um específico dever do emprego da técnica adequada, se torna compreensível a inversão do ónus da prova, por se tratar de uma obrigação de resultado – devendo o mesmo ser civilmente responsabilizado pela simples constatação de que a finalidade proposta não foi alcançada (prova do incumprimento), o que tem por base uma presunção da censurabilidade ético-jurídica da sua conduta”<sup>360</sup>.

Assim, impendendo sobre o médico uma obrigação de meios, como sucede na generalidade dos casos, pode alegar-se que se torna inoperante a presunção de culpa do devedor (aqui médico), enfraquecendo-se, substancialmente, a posição do paciente, que terá agora de fazer prova do comportamento censurável do médico<sup>361</sup>.

Jurisprudencialmente, parece acolher-se também essa prerrogativa e refere-se que “em regra, a obrigação do médico é uma obrigação de meios (ou de pura diligência), cabendo, assim, ao lesado fazer a demonstração em juízo de que a conduta (ato ou omissão) do prestador obrigado não foi conforme com as regras de atuação suscetíveis de, em abstrato, virem a propiciar a produção do almejado resultado”<sup>362</sup>.

Demonstrada que fique a desconformidade objetiva entre o ato prestado e as *leges artis*, só depois funcionará a presunção de culpa do devedor (aqui médico)<sup>363</sup>.

Para terminar, se rejeitarmos esta dicotomia obrigações de meios/ obrigações de resultados e assentarmos que todas as obrigações são de resultado, podemos enredar pela figura *da perda de chance*. Acompanhando TEIXEIRA PEDRO, na relação médico-

---

<sup>359</sup> Ac. do STJ de 17 de dezembro de 2009, Proc. n.º 544/09.9YFLSB, Relator Pires da Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>360</sup> Ac. do STJ de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>361</sup> Neste sentido, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.5, (2008), p. 426.

<sup>362</sup> Ac. do TRP de 17 de novembro de 2005, Proc. n.º 0534727, Relator Mário Fernandes; Ac. do STJ de 15 de dezembro de 2011, Proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus e Ac. do STJ 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>363</sup> Cfr. Ac. do STJ de 16 de junho de 2009, Revista n.º 287/09.3YFLSB – 6ª Secção, relator João Camilo.

paciente o resultado imediato serão as *chances* que o doente dispõe para atingir o resultado mediato, ou seja, a cura, a sobrevivência ou a melhoria do seu quadro clínico. Em última instância, o que se pretende é a autonomização das *chances* para efeitos ressarcitórios<sup>364</sup>.

A responsabilidade pela perda de chance reclama o preenchimento cumulativo dos seguintes pressupostos: “existência de um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa; existência de uma chance real de consecução da finalidade esperada; verificação de um comportamento de terceiro suscetível de gerar a sua responsabilidade, e que elimina de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir. A jurisprudência que admite a ressarcibilidade do dano da perda de chance sublinha que a chance perdida tem de ser séria, consistente, com razoável grau de probabilidade, havendo mesmo quem a quantifique em percentagem (superior a 50%)”<sup>365</sup>.

Aplicando tudo quando foi dito à responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado, consideramos que a figura da *perda de chance* ficará reservada para os casos em que do ato médico não consentido, por falta do requisito da informação, advenha um dano físico para o paciente que anteriormente estava saudável, claro está, se entendermos o resultado como a preservação da saúde.

Neste ponto, somos capazes de responder às duas questões que se colocam: presume-se a culpa do médico que não informou convenientemente o paciente? O dever de informar consubstancia uma obrigação de resultado?

Quanto a nós, ambas as questões reclamam uma resposta afirmativa.

O médico que não cumpre cabalmente com os seus deveres de informação atua com culpa, o que significa que a sua conduta é censurável pelo facto de poder e dever agir de modo diferente. E essa culpa presume-se, nos termos do art. 799.º, n.º1 do Cód. Civil, isto é, o juízo de censura é presumido pela própria lei.

Compete ao médico afastar essa presunção, nomeadamente, fazendo prova de que o incumprimento do dever de informação não procede de culpa sua já que tentou

---

<sup>364</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.5, (2008), *op. cit.*, pp. 447 e ss.

<sup>365</sup> Ac. do TRP de 6 de maio de 2014, Proc. n.º 1970/11.9TBPVZ.P1, Relatora Márcia Portela, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

informar o paciente mas este recusou essas informações. Aqui se poderá enquadrar o polémico “consentimento em branco”, isto é, aqueles casos em que o paciente, conscientemente, deposita uma confiança cega no médico, repudiando as informações e os esclarecimentos, mas acreditando e desejando que irá receber o tratamento indicado<sup>366</sup>.

Na verdade, o dever de informar assume-se como uma obrigação de resultado. É certo que o médico não deve apenas estar comprometido em informar o paciente, mas antes assegurar-se tanto quanto possível de que lhe transmitiu uma informação suficiente e clara. Com efeito, o médico deve adaptar a extensão e conteúdo da informação a prestar ao paciente em concreto com vista à obtenção de um resultado de efetiva compreensão de matérias que são, por natureza, técnicas e complexas.

