



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PORTO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA PERSPETIVA DA
DECLARAÇÃO/PRESTAÇÃO DO CONSENTIMENTO**

**- DA SUBSCRIÇÃO DE DOCUMENTO PELO PACIENTE POR OCASIÃO
DO CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO**

Ana Almeida

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA PERSPETIVA DA
DECLARAÇÃO/PRESTAÇÃO DO CONSENTIMENTO
- DA SUBSCRIÇÃO DE DOCUMENTO PELO PACIENTE POR OCASIÃO DO
CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO**

Ana Almeida

Dissertação elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado

Sob a orientação da Professora Doutora Rita Lobo Xavier

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Ao meu Pai,
cujo exercício da profissão
inspirou a presente dissertação.

Agradecimentos

Primeiramente gostaria de estender uma palavra de agradecimento à Professora Doutora Rita Lobo Xavier, pelos valiosos conselhos e pela disponibilidade demonstrada na orientação do presente estudo.

Gostaria de agradecer em especial ao meu Pai, por ter ocasionado o meu interesse por esta área do “*direito da medicina*” e por ter desde sempre procurado motivar-me a prosseguir os meus objetivos, ainda que em prol de sacrifício próprio.

À minha Mãe, um sentido obrigada, pela confiança nas minhas capacidades e carinho que sempre foram imprescindíveis ao sucesso do meu percurso académico.

Ao meu Irmão, cujo espírito curioso e inquisitivo me inspira a – conjuntamente com ele – procurar sempre aprofundar conhecimentos.

Por último, gostaria de agradecer aos meus Avós, por todo o orgulho que sempre demonstram sentir e por serem presença constante e amparo em todas as etapas da minha vida.

RESUMO

O presente estudo visa a análise da declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas e da respetiva sequência de atos judicialmente exigíveis para que tal declaração de aceitação do tratamento médico seja considerada válida.

Consideramos a importância da tutela dos direitos de autodeterminação e liberdade da pessoa humana na vertente dos deveres do médico informar e esclarecer o paciente dos atos médicos que propõe realizar no âmbito da prestação de serviços médicos.

Cuidamos analisar a temática da responsabilidade civil do médico nas diferentes modalidades admissíveis, respetivos regimes e ainda a tipologia da obrigação a que o mesmo se encontra adstrito por inerência ao exercício da sua atividade profissional.

Pretendemos focalizar a questão do ónus da prova da culpa do médico e identificar quais as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes no sentido de aferir qual a posição a adotar.

Visamos por outro lado identificar quais as principais problemáticas e dificuldades que se colocam quanto ao alcance e natureza jurídica da declaração de consentimento do paciente por forma a delinear uma solução a adotar quanto a esta temática ainda hoje pouco aprofundada a nível da doutrina portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE: “*consentimento informado*”, declaração de consentimento, intervenções médico-cirúrgicas, responsabilidade civil, responsabilidade civil contratual, obrigação de meios, subscrição de documento particular, ónus da prova, culpa.

ABSTRACT

The present study intends to analyse the patients consent to surgical treatments in the perspective of the legal proceedings that are necessary to assure that consent was validly obtained.

We've taken into account the importance of judicial protection of peoples rights to self-determination and freedom in terms of the doctors obligation to inform and elucidate the patient about the medical acts he intends to perform as part of the provision of medical services.

Moreover we've evaluated the doctors liability on the different provisions of the matter and also the subject matter of the typology of obligations to which the health professional might be obliged as a direct consequence of his professional practice.

We propose to focus on the matter of the doctors burden of proof in relation to his culpability on the legal proceedings, and therefore identify the main doctrinal and jurisprudential positions that currently exist striving to detect what position we adhere to.

Conversely we envisage to identify which are the most prominent issues that can be discussed relatively to the judicial nature of the statement through which the patient expresses its his will to be submitted to a medical procedure, giving consent, as a way of reaching a legal solution about the matter that to this day as not been deepened by the Portuguese doctrine.

KEY WORDS: “informed consent”, declaration of consent, surgical interventions, civil liability, civil contractual liability, obligation of means, signed document, burden of proof, culpability.

Índice

Lista de abreviaturas.....	10
Introdução.....	11
1. Enquadramento histórico-jurídico da dimensão do denominado “ <i>consentimento informado</i> ”.....	12
1.1 Breve abordagem histórica da origem da noção de “ <i>consentimento informado</i> ”.....	12
1.2 Noção geral do denominado “ <i>consentimento informado</i> ”.....	13
1.3 O contexto do denominado “ <i>consentimento informado</i> ” noutros ordenamentos jurídicos.....	16
2. Introdução à dimensão da prestação do “ <i>consentimento informado</i> ” pelo paciente para intervenções médico-cirúrgicas na perspetiva da responsabilidade civil do médico.....	19
2.1 Do âmbito de tutela jurídica dos deveres de informação e obtenção da declaração de “ <i>consentimento informado</i> ” por parte do médico para intervenções médico-cirúrgicas.....	22
2.2 Dos deveres de informação e esclarecimento do médico na perspetiva da subscrição de documento de declaração do consentimento por parte do paciente. 24	
2.2.1 Exceções ao dever de informar do médico (O “direito a não saber” e o “privilégio terapêutico”).....	27
2.2.2 Exceções ao dever do médico de obter o consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas necessárias (As “intervenções expandidas”, “as situações de urgência” e as “autorizações legais”).....	29
3. Do ónus da prova dos factos constitutivos da obrigação de indemnizar nas ações de responsabilidade civil propostas contra o médico para ressarcimento dos danos sofridos pelo paciente por ocasião da prestação de tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas.....	33
3.1 Enquadramento geral.....	33

3.2	Especificidades quanto ao ónus da prova da culpa nas ações de responsabilidade civil por ocasião da prestação de serviços médicos (da perspetiva da proteção do paciente).....	37
3.2.1	Demonstração do incumprimento do dever de prestação da informação e inversão do ónus da prova	40
3.3	Utilização de formulários para a obtenção da declaração do paciente de que foi informado e esclarecido e do consentimento para a realização do ato médico	41
3.3.1	Forma da declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas necessárias	43
3.3.2	Força probatória do documento subscrito pelo paciente quanto aos factos nele referidos.....	44
	Conclusão	48
	Referências bibliográficas.....	50

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-lei

DR – Decreto Regulamentar

IVG – Interrupção voluntária da gravidez

P. – Página

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

A presente dissertação tem por objeto o estudo da relação jurídica médico-paciente na perspectiva da declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas, atendendo aos deveres de informação, esclarecimento e de obtenção do consentimento do paciente por parte do médico.

Neste âmbito, consideraremos a problemática do denominado “*consentimento informado*” que tem vindo, desde há cerca de vinte anos, a suscitar muitas dúvidas à doutrina e à jurisprudência internacionais. No contexto português, a referência normativa à declaração de consentimento por parte do paciente apenas existe na lei penal, levantando-se muitas questões sobre a sua relevância no âmbito do direito civil.

Referiremos também o problema de saber em que medida as declarações de consentimento por parte dos pacientes tutelam os seus direitos de personalidade, como sejam os direitos de liberdade e de autodeterminação. Propomo-nos ainda apreciar a evolução da tomada de consciência desta questão e ponderar as principais dificuldades sentidas pela doutrina relativamente ao enquadramento e aos pressupostos da responsabilidade civil no âmbito da prestação de serviços médicos, dedicando particular atenção aos problemas respeitantes à forma da declaração de prestação do consentimento do paciente e ao valor probatório do documento por ele subscrito, em ligação com o ónus de prova nas ações fundamentadas em incumprimento dos deveres específicos de informação e esclarecimento por parte do médico.

O nosso objetivo último é o de proporcionar respostas aos problemas associados à subscrição de documento pelo qual o paciente presta o seu consentimento esclarecido, livre e expresso, de forma a alcançar um justo equilíbrio entre as posições das partes envolvidas.

1. Enquadramento histórico-jurídico da dimensão do denominado “consentimento informado”.

1.1 Breve abordagem histórica da origem da noção de “consentimento informado”.

Não será fácil “precisar em que épocas, e até que ponto, os médicos se sentiram moralmente ou deontologicamente obrigados a informar os pacientes sobre o seu estado, a esclarecê-los sobre as terapêuticas, os riscos e as expectativas de cura.”¹

A evolução da necessidade de proteção da autonomia da vontade do paciente correlaciona-se com a própria evolução da medicina e dos métodos terapêuticos.

Numa altura em que “o físico tinha poucos meios curativos para oferecer, restando-lhe manter o doente na esperança de uma cura ilusória”² não faria sentido considerar-se (como hoje se considera) a exigência da prestação do consentimento do paciente para intervenções e atos médicos.

Em termos temporais, o momento de maior impulso relativamente à relevância do consentimento para atos médicos surge no decurso do século XX – à sombra das atrocidades cometidas pelos médicos nazis durante o decurso da II Guerra Mundial, que realizavam ensaios clínicos frequentemente fatais em pacientes sem qualquer ressalva pela autonomia da vontade dos mesmos – e no ensejo do Julgamento de Nuremberga, um diploma “pioneiro” no que à proteção dos direitos dos pacientes concerne.

O diploma a que reportamos é o Código de Nuremberga, tendo este sido este o primeiro diploma legal a salvaguardar os direitos dos pacientes, nomeadamente prevendo a necessidade de consentimento para intervenções médicas. Esta noção “surge, pois, após os horrores do Instituto de Frankfurt para a Higiene Racial e dos campos de concentração da Alemanha Nazi, com a afirmação do referido Tribunal: “O consentimento voluntário do sujeito humano é absolutamente essencial.” (sublinhado nosso) ”.³

Na esteira do Código de Nuremberga, veio posteriormente a ser aprovada, em 1964, a Declaração de Helsínquia, que consagra os princípios éticos aplicáveis às investigações médicas com incidência em sujeitos humanos. Este diploma consagra que a participação de pacientes nas investigações deve restringir-se àqueles que pretendam participar voluntariamente e portanto sejam capazes de consentir nas intervenções e atos médicos.

¹ OLIVEIRA (2005) – p. 60.

² OLIVEIRA (2005) - Idem.

³ PEREIRA (2015) – p. 402.

Apesar de já na década de sessenta ter sido consagrada a necessidade da prestação do consentimento livre e esclarecido do paciente relativamente a ensaios clínicos, apenas em 1981, com a Declaração de Lisboa aprovada pela Associação Médica Mundial de Saúde, veio (finalmente) consagrar-se um novo alcance ao desenvolvimento da noção de “*consentimento informado*”, admitindo-se a abrangência da necessidade deste a qualquer intervenção médica e não já limitada à área dos ensaios clínicos.

Conforme preceituado na Declaração em crise,

Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e a tomar as suas próprias decisões. O paciente deve compreender claramente qual o propósito de qualquer exame ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais as implicações do pedido de suspensão do tratamento. (ponto 3, alínea b).⁴

Através deste diploma surge a consagração legal do direito à autodeterminação do paciente no âmbito de qualquer intervenção médica.

1.2 Noção geral do denominado “*consentimento informado*”.

A noção geral de “*consentimento informado*” deverá entender-se como englobante de uma sequência de atos, na medida em que não compreende apenas a declaração de consentimento do paciente de *per si*, mas também e antes os trâmites que deverão ser cumpridos por parte do médico para obtenção do consentimento para a intervenção médica.

Cumprir considerar que o médico tem o dever de informar o paciente, o que abrange a explanação do concreto ato médico ou intervenção médico-cirúrgica adequados ao tratamento da condição de saúde deste e o esclarecimento dos respetivos riscos inerentes à administração das terapêuticas ou das intervenções que no caso concreto cumpram ser efetuadas.

⁴ Declaração de Lisboa sobre os Direitos dos Pacientes, Aprovada pela 34.^a Assembleia da Associação Médica Mundial de Saúde, em Lisboa, Portugal, Setembro/Outubro de 1981 e emendada pela 47.^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial de Saúde em Bali, Indonésia, Setembro de 1995.

Só após ter sido cabalmente informado e esclarecido das questões supra elencadas, poderá o paciente (capaz) proceder à prestação do consentimento de forma esclarecida, livre e expressa, na medida em que apenas com o cumprimento dos requisitos, se encontrará o paciente em condições de aceitar o ato médico por via de declaração de consentimento.

Denote-se que, por forma a melhor compreender o âmbito e alcance da prestação do consentimento pelo paciente, importa considerar a relevância que a mesma assume a nível do Direito português, que o enquadra especificadamente no âmbito do Direito Penal.

