

2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

**DA RELEVÂNCIA DA CULPA DO PACIENTE LESADO NA AFIRMAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INCUMPRIMENTO DO
DEVER DE OBTENÇÃO DE CONSENTIMENTO INFORMADO**

João Pedro Vicente de Gusmão Guedes

Orientadora: Professora Doutora Rute Teixeira Pedro

2022

Resumo

O presente estudo visa apurar a adequação da aplicação do instituto da culpa do lesado, constante do artigo 570.º do CC, aos casos nos quais a afirmação da responsabilidade civil do médico decorre da violação do direito ao consentimento informado do paciente lesado.

A relação médico-paciente tem uma natureza específica e singular decorrente do objeto imediato sobre o qual incide – as componentes corpóreas e não corpóreas do paciente –, e do fim que visa atingir – a manutenção ou promoção da saúde, definida esta como o bem-estar físico, mental e social. Em simultâneo, hodiernamente, os direitos de personalidade do sujeito estão no centro do ordenamento jurídico, pelo que a tutela do direito à autodeterminação do paciente aquando da sujeição a intervenções médicas é uma questão de fulcral importância. Tal facto, aliado ao desequilíbrio que caracteriza a relação médico-paciente, seja no decurso da sua execução, seja quando carece de tutela judicial, justifica uma adequada interpretação e aplicação de um instituto jurídico de vocação genérica, como o da culpa do lesado, à relação jurídica em questão.

Para a sua correta interpretação e aplicação, procede-se à análise da história, fundamento e natureza do consentimento informado e da culpa do lesado, a sua interseção e consequências da sua aplicação por apelo à doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

Conclui-se, retirando diretrizes interpretativas que visem assegurar uma tutela efetiva da lesão sofrida pelo paciente, sem desconsiderar a justa repartição de responsabilidades na reparação do dano sofrido.

Abstract

The present study aims to ascertain the adequacy of the application of the legal institute of the fault of the injured party, established in Article 570 of the Portuguese Civil Code, to the cases in which the affirmation of the civil liability of the doctor arises from the violation of the right to the informed consent of the injured patient.

The doctor-patient relationship has a specific and singular nature arising from the immediate object on which it focuses – the corporeal and non-corporeal components of the patient – and the purpose it aims to achieve, the maintenance or promotion of health, defined as physical, mental and social well-being. Simultaneously, nowadays, the personality rights of the subject are at the centre of the legal system, so that the protection of the patient's self-determination right when undergoing medical interventions is a matter of central importance. This fact, together with the imbalance which characterises the doctor-patient relationship, whether during its execution or when it requires judicial protection, justifies an adequate interpretation and application of a legal institute of generic vocation, such as that of the fault of the injured party, to such relationship.

For its correct interpretation and application, the history, basis and nature of informed consent and the injured party's fault, their intersection and the consequences of their application are analysed by resorting to national and international doctrine and jurisprudence.

We conclude by drawing interpretative guidelines that aim to ensure an effective tutelage of the injury suffered by the patient, without disregarding the fair distribution of liabilities in the reparation of the damage suffered.

Sumário

Resumo/Abstract.....	1
Siglas/abreviaturas.....	4
1. Introdução.....	5
1.1.A responsabilidade civil, suas modalidades e seus requisitos: visão panorâmica.....	5
1.2.A responsabilidade civil médica: considerações gerais sobre a sua natureza e sobre o regime aplicável.....	9
1.3.As funções desempenhadas pelo funcionamento da responsabilidade civil do médico e o (in)sucesso da sua efetivação.....	16
2. O Consentimento Informado.....	18
2.1. Observações Gerais – a Evolução do Conceito de Consentimento Informado e a sua Natureza Jurídica.....	18
2.2.O Consentimento Informado na ordem jurídica portuguesa e no Direito Internacional – evolução histórica.....	21
2.3.Os Requisitos para Verificação do Consentimento Informado.....	25
3. A Culpa do Lesado.....	35
3.1. A origem e evolução do instituto da culpa do lesado.....	35
3.2. Fundamentos do instituto da culpa do lesado – A teoria objetivista e subjetivista....	38
4. A responsabilidade civil por ato médico prestado sem consentimento do paciente e sua interseção com o instituto da culpa do lesado – estudo de caso.....	45
5. Considerações finais.....	54
6. Bibliografia.....	56

Siglas/Abreviaturas

ABGB – *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

CC – Código Civil

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEDHBio – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CESE – Comité Económico e Social Europeu

CP – Código Penal

EOM – Estatuto da Ordem dos Médicos

ERS – Entidade Reguladora da Saúde

EUA – Estados Unidos da América

LASIK – *Laser-Assisted in Situ Keratomileusis*

LBS – Lei de Bases da Saúde

OMS – Organização Mundial da Saúde

RCEEP – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UNESCO – *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)

1. Introdução

1.1. A responsabilidade civil suas modalidades e seus requisitos: visão panorâmica

A responsabilidade civil, instituto fulcral de direito civil, tem como propósito principal reparar os danos sofridos por quem foi lesado, nomeadamente em consequência de ato ou omissão imputável a outrem. Na sua veste extracontratual, ganha protagonismo a responsabilidade por factos ilícitos prevista no artigo 483.º, n.º 1 do CC, que emerge quando há a violação ilícita e culposa de um direito¹ ou uma disposição que mereça a qualificação como norma de proteção, ao passo que, na sua modalidade contratual, é vista como consequência da violação de um direito de crédito previamente constituído, nomeadamente por não cumprimento ou cumprimento defeituoso pelo devedor das obrigações assumidas, apresentando uma marcada diferença estrutural². Donde, a responsabilidade civil contratual exige a preexistência de uma obrigação e seu incumprimento ou cumprimento defeituoso, ou seja, a violação de um direito relativo, incluindo os deveres acessórios de conduta que as partes devem observar durante a execução do contrato, ao passo que a responsabilidade civil extracontratual brota, tipicamente, da violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência que se consubstanciam, como já se disse, na lesão de direitos absolutos ou de interesses protegidos por normas de proteção.

Não obstante as diferenças, os requisitos aparecem, pelo menos na sua enunciação, semelhantes em ambas as modalidades de responsabilidade civil – contratual e extracontratual – como divisados pela doutrina. Consideremos a responsabilidade por facto ilícito extracontratual ou contratual. Desde logo, a ocorrência de um facto³ ou omissão⁴, que provenha

¹ Direito que, segundo a maioria da doutrina, deve ser um direito absoluto oponível *erga omnes*, afastando-se, portanto, a proteção dos direitos de crédito da proteção prevista no artigo 483.º do CC em consonância com a rejeição da eficácia externa das obrigações – Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15ª Edição, Lisboa, Almedina Editora, 2018, p. 289, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed. Almedina, Coimbra, 2000, p. 519 – 522 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina Editora, 2018, p. 562 e 563. Em sentido contrário, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, 1ª Edição, Lisboa, Almedina Editora, 2017, p. 447 e E. SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro Por Lesão do Direito de Crédito*, Lisboa, Almedina Editora, 200, p. 584 e 585.

² Não obstante as diferenças, o tratadista A. VARELA defende que “*sob vários aspetos, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual funcionam como verdadeiros “vasos comunicantes”*” pois podem nascer do mesmo facto que poderá ser duplamente enquadrado em tais modalidades. – Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 522.

³ Segundo A. VARELA: “*dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana*” – Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 527.