### 3.4. O DANO

Não nos oferece dúvidas que, sem a ocorrência de um dano na esfera do lesado, este não esteja legitimado a peticionar qualquer montante indemnizatório, desde logo, por não haver prejuízo a ressarcir.

O dano ou prejuízo pode ser definido como a violação de bens ou interesses alheios protegidos pelo ordenamento jurídico<sup>367</sup>. Mais completo se revela o conceito de dano real, considerado como “(...) a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito tutelado ou a norma infringida visam tutelar”<sup>368</sup>. Ora, como bem se entende, o “(...) dano não é qualquer prejuízo sentido ou afirmado por alguém como tal”<sup>369</sup>.

---

<sup>366</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico...* *op. cit.*, p. 352. O autor pugna pela validade do consentimento prestado nestes termos, em respeito pela autodeterminação do paciente, acrescentando que “a confiança cega será uma manifestação relevante da vontade, demonstrativa até do limite máximo a que poderá chegar a desejável aproximação entre o paciente e o médico, especialmente se estiver estribada numa consciente e livre decisão daquele”.

<sup>367</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 591

<sup>368</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *cit.*, p. 598.

<sup>369</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010, p. 89.

Paralelamente a este dano real, surge o dano patrimonial que não é mais do que o impacto causado pelo dano real na esfera patrimonial do lesado<sup>370</sup>, isto é, o *quantum* pecuniário implicado por essa lesão.

Esse dano será medido, em princípio, calculando-se a diferença entre a concreta situação do lesado e aquela que existiria se o dano real não tivesse ocorrido.

Os danos emergentes e os lucros cessantes constituem as modalidades que este dano patrimonial pode assumir (n.º1 do art. 564.º do Cód. Civil)<sup>371</sup>. Ao passo que os primeiros se referem aos bens e/ou direitos de que o lesado era já titular, aquando da lesão, os segundos remetem-nos para uma lógica de prejuízos futuros. Os lucros cessantes têm o intuito de compensar o lesado pela privação de oportunidades, como será o caso da perda de retribuições em virtude de incapacidade temporária para o trabalho.

A lei prevê ainda a ressarcibilidade de danos futuros, contando que sejam previsíveis. Não o sendo, difere-se o momento da fixação da indemnização (n.º2 do art. 564.º da lei civil).

Os danos morais (ou não patrimoniais) por sua vez, são aqueles que, pese embora não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito, mediante o pagamento de uma satisfação. Podemos aqui incluir a vergonha, o medo, a angústia, a dor física e psíquica<sup>372</sup>.

No panorama contratual, aclama-se ainda a violação do interesse contratual positivo (*culpa in contractu*) e do interesse contratual negativo (*culpa in contrahendo*), às quais faremos uma apressada referência<sup>373 374</sup>, já que em sede de responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado – mais concretamente, por falta de informação – não se vislumbra a possibilidade da sua adequação. Desde logo, porque

---

<sup>370</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, p. 527. O autor fornece o exemplo da morte, das lesões e das fraturas, como danos reais. O dano patrimonial, por sua vez, pode associar-se às despesas hospitalares ou despesas com o funeral.

<sup>371</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, op.cit.*, p. 597.

<sup>372</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, p. 601. O autor considera que a indemnização não passa de uma mera satisfação, já que serve apenas de compensação ao lesado.

<sup>373</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, op.cit.*, pp. 598 e 599. O autor considera que estes conceitos podem ser transpostos para o quadro da responsabilidade extracontratual.

<sup>374</sup> Em traços gerais, requerer-se-á uma indemnização pelo interesse contratual positivo, com vista à recondução do lesado até à situação em que hipoteticamente se encontraria, se o contrato tivesse sido celebrado e cabalmente cumprido. Inversamente, peticionar-se-á uma indemnização pelo interesse contratual negativo com o intuito de colocar o lesado no ponto em que estaria o lesado se não tivesse celebrado o contrato ou sequer tivesse dado início às mencionadas negociações.

a mera ideia de ressarcibilidade em caso de incumprimento ou ruptura das negociações –se é que assim podemos chamar aos contactos prévios ao ato médico – contenderia com a direito à autodeterminação do paciente, com o princípio da independência dos médicos e, em *ultima ratio*, com a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, no tocante à insuficiência da informação prestada pelo médico e consequente falta de consentimento, algumas considerações devem ser tecidas no que concerne ao requisito do dano.

Como temos vindo a sublinhar ao longo de todo este trabalho, a falta de consentimento leva a que o tratamento ou intervenção realizado pelo médico esteja inquinado de ilicitude (novamente, por força do art. 80.º e do 340.º, n.º 1 do Cód. Civil e do art. 157.º do Cód. Penal). O dano, como tal, constituirá na violação do direito à integridade física e psíquica do paciente e do seu direito à autodeterminação.