Destarte, ensina a doutrina de FIGUEIREDO DIAS que,

derivando a ofensa corporal de uma intervenção-cirúrgica, medicamente indicada, levada a cabo segundo as leges artis e dotada de finalidade terapêutica, já se compreenderia que o consentimento funcionasse aí como acordo que exclui a tipicidade. Mais longe vai todavia a nossa lei, considerando que uma intervenção médico-cirúrgica dotada das características acima mencionadas nunca constitui uma ofensa corporal (art. 150.º); se todavia ela for levada a cabo sem consentimento então o facto integra um crime autónomo – o dos chamados “tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”: art. 156.º - configurado, et pour cause, como um crime contra a liberdade pessoal e onde, por conseguinte, o “acordo” exclui a tipicidade.⁶⁷

A questão da declaração do “*consentimento informado*” encontra íntima correlação com os direitos de personalidade do paciente, justificando-se a necessidade de consentimento para intervenções médicas por forma a garantir a salvaguarda dos direitos à integridade física e moral, liberdade da vontade e autodeterminação do doente.⁸

Pelo que a prestação do consentimento pode considerar-se como “um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística” Constatase que, o cumprimento do dever de esclarecer do médico culmina na premissa de assegurar que o paciente possa, conscientemente, optar por consentir ou recusar o tratamento médico “com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências,

⁵ Não cuidaremos no presente estudo da questão da (in)capacidade de consentir, que poderia ser considerada na vertente das incapacidades (inabilitados, interditos e menores) e ainda nos casos dos “maiores inaptos em razão do seu estado físico ou mental”. – PEREIRA (2004).

⁶ FIGUEIREDO DIAS (2012) – p. 476.

⁷ Sublinhado nosso.

⁸ PEREIRA (2015) –. 406 e ss.

bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo (...).⁹

A extrema relevância deste tema impende, então, no facto de a prestação por parte do paciente do seu “*consentimento informado*” para uma intervenção médica resultar de uma declaração de vontade expressa deste, após lhe ter sido apresentada uma proposta de tratamento do médico, consubstanciando-se um verdadeiro “acordo” entre as partes que constitui a concretização do equilíbrio entre o direito de esclarecimento do paciente e o dever de informar e esclarecer do médico.

Antes de mais, releva tecer uma breve consideração relativamente à questão da declaração de consentimento no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas, na medida em que deve ser entendida como um “consentimento tolerante” porquanto “exclui a ilicitude de uma agressão legitimando-se um poder fatural de agressão mas não outorgando um direito de agressão, nos termos do art. 340.º CC (...)”¹⁰

O direito ao esclarecimento do paciente e a prerrogativa deste consentir ou recusar o tratamento médico, surge como

*decorrência necessária da consagração do direito fundamental à integridade física e moral (artigo 25.º da CRP). Mas, para além da defesa da integridade pessoal, o consentimento informado encontra fundamento na ideia de livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º n.º 1 da CRP), enquanto consagração de uma esfera de autonomia ou de liberdade de autodeterminação pessoal, que não pode estar subordinada a determinações heterónomas do médico, seja com vista ao tratamento da pessoa, seja motivada por razões de experimentação científica.*¹¹

A nível europeu, a necessidade de prestação de consentimento para intervenções médicas por parte do paciente encontra-se consagrada na Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, quando ressalva que,

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Essa pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza

⁹ PEREIRA (2015) – p. 408

¹⁰ PEREIRA (2004) – p. 131– *Apud.* Orlando de Carvalho.

¹¹ MACIERINHA e ESTORNINHO (2014) – p. 269.

da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.^{12 13}

E, ainda, pelo preceituado no artigo 3.º da Carta Europeia dos Direitos do Homem, que consigna que “No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, (...)”.¹⁴

1.3 O contexto do denominado “consentimento informado” noutros ordenamentos jurídicos.

Concluído este breve enquadramento da evolução da consciencialização da necessidade de salvaguarda do direito à autodeterminação da pessoa humana e subsequente exigência de obtenção por parte do médico do “*consentimento informado*” do paciente para intervenções e tratamentos, cabe considerar alguns casos da jurisprudência internacional que foram icónicos na sedimentação da importância desta temática.

Repare-se que, a nível de sistemas jurídicos anglo-saxónicos, em Inglaterra já em 1767 se considerava o direito do paciente em não ser submetido a experiências médicas sem o seu “*consentimento informado*”. Considere-se o caso emblemático de *Slater v. Baker and Stapleton*.

Tratou-se de um caso em que o paciente havia partido uma perna e o ferimento não havia curado da melhor forma. O paciente decidiu procurar assistência médica, sendo que o cirurgião que consultou acabou por voltar a partir-lhe a perna, simultaneamente colocando-lhe um dispositivo de metal de modo a mantê-la esticada, o que teve um mau resultado. O paciente intentou uma ação contra o médico, com base no facto de que aquele dispositivo não deveria ter sido utilizado, o que veio a ser confirmado pelo tribunal.¹⁵

No entanto, a consagração legal da noção de “*informed consent*”, no caso de Inglaterra, apenas se verificou recentemente, em 2015, após o caso *Montgomery vs. Lanarkshire*

¹² Artigo 5.º da Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida por “Convenção de Oviedo” ou “CDHBio”, de 04/04/1997, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º1/2001, de 03/01 e pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2001, da mesma data.

¹³ Sublinhado nosso.

¹⁴ Sublinhado nosso.

¹⁵ ANNAS, George J. (2012)

*Health Board*¹⁶, tendo o Supremo Tribunal do Reino Unido decretado que “aos pacientes deverá agora ser fornecida informação sobre quaisquer riscos associados com o seu tratamento para que o consentimento prestado seja legalmente válido.”¹⁷

Por outro lado, no sistema jurídico anglo-saxónico americano, surgem-nos os casos de *Mohr v. Williams*, *Pratt v. Davis* e *Schloendorff v. Society of New York Hospital* como os primeiros a tratarem a problemática da obtenção do consentimento do doente ao nível das intervenções médicas.

Os primeiros dois casos: *Mohr v. Williams* e *Pratt v. Davis*, apesar de terem ocorrido em estados diferentes, foram julgados sensivelmente na mesma altura. Ambos os casos “podem ser entendidos como tendo introduzido nos tribunais americanos o conceito de que o paciente tem o direito a tomar as suas próprias decisões sobre tratamento médico e procedimentos efetuados no seu corpo.”¹⁸

No caso *Mohr v. Williams* (1905), a ofendida apresentou queixa contra o cirurgião que a operou, por ofensa à integridade física, na medida em que este lhe operou a orelha esquerda quando a primeira havia consentido numa operação à orelha direita. O cirurgião, após análise, decidiu (sem o consentimento da paciente), intervencionar a orelha esquerda por entender que a mesma se encontrava em pior condição do que a direita, o que veio a resultar numa perda de audição mais significativa para a paciente.

O tribunal considerou que o cirurgião deveria ter obtido o consentimento da paciente para intervencionar a sua orelha esquerda, porquanto a operação que realizou era distinta da que tinha informado a paciente que iria realizar, sendo os riscos inerentes totalmente distintos.¹⁹ Por seu turno, a decisão em questão admitiu o seguinte:

O primeiro e maior direito do cidadão livre, que subjaz a todos os restantes – é o direito a ele próprio – que é sujeito a aquiescência universal e este direito necessariamente proíbe o médico ou cirurgião, independentemente de quão qualificado ou distinto, a quem tenha sido pedido que examine, diagnostique, aconselhe ou prescreva (que são necessariamente os primeiros passos no tratamento e cuidado de doentes), viole sem permissão a integridade corporal do seu doente

¹⁶ No seguimento de um parto natural a bebé de Nadine Montgomery nasceu com graves deficiências, a mãe veio a saber que por padecer de diabetes existia um risco muito acrescido da criança ter um tamanho acima da média e portanto se encontrar mais predisposta a um parto distócito, o que veio a verificar-se. O tribunal entendeu que se a mãe tivesse sido devidamente informada dos riscos poderia ter optado por uma cesariana e assim evitado muitas das complicações que se vieram a verificar durante o parto.

¹⁷ WINGFIELD (2015)

¹⁸ WANDER (2001) – p. 2.

¹⁹ FADEN e BEAUCHAMP (1986) – p. 121.

*através de necessária ou imperativa operação, colocando-o sob anestesia para esse propósito e operando-o sem o seu consentimento ou conhecimento.*²⁰.

No caso *Pratt v. Davis* (1906), o cirurgião realizou uma histerectomia na paciente sem o seu consentimento. Neste caso o cirurgião admitiu que tendo obtido consentimento para outra intervenção prévia, não fez qualquer tentativa de obter o consentimento para a segunda intervenção, alegando que a paciente não poderia ter prestado o seu consentimento esclarecido e livre porquanto sofria de epilepsia e isso deveria ser considerado como uma incapacidade da paciente em consentir.²¹

O tribunal considerou, na esteira do caso *Mohr* que,

*Ordinariamente, quando o paciente encontra-se na total posse das suas faculdades mentais e se encontra com saúde física suficiente de modo a ser capaz de ser consultado sobre a sua condição sem que essa consulta seja necessariamente pejada com consequências perigosas para a saúde do doente, e quando nenhuma emergência existe que torne impraticável consultar o doente, é manifesto que o consentimento deve ser pré-requisito para uma intervenção cirúrgica.*²²

Aqui chegados, cumpre considerar a decisão²³ proferida em 1914, que se viria a tornar célebre por ser a primeira a afirmar o direito à autodeterminação do doente.²⁴

Falamos do caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, na Suprema Corte de Nova Iorque, no qual o Juiz Benjamin Cardozo consignou que,

*Todo o ser humano adulto e mentalmente capaz tem o direito de determinar o que será feito com o seu próprio corpo; e um cirurgião que realize uma operação sem o consentimento do paciente comete uma ofensa à integridade física pela qual pode ser responsabilizado pelos danos. Isto é verdade, exceto em casos de emergência onde o doente esteja inconsciente ou quando for necessário operar antes do consentimento poder ser obtido.*²⁵

No entanto, apenas em 1957 foi introduzida nos Estados Unidos da América a expressão “*informed consent*”, no âmbito do caso *Salgo v. Leland Stanford Jr, University*

²⁰ FADEN e BEAUCHAMP (1986) – Idem.

²¹ WANDER (2001) – p. 5.

²² WANDER (2001) – p. 2 – *Apud. Pratt v. Davis*, pp. 564 (1906).

²³ Decisão que delineou os alicerces fundamentais ao que veio a futuramente designar a noção de “*informed consent*” no sistema jurídico anglo-americano.

²⁴ PEREIRA (2010) – p. 3.

²⁵ WANDER (2001) – p. 6. – *Apud. Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 92, 93 (1914).

Board of Trustees. Neste caso, Salgo intentou uma *malpractice suit*²⁶ contra os seus médicos, alegando negligência quando, no seguimento de uma intervenção, ficou totalmente paralisado. O médico havia recomendado cirurgia, mas Salgo alegou que nunca lhe haviam sido explanados os riscos e complicações inerentes ao procedimento ou sido avisado do risco potencial de paralisia.²⁷ O tribunal da apelação da Califórnia acabou por confirmar a condenação dos médicos (cirurgião e radiólogo), pela falha no dever de informar o paciente dos riscos da cirurgia.²⁸

No que concerne a sistemas jurídicos romano-germânicos, merece destaque a decisão da Cour de Cassation de 1961. Neste acórdão o tribunal determinou que o médico deve fornecer ao paciente “uma informação simples, aproximada, inteligível e leal para que permita ponderar a decisão que se estima impor-se.”²⁹ Atualmente encontra-se já regulado o “*consentment éclairé*” no direito francês, mormente no artigo 16-3 do *Code Civil* que preceitua que,

*Não pode ser violada a integridade do corpo humano exceto no caso de necessidade médica da pessoa. O consentimento da pessoa deve ser pedido antecipadamente exceto no caso em que no seu estado uma intervenção terapêutica seja necessária e a pessoa não possa consentir.*³⁰

A referência normativa do denominado “*consentimento informado*” para intervenções médicas ainda não se verificou a nível do direito civil em Portugal, motivo pelo qual procuramos, com o presente estudo, a análise do alcance da subscrição de documento particular pelo paciente para prestação de consentimento para tais intervenções.

2. Introdução à dimensão da prestação do “*consentimento informado*” pelo paciente para intervenções médico-cirúrgicas na perspetiva da responsabilidade civil do médico.

A título introdutório da temática que se cuida no presente, consideremos que

o ponto de partida essencial para qualquer ação de responsabilidade médica é (...) a desconformidade da concreta atuação do agente no confronto com aquele

²⁶ Ações motivadas por negligência médica. Tradução nossa.

²⁷ WANDER (2001) – Idem.

²⁸ PEREIRA (2015) – p. 399.

²⁹ PEREIRA (2015) – Idem – Tradução nossa.

³⁰ Tradução nossa.

*padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus acadêmicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes, naquela data.*³¹

A responsabilidade do médico que advenha de incumprimento dos deveres de informação e esclarecimento deverá ser analisada casuisticamente, e ter em consideração, por um lado, se o paciente foi ou não informado, se – tendo sido informado – ficou esclarecido, se tinha capacidade para consentir, e, ainda, se a declaração de consentimento não teve nenhum vício de vontade.³²

Por conseguinte, a declaração de prestação do “*consentimento informado*” pode e deve ser entendida como o objeto material de um negócio jurídico unilateral, pelo qual é prestada a concordância do paciente para uma intervenção médico-cirúrgica.³³

Sempre se considere que numerosas são as ramificações desta obrigatoriedade/necessidade de informar (do médico) e ser informado (do paciente), sendo certo que cuidaremos de nos focar na análise desta temática na vertente da responsabilidade contratual, por considerarmos que a prestação de consentimento do paciente é passível de constituir um negócio jurídico unilateral – na medida em que, perante uma proposta de tratamento por parte do médico, verifica-se uma declaração de vontade do paciente quando afirma que consente ou recusa o tratamento proposto, verificando-se portanto, quando consente na intervenção médico-cirúrgica, uma aceitação do risco compreendido à intervenção.

Ora, de acordo com VAZ RODRIGUES (2001) “a figura do consentimento informado deriva da proteção da integridade físico-psíquica e do exercício da liberdade de vontade, duas manifestações do aludido direito geral de personalidade como esfera global desta titularidade de direitos.”³⁴ Este autor considera que são três os requisitos para prestação do “*consentimento informado*” pelo paciente, a saber: A capacidade (do paciente), a informação (prestada pelo médico) e o esclarecimento (novamente do paciente).

Concordamos que os requisitos elencados correspondem às partes componentes da sequência de atos juridicamente exigíveis à proposta de tratamento do médico e subsequente aceitação por parte do paciente da intervenção médico-cirúrgica, no entanto

³¹ ÁLVARO DIAS (2005) – p. 401.

³² PEREIRA (2005) – p. 439.

³³ “(...) o médico tem por princípio a obrigação de esclarecer o doente, respeitando a sua autodeterminação, relativamente a diagnóstico, processo e risco de tratamento, com exceção dos casos em que as circunstâncias objetivas não o permitam (...)” – HÖRSTER (2003) – p. 270.

³⁴ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 198.

consideramos que a questão do dever de informação (prestada pelo médico) merece especial atenção.

Repare-se que a expressão inglesa usada no contexto anglo-americano do “*informed consent*” foi em larga medida adotada no ordenamento jurídico português, que optou por admitir o conceito com uma tradução literal, passando a falar-se de “*consentimento informado*”.

A tradução de tal expressão de forma literal, aceite e implementada pela doutrina e jurisprudência portuguesa, revela-se incapaz de considerar o verdadeiro alcance desta declaração de vontade do paciente.

Por um lado porque na língua inglesa e conforme a própria denominação em causa indica, *a informação vem antes do consentimento*, o que corresponde à sequência judicialmente exigida de operações a ocorrer para obtenção da declaração de consentimento (nesta medida, no ordenamento português, o consentimento devia considerar-se esclarecido ao invés de informado).³⁵

Por outro lado, a influência anglo-americana no nosso ordenamento jurídico pode vir a provar-se altamente prejudicial, uma vez que a realidade prática do exercício da atividade médica é altamente díspar da realidade prática no nosso ordenamento, pelo que a nível jurídico também a questão do dever do médico informar, esclarecer e obter a declaração do consentimento livre, esclarecido e expresso para para intervenções médicas deve ser distinto.

Em 2004, PEREIRA defendeu que o “*consentimento informado*” caminhava para uma crise, resultante do advento do neo-paternalismo. Prosseguiu, na esteira da doutrina alemã, considerando como causas desta situação “a tecnificação, a (des)regulação, a economização e a objetivação da medicina.”³⁶

Considerou portanto este autor que a evolução da própria área da saúde (o desenvolvimento de novos ramos da medicina, como por exemplo a “medicina robótica”) e a complexidade técnica inerente a esta atividade dificulta a obtenção do consentimento esclarecido do doente por não ser fácil explicar determinadas intervenções ou terapêuticas, por outro lado salientando-se que “a crescente regulamentação legal de vários domínios da medicina”³⁷ já à data surgia como uma antítese da afirmação do

³⁵ Com o entendimento que sufragamos de que a tradução da designação anglo-americana deveria ser “consentimento esclarecido” – GOMES RODRIGUES (2002) – p. 31.

³⁶ PEREIRA (2004) – p. 75 e ss.

³⁷ PEREIRA (2004) – Idem.

princípio da autonomia, na medida em que quanto maior a regulamentação dos procedimentos a adotar pelo médico, menos tempo terá o doente de assimilar e expressar a sua vontade no caso concreto.

Por seu turno, OLIVEIRA (2005) demonstrou preocupação pela posição do médico, receando “que, no momento de julgar, os juristas nacionais sejam tentados a aplicar os critérios divulgados pela literatura estrangeira de países ricos”³⁸. O autor suscitou igualmente a questão dos hospitais públicos portugueses não poderem ser comparados aos hospitais públicos de outros países, porquanto os nossos eram (e são) significativamente mais modestos por falta de recursos económicos que permitam a modernização do exercício da atividade em comparação, o que pode implicar que não seja possível para os médicos levarem a cabo determinadas intervenções que já são prática comum em países mais ricos.

Não descurando a posição dos autores *supra* explanada, atrevemo-nos a ir mais longe e dizer que, para além dos problemas que já começavam a manifestar-se há mais de sete anos e que continuam a constituir objeto de preocupações válidas, a maior problemática atual é a de que, em Portugal, no âmbito do direito civil, a questão da declaração do paciente do consentimento esclarecido, livre e expresso para intervenções médico-cirúrgicas se mantém pouco aprofundada, pelo que pretendemos neste estudo considerar tal declaração na perspetiva de subscrição de documento particular por parte do paciente e da concreta aceitação deste dos riscos das intervenções, impondo-se antes de mais explanar o alcance dos deveres de informação e esclarecimento do médico.

2.1 Do âmbito de tutela jurídica dos deveres de informação e obtenção da declaração de “consentimento informado” por parte do médico para intervenções médico-cirúrgicas.

A prestação do consentimento para intervenções médico-cirúrgicas poderá ser analisada de numerosas formas, como seja na vertente do direito penal, na vertente do direito civil, na vertente da responsabilidade disciplinar por parte do médico, numa dimensão moral da integridade da pessoa humana, etc. Cuidamos apenas da dimensão civilística, onde se afere necessário antes de determinar a abrangência da tutela do dever de informação e de esclarecimento do médico e o dever de obtenção do consentimento

³⁸ OLIVEIRA (2005) – p. 71.

do paciente, enquadrar o alcance da tutela jurídica abrangida por tais deveres e pela declaração de consentimento subsequente.

No âmbito da tutela jurídica subjacente à prestação de informação, esclarecimento e obtenção do consentimento do paciente por parte do médico para intervenções médico-cirúrgicas necessárias³⁹, sempre devemos considerar que nos encontramos no âmbito de proteção de direitos de personalidade do paciente (art. 70 n.º1 do CC), porquanto a intervenção médica constitui uma ofensa à integridade física da pessoa humana, cuja declaração de consentimento (validamente prestada) pela própria torna lícita, conquanto não se verifique má prática médica e violação da *leges artis*.⁴⁰

Mutatis mutandis, se a intervenção médico-cirúrgica for arbitrária, por violação do dever de informação e consequentemente se verifique que o consentimento prestado padece de vício (ou inexistiu), este deve considerar-se inválido e a própria intervenção médica ilícita.⁴¹⁻⁴²

Os deveres de informação e de esclarecimento implicam que o médico deve salvaguardar a prestação da informação e o cabal esclarecimento do paciente sobre o seu diagnóstico e estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento que lhe é proposto, eventuais consequências secundárias desse tratamento e respetivos riscos e benefícios, com atenção aos riscos frequentes e graves, bem assim como (se possível) fornecendo alternativas ao tratamento proposto e ainda prestar informações sobre os aspetos económicos do tratamento.⁴³

De igual relevância será considerar que relativamente aos riscos possíveis, a obrigação de informar deve comportar aqueles que são normais e previsíveis, considerados como riscos significativos inerentes à necessidade terapêutica da intervenção cirúrgica proposta pelo médico, estes riscos deverão ser informados com base em critérios de gravidade, frequência e comportamentos do próprio paciente que devem ser visados ou evitados em conformidade com a circunstância do caso concreto.⁴⁴

³⁹ Não cuidaremos no presente de questões da prestação de consentimento para cirurgias eletivas.

⁴⁰ PEREIRA (2015) – p.459.

⁴¹ PEREIRA (2015) – p. 466.

⁴² Sem prejuízo das situações de exceção ao dever de informação e de exceção à obtenção do consentimento que lograremos cuidar adiante.

⁴³ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 240 e ss.

⁴⁴ “*Quanto ao modo, o esclarecimento deve privilegiar a orientação para o caso concreto. Isto por forma a produzir a indispensável comunicação entre dois discursos distintos: o da experiência e profissão médicas e o da experiência comum, perturbada pela presença da doença. Daí que seja consensual a reivindicação de “uma mais decidida individualização do teor das exigências”, na direção de uma “adaptação intuitiva à atmosfera da comunicação de esclarecimento” (...)*” – ANDRADE (1999) – p. 302 e ss.

Os deveres de informação e esclarecimento do paciente visam salvaguardar “os bens jurídicos da autodeterminação e liberdade pessoal bem como a integridade física e psíquica.”. Pelo que o incumprimento de tais deveres implicará, “em princípio, que o médico responda [sic], por todas as consequências da intervenção, devendo compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da intervenção arbitrária.”⁴⁵

2.2 Dos deveres de informação e esclarecimento do médico na perspetiva da subscrição de documento de declaração do consentimento por parte do paciente.

Assiste ao médico o dever de informar o paciente sobre “as vantagens e inconvenientes do tratamento proposto”.⁴⁶ A informação a prestar deve ser clara – fornecida de forma simplificada; expressa em linguagem corrente por forma a assegurar a compreensão por parte do paciente, na medida em que a utilização de meios técnicos pode constituir óbice à compreensão integral) – e ainda, suficiente⁴⁷. Por conseguinte, para que a declaração de consentimento do doente não padeça de qualquer vício da vontade, deve considerar-se válida – conforme se qualifica no ordenamento jurídico francês – quando a declaração de consentimento é prestada de forma livre, esclarecida e expressa⁴⁸ o que culminará no comumente denominado “*consentimento informado*”.

Destarte, a obtenção do consentimento obedece a uma sequência de atos: primeiro o médico deve informar o doente sobre o tratamento que se propõe administrar, seguidamente deve assegurar-se de que o doente se encontra devidamente esclarecido, sendo que, só após, o paciente poderá fornecer o seu consentimento livre e expresso, para a intervenção.

Para VAZ RODRIGUES “o dever de informar obedece, cumulativamente, aos princípios da simplicidade e da suficiência, e visa o esclarecimento”. De acordo com a doutrina deste autor, não só o médico tem o dever de informar o paciente, como lhe acresce um “dever intermédio de esclarecer o doente”, sem o cumprimento do

⁴⁵ PEREIRA (2015) – Idem.

⁴⁶ Pereira (2015) – p. 423.

⁴⁷ “O que por todos é aceite é que em caso algum estará o médico obrigado a discutir todos os detalhes possíveis inerentes à execução de qualquer tratamento médico-cirúrgico. Não se requer da parte do médico, uma discussão técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente, nem é aconselhável o uso de terminologia técnica ou uma linguagem hermética inacessível à generalidade das pessoas.” – GOMES RODRIGUES (2007) – p. 41 e 346.

⁴⁸ Lei de Huriet de 20 de dezembro de 1988, relativa à “Proteção das Pessoas que se Apresentam às Pesquisas Biomédica”.

esclarecimento do paciente, “os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respetivos conteúdos.”⁴⁹.

Em concordância com o exposto supra, consideramos que a prestação do consentimento esclarecido, livre e expresso do paciente, apenas poderá ser entendida como elemento constitutivo de um verdadeiro negócio jurídico válido quando corresponda a um comportamento declarativo (uma manifestação de vontade) que possa configurar um dos elementos essenciais do negócio jurídico, a aceitação.⁵⁰

Repare-se contudo, que a subscrição de documento por parte do paciente onde este declara consentir na intervenção médico-cirúrgica, consubstancia não apenas o ato jurídico de confirmação de aceitação de que lhe foi prestada a informação necessária, como também integra uma declaração negocial de assentimento na intervenção de tratamento proposta pelo médico.⁵¹

Por outro lado, cumpre considerar, que a declaração de vontade do paciente em consentir na intervenção médico-cirúrgica constitui um negócio jurídico pessoal porquanto se trata de um negócio “cuja disciplina, quanto a problemas como o da interpretação do negócio jurídico e o da falta ou dos vícios da vontade, não tem que atender às expectativas dos declaratários e aos interesses gerais da contratação – do tráfico jurídico –, mas apenas à vontade real, psicológica do declarante.”⁵² Sendo que, “esta prevalência da vontade real sobre a sua manifestação exterior exprime-se, por vezes, (...) em textos especiais que se afastam da doutrina geral dos negócios jurídicos; na ausência de textos diretos é um princípio, inferido da natureza dos interesses em jogo, que se impõe ao intérprete.”⁵³

Repare-se que a declaração de consentimento para intervenções médico-cirúrgicas surge no âmbito de uma relação jurídica entre o médico e o paciente.