⁴ Em particular quanto à omissão, esta é sancionada por via da responsabilidade civil quando existe um dever jurídico, imposto por lei ou por contrato, de atuar. Quanto às modalidades de omissão, A. VARELA distingue a “*omissão pura*” da “*comissão por omissão*”. Na primeira, o dever dimana de uma norma jurídica preceptiva que

da atuação do sujeito, de origem naturalística e não qualquer evento a ele alheio. Depois, a ilicitude de tal facto⁵, de modo que ele traduza a lesão de um direito absoluto de outrem, ou a violação de um interesse protegido por uma norma de proteção⁶, no caso da responsabilidade extraobrigacional, ou a violação de um direito de crédito, na responsabilidade obrigacional.

Depois, a existência de culpa na omissão ou prática de tal ato, por dolo ou mera culpa, caracterizando-se a culpa pelo facto de o agente ou omitente, nas circunstâncias nas quais atua, se afastar do padrão de comportamento previsto no artigo 487.º do CC, concluindo-se que aquele podia e devia ter atuado de outro modo⁷, no que vai contido um juízo de censura⁸. Será neste ponto que a responsabilidade contratual apresenta a sua especialidade de regime mais marcante no que respeita à distribuição do ónus da prova, porquanto se presume a culpa do devedor, nos termos do artigo 799.º do CC, ao passo que o lesado que aciona o instituto da

diretamente impõe a obrigação de executar determinada conduta. Na segunda, o dever provém indiretamente da norma que impõe a nossa colaboração na prevenção de um certo resultado, que é punido ou reprovado de outro modo na lei. – Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 552 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 558 a 560.

⁵ Importa também fazer referência, sendo de sobremaneira relevante para o tema que iremos tratar, às *causas de exclusão de ilicitude*, de entre as quais encontramos o consentimento do lesado. Sem a existência do consentimento para a intervenção médica, o requisito da existência da ilicitude dá-se de *per si* verificado, sendo a conduta sancionada pelo ordenamento jurídico, mesmo que não tenha ocorrido violação *qua tale* da *legis artis* pelo médico. Quanto ao consentimento do lesado como causa de exclusão de ilicitude, cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 308 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., pp. 502 – 505.

⁶ O lesado pode não ser titular de um direito subjetivo antes, poderá ser titular de um mero interesse protegido pelo Direito, como os interesses difusos ou reflexos, como é exemplo o direito ao ambiente, o direito à saúde, etc.. São normas que não atribuem aos titulares de tais interesses um verdadeiro direito subjetivo, por não lhes atribuírem em exclusivo o direito ao aproveitamento de um bem. Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pp. 292 – 294 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 563.

⁷ FIGUEIREDO DIAS define a culpa como a “*censurabilidade por o agente ter agido como agiu(...)*” tendo como elementos “*a imputabilidade ou a capacidade de culpa, a consciência (potencial) do lícito e a exigibilidade de comportamento diferente*” - JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012., p. 512. Quanto ao tratamento deste pressuposto no âmbito civilista, cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 578 – 590, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pp. 566 – 585, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., pp. 459 – 481 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pp. 309 – 329.

⁸ Da definição dada se retira que a mera culpa se identifica com a negligência, na qual o agente, por ação ou omissão, se conforma com o resultado, quando a norma jurídica lhe impunha comportamento diverso. A responsabilidade civil médica, como veremos, resulta da violação, pelo médico, da *legis artis* – o conjunto de boas práticas médicas que regem o ato médico e que, à luz do estado atual da ciência médica, melhor asseguram o tratamento da patologia a tratar. Mais diremos que, no âmbito da responsabilidade civil médica, serão raros os casos de dolo, identificando-se esta quase por inteiro com a figura da negligência. – Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 106 e 125.

responsabilidade civil na sua modalidade extracontratual não beneficia, em geral, da presunção da culpa do lesante⁹.

A efetivação da responsabilidade civil depende também da verificação de um dano na esfera do lesado, uma lesão de um bem protegido¹⁰, visando este instituto, nos termos do artigo 566.º do CC, reconstituir a situação em que o lesado se encontraria se não se tivesse verificado a lesão, almejando consegui-lo preferencialmente através de uma reconstituição natural (artigo 566.º do CC)¹¹.

A doutrina tem vindo a propor várias classificações do dano, relevando, para o tema que aqui nos ocupa, a distinção entre dano patrimonial/não patrimonial, dano emergente/lucro cessante e dano presente/dano futuro.

O dano patrimonial corresponde a um dano suscetível de avaliação pecuniária, com natureza económica, ao passo que o dano não patrimonial corresponde a um dano não suscetível de avaliação pecuniária, meramente compensável pelo Direito, como o desgosto e o sofrimento do lesado ou dos seus familiares¹². Quanto ao dano patrimonial, podemos nele enquadrar o dano emergente, que corresponde a uma perda ou diminuição atual no património do lesado e o lucro cessante, que se reconduz à perda futura de benefícios ou utilidades que provavelmente ingressariam no seu património¹³. Por fim, reputam-se como danos presentes os já verificados no momento da fixação da indemnização, ao passo que os futuros se reconduzem aos que

⁹ A lei, no entanto, exceciona este princípio nos artigos 491.º, 492.º e 493.º do CC, prevendo uma presunção de culpa sobre pessoas obrigadas à vigilância de outrem, sobre o proprietário ou possuidor de edifício ou obras que causem danos a outrem e sobre todo aquele que tenha à sua guarda coisa móvel ou imóvel ou animal, ou que execute atividade perigosa. Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 584 – 589, Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 629 – 715 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pp. 318 – 325. Porém, no que toca à responsabilidade civil médica, não existe consagração legal da responsabilidade objetiva (i.e., sem culpa).

¹⁰ MENEZES CORDEIRO identifica o dano como “a supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito”. – Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., p. 513. ALMEIDA COSTA qualifica-o como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.”. – Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 591.

¹¹ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit. p. 402 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 770 – 771.

¹² Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 332 – 333, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 592 – 594, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 602 – 608 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., pp. 513 – 516.

¹³ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 331 – 332, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 596 e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 598 – 602.

provavelmente se verificarão após concessão da indemnização, podendo ser certos ou eventuais consoante a maior ou menor probabilidade da sua verificação¹⁴.

Ora, no âmbito da verificação da responsabilidade civil médica, diremos que do ato ilícito podem resultar danos patrimoniais, tanto danos emergentes presentes e futuros (pense-se no custo do tratamento gorado que deverá ser reembolsado, bem como no custo dos tratamentos futuros necessários para mitigar a lesão sofrida), como também lucros cessantes (pense-se na perda de capacidade de trabalho, quer na sua manifestação presente quer na sua projeção futura) como danos não patrimoniais (o sofrimento, as angústias, bem como, *in extremis*, a perda da própria vida). Assume assim particular importância a questão da morte como dano. Nesta senda, o artigo 496.º, n.º 1 do CC refere que os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da morte, quer os danos não patrimoniais sofridos pelos familiares e pela vítima quando não sobrevém a morte são indemnizáveis, *rectius* compensáveis¹⁵.

A par, importa assinalar, como visto, que os danos não patrimoniais são apenas *compensáveis* pois os bens lesados não são passíveis de serem avaliados pecuniariamente¹⁶. Como tal, o recurso à equidade torna-se necessário, como decorre do disposto no artigo 496.º, n.º 4 do CC tendo o legislador estabelecido, como fatores limitadores na aplicação da equidade pelo julgador, segundo a remissão que é feita nessa norma para o disposto no artigo 496.º do CC, o grau de culpa do agente, a sua situação económica e a do lesado, bem como as demais circunstâncias do caso. Ora, no nosso entender, este último fator limitador importa uma considerável margem de arbítrio para o julgador, com a inerente incerteza e imprevisibilidade na aplicação do Direito que, porém, é contrabalançada pela possibilidade de melhor adequação ao caso concreto e, desejavelmente, maior justiça da decisão.