Com efeito, lê-se neste Ac. do TRP de 1 de abril de 2014, 3925/07.9TVPRT.P1, Relator Rui Moreira, que “é inequívoco o direito de cada indivíduo à sua integridade física, a qual haverá de ser atingida no caso de uma intervenção cirúrgica a que ele deva ser submetido. Tal direito compreende o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, em termos segundo os quais a prática de atos médicos ou cirúrgicos sobre uma pessoa deve ser decidida (consentida) por esta, mas em circunstâncias tais que esteja devidamente habilitada a tomar a correspondente decisão. Exige-se, assim, um recorrentemente designado «consentimento informado»”<sup>375</sup>

Na mesma linha de raciocínio por nós defendido é ainda de destacar a decisão vertida no Ac. do TRC de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1 , Relator Jorge Arcanjo, violação do consentimento informado. Enquanto na primeira, com a regras de arte se visa salvaguardar a saúde e a vida do paciente, na segunda o bem jurídico tutelado é o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde”<sup>376</sup>.

Por outras palavras, se o paciente não presta validamente o seu consentimento, nomeadamente por ter sido deficientemente informado, o ato médico (não consentido e ilícito) passa a constituir uma ofensa à integridade física e psíquica do indivíduo. A isso

---

<sup>375</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>376</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

acresce a violação do seu direito à autodeterminação, na medida em que o paciente foi privado da possibilidade de decidir, em consciência, de modo sério, livre e esclarecido.

Na verdade, ainda que se alegue que o paciente consentiu, porque assinou um formulário, delineado todo este estudo bem sabemos que o consentimento informado ultrapassa muito a mera assinatura de um documento.

Posto isto, falecem os argumentos invocados no sentido de se considerar que na ausência de qualquer dano – entendido errada e precipitadamente como um dano físico, como a deterioração do estado de saúde do paciente – não haverá obrigação de indemnizar.

Deste modo, ainda que o risco omitido ao paciente não se venha a verificar, reitere-se, continua a existir um dano – de natureza não patrimonial: continua a haver ofensa da integridade física e psíquica do paciente e continuamos na presença de uma violação da autodeterminação do paciente, devendo o médico ser responsabilizado nos termos do art. 70.º, n.º 2, 340.º, n.º 1, 483.º e 798.º do do Cód. Civil<sup>377</sup>.

Não esqueçamos que a comunicação da possibilidade de ocorrência daquele risco podia ter sido determinante para a formação da vontade do paciente e, assim, para a sua decisão. Sem prescindir, admitimos a possibilidade de se reduzir o montante da indemnização.

Por fim, não se sustente também que, os riscos pouco frequentes não são decisivos para a boa decisão. De facto, os riscos que ocorrem frequentemente, ou que são mais gravosos contribuem, por maioria de razão, com mais intensidade no processo decisório. Porém, não reconhecemos qualquer base legal, ética ou moral, para considerar que a informação seria dispensável.

Claro está que, se em virtude daquele ato médico não consentido, se concretiza um risco que não haja sido comunicado ao paciente, para além dos danos morais, registam-se danos patrimoniais (nomeadamente danos emergentes ou lucros cessantes)

Em suma, da intervenção médica arbitrária, que não foi validamente consentida advêm, sempre, danos não patrimoniais. E, se desse ato resultarem danos físicos

---

<sup>377</sup> Acompanhamos a posição de RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade, op.cit.*, p. 219.

(nomeadamente a concretização de riscos não comunicados), surgirão, igualmente, danos patrimoniais.

#### **3.4.1. RESSARCIBILIDADE DOS DANOS NÃO PATRIMONIAIS**

Se atentarmos, novamente, ao teor do art. 483.º, n.º 1 do Cód. Civil é-nos dito que o lesante “(...) fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

No que diz respeito à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, cumpre aludir ao facto de já se ter rejeitado essa possibilidade, nomeadamente por se entender que tais danos são, por natureza, irreparáveis). Uma afirmação que bem sintetiza esta posição será: “Repugna permitir ao pai exigir dinheiro pela morte do filho”<sup>378</sup>.

Nos dias de hoje, é consensual a possibilidade de os danos ditos morais serem indemnizáveis no domínio da responsabilidade extracontratual. Tal decorre do art. 496.º, n.º1 do Cód. Civil, sendo que só serão ressarcidos aqueles danos morais graves e, consequentemente, merecedores da tutela do Direito.

Ora, o montante da indemnização será fixado equitativamente e atenderá às circunstâncias concretas, como seja a situação económica do agente e do lesado, tal como resulta do art. 494.º por remissão do art.496.º, n.º 4, do mesmo diploma.

No âmbito da responsabilidade contratual, a questão da ressarcibilidade dos danos morais (ou não patrimoniais) ainda é discutida. Contudo, a posição maioritária vai no sentido da sua admissibilidade, considerando-se que a aplicação do artigo *supra* mencionado (art. 496.º, n.º1) é extensível a toda a responsabilidade.

Esclarecedora se revela a decisão do STJ ao sustentar que “é, contudo, jurisprudência largamente maioritária a que admite a reparação dos danos não patrimoniais, quando a ofensa de tais bens ocorre no cumprimento de um contrato. Estando aqui em causa a eventual violação ilícita de um direito de personalidade (a vida ou a integridade física) sempre tal ilícito geraria responsabilidade extracontratual.