Deve distinguir-se a sequência de atos judicialmente exigíveis à obtenção da declaração de consentimento para intervenções médico-cirúrgicas do eventual “*contrato médico*” celebrado entre as partes, que poderá definir-se como “a convenção estabelecida

⁴⁹ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 241 e ss.

⁵⁰ MOTA PINTO (2012) – p. 379.

⁵¹ PEREIRA (2004) considerava que “o consentimento prestado pelo paciente no domínio médico é duplo. Num primeiro momento, há o consentimento-aceitação que permite a conclusão de um contrato médico, pois todo o contrato supõe um consentimento válido das partes. Em segundo lugar, há o consentimento para o tratamento praticado, que representa o corolário do direito do paciente a fazer respeitar a sua integridade física e a dispor do seu corpo.” – p. 138

⁵² MOTA PINTO (2012) – p. 398.

⁵³ MOTA PINTO (2012) – Idem.

entre o médico e o doente através do qual o médico aceita ministrar os seus serviços ao doente, serviços para os quais a sua profissão legalmente o habilita”.⁵⁴

Trata-se de uma relação contratual que tem em vista a prestação de um ato médico ou conjunto de atos médicos, realizados por um médico a uma pessoa humana (o paciente), com o “intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano” (art. 31.º do Regulamento de Deontologia Médica (n.º 707/2016), *in fine*).

Numa perspetiva jurídica, entendemos estar perante um contrato de prestação de serviços, previsto pelo artigo 1154º do CC: “Aquele a que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”

Sucede que, e conforme já logramos considerar, este contrato de prestação de serviços médicos abrange deveres específicos do médico, como seja o dever de obter a prestação do consentimento do doente por forma a legitimar a atuação médica. A declaração do consentimento esclarecido, livre e expreso afigura-se como um “acordo” entre o médico e o paciente, pelo qual o primeiro apresenta uma proposta de tratamento e o segundo aceita a intervenção proposta.

Evidentemente são variadíssimas as intervenções médicas abrangidas pelo “*contrato médico*”, com as correspondentes especificidades de obtenção do consentimento do paciente de forma mais cuidada e com obrigatoriedade de redução a escrito (p.e. nos procedimentos de diagnósticos pré-natais, na interrupção voluntária da gravidez, no âmbito da procriação medicamente assistida, na esterilização, nos transplantes e colheita de órgãos e tecidos humanos em vida do doador, na experimentação e investigação em seres humanos, etc.), no âmbito do presente estudo cuidamos do consentimento para intervenções médico-cirúrgicas necessárias, onde a obrigatoriedade de redução a escrito da declaração de consentir não se verifica.

No que concerne à questão da redução a escrito dos contratos de prestação de serviços médicos, MARTINEZ (2011) pronunciou-se, afirmando que nos casos de contratos de prestação de serviços médicos, (do qual decorrem deveres específicos) estes

⁵⁴ Ensinamentos orais da Professora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria – Disciplina de Direito Médico – ano letivo de 2016/2017.

*não carecem de formalização especial para a sua conclusão; a celebração do contrato – tanto com o hospital como com o médico – pode decorrer do preenchimento de uma ficha de inscrição, da assinatura de um termo de responsabilidade ou simplesmente de uma conversa da qual resulte que houve um encontro entre uma proposta e uma aceitação;*⁵⁵

Afere-se que “ao contrato celebrado entre o paciente e o médico aplicam-se as regras gerais dos contratos (art. 405.º do CC), o regime especial do contrato de mandato (art. 1156.º do CC) e as regras da responsabilidade civil obrigacional (arts. 798.º e ss. Do CC). Pelo que, uma vez que o contrato da prestação de serviços médicos “tem por objeto a tutela da pessoa do paciente, os [sic] danos a este causados encontram-se [sic] na esfera de proteção do contrato, sendo ressarcíveis contratualmente.⁵⁶ Pelo que, consideramos que o negócio jurídico que se celebra entre médico e paciente, pela declaração negocial de aceitação do tratamento proposto, por extensão do que tem sido dito, será de igual molde abrangido pela esfera de proteção do contrato e indemnizável nesse âmbito. Cuidaremos de aprofundar esta questão adiante.

2.2.1 Exceções ao dever de informar do médico (O “direito a não saber” e o “privilégio terapêutico”).

O direito à recusa de tratamentos médicos é constitucionalmente consagrado, sendo reconhecido no âmbito dos direitos fundamentais quando fundado, a título de exemplo na liberdade religiosa, liberdade de consciência ou enquadrado no direito à integridade física e moral (artigos 41.º e 25.º da CRP)⁵⁷. Outra questão distinta será a da recusa a ser informado sobre o seu estado de saúde e tratamentos possíveis.

Resulta do disposto no artigo 10.º n.º 2 da CDHBio que “Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.”

Uma vez que a pessoa capaz deve deter sempre poder decisório de aceitar ou recusar intervenções médicas, compreende-se que dentro do alcance desta premissa se aceite igualmente que tenha o direito de renunciar à compreensão integral da intervenção a que se sujeita (por outras palavras e conforme o ditado inglês “ignorância é felicidade”, ou

⁵⁵ MARTINEZ (2011) – p. 465.

⁵⁶ MARTINEZ (2011) – p. 464 e 465.

⁵⁷ “ (...) sempre que o consentimento seja efetivamente negado para a intervenção, o médico deve abster-se do tratamento, respeitando a vontade do doente e da lei.” – FARIA (1998) – p. 265.

como bem coloca PEREIRA (2015), “Se o conhecimento é poder, a ignorância pode ser uma bênção”⁵⁸). A doutrina inclui a possibilidade do paciente renunciar à informação como um escopo da imperatividade de proteção da extensão da autodeterminação da vontade do paciente, que se traduz num “*consentimento em branco*”⁵⁹, (novamente) o âmbito de proteção da dupla vertente dever de informar e direito de ser esclarecido é extravasado pela importância do princípio da autodeterminação.

PEREIRA (2015) considerou que nos casos em que o paciente renuncia ao seu direito a ser informado, admitindo ao médico de forma expressa que “aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação.”, não terá de haver esclarecimento na medida em que o próprio paciente o recusa.⁶⁰

Tratar-se-á de uma declaração expressa de vontade do paciente em não ser informado dos riscos subjacentes aos tratamentos ou intervenções a que o médico se proponha em nome do tratamento e estado de saúde do paciente. Em bom rigor, por cada tratamento ou intervenção afere-se a necessidade de informar e esclarecer o paciente e obter o seu consentimento, pelo que será discutível se o exercício do direito ao “não saber” terá alcance para qualquer intervenção ou apenas a que impetire realizar-se no momento.

Consideramos que cabe ao médico, que insistiu em prestar a informação e observou que o paciente mantém a pretensão de não ser esclarecido sobre determinada intervenção, assegurar que caso se verifique a necessidade de tratamentos ou intervenções adicionais, confirmar perante o paciente se este persiste na vontade de não ser informado⁶¹.

Nos casos em que o doente opte livremente por não ser informado do seu estado de saúde e extensão do tratamento adequado, defendemos que a proteção do exercício da atividade médica impunha a obrigatoriedade de subscrição de documento específico ao caso concreto onde o doente (capaz) declaradamente assumisse renunciar de forma expressa à informação e declarasse pretender exercer o seu “direito a não saber.”⁶²

⁵⁸ PEREIRA (2015) – Idem.

⁵⁹ Entre outros, VAZ RODRIGUES (2001) – p. 352 e ss

⁶⁰ PEREIRA (2015) – p. 515.

⁶¹ “*Para cumprir honestamente os seus objetivos, o consentimento informado tem de ser prestado para cada ato médico; ao menos, para cada conjunto de atos que constituam uma unidade, do ponto de vista dos riscos e das vantagens para o doente.*” – OLIVEIRA (2005) – p. 68.

⁶² A recusa à prestação da informação por parte do paciente poderá consistir no dissentimento às “(...) *propostas de informação, de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia;*” - VAZ RODRIGUES (2013).

Não obstante, existe ainda outra questão que excepciona o dever do médico informar o paciente e que se traduz no que a doutrina denomina “*privilégio terapêutico*”. Estas situações encontram consagração no direito penal português, no art. 157.º do CP que admite que “é dispensada a comunicação de circunstâncias que, a serem, conhecidas pelo paciente poriam em risco a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”

PEREIRA (2015) justifica que a consagração do “*privilégio terapêutico*” apenas se estende a intervenções terapêuticas, em que “só o risco para vida ou o grave dano para a saúde física ou psíquica justificam o não cumprimento do dever de informar.”⁶³

Por seu turno, VAZ RODRIGUES (2001) admitia que o privilégio terapêutico tinha uma correlação estreita com o cumprimento das *leges artis*, na medida em que a não informação do paciente e a não obtenção do consentimento para a intervenção, seriam justificadas por “transcenderem [sic] a proteção da liberdade e da autonomia do paciente porque justificada [sic] a preferência pela proteção da saúde e da vida quando estes valores concorram ou colidam com aqueles”⁶⁴

Consideram-se então duas concretas exceções ao dever do médico informar o paciente⁶⁵ do seu estado de saúde e do alcance da intervenção médica para tratamento, a primeira como exponencial máximo do âmbito da liberdade e autonomia do doente, no concreto direito a recusar a informação e a segunda numa proteção máxima do bem jurídico de maior valor, que é a própria vida do paciente (sendo certo que nunca o “*privilégio terapêutico*” deverá ser utilizado como argumento para ultrapassar a necessidade de informação, esclarecimento e obtenção do consentimento, pelo que sempre se admita que nos casos em que “a intensidade da exigência de pronta intervenção (o justificar) não deve o médico [sic] deixar de ponderar outras alternativas a uma decisão isolada.”, como seja contactar com os familiares do paciente ou outros médicos.⁶⁶

2.2.2 Exceções ao dever do médico de obter o consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas necessárias (As “intervenções expandidas”, “as situações de urgência” e as “autorizações legais”).

⁶³ PEREIRA (2015) – p. 512 e 513.

⁶⁴ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 281 e 282.

⁶⁵ PEREIRA (2015) – p. 510 a 515 e VAZ RODRIGUES (2001) – p. 279 e 352.

⁶⁶ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 285.

Existem, situações que são consideradas pela doutrina como suscetíveis de “dispensar” o médico do seu dever de obter o consentimento do paciente.⁶⁷ Uma delas encontra previsão no CP no âmbito do disposto no artigo 156.º n.º2 al.b) relativo aos atos médicos, quando admite que o ato seja levado a cabo sem o consentimento do paciente, nos termos em que:

“Tiver sido realizado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde.”,

Ou seja, estamos no âmbito de um consentimento presumido (ou hipotético⁶⁸), aplicável a situações em que o consentimento tenha sido por hipótese prestado para determinado tratamento, sendo certo que no momento de concretização do ato médico, o médico admite que as *leges artis* impõe atuação diversa.⁶⁹

PEREIRA (2015) refere-se a estas intervenções como “*intervenções expandidas*.”, nestes casos e caso se imponha que a atuação seja imediata, curará considerar a vontade hipotética do doente, o chamado “*consentimento presumido*.”⁷⁰

A exigência da declaração de prestação do consentimento esclarecido, livre e expresso do paciente, como meio idóneo a afastar a eventual responsabilidade civil do médico nestas intervenções (as médico-cirúrgicas necessárias) encontra um acréscimo de relevância pela precariedade da posição do médico⁷¹. Isto porque, por não se tratar a medicina de uma ciência exata, qualquer intervenção médico-cirúrgica, têm carácter aleatório – o cirurgião que obteve a prestação do consentimento esclarecido, livre e expresso do paciente para determinada intervenção, pode, uma vez no decorrer da intervenção, aperceber-se que o cuidado que o caso em concreto carece é afinal distinto

⁶⁷ PEREIRA (2015) – p. 520 e ss.

⁶⁸ “Este instrumento poderá ser aplicado, mas apenas se respeitar um conjunto de requisitos, que deverão ser analisados casuisticamente e que se regem pelos seguintes parâmetros: Em primeiro lugar não deverá ser admitido quando estão em causa violações graves dos deveres de conduta do médico. Este conceito é também ele complexo e pode abranger: a gravidade objetiva da violação em si (ex. ausência de consentimento – será o caso de uma histerectomia, feita com indicação médica, aquando de um parto por cesariana, não precedido de consentimento da mulher), ou a gravidade subjetiva da violação, por exemplo, o grau do médico, ou seja, este omite informações de forma dolosa ou com negligência grosseira, por exemplo com intuitos comerciais ou para não perder clientes...” – PEREIRA (2016) – p. 175.