Como último requisito para verificação da responsabilidade civil, temos a exigência da existência de um nexo de causalidade entre o facto (ou omissão) e o dano. Segundo a maioria

¹⁴ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 332 e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 597.

¹⁵ Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 336

¹⁶ Como assinala A. VARELA, atenta a natureza deste dano é “*sempre muito difícil, senão praticamente impossível, fixar, sem uma larga margem de arbítrio, a compensação a cada caso concreto*”. O autor assinala que tal facto tem constituído fundamento para parte da doutrina rejeitar a ressarcibilidade de tais danos. Porém, como o autor assinala, “*entre a solução de nenhuma indemnização atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação, é incontestavelmente mais justa e criteriosa a segunda orientação*” – ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 603 – 604.

da doutrina, o CC, no seu artigo 563.º, consagra a Teoria da Causalidade Adequada¹⁷, apenas relevando o facto que, sendo em concreto condição da produção do dano, o seja também em abstrato, segundo o curso normal dos eventos. A averiguação dessa adequação far-se-á *a posteriori* através de um juízo de prognose póstuma, probabilístico¹⁸.

1.2. A responsabilidade civil médica: considerações gerais sobre a sua natureza e sobre o regime aplicável

De entre o universo dos factos lesivos passíveis de desencadear a ação do mecanismo da responsabilidade civil, tem ganhado relevância crescente o ato médico.

A relação médico-paciente, historicamente marcada pela predominância da visão paternalística, pela qual era reconhecida ao médico uma superioridade face ao paciente, atento o seu completo domínio da ciência médica¹⁹, tem vindo a ser substituída pelo reconhecimento de uma crescente autonomia e direito à informação do paciente. As causas para esta mudança são múltiplas, desde logo a complexificação da medicina, marcada por maior especialização e intervenções crescentemente intrusivas, com recurso a um amplo aparato tecnológico e o enquadramento da atividade médica em instituições complexas, como os hospitais, clínicas, institutos, em substituição da medicina domiciliária, muito mais personalística²⁰. Estes fatores levaram a uma perda da confiança entre as partes e crescente litigiosidade.

Tal litigiosidade, por seu turno, originou o interesse da doutrina no tratamento da responsabilidade civil médica. Desde logo, careceu de esclarecimento a sua consideração como responsabilidade civil contratual ou extracontratual pois, por um lado, em muitos casos, existe um contrato entre as partes, por outro, o dano típico da intervenção médica contende com

¹⁷ Existem várias concepções doutrinárias relativas ao nexo de causalidade para além da Teoria da Causalidade Adequada, sendo de referir, a par, a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Última Condição, a Teoria da Condição Eficiente e a Teoria do Fim da Norma Violada. Mesmo a afirmação da adequação pode fazer-se à luz de várias formulações. Em texto só nos referimos à denominada formulação positiva da adequação. Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 344.

¹⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 889, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 760 – 770, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 479 – 483 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 346 – 347.

¹⁹ Sobre a centralidade da responsabilidade civil médica e progressiva substituição do paternalismo médico por uma visão de autonomia do paciente, Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17 a 29. Na posição deste autor, “A relação médico-paciente transformou-se: partindo de um esquema autoritário e vertical, surge-nos hoje como democrática e horizontal; de um código moral único passou a um modelo pluralista de sociedade, que respeita os diferentes códigos morais.”.

²⁰ Neste sentido, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 29.

direitos absolutos – vida, integridade física, integridade psíquica, liberdade e autodeterminação do paciente²¹.

Quando o médico se encontra vinculado ao Estado e o ato é praticado em estabelecimento público, então aplicar-se-á o RCEEP²² parecendo merecer a qualificação como ato de gestão pública, afastando-se a aplicação do regime constante do artigo 500.º do CC.

Sendo o ato médico prestado em estabelecimento privado, então, em regra, constata-se a existência de um vínculo contratual entre as partes²³, podendo aplicar-se o regime da responsabilidade civil contratual, com a concomitante presunção de culpa por parte do devedor²⁴. O contrato de prestação de cuidados médicos é, assim, um “*contrato socialmente típico que se insere na categoria de um contrato de prestação de serviços*”²⁵.

Sem prejuízo da responsabilidade obrigacional que possa existir, não se afasta a possibilidade de a situação poder convocar a responsabilidade extracontratual, considerando que os bens lesados na prestação de cuidados de saúde são bens protegidos nos termos do artigo 483.º, n.º1 do CC. Surge, portanto, o problema do eventual concurso de responsabilidades, pois o ato médico lesivo pode violar simultaneamente o programa contratual estabelecido entre as partes e direitos absolutos do paciente, nomeadamente direitos de personalidade (artigo 70.º do CC), mormente a sua integridade física²⁶. Perante o problema do potencial concurso de responsabilidades, existem várias respostas na doutrina. Segundo a teoria da opção, uma modalidade da responsabilidade não afasta a outra, podendo o lesado escolher qual o regime aplicável à situação em apreço²⁷. Segundo a teoria da ação mista, o lesado poderia socorrer-se,

²¹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, in *Revista do CEJ*, n.º 16 (2011), p. 180.

²² Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

²³ Partes que, como ensina DIAS PEREIRA, são hoje múltiplas, tendo em conta que a medicina domiciliária foi substituída pela medicina institucionalizada, crescentemente complexa. Assim, o contrato de prestação de serviços médicos pode ser também estabelecido com a clínica ou o hospital, com intervenção no ato médico de ampla equipa médica (pense-se nos cirurgiões assistentes, nos anestesistas, nos enfermeiros, etc.) e ainda das seguradoras, para as quais é frequentemente transferido o risco, quer por imposição legal quer por constituição voluntária. Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 33.

²⁴ No entanto, importa referir que parte substancial da doutrina defende que tal presunção só tem lugar nas obrigações de resultado e não nas obrigações de meios - ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade civil por erro médico...”, cit., pp. 190.

²⁵ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES – Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos, Relatório da Cadeira de Direito Civil no Curso de Mestrado, Lisboa, UCP, 2000, p. 180.

²⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO defende que existe uma “*unidade de ilicitude*”, sendo que o interesse negativo de proteção subjacente à responsabilidade extracontratual se une ao interesse positivo do cumprimento, subjacente à responsabilidade contratual – RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p.112.

²⁷ Entre nós, defendida por MENEZES CORDEIRO – Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., p. 399.

numa única ação judicial, das normas de responsabilidade contratual e da extracontratual, amparando-se nas que entenda mais favoráveis²⁸. Finalmente, segundo um outro entendimento defendido por ALMEIDA COSTA²⁹, o regime da responsabilidade contratual “*consume*” o da responsabilidade extracontratual. Aplicando à responsabilidade médica, quando se possa convocar a responsabilidade contratual, o seu regime será, em princípio, mais benéfico para o paciente, não tendo este que provar a culpa do médico, diminuindo para si os encargos probatórios desse pressuposto. Com efeito, julgamos que a aplicação do regime da responsabilidade contratual é a que melhor se adequa à responsabilidade civil médica, numa efetivação da responsabilidade que já de si é muito desafiante para o paciente que, confrontado com um mercado desnível de acesso à informação e conhecimento médico a favor do profissional, vê com particular dificuldade a prova da culpa do ato, a par do requisito da ilicitude. Mais, existe muitas vezes entre as partes³⁰ a celebração de um verdadeiro contrato – tido este como o encontro de vontades tendente à produção de efeitos jurídicos – do qual dimanam obrigações certas e determinadas.