---

<sup>378</sup> JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., p. 603.



Ocorrendo, contudo, essa violação em sede de execução dos contratos, os danos daí decorrentes assumem natureza contratual<sup>379</sup>.

O Direito tutela os danos não patrimoniais e patrimoniais, independentemente da modalidade das responsabilidades em causa, é um facto. Todavia, esta afirmação merece um pequeno reparo. Os danos patrimoniais continuam a gozar de uma tutela reforçada quando comparados com os danos ditos morais, em grande parte devido à dificuldade probatória inerente à vergonha, à ansiedade, à angústia, à dor física e psíquica<sup>380</sup>. Porém, não nos parece aceitável que a tendência vá no sentido de se desconsiderarem esses danos, fixando-se montantes indemnizatórios que, a nosso ver, roçam o irrisório.

### 3.5. O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FACTO E O DANO

Por último, mas não menos importante, se apresenta o pressuposto da existência de um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Em termos simplistas, trata-se de aferir se aquele facto voluntário, em circunstâncias normais e à luz das regras da experiência, é apto a produzir aquele efeito danoso.

Para melhor alcançarmos este nexo causal, façamos uma breve resenha das teorias desenvolvidas nessa matéria.

Com recurso aos ensinamentos de MENEZES LEITÃO<sup>381</sup>, diremos que a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*, se preferimos) trata como causa de um evento todas as condições que tenham estado na base da sua ocorrência, de tal modo que a sua ausência determinasse a não produção do evento.

---

<sup>379</sup> Ac. do STJ de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>380</sup> RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil (Um Olhar sobre a Jurisprudência)*, Coimbra, Almedina, 2006 p. 43

<sup>381</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 344 e seguintes.

Por sua vez, a chamada teoria da última condição (também designada por teoria da causa próxima) preconiza que a condição que imediatamente antecede o evento, será a sua causa.

No que concerne à teoria da condição eficiente, esta sugere que se avalie a eficiência das várias condições concorrentes a fim de se poder apontar aquela com mais relevância para o processo causal.

Por último, é de referir a teoria do escopo da norma violada, defendida pelo autor. Esta resume-se à ideia de que para o estabelecimento do nexó causal basta somente verificar se o dano resultante do facto corresponde ao decaimento das proveitos que a norma visava facultar ao sujeito através da consagração do direito subjetivo ou da norma de proteção.

Como sabemos, a corrente doutrinal maioritária<sup>382</sup> revela preferência pela teoria da causalidade adequada e é neste seio que também nos posicionamos. Esta teoria, ainda que indiretamente, vem refletida no art. 563.º do Cód. Civil ao estabelecer que só serão indemnizáveis aqueles danos que o lesado, provavelmente, não teria sofrido se não fosse por ocasião dessa lesão.

Assim, efetua-se um “juízo de prognose póstuma” para avaliar se, em abstrato e, em condições ditas normais, seria expectável que a prática daquele facto desembocasse na produção daquele dano.

Todavia – e muito bem – não se ignoram os contornos específicos patenteados no caso concreto, quando estes se assumam como relevantes para o processo causal. O mesmo é dizer que circunstâncias que tudo indicaria serem excepcionais ou anormais passam a poder ser carreadas<sup>383</sup>.

Ora e porque assim, procuraremos aplicar estes conhecimentos ao objeto do nosso estudo.

---

<sup>382</sup> Enfatizamos o nome de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pp. 894 a 898, pelas conclusões que retira desta teoria, por si defendida. São elas esquematicamente: outros factos podem concorrer para a produção do resultado; não se exige que o autor do facto tenha previsto a ocorrência do dano e, ainda, a causalidade refere-se ao processo causal no seu conjunto (não trata o facto e o dano isoladamente)

<sup>383</sup> O autor dá o exemplo de haver causalidade entre o facto de se apontar uma arma descarregada e a produção do dano morte, se o lesante soubesse que a vítima sofria de graves problemas cardíacos.

Como já delimitamos, o facto voluntário que aqui abordamos consiste na falta de informação. O dano não patrimonial, por sua vez, advém da violação da integridade física e psíquica do paciente e, ainda, do seu direito à autodeterminação. Pode ainda suceder que se concretize um risco da intervenção, não comunicado ao paciente, e tal será um dano patrimonial.

Procuramos, de seguida, estabelecer o nexo de causalidade adequada entre o facto e os danos.

Em abstrato e em condições normais, se fizermos uso das regras da experiência, facilmente depreendemos que a falta de informação é apta a produzir os danos morais que advém da violação da integridade física e psíquica e da autodeterminação. Será assim, desde logo, porque sem informação não há consentimento e, conseqüentemente, na ausência de consentimento, a intervenção do médico não será mais do que uma verdadeira ofensa à integridade física.

Para terminar, a informação insuficiente é, abstrata e normalmente, suscetível de causar danos ao paciente. Desde logo, porque o paciente desprovido de toda a informação não está habilitado a formar uma vontade séria, livre e esclarecida e a agir em consonância com esse querer.