⁶⁹ PEREIRA (2015) – p. 520.

⁷⁰ PEREIRA (2015) – Idem.

⁷¹ “A exigência para além dum plano de razoabilidade, pode levar, outrossim, à renúncia, por parte do médico, relativamente a certos tratamentos, despidendo a ciência médica dum elemento que, sempre dentro de parâmetros de razoabilidade, a caracteriza que é a assunção deste risco.” PEDRO (2008) – p.440.

daquele que inicialmente se presumia ser necessário – aconselha deixar claro em que medida poderá ainda assim intervencionar o doente, de forma distinta daquela que lhe foi autorizada (ou nos casos em que a declaração de consentimento não existiu).

Surge assim a problemática do “consentimento presumido” que será determinável nas situações em que o paciente se encontra inconsciente ou por outro motivo incapaz de consentir “e não se encontra representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou no caso de alargamento do âmbito da operação”⁷². O “consentimento presumido” encontra-se regulado pelo artigo 340.º n.º 3 do CC que consagra que “tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

Creemos justificar-se esta vertente de “consentimento” porquanto a tutela da vida do paciente deve impor-se à tutela do seu direito de autodeterminação sobre a sua integridade física.

O CP no seu artigo 39.º admite que “ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido”, e ainda que “Há 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.”

Do exposto conclui-se que no âmbito do consentimento presumido, falamos então de um dever distinto por parte do médico, um dever de aferir a *vontade hipotética do paciente*. Assim, o médico deve procurar na sua atuação cumprir os seguintes requisitos: ter fornecido ao paciente um mínimo de informação (quando possível), que no caso concreto exista a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado e que a intervenção seja medicamente indicada, conducente à melhoria de saúde do paciente e idónea a afastar um perigo grave, por último que a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, aferida pela consideração da pessoa do doente em concreto.⁷³

Existe todavia, outra circunstância merecedora de enfoque do ponto de vista de tutela da posição do médico, em contraposição ao consentimento presumido (também definido na doutrina como consentimento hipotético), surge a questão da “*causalidade hipotética*”.

⁷² PEREIRA (2004) – p. 495.

⁷³ Ac. do STJ de 02/06/2015, proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor.

Ponderemos uma circunstância em que o médico não obteve o consentimento para a prática de uma determinada intervenção (que poderia eventualmente admitir-se como necessária; pensemos nos casos em que o paciente está anestesiado e preparado para determinada operação cirúrgica mas uma vez iniciada a operação o cirurgião repara que as condições físicas do doente não admitem que a intervenção consentida seja realizada) e como tal não a chegou a concretizar e o paciente veio a sofrer um agravamento no seu estado de saúde, *in casu* agravamento expectável dado à patologia de que sofre.⁷⁴

Nestes casos, e conforme já ensinava PEREIRA (2015), o médico

*pode alegar que no caso de omissão da intervenção médica, relativamente à qual faltou a devida informação, as consequências seriam seguramente tão ou mais graves do que após a intervenção (ilícita), seja devido à evolução natural da doença ou devido a outras razões.*⁷⁵

Conclusivamente, nestes casos o médico poderá defender-se com o argumento de que a efetivação do ato médico causaria danos maiores, ou seja, seria suscetível de agravar ainda mais o estado de saúde do paciente do que a omissão do ato.

Outra circunstância que exceciona o dever do médico de obter a declaração do consentimento do paciente é verificável em situações de urgência. Por urgência deve entender-se “*uma situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais e quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em perigo a vida ou leve a um agravamento do estado de saúde do doente.*”⁷⁶ Também esta exceção encontra previsão expressa no direito penal (artigo 156.º n.º 2 alínea a) CP).

O médico deve, nestas circunstâncias, prover pela tutela do bem maior, que será a vida do próprio paciente, atuando sempre em conformidade com o que aconselham as *leges artis* seja a intervenção médica adequada e indispensável, procurando sempre aferir da *vontade hipotética do doente*.

Por último, sempre se considerem as autorizações legais, na medida em que

podem justificar as ações médicas que, embora portadoras de uma finalidade mais ou menos direta de terapia ou diagnóstico, estão primordialmente preordenadas à promoção de interesses jurídicos supra individuais, no contexto da

⁷⁴ PEREIRA (2015) – p. 506 e ss.

⁷⁵ PEREIRA (2015) – Idem.

⁷⁶ PEREIRA (2015) – p. 521.

*prevenção de epidemias, doenças contagiosas, vacinações obrigatórias e casos análogos.*⁷⁷

3. Do ónus da prova dos factos constitutivos da obrigação de indemnizar nas ações de responsabilidade civil propostas contra o médico para ressarcimento dos danos sofridos pelo paciente por ocasião da prestação de tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas.

3.1 Enquadramento geral

Nas ações de responsabilidade civil motivadas pelo facto de um paciente ter sofrido um dano por ocasião de um tratamento médico ou intervenção médico-cirúrgica e pretender ser ressarcido, coloca-se antes de mais o problema de identificar qual o concreto objeto do processo que o paciente pretende intentar em termos de fundamentação do pedido e causa de pedir.

Atente-se que, “a efetivação da responsabilidade do médico depende da verificação cumulativa de um conjunto de pressupostos, que têm que ser demonstrados em juízo.”⁷⁸ PEDRO (2008) considerava que para que se impute ao médico uma obrigação de indemnizar o paciente, seria “necessário [sic] que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo, que cause um dano ao doente.”⁷⁹

Incumbirá ao paciente provar que a prática do ato médico se consubstanciou num facto ilícito que lhe causou um dano, e por contraposição o médico procurará,

*demonstrar que a sua atuação não foi ilícita – dada a verificação de uma causa justificativa do seu comportamento (...) –, ou que não foi culposa – por verificação de factos que tornam inexigível outra conduta, nas circunstâncias em que atuou – ou causalmente eficiente do dano ocorrido – porque o nexo causal foi quebrado por um facto de terceiro que lhe é estranho, por um facto do próprio lesado ou por um facto fortuito ou de força maior.*⁸⁰

⁷⁷ PEREIRA (2015) – p. 522.

⁷⁸ PEDRO (2008) – p. 84.

⁷⁹ PEDRO (2008) – Idem.

⁸⁰ PEDRO (2008) – Idem.

A responsabilidade civil “nasce da prática de um ato ilícito, que consiste (...) na violação de um dever”⁸¹. Sendo certo que pode ser enquadrada, como responsabilidade civil extracontratual (quando resulte “da violação de direitos absolutos ou de condutas que, não obstante a sua licitude, causam danos a alguém”⁸²) ou responsabilidade civil contratual (“se o que está em causa é a violação de uma obrigação – que tanto pode resultar de um contrato, como de um negócio jurídico unilateral, como, ainda, da própria lei.”).

No âmbito do exercício da atividade médica, a modalidade da responsabilidade a imputar ao médico tem especial relevo na medida em que a diferença de regimes nas responsabilidades contratual e extracontratual implica questões relevantes a considerar no que concerne à repartição do *onus probandi*.

Cumprir então considerar que o médico pode, por um lado, ser responsabilizado no âmbito da responsabilidade civil contratual, porquanto a prestação de serviços médicos é, via de regra constitutiva de um contrato entre as partes, suscetível de ressarcimento em caso de dano, no campo da esfera de proteção dos contratos.⁸³

No âmbito da responsabilidade civil contratual, compreende-se a responsabilidade “por não cumprimento, por mora ou por cumprimento defeituoso.”⁸⁴ No que diz respeito à responsabilidade civil por ocasião de dano sofrido por prestação de serviços médicos estará via de regra em causa um cumprimento defeituoso na medida em que “pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado.”⁸⁵

Por outro lado,

*por muito que se amplie o conceito de contrato nunca poderemos aí enquadrar situações em que não existe consentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem diretamente, nem através de representante seu, pelo que teremos que aplicar (exclusivamente) o regime geral da responsabilidade aquiliana.*⁸⁶

⁸¹ JORGE, (1995) – p.37.

⁸² RIBEIRO DE FARIA (1990) – p. 411.

⁸³ MARTINEZ (2011) – p. 464 e 465.

⁸⁴ PEREIRA (2015) – p. 698

⁸⁵ PEREIRA (2015) – Idem.

⁸⁶ PEREIRA (2015) – p. 746; Pensemos nos casos em que “o paciente está inanimado, ou se se trata de um incapaz sem representante legal, ou em que não haja um encontro de vontades” (por exemplo nos casos em que o médico atuou em situação de urgência).

PEREIRA (2015) considera que a aplicabilidade do regime da responsabilidade aquiliana deve de igual modo estender-se a casos de “nulidade do contrato”, como “acontecerá na prática de um aborto ilícito, contratos de disposição do corpo humano (nulos por violação da lei, da ordem pública ou dos bons costumes), ou quando o médico viola normas penais (...)”⁸⁷⁻⁸⁸.

O elenco dos pressupostos da responsabilidade – na vertente de obrigação de indemnizar no âmbito da responsabilidade extracontratual⁸⁹ –, será o seguinte: o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.⁹⁰

No que à responsabilidade civil do médico concerne, a questão de primordial importância prende-se com o ónus da prova da culpa do médico, isto porque, “na responsabilidade delitual bastará, muitas vezes, uma prova *prima facie* da ilicitude, baseada num critério de normalidade” (bem como do nexo causal entre o facto e o dano efetivamente sofrido) ”e, em caso de violação contratual, ao credor cabe a prova do incumprimento.” Pelo que no âmbito destes regimes, incumbirá ao paciente o ónus da prova respetivamente da ilicitude do facto ou do incumprimento de um dever objetivo de cuidado do médico.

No entanto, no que concerne ao critério da culpa, “na responsabilidade aquiliana, ela deduz-se de critérios de normalidade, na contratual, é presumida.”⁹¹

Ou seja, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual recai sobre o paciente, o ónus da prova da culpa do médico⁹², *mutatis mutandis*, incumbe ao paciente como lesado, provar a existência de “um nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do lesante.”⁹³ Considerando que “a culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, (em que)

⁸⁷ PEREIRA (2015) – p. 746 e 747.

⁸⁸ A prática de um ato médico danoso num estabelecimento público de saúde é, qualificado como gerador de responsabilidade extracontratual. De acordo com MONIZ (2003), a qualificação a que se alude é justificada por não ser suscetível estabelecer-se entre a relação doente e estabelecimento público de saúde um “nexo corresponsivo de direitos e deveres suscetível de consubstanciar, em termos posteriores, uma responsabilidade contratual, com apelo às figuras dos contratos de adesão ou das relações contratuais de facto ou das relações de massas.” Considera esta Autora que neste âmbito “o que está em causa (...) é a existência de uma relação especial de Direito Administrativo que abrange os relacionamentos entre utente, unidade de saúde e profissional de saúde (funcionário ou agente da Administração.” – p. 14 e ss.

⁸⁹ (...) o regime da responsabilidade contratual é basicamente idêntico ao da responsabilidade extracontratual.” COSTA (2011) – p. 542.

⁹⁰ LEITÃO (2016) – p. 256 e ss.

⁹¹ MARTINEZ (2011) – p. 460 e 461.

⁹² “A culpa do agente tem de ser provada pelo lesado (art. 487.º do CC)” – MARTINEZ (2011) – p. 460.

⁹³ VARELA (2003) – p. 566.

devia e podia ter agido de outro modo.”⁹⁴, incumbirá ao lesado a prova de que o médico incumpriu as *leges artis*, sendo certo que, “em regra, os comportamentos do profissional geradores de responsabilidade são-lhe imputáveis a título de mera culpa ou negligência e não a título de dolo.”⁹⁵

Sem cuidar mais delongas na análise da responsabilidade extracontratual por extravasar o âmbito do nosso estudo, sempre se considere que no exercício da medicina não são raras as vezes em que não é claro se a responsabilidade do médico deve ser enquadrada no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, constatando-se um concurso de responsabilidades.

Esta problemática tem sido solucionada pela jurisprudência portuguesa ⁹⁶ pela aceitação da tese do cúmulo⁹⁷, que admite nos casos de responsabilidade civil por atos médicos ao paciente lesado, em caso de concurso de responsabilidades, optar pelo regime da responsabilidade contratual por lhe ser mais favorável.⁹⁸⁻⁹⁹

Na medida em que no âmbito da presente investigação, cuidamos especificamente da responsabilidade civil do médico por violação de deveres específicos do médico, mormente por violação dos deveres de informação e de esclarecimento do paciente.¹⁰⁰ Que admitimos inerentes a uma relação contratual entre as partes, maxime por a

⁹⁴ VARELA (2003) – Idem.