Ora, a cargo do médico consideramos existir a obrigação principal e complexa de tratamento que, por sua vez, se desdobra nas obrigações de observação, diagnóstico, terapêutica e vigilância³¹. Sublinha-se ainda a existência, a par da obrigação de tratamento, de deveres acessórios ancorados no Princípio da Boa-Fé³², como o de elaboração e conservação da ficha clínica do paciente, de o informar e de obter o seu consentimento informado previamente à realização de qualquer intervenção médica de natureza cirúrgica ou medicamentosa e, finalmente, o de proteção do paciente³³.

²⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 548.

²⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 546 a 553.

³⁰ Como se referiu (Cfr. *supra*, nota 27) existe na medicina hodierna uma pluralidade de partes no contrato de prestação de serviços médicos, de entre os quais, o hospital, a clínica, a equipa médica, etc. No entanto, no que aqui nos ocupa, centramos-nos na relação médico/paciente.

³¹ Cfr. *ex-multis*, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, cit., p. 181 e RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 74 – 82.

³² Sem esquecer os rigorosos princípios de deontologia médica que em Portugal se encontram densificados no Regulamento de Deontologia Médica, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho.

³³ Um dever de natureza mais incerta, mas que se caracteriza pela obrigação de o médico zelar pela segurança do paciente, sendo uma obrigação (de resultado) de se abster de qualquer ato, positivo ou negativo, que diminua ou elimine as possibilidades de cura do paciente. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 79.

Já sobre o paciente, impende um dever de informação ao médico³⁴, com veracidade, de quais os sintomas que apresenta, bem como comportamentos de risco que tenha adotado durante a sua vida³⁵. Com efeito, a observância deste dever é essencial para que a obrigação de diagnóstico a cargo do médico possa ser executada corretamente, sendo o dever do paciente corresponsável da obrigação a cargo do médico. Depois, também impende sobre o paciente o dever de adoção de uma conduta positiva ou negativa antes, durante ou após o tratamento ou intervenção, tal como recomendada pelo médico, sendo também este dever fulcral para que a obrigação de tratamento produza os resultados esperados. Como tal, conclui-se que sobre o paciente assenta fundamentalmente uma obrigação de *colaboração* com o médico, sendo o resultado do tratamento tanto mais bem-sucedido quanto mais bem observada aquela for, sem excluir fatores inerentes à conduta do médico e à própria condição do paciente e resposta concreta do seu organismo.

De natureza controvertida, mas de fulcral importância, é a caracterização da obrigação de tratamento como obrigação de meios ou de resultado³⁶. Como destaca a maioria da doutrina, entendemos que o critério fundamental que permite a distinção entre estas duas modalidades de obrigações será o facto de o resultado estar sujeito a uma *álea*³⁷. Com efeito, nas obrigações de meios, não obstante o empenho da melhor técnica possível pelo profissional, coexistem fatores externos à conduta do médico que contribuem de forma decisiva para a definição do resultado. Será este o caso, em regra, da obrigação de tratamento a cargo do médico, pois o sucesso da intervenção médica fica sujeito a fatores inerentes ao próprio paciente – atente-se desde logo à

³⁴ CARLA AMADO GOMES, “With great power comes great responsibility: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente”, in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, 2013, Lisboa, ICJP, 2013, p. 68.

³⁵ No nosso entendimento, o cumprimento de tal dever não se bastará com a mera indicação da sintomatologia em dado momento, mas também pela indicação dos comportamentos que contribuam para o surgimento de doenças, à luz dos conhecimentos e padrão de diligência exigíveis ao sujeito médio na posição socioeconómica do paciente.

³⁶ Na obrigação de meios, o obrigado apenas se vincula a atuar de acordo com a melhor prática profissional, adotando os instrumentos adequados e empregando a técnica mais indicada para a resolução do problema que lhe é colocado, ao passo que na obrigação de resultado o cumprimento encontra-se dependente da obtenção do resultado desejado pelo credor e prometido pelo devedor. Sobre a distinção, cfr. RENÉ DEMOGUE *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 90. Porém, como critério alternativo, os irmãos MAZEAUD propõem a distinção entre obrigações determinadas e obrigações gerais de prudência e diligência, atribuindo à distinção importantes implicações na distribuição do ónus probatório de tal modo que, nas primeiras, o credor apenas teria de provar que o resultado não tinha sido atingido, ao passo que nas segundas, o credor teria de provar a conduta negligente do devedor. – Cfr. JEAN MAZEAUD e FRANCOIS CHABAS *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 90.

³⁷ Também a jurisprudência tem vindo a acolher este critério – Cfr. Ac. STJ de 4 de março de 2008 e Ac. do TRL de 20 de abril de 2006, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

reação imprevisível do organismo a substâncias medicamentosas, ou à rejeição a transplantes ou transfusões sanguíneas. Nas obrigações de resultado, pelo contrário, o resultado dependerá fundamentalmente da perícia do profissional, intervindo de forma pouco decisiva fatores externos à sua conduta³⁸. A importância desta distinção é fulcral, pois dela depende diretamente o âmbito do ónus probatório a cargo do paciente lesado. Identificando a intervenção médica como uma obrigação de meios, cabendo ao médico uma obrigação de tratamento, então cumpre a todo o profissional que empregar a melhor técnica ao seu dispor (*a “legis artis”*) aquando da realização da intervenção. O profissional cumpre assim a sua obrigação se, quando observa, diagnostica, executa a intervenção e vigia o paciente, o faz de acordo com os conhecimentos técnicos que lhe foram ministrados e exigíveis ao profissional médico da sua especialidade técnica e experiência equivalente. Donde, o ónus probatório a cargo do paciente lesado é muito mais pesado se considerarmos a obrigação de tratamento como obrigação de meios e não de resultado. Ali, terá de provar que o médico não atuou conforme a *legis artis*, o que assume especial complexidade porquanto não domina a ciência médica e a sua prática. Aqui, apenas teria de provar que o resultado prometido não foi atingido³⁹. Mais, diversos autores⁴⁰ defendem que, no caso da obrigação de meios, incumbiria ao credor lesado invocar e provar a culpa do devedor, impendendo sobre este “*uma presunção de diligência que caberá ao credor destruir*”⁴¹.

Porém, não é curial dizer que a obrigação a cargo do médico é exclusivamente uma obrigação de meios. Com efeito, atuando o médico à margem de uma álea significativa, deve considerar-se que existe uma obrigação de resultado⁴². Será o caso das intervenções com recurso a maquinismos, assumindo aí o médico uma obrigação de resultado quanto ao seu

³⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 91.

³⁹ A acrescer o facto de parte da doutrina e jurisprudência defender que, nestes casos, a culpa não se presume – Cfr. Acs. TRL de 4 de abril de 1995, TRP de 06 de março de 2006 e TRL de 14 de abril de 2007. Assim sendo, e como denota RUTE TEIXEIRA PEDRO “*se o médico adota os esforços que lhe eram exigidos, constituindo o dano a consumação de uma álea integrante do ato cirúrgico realizado, tendo o paciente prestado o seu consentimento informado, assumiu o risco da sua consumação, devendo suportar o dano. Já se o dano resulta de um fator exterior ao ato médico, mesmo que o profissional tenha executado a técnica de forma adequada, ainda assim estará obrigado a indemnizar, pois no que toca à materialização dessas causas exógenas ao ato, o médico assume uma obrigação de resultado.*” - Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p.97.

⁴⁰ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp.95.

⁴¹ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 107.

⁴² Seguindo LLAMAS POMBO, RUTE TEIXEIRA PEDRO faz referência, a este propósito, à distinção entre “*Obrigações fragmentárias de atividade*” e “*obrigações fragmentárias de resultado*” – Cfr. LLAMAS POMBO *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pág. 98.

funcionamento; da realização de exames de diagnóstico, assumindo o profissional que estes traduzem a realidade biológica existente e, das intervenções cirúrgicas estéticas, nas quais se verifica uma componente aleatória muito reduzida e a verificação do resultado muito provável, não assumindo a intervenção um caráter terapêutico.