## NOTAS CONCLUSIVAS

Aqui chegados, impõe-se, sem mais tecer algumas considerações que julgamos pertinentes:

1. O consentimento informado pode ser definido como a exteriorização de uma vontade, séria, livre e esclarecida que culmina com a decisão do paciente em submeter-se (ou não) à realização de certo tratamento ou intervenção. Trata-se de um processo-dialógico, pelo que declinamos a perspectiva de se reduzir o consentimento informado à mera assinatura de um formulário.
2. O consentimento informado nem sempre se assumiu como hoje o conhecemos. Sofreu um longo processo evolutivo, sendo que a enraizada concepção paternalista teimou em arrastar-se nos tempos e nas convicções. O doente-enfermo por contraposição ao médico que tudo sabia e nenhuma explicação lhe devia. Com a consagração do modelo da autonomia, e o «fim da arte silenciosa» surge o paciente-cidadão.
3. A necessidade de obter o consentimento assenta no reconhecimento do direito à integridade física e psíquica do paciente e no seu direito à autodeterminação, termos em que a CRP, o Cód. Penal, o Cód. Civil, a Lei Administrativa e o CDOM não descuram a matéria do consentimento informado.
4. Os atos médicos constituem verdadeiras ofensas à integridade física e psíquica do paciente. Como tal, carecem de ser consentidas, para que se exclua a sua ilicitude, nos termos do art. 340.º, n.º1 e art. 81.º do Cód. Civil.
5. O consentimento pode ser declarado expressa ou tacitamente, sendo que só os atos médicos que impliquem um risco superior ao mínimo carecem de ser expressamente consentidos.
6. Para as intervenções que, pela sua gravidade ou pelos riscos que comportem, impliquem maior cautela, a lei determina a obrigatoriedade de consentimento expresso e, em alguns casos, sujeita- o à forma escrita. O consentimento escrito tem o condão de facilitar a prova mas, no que à

utilização de formulários pré-elaborados respeita, manifestamos a nossa relutância, uma vez que podem resultar na desconsideração do concreto quadro clínico do paciente.

7. O consentimento presumido corresponde à valoração da vontade hipotética do lesado quando este, por qualquer motivo, não possa manifestar a sua vontade real – notamos que neste domínio se destaca a importância do testamento vital.
8. Quanto à questão do tempo do consentimento, é indiscutível que este deva ser anterior à prática do ato e, quanto a nós, é ainda desejável que um lapso de tempo razoável medie a prestação do consentimento e a intervenção, de forma a proporcionar ao paciente um tempo de reflexão. A este respeito, concluímos ainda que, em regra, a lei é omissa quanto ao prazo (ou tempo) de reflexão concedido ao paciente, pelo que a superação dessa lacuna competirá ao médico, a quem pedimos cautela. Mais, preconizamos que quanto maiores os riscos envolvidos, maior deva ser o prazo de reflexão.
9. O consentimento informado é marcado pela característica da livre revogabilidade e não ressarcibilidade, estando aqui bem patente o desiderato de proteger a integridade física e moral do paciente, bem como o seu direito à autodeterminação. Na verdade, o que se pretende é que o paciente não sinta qualquer pressão ou constrangimento, isto é, que não se veja impelido a autorizar um ato médico que não é por si desejado.
10. Militamos no sentido de se considerar que a revogação do consentimento é uma espécie de *direito de arrependimento* e como tal deve ser tratada.
11. A par da atualidade e da voluntariedade, a capacidade para consentir, o cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento e o respeito pelos bons costumes e pela ordem pública constituem os requisitos de validade do consentimento informado.
12. *A priori*, falta capacidade para consentir aos menores de 16 anos, aos interditos e inabilitados por anomalia psíquica e aos que estejam acidentalmente incapacitados.

13. O n.º 3 do art. 38.º do Cód. Penal concede eficácia ao consentimento prestado por quem tenha mais de 16 anos e revele o discernimento necessário. Advogamos pela transposição civilística dessa norma.
14. Concluimos, ainda que, a idade de 16 anos é um *elemento indiciador do discernimento*. O paciente com essa idade, em princípio, será capaz de discernir e avaliar o sentido e o alcance do ato médico e, por via disso, estará capacitado para tomar decisões médicas. Dizemos “em princípio” já que o discernimento do menor será sempre aferido casuisticamente.
15. Parece-nos defensável que se possa considerar um menor (com idade inferior a 16 anos) capaz para tomar decisões médicas, se este revelar a maturidade e o discernimento exigível mas, convenhamos que esse é um entendimento *contra legem*, já que a letra do n.º 3 do art. 38.º do Cód. Penal não deixa dúvidas. *A contrario*, possuindo a idade suficiente, mas faltando-lhe o discernimento, consideramos que o menor deve ser tido como incapaz para consentir. Em suma, a idade deve operar como um *elemento* indiciador do discernimento e da capacidade, ao passo que o discernimento se apresenta como um verdadeiro *requisito*.
16. Todavia, parece-nos que se o paciente possuir a idade mínima (16 anos) e o médico considerar que está na presença de um paciente dotado da maturidade e capacidade de compreensão necessárias, não deve ter de provar essa capacidade. A solução não será a mesma no caso de o menor ter, por exemplo, 13 anos, caso em que sobre o médico recai o ónus da prova da capacidade.
17. No caso de os pais recusarem o ato médico, com inegável risco para a saúde ou para a vida do menor, deverá requerer-se, sempre que possível, a intervenção do tribunal para que este supra essa falta de consentimento (art. 1918.º do Cód. Civil). Ora, o diretor do hospital ou da clínica privada ou o médico assistente, por serem as pessoas a quem a guarda do menor está confiada de facto, possuem legitimidade.
18. Não sendo possível aguardar pela decisão judicial, o médico deve pugnar pelo interesse do menor e atuar contra a vontade dos progenitores e sem obter o suprimento judicial – sem que vislumbremos a hipótese de ser civil ou criminalmente punido.