⁹⁵ PEDRO (2008) – p. 125 e 126.

⁹⁶ Entre outros, considerem-se os Ac. do STJ de 28 de Janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, o de 1 de Outubro de 2015, Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1, o de 2 de Junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, o de 11 de Junho de 2013, Processo n.º 544/10.6TBSTS.P1.S1, o de 15 de Dezembro de 2011, Processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, o de 15 de Setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P1.S1 e o de 17 de Dezembro de 2009, Processo n.º 544/09.9YFLSB.

⁹⁷ Falamos portanto da tese do cúmulo (de responsabilidades), pela qual “representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos.” – PEREIRA (2015) *Apud*. MOTA PINTO, Cessão da Posição Contratual, Almedina, 1982, p.411

⁹⁸ Com opinião divergente da teoria do cúmulo, COSTA (2011) defende que “(...) perante ma situação concreta, sendo aplicáveis paralelamente as duas espécies de responsabilidade civil, de harmonia com o assinalado princípio, o facto tenha, m primeira linha de considerar-se ilícito contratual (...) o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual. Nisto se traduz o princípio da consunção.” – 551.

⁹⁹ O regime da responsabilidade extracontratual aplicada no âmbito das ações de responsabilidade médica apresenta outra desvantagem para com o lesado, nomeadamente no que concerne ao prazo de prescrição, que na responsabilidade aquiliana é de três anos enquanto na responsabilidade contratual é de vinte anos. (art. 498.º e 309.º do CC).

¹⁰⁰ MARTINEZ (2011) considerava que “na eventualidade de se discutir a má prática médica, a responsabilidade civil decorrerá da eventual violação de um dever genérico de proteção, a que se aplicam as regras gerais da responsabilidade aquiliana.”. O que terá implicações relativamente ao ónus da prova da culpa na conduta do lesante, porquanto esta (em princípio) incumbiria ao lesado. No entanto, ressalva este autor que, a violação de deveres específicos do médico, sempre admitiria a aplicabilidade, ainda que no âmbito da responsabilidade extracontratual, da presunção legal de culpa a que alude o artigo 799.º n.º 1 do CC. Entendimento que sufragamos inteiramente mas que não cuidaremos aprofundar por extravasar o âmbito do nosso estudo.

declaração de aceitação do tratamento proposto pelo médico (comumente denominado “*consentimento informado*”) se traduzir no que consideramos tratar-se de um negócio jurídico unilateral exprimido pela declaração de vontade expressa do paciente, focaremos agora a nossa análise neste regime.

Delimitado o âmbito do nosso estudo à responsabilidade civil contratual do médico, questão de grande relevância será a de qualificar a obrigação a que o médico se encontra adstrito aquando da prestação de serviços médicos.

Cuidamos considerar a distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios. Nas primeiras, “o devedor deve um resultado, comprometendo-se por um objetivo e na prossecução deste se encontra satisfeito o interesse do credor.”¹⁰¹ Por seu turno, nas obrigações de meios “o devedor deve tão simplesmente o grau de diligência necessário e exigível para a realização da prestação.”¹⁰²

Pacífico é o entendimento de que (salvo raras exceções¹⁰³) a obrigação a que se compromete o médico quando se propõe efetuar intervenções médicas é uma obrigação de meios. Na medida em que, a sua obrigação será a “(...) empregar os meios técnicos, de modo correto, na intenção de promover o bem-estar (dos pacientes)”¹⁰⁴, não sendo portanto de admitir que esteja obrigado a conseguir a cura, porquanto a aleatoriedade da atividade médica impede que se possa assegurar tal resultado.

Assim, o problema que se apresenta prender-se-á com o regime das obrigações de meios pelo pressuposto de que recai sobre o lesado o ónus da prova da culpa, neste sentido PEREIRA (2015) menciona que “já se tem pretendido que o ónus da prova da culpa recai sempre sobre o lesado (credor) (...)”¹⁰⁵. Cuidaremos seguidamente desta questão.

3.2 Especificidades quanto ao ónus da prova da culpa nas ações de responsabilidade civil por ocasião da prestação de serviços médicos (da perspetiva da proteção do paciente)

Conforme já considerado, a obrigação do médico na prestação de serviços médicos é uma obrigação de meios, porquanto “o devedor apenas se compromete a desenvolver

¹⁰¹ RIBEIRO DE FARIA (2004) – p. 115.

¹⁰² RIBEIRO DE FARIA (2004) – Idem.

¹⁰³ Exemplos de intervenções médicas que podem dar origem a uma obrigação de resultado são as análises clínicas de sangue, próteses dentárias, colocação de dispositivos intrauterinos, etc. – GONÇALVES (2008) – p. 29.

¹⁰⁴ GONÇALVES (2008) – p. 28.

¹⁰⁵ PEREIRA (2015) – p. 709.

prudente e diligentemente certa atividade para obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza.”¹⁰⁶

Sendo a obrigação a que o médico se encontra adstrito, de meios, tem vindo a ser discutido pela doutrina se o ónus de presunção de culpa do devedor (art. 799.º n.º 1 CC) é (ou não) extensível à responsabilidade civil por ato médico.

Creemos ser relevante considerar o paralelismo possível de que nos falou RIBEIRO DE FARIA (1996) relativamente à aplicabilidade do entendimento sufragado pela doutrina alemã à jurisprudência portuguesa, de que na

*repartição do encargo ou ónus da prova segundo zonas de perigo é determinar qual das partes em função das circunstâncias está mais perto delas para suportar por isso mesmo as consequências da falta de prova.” Na medida em que “(...) o lesado não tem acesso ou não conhece (bem) a zona de risco de onde emana ou provém a causa do dano. E que, pelo contrário, é precisamente o causador do dano (melhor, o possível) que está em condições de elucidar sobre o facto (...) porque este se desenvolve ou desenrola no âmbito ou campo de ação que ele domina ou governa.*¹⁰⁷

No entanto, este autor conclui que por via do disposto no art. 344.º do CC¹⁰⁸, relativamente à inversão do ónus da prova, a nossa lei textualmente afasta a presunção de culpa do médico em virtude da natureza da obrigação a que este está adstrito¹⁰⁹, na medida em que este “estará (apenas) adstrito a prestar ao doente os melhores cuidados, em conformidade com as *leges artis* e os conhecimentos científicos atualizados e comprovados à data da intervenção, mas não a cura.”¹¹⁰

A doutrina maioritária tem vindo a pronunciar-se no sentido contrário, atenta a posição francamente mais frágil do paciente. MARTINEZ (2011) pronunciou-se quanto a esta problemática relativizando que o próprio artigo 799.º n.º1 “prescreve a presunção de culpa do devedor, sem distinguir entre a prestação de meios e de resultado.” Pelo que não admite que não deixe de se aplicar tal presunção legal às obrigações de meios no âmbito da responsabilidade médica na medida em que, se não por outra ordem de razão, pelo facto de que “tendo em conta a boa fé (art. 762.º n.º 2 do CC), “em toda a prestação há um

¹⁰⁶ COSTA (2011) – p. 1039.

¹⁰⁷ RIBEIRO DE FARIA (2004) – p. 115.

¹⁰⁸ “(...) as regras dos artigos anteriores se invertem quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.” – art. 344 CC.

¹⁰⁹ RIBEIRO DE FARIA (2004) – p. 186.

¹¹⁰ PEREIRA (2015) – p. 705.

resultado a atingir, pelo que a culpa do devedor” (médico) deve sempre presumir-se, mesmo que no âmbito da obrigação de meios possa verificar-se uma tolerância maior relativamente aos factos externos que possam ser arguidos para ilidir tal presunção.¹¹¹

Por outro lado, equacionou que a presunção de culpa do médico é igualmente justificável na medida em que o médico tem domínio sobre o risco inerente à prestação do ato médico. Pelo que, verificando-se o cumprimento defeituoso da prestação, será difícil ao paciente fazer a prova da culpa do devedor. Por seu turno, o médico, porque detentor dos conhecimentos técnicos especializados à área da intervenção, mais facilmente logrará demonstrar “a existência de causa externa, facto de terceiro, etc.”¹¹²

Neste sentido, também se pronunciou ALMEIDA (1996) considerando que

*A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (artº 799º, nº 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e as leges artis, bem como o nexo de causalidade entre defeito e dano.*¹¹³

Com o mesmo entendimento, PEREIRA (2015) defendeu que “muito embora caiba ao demandante o ónus da prova da violação das *leges artis (ilicitude)*, no tocante à culpa, deve a mesma presumir-se, nos termos do artigo 799.º”, pelo que caberá ao médico demonstrar que naquelas circunstâncias de tempo e lugar, o “médico prudente”¹¹⁴ não poderia nem deveria ter agido doutro modo.¹¹⁵

Concordamos com a posição dos autores supra citados, na medida em que incumbindo ao paciente a difícil tarefa de demonstrar não apenas que sofreu um dano mas que esse dano resultou especificamente da intervenção médico-cirúrgica, deverá incumbir ao

¹¹¹ MARTINEZ (2011) – p. 479 e 486.

¹¹² MARTINEZ (2011) – p.473

¹¹³ ALMEIDA (1996) – p. 117.

¹¹⁴ O n.º 2 do mesmo normativo remete para o artigo 487.º n.º 2 do CC – Far-se-á mister a consideração de que no caso dos profissionais de saúde, a apreciação da culpa pelo dever de diligência não deverá ser feita *ipsis verbis* por referência ao critério do “bonus pater familias” mas antes por referência ao critério do “médico prudente” que vem sendo considerado pela doutrina. Falamos então do âmbito de “culpa profissional” que deverá implicar a consideração de não ser exigível ao leigo a perícia, conhecimentos técnicos e qualificações que ao médico são exigíveis. – Comentário aos artigos 799.º n.º 2 e 487.º n.º 2 de PRATA (2017) – p. 998 e 633.

¹¹⁵ PEREIRA (2015) – p. 704.

médico o ónus de provar que não houve da sua parte qualquer desrespeito pelas *leges artis*.¹¹⁶¹¹⁷

3.2.1 Demonstração do incumprimento do dever de prestação da informação e inversão do ónus da prova

VAZ RODRIGUES (2001)¹¹⁸ considerava que fora dos casos em que a redução a escrito do consentimento do paciente é obrigatória, e porquanto um eventual vício no consentimento prestado “por falta ou incorreção de informação ou esclarecimento” teria a cominação do ato médico praticado ser considerado como “não autorizado” e como tal a atuação do médico como arbitrária, o ónus da prova do vício no consentimento prestado devia incumbir ao paciente. A tese deste autor tem por fundamento o entendimento de que “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito invocado”¹¹⁹

Por outro lado, e na medida em que a declaração do consentimento do paciente para intervenções médicas trata-se de causa de exclusão da ilicitude do ato médico e portanto suscetível de em termos probatórios ser admitido como um facto impeditivo¹²⁰, somos a aderir à posição de PEREIRA (2004) de que o ónus da prova de que este foi prestado de forma esclarecida, livre e expressa terá que recair sobre o médico (em virtude do disposto no artigo 342.º n.º 2 do CC), na medida em que a atuação médica apenas é considerada licita se houver sido obtido o respetivo consentimento.

Sendo certo que, por outro lado, admitir outro entendimento implicaria que incumbiria ao paciente um ónus de prova de um facto negativo (o de não ter sido informado, o de não ter sido esclarecido ou o de não ter prestado o consentimento) tal sempre constituiria uma prova diabólica, senão impossível.¹²¹

¹¹⁶ MARTINEZ (2011) – p. 486.

¹¹⁷– NUNES (2005) considerou que“(…) *as dificuldades de prova em matéria de responsabilidade civil por atos médicos, fundamentam, de iure constituendo, a inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, conforme solução adotada pela Proposta de Diretiva Comunitária apresentada pela Comissão em 9 de Novembro de 1990, sobre a responsabilidade do prestador de serviços que, embora ancorada num princípio geral de responsabilidade subjetiva, salvaguarde as necessidades sociais de segurança em matéria de serviços na área da Saúde cada vez mais especializados, realizados por profissionais com conhecimentos científicos complexos, com recurso a tecnologias avançadas.*” – p. 94.

¹¹⁸ VAZ RODRIGUES (2001) – p.431 e ss.

¹¹⁹ Artigo 432.º n.º 1 do CC.

¹²⁰ PEREIRA (2004) – p.199.

¹²¹ PEREIRA (2015) – p. 547.

Não obstante considerarmos que o *onus probandi* de que foi obtida a declaração de consentimento por parte do paciente incumbe ao médico, sempre ressaltamos que no caso das intervenções médico-cirúrgicas a declaração do consentimento deveria ter uma obrigatoriedade de redução a escrito¹²², na medida em que “a existência de documento mostra que o utente foi posto perante a alternativa de assinar ou não assinar, e assinou.”¹²³, o que desde logo consideramos resultaria um ainda maior cuidado por parte do médico em assegurar o esclarecimento do paciente quanto à intervenção médica, por necessidade de subscrição do documento por parte daquele para que lhe fosse possível realizar a intervenção.