Para além das observações que deixamos feitas sobre a natureza das obrigações do médico, o que relevará diretamente na configuração dos contornos da ilicitude obrigacional, avançamos para o requisito da culpa. A culpa centra-se num juízo face ao agente – um juízo abstrato, focado na conduta exigível aos sujeitos na mesma condição existencial do agente⁴³. A culpa identifica-se, as mais das vezes, com a negligência, visto que os casos de dolo no exercício da medicina são raros. A negligência pode ocorrer por pura omissão dos cuidados devidos pelo médico, ou por este adotar condutas imprudentes, arriscadas ou inadequadas face ao diagnóstico feito ou ainda por imperícia, atenta a ausência de conhecimentos técnicos ou de capacidade técnica e destreza prática aptas a tratar o doente⁴⁴. O padrão de conduta é, à luz do estipulado no n.º 2 do artigo 487.º do CC, o critério do “*bonus pater familias*” que, aplicado ao contexto da responsabilidade médica, se identificará com o médico normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso⁴⁵ da mesma área de especialidade, devendo ser ainda tida em conta a idade e experiência do médico. Compete ainda, no juízo de culpa, aferir as condições concretas nas quais o agente atuou e todos os fatores que influíram no resultado, como a gravidade do estado de saúde do paciente, a complexidade da intervenção, a acessibilidade aos meios materiais e humanos cujo recurso se impunha no caso concreto⁴⁶. Quanto à culpa, defendemos, quando se possa convocar a responsabilidade contratual, como o faz a maioria da doutrina que, à luz do disposto no artigo 799.º do CC, a culpa do médico, quando seja ele o devedor, se presume,

⁴³ Ou, como defende DIAS PEREIRA: “A responsabilidade contratual segue, a par com a responsabilidade delitual, um sistema dualista, que concebe a figura da ilicitude (contrariedade ao direito, juízo de censura externo) como diferente da culpa (juízo de censura interno ao agente que podia ter agido de outra maneira.” – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 703.

⁴⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 126. Já DIAS PEREIRA faz a distinção entre cuidado interior e cuidado exterior, caracterizando-se o “cuidado exterior” pelo “*dever que o médico tem de aplicar o standard da ciência no momento do tratamento (...)*” ao passo que “*o cuidado interior refere-se ao padrão subjetivo-individual da culpa, isto é a necessidade de reconhecer o dever de cuidado exterior bem como outros pressupostos pessoais.*” – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 706.

⁴⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 707.

⁴⁶ Rejeitamos a existência de uma “culpa profissional” que tenha por efeito a atenuação do juízo de censura sobre o profissional e pela qual a sua responsabilização só ocorreria em caso de negligência grave ou dolo – Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 138.

cabendo-lhe a prova de que, face ao evento lesivo, não podia e não devia ter atuado de outro modo⁴⁷.

Quanto ao nexo causal e considerando que vigora entre nós a Teoria da Causalidade Adequada, a prova da verificação deste requisito apresenta-se especialmente complexa no âmbito da responsabilidade civil médica, tendo em conta a já referida álea presente no exercício da medicina⁴⁸. O paciente, para estabelecer a existência do nexo de causalidade, terá de provar que a intervenção do médico foi condição do dano e que, ademais, foi causa adequada da produção do mesmo. Ou seja, terá de provar, com razoável certeza, que o médico desencadeou um processo causal que resultou na produção do dano, exigindo-se assim um juízo técnico sobre a intervenção em si e as suas consequências, o que exige, na maioria dos casos, a intervenção de um perito. O julgador terá assim de, num juízo hipotético, projetar o curso que os acontecimentos tomariam não fora o alegado ato lesivo ter ocorrido. Na sequência, só no caso de o resultado de tal juízo for o de que o paciente não sofreria o dano invocado se não tivesse ocorrido intervenção médica, se poderá invocar a existência do nexo causal. Ora, atendendo que uma multiplicidade de fatores contribui para o estado de saúde do paciente, caracterizadoras da álea, tal juízo não resultará frequentemente na efetivação da responsabilidade do médico, pois múltiplos fatores têm a potencialidade de influir no estado de saúde do paciente⁴⁹.

Concluindo, a responsabilidade civil médica demanda considerações específicas que justificam um tratamento autonomizado. Mais, a posição de desequilíbrio em desfavor do paciente a que faremos seguidamente referência, impõe uma cuidada distribuição do ónus probatório a cargo das partes, sob pena de impossibilidade prática de efetivação da responsabilidade.

⁴⁷ ÁLVARO RODRIGUES defende que tal presunção tem apenas lugar no que se refere ao incumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigações de resultado e não nas obrigações de meios. – Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade civil por erro médico...”, cit., p. 190.

⁴⁸ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 96 – 102.

⁴⁹ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 148 – 165.

1.3. As funções desempenhadas pelo funcionamento da responsabilidade civil do médico e o (in)sucesso da sua efetivação

A responsabilidade médica, como a responsabilidade civil em geral, desempenha múltiplas funções⁵⁰. Seguindo DIAS PEREIRA⁵¹, a responsabilidade médica apresenta as seguintes funções: ressarcitória, de prevenção, de justiça, e social (re)distributiva. Visa assim reparar o dano, sancionar o incumprimento dos deveres de cuidado a cargo do médico, responsabilizar o agente que praticou uma conduta efetivamente negligente e socializar o risco, através da promoção da constituição de seguro de responsabilidade civil. No entanto, não obstante o número de ações de responsabilidade civil médica ter vindo a aumentar de década para década⁵², o número total de condenações é baixo⁵³. Porém, a responsabilidade civil não esgota os mecanismos de punição do profissional existindo, a par, a intervenção da responsabilidade disciplinar, a ser efetivada pelo Conselho Superior e pelos Conselhos Disciplinares Regionais da Ordem dos Médicos⁵⁴ e a responsabilidade penal⁵⁵.

Não obstante a pluralidade de mecanismos de reação a intervenções médicas ilícitas, é consabido que existe um problema de efetivação da responsabilidade médica que prejudica a concretização daquelas funções, algo particularmente grave tendo em conta que o paciente lesado já de si carrega um fardo pesado, tendo em conta a natureza do dano, tendo de arcar para toda a vida com as sequelas na sua saúde.

O insucesso das pretensões indemnizatórias decorre da arquitetura do sistema de responsabilidade civil e não da inexistência do dano. Com efeito, o ónus probatório que impende sobre o paciente quanto aos requisitos da ilicitude e nexo de causalidade é a derradeira causa daquela falta de efetivação. Como sublinham, entre outros, DIAS PEREIRA⁵⁶ e RUTE TEIXEIRA PEDRO⁵⁷, o paciente encontra-se numa posição desigual, com défice de

⁵⁰ Sobre as finalidades da Responsabilidade Civil, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, cit., pp. 419 – 422, e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 527 – 539.

⁵¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 87.

⁵² Segundo o estudo mais recente que data de 2010, feito pela Inspeção Geral das Atividades em Saúde, no triénio 2008-2010 as pretensões indemnizatórias ascenderam a 26 milhões de euros, em linha com o triénio anterior, que ascendeu a quase 30 milhões de euros: <https://static.sanchoeassociados.com/DireitoMedicina/Omlegissum/legislacao2011/Maio/igas.pdf>

⁵³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 112.

⁵⁴ Nos termos do artigo 10.º, n.º 3 do EOM, aprovado pela Lei n.º 117/2015 de 31 de agosto.