19. Para efeitos de capacidade para consentir só a anomalia psíquica deveria relevar. Quanto aos inabilitados por anomalia psíquica, a sua incapacidade para tomar decisões médicas deve estar vertida na sentença.
20. Admitimos a natureza contratual e extracontratual da responsabilidade civil do médico, mas não pactuamos com o cúmulo ou concurso de responsabilidades, devendo o paciente optar por aquela que mais lhe convier.
21. De facto, a tutela contratual parece ser a que mais beneficia o paciente na satisfação da sua pretensão indemnizatória, em especial por força da presunção de culpa (arts. 344.º, 487.º, n.º1 e 799.º, n.º 1 do Cód. Civil). Não reconhecemos motivos para que não possa ser aplicada e vamos mais longe ao afirmar que, ainda que a relação médico-paciente ocorra no âmbito do SNS, haverá sempre um contrato de prestação de serviços nos termos do art. 1157.º do Cód. Civil não sujeito a formalidades especiais.
22. Em regra, a obrigação do médico será uma obrigação de meios, isto é, considera-se que o contrato foi cumprido se o médico encetou todos os seus conhecimentos técnicos e fez uso das *leges artis* para atingir o resultado visado pelo lesado. Esta distinção, como vimos, releva para efeitos de culpa, já que se torna inoperante a presunção de culpa que sobre o médico pendia (art. 799.º).
23. Todavia, o dever de informação consubstancia uma obrigação de resultado, presumindo-se a culpa do médico, nos termos do art. 799.º, n.º2 e, assim, incidindo sobre este o ónus da prova da inexistência de culpa.
24. O pressuposto do facto traduz-se na falta de informação ou esclarecimento defeituoso, em sede contratual ou extracontratual. O ónus da prova dessa informação compete ao médico, especialmente, atribuir ao paciente o *onus probandi* de não ter sido informado seria exigir-lhe uma prova diabólica. Como bem sabemos, a prova de um facto negativo é manifestamente improvável ou mesmo impossível. Ainda, é de considerar que o médico alegará em sede de defesa que o ato foi consentido pelo paciente e que, por via disso, é lícito. Ora, se considerarmos o consentimento em sede probatória como um facto

impeditivo do direito do paciente, competirá ao médico a sua prova (n.º2 do art. 342.º do Cód. Civil).

25. O requisito da ilicitude traduzir-se-á na realização de ato médico sem o consentimento do paciente. Consideramos que a falta de informação ou de esclarecimento conduzem à invalidade do consentimento. O consentimento inválido, por sua vez, não permite afastar a ilicitude, em virtude do disposto nos artigos 340.º, n.º1 e 81.º do Cód. Civil, em conjugação com os artigos 38.º e 39.º e 157.º do Cód. Penal. No plano contratual, por sua vez, a ilicitude residirá no incumprimento ou no cumprimento defeituoso da prestação: o dever de informar e esclarecer o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico e, em especial, sobre os riscos e a necessidade da intervenção proposta.
26. Na responsabilidade civil extracontratual, cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão. Tal decorre do art. 483.º, n.º1 em conjugação com o art. 342.º, n.º1 e assenta na preconização de que aquele invoca o direito tem o ónus de provar os factos que o sustentam.
27. No domínio contratual, decorre do art. 799.º que o lesado beneficia de uma presunção de culpa do lesante, competindo ao último ilidir essa presunção.
28. O dano será um dano não patrimonial por violação do direito à integridade física e psíquica do paciente e do seu direito à autodeterminação, podendo ainda ocorrer danos patrimoniais (danos emergentes e/ou lucros cessantes) caso ocorra um risco não comunicado ao paciente.
29. Pensemos nos riscos. Aqui, comungamos da opinião segundo a qual ainda que o risco omitido ao paciente não se venha a verificar, reitere-se, continua a existir um dano não patrimonial resultante da ofensa da integridade física e psíquica da violação da autodeterminação do paciente, devendo o médico ser responsabilizado nos termos do art. 70.º, n.º 2, 340.º, n.º1, 483.º e 798.º do Cód. Civil. Não esqueçamos que a comunicação da possibilidade de ocorrência daquele risco podia ter sido determinante para a formação da vontade do paciente e, assim, para a sua decisão. Sem embargo, admitimos a possibilidade de se reduzir o montante da indemnização.