3.3 Utilização de formulários para a obtenção da declaração do paciente de que foi informado e esclarecido e do consentimento para a realização do ato médico

A lei não exige nenhuma forma especial para a prestação de “*consentimento informado*” pelo paciente para intervenções médico-cirúrgicas necessárias, pelo que pode ser prestado oralmente. Quanto à declaração negocial subjacente, encontra-se abrangida pelo princípio da liberdade de forma previsto no artigo 219.º do CC.¹²⁴

Assim, VAZ RODRIGUES (2001) admitia que

*o consentimento expreso engloba o consentimento oral que, por sua vez, poderá ser ainda testemunhado e/ou confirmado; e o consentimento contido em documento, por escrito do paciente a par do escrito por testemunho de terceiro e, por fim, do obtido por outros meios de registo, como sirva de exemplo a gravação da imagem e da voz.*¹²⁵

No que concerne à utilização de formulários, a DGS nos termos da alínea a) do nº 2 do artigo 2º do DR nº 14/2012, de 26 de Janeiro, por proposta do Departamento da

¹²² Do elenco de intervenções sujeitas a tal obrigatoriedade considere-se: A IVG, a esterilização, a participação em ensaios clínicos, entre outras.

¹²³ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 433 – *Apud*. Guilherme de Oliveira – Prática médica, informação e consentimento, in Coimbra Médica, 14, 1993 – p.168.

¹²⁴ ESTORNINHO e MACIEIRINHA (2014), consideram que no que concerne ao “*consentimento informado*” vigora o princípio da liberdade de forma da declaração negocial. No entanto, existem exceções, onde se verifica a obrigatoriedade do consentimento ser obtido por escrito relativamente a determinadas intervenções médicas: p.e. na interrupção voluntária da gravidez, na esterilização, para prática de eletroconvulsivoterapia, entre outras. – p. 274 e ss.

¹²⁵ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 424.

Qualidade na Saúde, na área da qualidade organizacional, emitiu a Norma 15/2013¹²⁶ (que veio a ser posteriormente atualizada a 04/11/2015) na qual se encontram definidos os termos que os profissionais de saúde e as administrações hospitalares devem procurar assegurar a obtenção do consentimento através de “formulários de prestação do consentimento.”¹²⁷

PEREIRA (2015) considerava estes formulários como “um expediente médico com o fim de aligeirar” a obrigação do médico de “esclarecer para o consentimento.”¹²⁸, admitindo que a exigência escrita de formulários para qualquer intervenção médica deve ser evitada porquanto não assegura o dever de informação no caso concreto e pode ser encarado como um mecanismo a utilizar pelos médicos com o especial intuito de assegurarem um meio de prova de obtenção do “*consentimento informado*” (falhando no entanto cuidar da sequência judicialmente exigida à prestação de tal consentimento pelo paciente).

Nesta senda, este mesmo autor (2000) salvaguardava que “os prestadores de cuidados de saúde, podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção de um consentimento informado”, pelo que não devia o documento escrito substituir a informação prestada oralmente.¹²⁹

Concordamos com o autor porquanto consideramos que os formulários tipo (pré-elaborados) atualmente utilizados pelos hospitais portugueses, sendo elaborados para “tratamentos em massa” detêm textos genéricos que não ressalvam as circunstâncias dos casos concretos e como tal não salvaguardam o cabal esclarecimento dos pacientes no alcance da compreensão das intervenções médicas.

Somos no entanto do entendimento que a verdadeira preocupação deveria ser não a implementação de formulários para obtenção de consentimento para qualquer ato médico mas antes para a questão das declarações de consentimento no âmbito das intervenções médico-cirúrgicas necessárias, por considerarmos que (sem prejuízo daquelas para as

¹²⁶ “Trata-se de uma norma de carácter organizacional que afirma ter como destinatários as Administrações Regionais de Saúde, dirigentes de unidades de saúde e profissionais de saúde do sistema de saúde.” – PEREIRA (2016) – p. 163.

¹²⁷ PEREIRA (2000) – Importa referir que é aplicável aos formulários a Lei das “Cláusulas Contratuais Gerais” (DL n.º 323/2001, de 17/12) que impõe limites ao conteúdo desses documentos, nomeadamente proibindo cláusulas que contenham um “*consentimento em branco*” (sem prejuízo do “direito ao não saber” do paciente), que por isso são nulas. – Idem.

¹²⁸ PEREIRA (2015) – p. 536.

¹²⁹ “Não pretendemos defender o fim da utilização destes documentos (leia-se, os formulários). A assinatura do formulário pode ser, por si só, um momento de reflexão e de auto consciencialização dos direitos da pessoa. Poderá mesmo ser o espaço privilegiado de diálogo entre o médico e o paciente relativamente aos riscos e as alternativas da intervenção a realizar.” – PEREIRA (2000) – p. 454 e ss.

quais a lei exige já a redução a escrito) por “necessidade de segurança jurídica, de maior reflexão da parte e de facilidade probatória do consentimento” deveria exigir-se a forma escrita da declaração.¹³⁰ Neste sentido, FARIA (1995) pronunciou-se (no âmbito da exigibilidade de redução a escrito das declarações de consentimento para transplantes de órgãos por dadores vivos, mas que consideramos aplicável a qualquer intervenções médico-cirúrgicas necessárias) admitindo que o “caráter escrito do consentimento pode ser encarado como uma forma de evitar abusos (...)” e por “razões de defesa das próprias instituições e dos médicos (...) contra posteriores dificuldades de prova.”¹³¹

3.3.1 Forma da declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas necessárias

Conforme já foi previamente mencionado no presente estudo, para a declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas vigora o princípio da liberdade da declaração negocial, nos termos dos arts. 217.º e seguintes do CC.

Sucedem que, relativamente a esta declaração de consentimento do paciente, divergências doutrinárias têm vindo a suscitar-se no que à natureza jurídica desta declaração concerne. Cumpre realçar – na perspetiva da declaração do consentimento – a distinção entre negócio jurídico unilateral de ato jurídico em sentido estrito.

Considere-se que um negócio jurídico unilateral se traduz numa “declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui efeitos jurídicos concordantes com o conteúdo da vontade da parte [sic], tal como este é objetivamente (de fora) apercebido.”¹³², ou seja, o negócio “(...) produz os seus efeitos, que são efeitos jurídicos (...), porque estes foram queridos pela vontade.”¹³³

Por seu turno, o ato jurídico *strictu sensu* “produz os seus efeitos independentemente da vontade, embora não raras as vezes exista coincidência entre os efeitos produzidos e a vontade do agente.”¹³⁴

PEREIRA (2015) explana que a doutrina maioritária considera a declaração de consentimento para atos médicos como um ato jurídico *strictu sensu* porquanto se trata de uma causa de justificação da ilicitude (art.340.º CC) e como tal “será de qualificar

¹³⁰ PEREIRA (2015) – p. 529.

¹³¹ FARIA (1995) – p. 260.

¹³² MOTA PINTO (2012) – p. 357.

¹³³ HÖRSTER (2003) – p. 206

¹³⁴ HÖRSTER (2003) – p. 205

como um simples ato jurídico, sendo aplicáveis, “na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo relativo aos negócios jurídicos. (art. 295.º CC).”¹³⁵

Não adotamos a tese propaga pelo autor, mas antes consideramos que a declaração de consentimento para intervenções médico-cirúrgicas se traduz num negócio jurídico unilateral e pessoal. Neste sentido explana MOTA PINTO (2012) que

*os negócios pessoais são negócios fora do comércio jurídico, isto é, cuja disciplina, quanto a problemas como o da interpretação do negócio jurídico e o da falta ou dos vícios da vontade, não tem que atender às expectativas dos declaratórios e aos interesses gerais da contratação – do tráfico jurídico –, mas apenas à vontade real, psicológica do declarante. Esta prevalência da vontade real sobre a sua manifestação exterior exprime-se, por vezes, quanto aos negócios pessoais (...) em textos especiais que se afastam da doutrina geral dos negócios jurídicos; na ausência de textos diretos é um princípio, inferido da natureza dos interesses em jogo, que se impõe ao intérprete.*¹³⁶

A declaração de aceitação de uma intervenção médico-cirúrgica, após o cumprimento do dever de informação e esclarecimento do médico, não pode na nossa opinião ser considerada como um mero ato jurídico *strictu sensu* na medida em que consideramos que não se concretiza o verdadeiro alcance da declaração de autorização do paciente à intervenção proposta pelo médico, porquanto não se trata de um simples “assentimento” mas de uma verdadeira declaração de vontade.

3.3.2 Força probatória do documento subscrito pelo paciente quanto aos factos nele referidos

Considerou VAZ RODRIGUES (2001) que a determinação legal da redução a escrito do consentimento poderia ter resultados adversos, na medida em que e por reporte ao artigo 393.º n.º 1 do CC que consigna que “se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é admitida prova testemunhal.” No entanto, o mesmo autor “soluciona” tal problemática por remissão aos artigos 364.º n.º2 e 352.º e ss do CC, porquanto

¹³⁵ PEREIRA (2015) – p. 139

¹³⁶ MOTA PINTO (2012) – 398.

“Tratando-se de exigência documental para mera prova da declaração, seria admissível apresentar-se outro meio de prova de valor equivalente ou superior ao preterido.”¹³⁷

Por outro lado, admitida a exigência de redução a escrito da declaração de consentimento, sempre se considere que o paciente pode exigir a apresentação do documento onde prestou o consentimento ao médico, o que poderá traduzir-se num instrumento eficaz para comprovar a inexistência ou ineficácia do consentimento prestado, constituindo um “poderoso elemento probatório” na medida em que considera que a

*distribuição do ónus da prova, passa, desta sorte, para demonstrar a eventual deficiência do consentimento que prestou, poderá requerer, na ação interposta, que o agente médico apresente o documento. Caso o agente médico não o faça, terá de demonstrar que não foi por culpa sua que o documento desapareceu ou foi destruído.*¹³⁸

(suportando o médico caso não conseguisse produzir o documento “as sequelas da inversão do ónus da prova da manifestação de vontade do paciente, ou de ver o tribunal apreciar livremente a recusa em termos de valor probatório.”)¹³⁹

Não obstante, sempre se considere que recaindo sobre o médico o ónus da prova relativamente à obtenção da declaração de consentimento, tal ónus de prova estende-se igualmente à demonstração de que foram cumpridos os deveres de informação e esclarecimento do paciente.¹⁴⁰

Pelo que a problemática de produção de prova relativamente à sequência de atos legalmente exigidos para obtenção de consentimento divide-se em duas questões: a de que o consentimento foi efetivamente prestado pelo paciente e de que essa declaração não estava ferida por um incumprimento do médico do dever de informar e esclarecer o paciente quanto à extensão dos riscos inerentes à intervenção.

Mesmo admitindo a existência de documento onde o paciente declarasse ter consentido na intervenção médico-cirúrgica, sempre pode este alegar que por incumprimento do dever de informação, o consentimento prestado estaria viciado (e como tal, se não tivesse

¹³⁷ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 436.

¹³⁸ VAZ RODRIGUES (2001) – Idem.

¹³⁹ VAZ RODRIGUES (2001) – Idem.

¹⁴⁰ PEREIRA (2015) – p. 444 e ss.

sido incumprido o dever de informação, poderia ter optado atendendo os riscos, recusar a intervenção).

Incumbindo ao médico provar que cumpriu os deveres de informar e de esclarecer o paciente – atente-se a dificuldade de prova por inerência à rotina do exercício médico e à possível ausência de testemunhas do ato de prestação da informação –, tal ónus poderia revelar-se uma tarefa hercúlea.

A jurisprudência tem vindo a admitir, nestes casos, que a prova seja feita “através do testemunho dos seus colegas e colaboradores, que ele (médico) normalmente, na sua prática clínica, em operações daquele tipo, cumpre o dever de informar e obter um consentimento esclarecido.”¹⁴¹

Falamos da prova por “presunções judiciais, simples ou de experiência (artigos 349.º e 351.º CC), que são as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido.”¹⁴² Tais presunções correlacionam-se estritamente com o princípio da livre apreciação da prova.

Retomando a questão da declaração de consentimento propriamente dita, VAZ RODRIGUES (2001) considerou a hipótese de a criação de um documento não ser suficiente para “apurar uma manifestação de vontade livre e esclarecida” porque “dar relevância a um documento unilateral e previamente produzido que mostre apenas o texto sido subscrito pelo paciente, ou por outrem em sua representação, poderá ser uma falácia com que se iludirão todos os intervenientes em atos médicos.”¹⁴³

Não concordamos com tal hipótese, mas antes consideramos, na esteira da doutrina espanhola que a exigência de redução a escrito da declaração de consentimento do paciente para intervenções médico-cirúrgicas deverá ser exigível, considerando-se como um formalismo *ad probationem* e não *ad substantiam*. Ou seja, admitindo-se que a ausência da redução a escrito de tal declaração sempre “pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis de conseguir.”¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

VAZ RODRIGUES (2001) veio a admitir que a exigência de redução a escrito da declaração de consentimento do paciente pode por outro lado, ser benéfica ao próprio

¹⁴¹ PEREIRA (2015) – Idem.