⁵⁵ Desde logo, porque as intervenções e tratamentos cirúrgicos executados em violação da *legis artis* constituem crime, de acordo com o artigo 150.º do CP.

⁵⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 778.

⁵⁷ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 165 –170.

conhecimentos técnicos face ao médico, tendo falta de testemunhas⁵⁸ e necessidade de recorrer a peritos para demonstrar os requisitos da ilicitude, do nexo de causalidade e do dano. Quanto ao requisito da ilicitude, o paciente terá de demonstrar uma desconformidade da conduta do médico face à que lhe era exigida tendo em conta o estado da arte médica no momento no qual o ato é praticado, considerando, como visto, que a obrigação a cargo do médico é uma obrigação de tratamento e não de cura e logo, uma obrigação de meios. Não obstante, se bem que face à inexistência de uma álea significativa existam intervenções que constituam mera obrigação de resultados⁵⁹ – simplificando a tarefa probatória a cargo do paciente, pois apenas terá de alegar e provar que o resultado prometido não foi atingido – é justamente o incumprimento da obrigação de tratamento que acarreta uma tarefa mais complexa e que mais desafio traz aos Tribunais. Assim sendo, será necessário um juízo técnico, imparcial, feito por peritos médicos para levar ao conhecimento do Tribunal qual a conduta esperada e qual a executada, bem como os resultados esperados.

Depois, tal exercício pericial terá de debruçar-se sobre a complexa questão do nexo causal, cabendo ao paciente provar que o dano que sofreu ocorreu em sequência da intervenção médica e não de outro fator ou evolução da sua própria condição. Como refere RUTE TEIXEIRA PEDRO⁶⁰ esta prova é a que levanta maior dificuldade, atenta “*a álea presente na actividade médica e ao consequente desconhecimento da exacta sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos e técnicas da ciência médica.*”. Mais uma vez, só os peritos conseguirão fazê-lo. Mas a ciência médica rege-se por probabilidades e raramente por certezas, existindo uma plethora de causas inerentes ao próprio paciente que podem contribuir para a produção do dano.

Aliado a tal facto, e já em sede de aferição da culpa, surge-nos um fenómeno que obsta ao estabelecimento claro da existência de culpa do médico através de juízo pericial. Os peritos, não raras vezes, exaltam os riscos inerentes à intervenção médica, com isso diminuindo a relevância da conduta executada, afastando a culpa do médico.

⁵⁸ Uma vez que a execução ato médico não é, muitas vezes, passível de ser observada por terceiros.

⁵⁹ DIAS PEREIRA alude a uma interessante divisão feita pela jurisprudência italiana que distingue “*intervenções de fácil execução*” das “*intervenções de difícil execução*”. Nas primeiras, o paciente tão-só terá de demonstrar a não difícil execução da intervenção, ao passo que nas segundas, já compete ao paciente provar a conduta contrária à *legis artis*. - ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 716.

⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 151.

A prova testemunhal também é dificultada, perante a existência de uma cooperação velada entre profissionais que dificulta a aferição dos acontecimentos e a projeção de qual a evolução esperada dos eventos na sequência da intervenção.

Estes fatores em conjunto, revelam que o princípio de igualdade de armas não existe e que uma intervenção corretiva, equilibradora por parte do juiz, é necessária para efetivação da responsabilidade civil médica. A tal propósito, RUTE TEIXEIRA PEDRO⁶¹ invoca os aludidos desequilíbrios e falta de efetividade prática a que aludimos como fundamentos para uma intervenção “*pro damnato*” do paciente, ou seja, a criação de remédios que visem atenuar estas disparidades. Porém, tal intervenção pode ser feita também através de uma interpretação adequada dos institutos jurídicos já criados e da aplicação do instituto da responsabilidade civil temperada por preocupações de reposição do equilíbrio entre as partes (médico lesante e paciente lesado), como se defenderá.

2. O Consentimento Informado

2.1. Observações Gerais – a Evolução do Conceito de Consentimento Informado e a sua Natureza Jurídica

O paradigma hodierno, em substituição de séculos de prática médica identificada com o privilégio terapêutico, é marcado pela exigência da obtenção do consentimento do paciente antes de qualquer intervenção médica. Consentimento esse prestado pelo paciente após ministração, pelo médico, da informação apta e adequada para uma correta ponderação, pelo paciente, dos riscos e benefícios da intervenção.

Entendemos hoje que a intervenção médica, no setor privado, em muitos casos, decorre de um contrato, o qual se baseia na paridade e autonomia entre as partes⁶². De qualquer modo, é reconhecido ao paciente um espaço de autodeterminação no qual são colocados à sua disposição os elementos necessários para uma decisão informada. A necessidade de obtenção do consentimento informado previamente a qualquer intervenção médica decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do paciente como direito imanente ao ser humano,

⁶¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p.. 165.

⁶² ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 34.

consagrado entre nós no artigo 70.º do CC e a sua violação implica a lesão dos bens jurídicos liberdade, autodeterminação pessoal e a integridade física e/ou moral⁶³.

Em oposição a este espaço que é conferido ao paciente, surge-nos o privilégio terapêutico. O médico era entendido como a entidade que reunia em si todo o conhecimento proporcionado pela ciência médica, um tutor⁶⁴, e o único que poderia indicar o tratamento ao paciente, visto como pessoa debilitada quer do ponto de vista físico quer moral, incapaz de decidir, cujo destino era confiado às mãos do médico. Porém, por intervenção do liberalismo no pensamento jurídico ocidental, o paciente passou a atuar como consumidor de cuidados médicos, uma parte contratual no contrato de prestação de serviços médicos⁶⁵, com pleno direito à sua autodeterminação, o que implica autonomia na decisão de sujeição a cuidados médicos e uma constante colaboração e acompanhamento por parte do médico, um participante fulcral em tal processo. Entre nós, porém, o privilégio terapêutico é ainda acolhido em sede de intervenções terapêuticas⁶⁶ se, como resulta do artigo 157.º do CP, o cumprimento do dever de esclarecimento pelo médico implicar “*a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*”. Ou seja, nestes casos, é lícito ao médico reter informação relativa ao ato médico, tendo-se a posterior intervenção como lícita. De igual modo, o CDOM estipula no artigo 40.º, n.º 4 que “*Sempre que tenha de facultar informação do processo clínico o médico tem o direito de expurgar as suas anotações pessoais e o dever de não fornecer informações sujeitas a segredo de terceiros e não comunicar circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.*”⁶⁷.

⁶³ DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil*, Editora da Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2015. p. 71, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/50354>

⁶⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 29.

⁶⁵ Entenda-se quando contrata com um concreto médico. Quando usufrui de tais serviços por intermédio de estrutura hospitalar pública é discutida a natureza extracontratual da relação, ao que acresce a competência da jurisdição administrativa. – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., p. 30.

⁶⁶ Que se distinguem das não terapêuticas, como a cirurgia estética, a doação de órgãos, a participação e ensaios clínicos, etc. Para tais intervenções, não existirá privilégio. Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 465.

⁶⁷ Porém, na redação do anterior artigo 40.º do CDOM, a margem do médico para não revelar informação ao paciente era bem maior e o critério pouco claro, rezando a norma que “*O prognóstico e o diagnóstico devem ser revelados ao doente, salvo se o Médico, por motivos que a sua consciência julgue ponderosos, entender não o dever fazer*” o que constituía uma manifestação clara de privilégio terapêutico. O anterior CDOM foi publicado na Revista da Ordem dos Médicos, n.º 3 de 1985, sendo muito debatido o seu valor jurídico, defendendo-se a sua mera eficácia interna. O CDOM que lhe sucedeu viria a assumir claramente a natureza de regulamento

Quanto à natureza jurídica do consentimento, importa aludir à tripartição proposta por ORLANDO DE CARVALHO⁶⁸ que qualifica o consentimento como tolerante, autorizante ou vinculante. O consentimento, em termos gerais, atua como causa excludente da ilicitude na medida em que, *a contrario*, se tem como ilícito o ato médico que for concretizado sem consentimento do paciente, mesmo que de acordo com a *legis artis* e tendo em vista a melhoria do seu estado de saúde, constituindo assim ofensa à sua integridade física.