30. Por último, haverá um nexo causal entre a informação insuficiente e os danos resultantes da violação do direito à integridade física, psíquica e, ainda, do direito á autodeterminação.
31. Apontadas que ficam as fragilidades do regime da responsabilidade civil do médico, resta- nos terminar com um apelo ao julgador, de quem se espera o devido zelo e diligência, mas também um rasgo inovador com vista ao alcance da justiça material.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Luís Vasconcelos, «O Segredo Médico no Direito Português Vigente» in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 261-285.

ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Volume II, Coimbra, Almedina, 1992.

ALVES, Jeovanna Viana, *Ensaio Clínicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Ed. rev. e at., Coimbra, Almedina, 2011.

BARBOSA, Mafalda Miranda «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate» in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005.

BORGES, Beatriz Marques, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Comentário e Anotação à Lei n.º 147/99 de 1 de setembro*, Coimbra, Almedina, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Centelha, 1981.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, «Introdução ao Direito da Saúde» in OLIVEIRA ASCENSÃO E OUTROS, *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1991.

CORTEZ, Margarida, «Responsabilidade Civil das Instituições Públicas de Saúde» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

COSTA, J. Pinto da, *Responsabilidade Médica*, Porto, Felício & Cabral, 1996.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade Civil, Penal e Profissional*, Lisboa, 2013 [em linha], Disponível na [www:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso\\_Complementar\\_Direito\\_Saude.pdf>](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/Curso_Complementar_Direito_Saude.pdf).

DIAS, Carlos de Melo, *Consentimento Informado como Mediador Razoável da Relação Profissional de Saúde-Doente*, 1ª Edição, Coimbra, Formasau, 2003.

DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

DIAS, João António Álvaro, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2002.

Dicionário da Língua Portuguesa, 7ª Edição, Porto, Porto Editora.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2003.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª Ed. Revista e Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

FERREIRA, Carlos Lobato, «Do Segredo Médico aos Segredos do Médico» in *Revista do CEJ*, n.º3, (2005); pp. 227 a 268.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE / SINDE MONTEIRO, JORGE, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1984.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil, Responsabilidade Civil – o método do caso*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010.

FRUTUOSO, Miriam Vieira da Rocha, *O Direito à Informação e o Dever de Informar em Contextos de Saúde*, Dissertação do 2º ciclo em Direito Judiciário apresentada à Universidade do Minho, Braga, 2012.

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

GONÇALVES, Carla, «A Responsabilidade Médica Objetiva» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 359 a 387.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 15ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002.

HÖRSTER, Heinrich Ewald,  
- *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2007.  
- «Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil» in *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito*, Coimbra, Almedina, 2004.

LEAL- HENRIQUES, Manuel de oliveira/ SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3ª Ed., Lisboa, Reis dos Livros, 2000.

MELO, Marta Susana Lopes Reis de, «A importância do consentimento – Independência Médica vs. Autodeterminação do Doente» in *Maia Jurídica, Revista de*

*Direito*, Edição Associação Jurídica da Maia, Ano III, n.º1, Janeiro-Junho, Maia, 2005, pp. 59-91.

MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, Vol. 2, 1.ª Ed., Reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Responsabilidade Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MUÑOZ, Francisco Puy, «El Consentimiento Informado – Un Problema de Deontologia Odonológica en alguns Casos Judiciales Recientes» in *Dereito –Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 12, n.º 1, (2003), pp.177 a 199.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 16ª Ed. Revista e Actualizada, Lisboa, Ediforum, Edições Jurídicas Lda., 2009.

NUNES, Rui, *Consentimento Informado*, Disponível na www: <URL: <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf>>.

OLIVEIRA, David J., «The Law of Informed Consent and the Right to Die in the United States of America », in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 61 a 71.

OLIVEIRA, Guilherme de,  
- «O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde» in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.  
- «H.I.V e S.I.D.A -14 Perguntas sobre Relações de Família» in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de/ DIAS PEREIRA, André, *Consentimento Informado*, Coimbra, 2006, Disponível na www: URL<http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>.

OTERO, Paulo «Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana» in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010.

PEDRO, Rute Teixeira, Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões» in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol.5, (2008).

PEREIRA, André Gonçalo Dias,

- «O Sistema de Responsabilidade Civil Médica» in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 111, (2014).

- «O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica» in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 435 a 499.

- *O Consentimento Informado na Experiência Europeia*, Ribeirão Preto, 2010, [em linha], Disponível na www: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/14549>>.

- *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- *O Sigilo Médico – Análise do Direito Português*, 2008, Disponível na www: URL<[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Sigilo.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Sigilo.pdf)>.

- *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado – Ónus da Prova e Nexo de Causalidade*, 2008, disponível na www: URL«<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/10577>».

PEREIRA, Manuel de Sousa Domingues das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, José Rui Costa, *Bioética para todos*, Braga, Editorial A.O., 2006.