¹⁴² PEREIRA (2015) – Idem.

¹⁴³ VAZ RODRIGUES (2001) – Idem.

¹⁴⁴ No âmbito do direito espanhol, já a obrigatoriedade de ser observada a forma escrita do consentimento prestado se encontra fixada pela Lei Geral da Saúde (...). Porquanto o ónus da prova recai sobre o médico, a quem incumbe demonstrar que prestou a informação, sendo a posição deste desde logo mais favorável na medida em que lhe incumbe a prova de um facto positivo. – CORTÉS (2001) – p. 125.

¹⁴⁵ MOTA PINTO (2012) – p. 433.

paciente, na medida em que tal formalismo assegura “uma mais elevada dose de reflexão”¹⁴⁶, permitindo-lhe evitar decisões precipitadas e potenciando que “as necessárias informações sejam [sic] fornecidas e digeridas pelo paciente.”¹⁴⁷ antes deste decidir pelo consentimento ou recusa da intervenção.

Por outro lado, considere-se que assegura também um maior cuidado “sobre a forma de consignar as expressões reveladoras daquela vontade e – muito importante – torna visível a fronteira entre o processo de informação e entendimento e o da decisão que vai determinar a atuação ou a respetiva omissão médica.”

Por último, a redução a escrito da declaração de consentimento sempre “facilita a prova da existência do consentimento”¹⁴⁸ – cujo ónus incumbe ao médico – “proporcionando um mais elevado grau de certeza (...) e “(...) evitando [sic] os perigos ligados à falível prova por testemunhas.”¹⁴⁹

¹⁴⁶ MOTA PINTO (2012) – p.428.

¹⁴⁷ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 455.

¹⁴⁸ VAZ RODRIGUES (2001) – p. 455.

¹⁴⁹ MOTA PINTO (2012) – p. 429.

Conclusão

A preocupação da necessidade de consentimento para intervenções médicas foi impulsionada no decurso do século XX, motivada pelas atrocidades cometidas pelos médicos nazis durante no decurso da II Guerra Mundial.

Principiam então a surgir diplomas legais pioneiros (como seja o Código de Nuremberga e a Declaração de Lisboa) elaborados com o intuito de salvaguardar o direito à autodeterminação da pessoa humana.

Atualmente, o denominado “consentimento informado” traduz-se numa sequência de atos juridicamente exigíveis pelos quais o médico deve cumprir com o dever de informar e esclarecer o paciente sobre os benefícios e malefícios das intervenções médicas que o tratamento do estado de saúde do paciente aconselha, culminando a final, na declaração de consentimento livre, esclarecido e expresso do paciente para o ato médico proposto (ou na recusa de tratamento, como também estará abrangido pelo seu direito).

A nível internacional, várias decisões tiveram peso na compreensão da necessidade da pessoa consentir na lesão à sua esfera jurídica que lhe advém dos atos médicos. Em alguns sistemas jurídicos, como o francês ou o espanhol, a questão da declaração de consentimento encontra-se regulada pelo direito civil, com exigência de redução a escrito da declaração de consentimento em vista a salvaguardar proteção dos direitos das partes (médico e paciente).

No ordenamento jurídico português, a questão da declaração de “*consentimento informado*” do paciente, no plano do direito civil, suscita algumas dúvidas, especialmente no que concerne às ações fundadas no incumprimento dos deveres específicos de informação e de esclarecimento por parte do médico.

A responsabilidade civil do médico pode, por um lado, ser enquadrada no âmbito da responsabilidade civil contratual, na medida em que a prestação de serviços médicos é, via de regra constitutiva de um contrato entre as partes, suscetível de indemnização em caso de dano, no campo da esfera de proteção dos contratos. Por outro lado, nos casos em que o paciente esteja incapaz de prestar o seu consentimento, a eventual responsabilidade civil do médico pode ser enquadrada na responsabilidade civil extracontratual.

A distinção de primordial importância do enquadramento da responsabilidade do médico culmina com o ónus da prova da culpa do médico, que na responsabilidade extracontratual incumbirá ao paciente, enquanto na responsabilidade contratual é presumida.

Apesar de a doutrina divergir relativamente a esta questão – em virtude da obrigação a que o médico se encontra adstrito ser de meios – a posição precária do paciente na relação jurídica entre as partes justifica que recaia sobre o médico o ónus da prova relativamente à culpa.

No que concerne aos problemas respeitantes à forma da declaração de prestação do consentimento do paciente e ao valor probatório do documento por ele subscrito, concluímos que se trata de um negócio jurídico unilateral e pessoal, cujo valor probatório se concretiza como comprovativo da existência da aceitação do paciente ser sujeito à intervenção médico-cirúrgica. A existência de tal documento particular surge como um meio de facilitar a prova que impende sobre o médico relativamente à obtenção do consentimento, prova que atualmente a jurisprudência – pela dificuldade inerente – tem vindo a admitir que seja concretizada por presunções.

A exigência de formalismo na declaração de consentimento para intervenções médico-cirúrgicas traria benefícios por assegurar a não precipitação do paciente no ato de consentir, por garantir um especial cuidado do médico na concretização dos seus deveres de informar e de esclarecer o paciente dos eventuais riscos que este admite ao aceitar a intervenção e ainda por facilitar a produção da prova da obtenção do consentimento por parte do médico.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1996) – “*Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*” – Lisboa: Direito da Saúde e da Bioética, Associação Académia da Faculdade de Direito de Lisboa.

ÁLVARO DIAS, João (2005) – “Responsabilidade Civil dos Médicos (Integrado no projeto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos” – “O Problema da Avaliação dos Danos Corporais Resultantes de Intervenções e Tratamentos Médico-cirúrgicos.” – Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa (1999) – “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial – Tomo I” – Coimbra: Coimbra Editora.

ANNAS, George J. (2012) – “Doctors, Patients and Lawyers – Two Centuries of Health Law” - The New England Journal of Medicine, Publicado a 02 de Agosto de 2012, disponível em <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMra1108646>, consultado em 20/Fev./18.

CORTÉS, Julio César Galán (2001) – “Responsabilid Médica Y Consentimiento Informado”, Madrid: Editora Civitas.

COSTA, Mário Júlio de Almeida (2011) – “Direito das obrigações” – 12.^a Edição – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

FADEN, Ruth R. e BEAUCHAMP, Tom L. (1986) – “A History and Theory of Informed Consent.” – Oxford: Oxford University Press.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de:

(1995) – “Aspetos jurídico-penais dos transplantes – Estudos e Monografias” – Porto: Universidade Católica Editora.

(1998) – Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – “A “lei do sangue” – Ou o conflito entre o respeito.” – Volume XII, Tomo 1 – s.l.: Universidade Católica Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2012) – “Direito Penal – Parte Geral”, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

FRADA, Manuel A. Carneiro da (1998) – “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana.” – Separata da Revista “Direito e Justiça” da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XII, Tomo I – Lisboa: Universidade Católica Editora.

GOMES RODRIGUES, Álvaro de Cunha:

(2002) – “Direito da Medicina I” – “Consentimento informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico” – Coimbra: Coimbra Editora.

(2007) – “A Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos”, Coimbra: Edições Almedina.

GONÇALVES, Carla (2008) – “A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além da Culpa.” – Coimbra: Coimbra Editora.

HÖRSTER, Heinrich Ewald (2003) – “A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil” – Coimbra: Editora Almedina, S.A.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa (1995) – “Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil” – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2016) – “Direito das Obrigações – Volume I – Introdução da constituição das obrigações” – 13.^a Edição – Coimbra: Edições Almedina.

MACIERINHA, Tiago e ESTORNINHO, Maria João (2014) – “Direito da Saúde – Lições” – Lisboa: Universidade Católica Editora.

MACHADO, António Montalvão e PIMENTA, Paulo (2010) – “O novo processo civil” – 12.^a Edição – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

MARTINEZ, Pedro Romano (2011) – “Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional” – “Separata: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida” – s.l: Edições Almedina, S.A

MATOS, Filipe de Albuquerque (2015) – “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual – O caso particular da responsabilidade médica. – Parte II” – Lex Medicinæ; Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 12. N.º 23-24, disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org>, consultado em 13/Mar./18.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves (2003) – “Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: O Acesso à Justiça Administrativa.” – Coimbra: Coimbra Editora.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da (2012) – “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 4.^a Edição por MONTEIRO, António Pinto e MOTA PINTO, Paulo, Coimbra: Coimbra Editora.

NUNES, Manuel Rosário (2005) – “O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Acos Médicos” – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

OLIVEIRA, Guilherme de

(2005) – “Temas de Direito da Medicina”, 2.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

(2006) e **PEREIRA, André Gonçalo Dias** – “Consentimento Informado – Livro Prático sobre Consentimento Informado” – Centro de Direito Biomédico, Coimbra – disponível em <https://www.centrodedireitobiomedico.org>, consultado em 30/04/2018.

PEDRO, Rute (2008) – “A Responsabilidade Civil do Médico Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado” – Dissertação de mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em 2005, Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, n.º 15 – Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, André Gonçalo Dias:

(2000) – “O Consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: Uma proposta para o seu controlo jurídico.” – Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Volume LXXVI, Universidade de Coimbra.

(2004) – “O Consentimento informado na relação médico-paciente (estudo de direito civil)” – Coimbra: Coimbra Editora.

(2005) – “Responsabilidade Civil dos Médicos (Integrado no projeto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos” – “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica” – Coimbra: Coimbra Editora.

(2010) – “I Congresso Internacional sobre: O direito face às novas tecnologias; O consentimento informado na experiência europeia.”, Ribeirão Preto, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle>, consultado em 04/Abr./18.

(2015) – “Direitos dos pacientes e responsabilidade médica”, 1.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

(2016) – “A Consagração do Direito ao Consentimento Informado na Jurisprudência Portuguesa Recente.” *in* “Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira” – Volume 3 – Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Coimbra.: Edições Almedina, S.A..

PRATA, Ana (2017) – “Código Civil Anotado” – Volume I, Coimbra: Edições Almedina, S.A.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge:

(1990) – “Direito das obrigações – Volume I” – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

(2004) – “Da Prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão.” – Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I – Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUEZ-VÁZQUEZ, Virgilio (2016) – “Estudio de derecho comparado sobre el consentimiento informado en los tratamientos médicos curativos” *in* Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira – Volume 3 – Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Coimbra: Edições Almedina, S.A.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de (1995) – “O direito geral de personalidade” – Coimbra: Coimbra Editora.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves (2016) – “A prova de estados subjetivos no processo civil – presunções judiciais e regras de experiência” – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

VARELA, João de Matos Antunes (2003) – “Das obrigações em geral” – Volume I, 10.^a Edição – Coimbra: Edições Almedina, S.A.

VAZ RODRIGUES, João:

(2001) – “O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação de vontade)”, Coimbra: Coimbra Editora.

(2013) – “A Recusa do Paciente: Reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos” – Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, ISBN: 978-972-9122-34-7, Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, disponível <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/DireitoSaude/CursoComplementarDireitoSaude.pdf>, consultado em 19/Abr./18.

WANDER, Michelle (2001) – “The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy” (Third Year Paper) – Harvard University DASH repositior, disponível em <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852197>, consultado em 26/Dez./17.

WINGFIELD, Joy (2015) – “Patient Consent in the UK.” - The Pharmaceutical Journal – A Royal Pharmaceutical Society Publication, disponível em <https://www.pharmaceutical-journal.com/learning/learning-article/patient-consent-in-the-uk/20068830.article>, consultado em 27/Dez./17.

Jurisprudência consultada:

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proferido em 01/04/2014, no âmbito do processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1, Relator Rui Moreira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/452290c06222da5a80257cdd0045b9b3?OpenDocument>, consultado em 28/Dez./17
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/06/2015, proferido no âmbito do processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>, consultado em 18/Jan./18
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, Relatora Maria da Graça Trigo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/034959d943a3477f80257f48005ace23?OpenDocument>, consultado em 20/Fev./18
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/10/15, Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1, Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c6ec438b8e346c658025813900593730?OpenDocument>, consultado em 20/Fev./18
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/11, Processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument>, consultado em 20/Fev./18
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/09, Processo n.º 544/09.9YFLSB, Relator Pires da Rosa, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument>, consultado em 20/Fev./18
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2014, no âmbito do processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, Relator João Bernardo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>, consultado em 07/Mar./18

– Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, no âmbito do processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1, Relator Gabriel Catarino, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>, consultado em 04/Abr./18