O consentimento tolerante, nos termos do artigo 340.º do CC, exclui a ilicitude do ato ou omissão praticado por terceiro, mas não se atribui a este um direito de agressão da integridade física, da autodeterminação e liberdade do paciente. Tão-só afasta o seu carácter ilícito mediante prestação de consentimento por este. Já o consentimento autorizante atribui um poder jurídico de agressão, mas confere a quem consente o poder e legitimidade para, a qualquer momento, revogar livremente o consentimento prestado, sem prejuízo da obrigação de indemnizar, na medida em que tenha criado legítimas expectativas na outra parte⁶⁹.

Por fim, o consentimento vinculante é irrevogável unilateralmente, atribuindo a outrem um direito subjetivo característico de um autêntico negócio jurídico, no que constitui uma disposição normal e corrente de direitos de personalidade.

Será assim curial identificar o consentimento prestado para qualquer regular ato médico (no qual se destaca a intervenção cirúrgica) como consentimento tolerante, por ser livremente revogável e não conferir à outra parte um direito a ser ressarcida.

Ora, face à tripartição proposta, CAPELO DE SOUSA⁷⁰ entende que tanto o consentimento vinculante como o autorizante constituem verdadeiros negócios jurídicos, nos quais as partes pretendem que os respetivos efeitos jurídicos desejados se concretizem. Parte da doutrina secundava tal entendimento, reconduzindo o consentimento do paciente à figura do negócio jurídico. Porém, atualmente é considerado que o consentimento consiste num ato jurídico em sentido estrito, o qual se caracteriza pela produção de efeitos independentemente da vontade,

administrativo, tendo sido publicado na 2ª Série do Diário da República sob a forma de Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro de 2009.

⁶⁸ ORLANDO DE CARVALHO *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p.131 e DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *Responsabilidade civil médica* ..., cit., p. 66.

⁶⁹ ORLANDO DE CARVALHO insere neste subtipo as intervenções em benefício alheio ou geral, tais como os ensaios clínicos, as doações de órgãos, entre outros. Porém, DIAS PEREIRA rejeita a qualificação do consentimento prestado para um ensaio clínico, investigação não terapêutica ou doação de órgãos como consentimento autorizante na medida em que a obrigação de indemnizar imposta a quem consente contende com a livre revogabilidade do consentimento prestado, reconduzindo tal consentimento ao regime do consentimento tolerante. – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., pp. 131 e ss.

⁷⁰ CAPELO DE SOUSA *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p.135.

resultando os efeitos da lei e produzindo-se estes independentemente da vontade do agente⁷¹. Já DIAS PEREIRA ⁷² recondu-lo ao ato quase-negocial, pois o consentimento já está regulamentado pelo legislador, gozando da livre revogabilidade e inexistência da obrigação de indemnizar e não um ato negocial que visa quebrar uma relação jurídica pré-existente.

No seguimento da decisão da *Cour de Cassation* de 29 de maio de 1951⁷³ a doutrina francesa procedeu à distinção entre o consentimento-aceitação tendente à celebração do contrato de prestação de serviços médicos, e o consentimento-assentimento, para a concretização do ato médico específico. O consentimento reger-se-ia por regras distintas do assentimento, sendo que o primeiro não se identificaria com o consentimento tolerante, mas sim com o consentimento autorizante ou vinculante, aplicando-se as regras gerais dos negócios jurídicos. Já no segundo, seria ato jurídico em sentido estrito, produzindo-se os seus efeitos por via da lei, com as sobreditas notas características da livre revogabilidade, obediência aos princípios da ordem pública e bons costumes.

Julgamos que a destrinça tem fundamento, sendo momentos distintos – uma coisa é a escolha do médico, outra a execução do procedimento – porém, tal não tem como efeito a descaracterização do consentimento prestado pelo paciente, devendo ser identificado este como consentimento tolerante.

2.2. O Consentimento Informado na ordem jurídica portuguesa e no Direito Internacional – evolução histórica

O direito ao consentimento é pela primeira vez abordado na jurisprudência inglesa no caso *Slater vs Baker & Stapleton*, em 1767, ao passo que nos Estados Unidos seria em 1914, no caso *Schloendorff vs Society of New York Hospital*⁷⁴, que o juiz Benjamin Cardozo afirmou que “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*”, declarado a ilicitude da intervenção médica executada sem prévio consentimento do paciente⁷⁵.

⁷¹ DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *Responsabilidade civil médica* ..., cit., p. 69 e GUILHERME DE OLIVEIRA apud DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 136.

⁷² DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 137.

⁷³ Cfr. DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 138 e DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *Responsabilidade civil médica* ..., cit., p. 70.

⁷⁴ Cfr. JOÃO RICARDO DE ABREU CARREIRA CAIADO LOPES, “O consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico e o Início do Respeito Pela Autodeterminação do Paciente” in *RJLB*, Ano 8, n.º 2, Lisboa, 2022. p. 1109.

⁷⁵ Como VAZ RODRIGUES sublinha, o tratamento doutrinal da figura do consentimento informado é bastante extensa nos EUA, ao passo que também é nesta jurisdição que se faz sentir uma dualidade perigosa: um

Porém, só em 1947, com o Código de Nuremberga, surge o primeiro instrumento internacional que se reporta ao consentimento, não obstante direcionado exclusivamente para a experimentação humana. Porém, como refere DIAS PEREIRA⁷⁶ as sementes para um novo paradigma do direito médico estavam lançadas, sendo o direito à autodeterminação do paciente o novo fulcro. Já RUI NUNES⁷⁷ sublinha a importância do relatório Belmont, autoria da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research*, elaborado em 1978, como “um dos primeiros instrumentos éticos, de relevância internacional, apelando ao princípio do respeito pela autonomia individual no âmbito da experimentação em seres humanos”.

Em 1957, a jurisprudência norte americana dá um novo salto, ocorrendo a primeira referência ao consentimento informado (“*informed consent*”), no caso *Salgo vs Leland Stanford Jr University Board of Trustees*, tendo sido condenado o médico por ter minimizado os riscos do procedimento de modo a incentivar o consentimento do paciente, tendo aqueles riscos se concretizado.

Na Europa, avulta o caso julgado pela *Cour de Cassation* em 1961 que estabeleceu que o médico deveria fornecer ao paciente uma informação simples, próxima, inteligível e leal. Já a jurisprudência britânica, na visão de VAZ RODRIGUES⁷⁸, não tem subscrito por inteiro os contributos da jurisprudência e doutrina norte-americanas, pois tende a centrar-se mais nos aspetos técnicos da atuação médica e a valorizar mais os padrões técnicos de atuação. Porém, muito antes, na Alemanha, o *Reichsgericht* pronunciava-se sobre os limites da atuação médica, sublinhando que o dissentimento do paciente constituía um limite ao tratamento médico lícito, ainda que conduzido segundo as *leges artis*⁷⁹ (sentença de 31 de março de 1894). Em Itália⁸⁰, a doutrina do consentimento informado encontra as suas origens na sentença proferida pela *Corte d’Appello* de Milão de 21 de março de 1939, embora a delimitação da extensão do dever de informação tenha sido muito vaga.

desempenho técnico irrepreensível por parte dos médicos, acompanhado do exercício de uma medicina defensiva, na qual o médico atua com o propósito de evitar possíveis procedimentos judiciais – Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico Português - (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.32.