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

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico- Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, 2013, Disponível na [www:«http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR\\_Do\\_Regime\\_das\\_Intervencoes\\_Medico-Cirurgicas\\_Arbitrarias\\_no\\_Codigo\\_Penal\\_Portugues\\_Out2013-.pdf»](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_Out2013-.pdf).

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes,

- «Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico» in *Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- *Responsabilidade médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Almedina, Coimbra, 2007.

- «Responsabilidade Civil por Erro Médico – Esclarecimento/Consentimento do Doente» in *Data Venia*, ano 1, n.º01 (2012).

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português: Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RUEFF, Maria do Céu, «Segredo Médico e VIH/SIDA- Perspetiva Ético-Jurídica» in *Ata Médica Portuguesa*, Vol.17, n.º6, 2004.

SILVA, Eva Sónia Moreira da,

- *Da Responsabilidade Pré- Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003.

- «Menores: incapacidade versus autonomia» (no prelo),

SINDE MONTEIRO, Jorge F. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1983.

VILLARREAL, Hugo A. Cárdenas, «La Cobertura Dogmática de la Recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/ obligaciones de resultado – una aproximación a través de casos de responsabilidad médica» in *Responsabilidad Médica, Caduernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado VI, Chile, 2010.

VÍTOR, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, 1ªEd., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.





## ÍNDICE JURISPRUDÊNCIAL

### Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. de 9 de outubro de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, Relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 16 de janeiro de 2014, Proc. n.º 1556/08.5TBVRL.P1.S1, Relator Oliveira Vasconcelos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 11 de julho de 2013, Proc. n.º 95/08.9TBAMM.P1.S1, Relator Alves Velho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 15 de novembro de 2012, Proc. n.º 117/2000.L1.S1, Relator Abrantes Geraldês, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 15 de dezembro de 2011, Proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 22 de setembro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P L.S1, Relator Bettencourt de Faria, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 7 de junho de 2011, Proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1 Relator Gabriel Catarino, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 24 de maio de 2011, Proc. n.º 4936/04.1TCLRS.L1.S1, Relator Marques Pereira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 7 de outubro de 2010, Proc. n.º 1364/05.5TBBCL.G1, Relator Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

- Ac. de 1 de julho de 2010, Proc. n.º 398/1999.E1.S1, Relator Serra Baptista, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 18 de março de 2010, Proc. n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, Relator Pires de Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 17 de dezembro de 2009, Proc. n.º 544/09.9YFLSB, Relator Pires da Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 15 de outubro de 2009, Proc. n.º 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 16 de junho de 2009, Revista n.º 287/09.3YFLSB – 6ª Secção, Relator João Camilo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 13 de janeiro de 2009, Proc. n.º 8A3809, Relator Hélder Roque, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 4 de março de 2008, Proc. n.º 08A183 , Relator Fonseca Ramos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 7 de fevereiro de 2008, Proc. n.º 07A4666, Relator Moreira Camilo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 27 de novembro de 2007, Proc. n.º 07A3426, Relator Rui Maurício, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 18 de setembro de 2007, Revista n.º 2334/07 – 1ª Secção, Relator Alves Velho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 2 de novembro de 2006, Revista n.º 2851/06 -2ª Secção, Relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

- Ac. de 11 de julho de 2006, Revista n.º 1503/06 – 6ª Secção, Relator Nuno Cameira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 22 de maio de 2003, Proc. n.º 03P912, Relator Neves Ribeiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 19 de junho de 2001, Proc. n.º 01A1008, Relator Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação do Porto**

- Ac. de 17 de junho de 2014, Proc. n.º 11279/09.2TBVNG.P1, Relator M. Pinto dos Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 6 de maio de 2014, Proc. n.º 1970/11.9TBPVZ.P1, Relatora Márcia Portela, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 01 de abril de 2014, Proc. n.º 3925/07.9TVPRT.P1, Relator Rui Moreira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 10 de outubro de 2011, Proc. n.º 84/08.3TVPRT.P1, Relator Soares de Oliveira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 24 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 674/2001.P1, Relator Filipe Caroço, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 31 de março de 2009, Proc. n.º 0827936, Relator João Proença, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Ac. de 17 de novembro de 2005, Proc. n.º 0534727, Relator Mário Fernandes, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Ac. de 11 de novembro de 2014, Proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 28 de abril de 2009, Proc. n.º 92/08.4GDCTB-A.C1 , Relator Jorge Gonçalves, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 10 de março de 2009, Proc. n.º 469/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Ac. de 28 de junho de 2012, Proc. n.º 2859/09.7TJLSB.L1-8, Relator Ilídio Sacarrão Martins, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 28 de outubro de 2008, Proc. n.º 7563/2008-1, Relator Rosário Gonçalves, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 26 de junho de 2008, Proc. n.º 4450/2008-2, Relator Ezaguy Martins, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 20 de abril de 2006, Proc. n.º 2491/2006-6, Relator Olindo Geraldes, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).
- Ac. de 19 de abril de 2005, Proc. n.º 10341/2004-7, Relator Pimentel Marcos, disponível em [http: www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/).