⁷⁶ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 59.

⁷⁷ RUI NUNES, “Consentimento informado e boa prática clínica” in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 120.

⁷⁸ JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 34.

⁷⁹ UBALDO NANNINI, *apud* JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 36.

⁸⁰ Cfr. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 4.

Quanto à evolução do tratamento da questão do consentimento na jurisprudência, DIAS PEREIRA⁸¹ alude a várias fases na sua evolução: o consentimento voluntário, marcado pela exigência de obtenção de prévio consentimento para a intervenção médica, mas desprovido da exigência do fornecimento da informação adequada à tomada de decisão livre e consciente; o consentimento informado, marcado pelo fornecimento de informação genérica e adequada ao paciente médio; o consentimento válido e, por fim, o consentimento autêntico, “*caracterizado por uma decisão que se encontra plenamente de acordo com o sistema de valores do indivíduo*”. Como veremos adiante, importa conferir a informação adequada ao concreto paciente, avultando o critério subjetivo quanto à extensão do dever de informação.

Observando os instrumentos internacionais⁸², constata-se também esta evolução progressiva e crescente exigência quanto aos requisitos para efetivação do consentimento. Em 1964 surge a Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial que densifica os critérios para obtenção de um consentimento informado válido, embora ainda em contexto exclusivamente de experimentação em seres humanos, contexto que também fundou a Declaração de Nuremberga. Também o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966) estabelece, no seu artigo 7.º, a proibição de submissão da pessoa a experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento. A UNESCO também teve um papel relevante na densificação das normas internacionais de direito da medicina pois, sob o seu auspício, foi emanada a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (1997) que veio prever, no seu artigo 5.º alínea b), a necessidade de ser obtido “*o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo*” num contexto mais amplo, não exclusivamente ligado à experimentação médica. A Declaração sobre Normas Universais em Bioética, de 19 de outubro de 2005 estabeleceu no seu artigo 6.º que “*Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.*”

⁸¹ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 64.

⁸² Cfr. o excuro feito pelos vários instrumentos internacionais em ERS, *Consentimento Informado – Relatório Final*, págs. 63 e ss.

Porém, tem sido ao nível europeu que a questão dos direitos dos pacientes tem sido alvo de densificação normativa no seio de várias organizações internacionais como o Conselho da Europa e a União Europeia, bem como delegações locais de organizações de âmbito mundial, como a OMS. Quanto a esta última, observe-se a Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa (1994), promovida pela secretaria regional da OMS na Europa. Quanto à intervenção do Conselho da Europa, merece destaque a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, no seu artigo 8.º, protege o paciente de intervenções arbitrárias por via do respeito do direito à vida privada. Com efeito, tem sido por apelo a esta norma que relevante jurisprudência do TEDH se tem pronunciado quanto aos direitos dos pacientes face a intervenções médicas não consentidas ou cujo dever de informação não foi suficientemente cumprido. Foi também através do Conselho da Europa que foi criada a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina aprovada em Oviedo que estipula no seu artigo 5.º o direito ao consentimento informado, estabelecendo com precisão o âmbito do esclarecimento devido pelo médico, exigindo-lhe “*uma informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e os seus riscos*” e assegurando a livre revogação do consentimento. Porém, visto que o TEDH só pode intervir mediante a violação da CEDH, só esta última, por via do sobredito artigo 8.º tem conhecido aplicação prática, ao passo que a CEDHBio, não obstante ser mais densa quanto ao conteúdo do direito ao consentimento informado, não tem tido a mesma aplicação prática.

Por seu turno, a União Europeia também tem contribuído para a criação de instrumentos internacionais relevantes neste domínio, mormente a Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes (1984) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que assegura, no seu artigo 3.º, o “*consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei*”.

Já no dealbar do século, a *Active Citizenship Network*⁸³ redigiu a Carta Europeia dos Direitos do Paciente que motivou a elaboração de um parecer pelo Comité Económico e Social Europeu sobre os direitos dos pacientes, tendo afirmado, a propósito do direito ao consentimento livre e esclarecido, a necessidade de se estabelecer entre médico e paciente uma “*aliança terapêutica*” num esforço partilhado no qual o médico não se limita a transferir para o paciente a responsabilidade de decidir qual o tratamento a executar, mas sim a promover a

⁸³ A *Active Citizenship Network* é uma organização sem fins lucrativos fundada em Itália no ano de 1978, tendo como propósito promover o ativismo dos cidadãos na proteção dos direitos, bens comuns e apoio a pessoas em condição frágil em Itália e no estrangeiro, contando com um representante permanente junto da União Europeia. – Cfr. <https://www.activecitizenship.net/about-us/cittadinanzattiva-active-citizenship-network.html>

participação do paciente nas decisões que lhe dizem respeito. O CESE sublinhou também a importância da renovação do consentimento antes de qualquer ato médico ou cirúrgico importante. Como tal, no âmbito de tratamentos prolongados, com prática de vários atos médicos ao longo do tempo, o dever de informação por parte do médico deveria ser renovado.

Em Portugal, assume particular destaque a Nova Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro que, na Base 2, n.º 1, als. e) e f) dispõe que todas as pessoas têm direito “*A ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar*” e “*A decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excecionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde.*”

Compaginando os instrumentos internacionais e nacionais citados, observamos uma transição marcada entre um passado, já remoto, marcado pelo privilégio terapêutico e um presente enformado pelo consentimento livre e esclarecido, resultado de uma partilha de esforços e responsabilidades entre médico e paciente ao longo de todo o tratamento. O paciente é visto como ser plenamente autónomo e responsável, cabendo ao médico partilhar o seu conhecimento e experiência com o paciente que, com base num substrato de informação suficientemente amplo e adequado à sua condição, deverá decidir sobre qual o tratamento que lhe deverá ser ministrado.

2.3. Os Requisitos para Verificação do Consentimento Informado

Mais do que o mero consentimento informado, julgamos que hoje se defende uma “*escolha informada*”⁸⁴ que implica “*não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico.*”⁸⁵. Assim, a extensão do dever de informação é central para a concretização da escolha informada pelo paciente. Mas bastamo-nos pela transmissão de informação genérica ao paciente? Quais informações deve o

⁸⁴ Correspondendo à “*informed choice*” da doutrina anglo-saxónica – Cfr. DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 74.

⁸⁵ AMARILLA/ALAMO *apud* DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 74.

médico transmitir e com que grau de detalhe? E deve atender a critérios objetivos ou subjetivos quanto à determinação da extensão do seu dever de informação?

A completude da informação a transmitir pelo médico é central. A extensão do dever de informação, seguindo DIAS PEREIRA⁸⁶, envolve a transmissão pelo médico ao paciente, dos seguintes elementos: (i) diagnóstico; (ii) meios e fins do tratamento; (iii) prognóstico; (iv) efeitos secundários; (v) riscos e benefícios da intervenção; (vi) caráter urgente e riscos na demora; (vii) alternativas terapêuticas; e (viii) os riscos e consequências da recusa do tratamento. Deslindaremos com maior precisão o conteúdo da informação a transmitir, mas, como resulta evidente, a extensão da informação proposta pelo autor e que encontra respaldo na letra do artigo 157.º CP é assaz complexa. Importa também sublinhar que nem todo o paciente está preparado para receber tão ampla gama de informação, devendo variar a sua complexidade de acordo com a sua capacidade de entendimento e as suas condições socioeconómicas. De contrário, o paciente recebe a informação, mas não a assimilará adequadamente nem ponderará as suas consequências práticas. Como refere CARLA AMADO GOMES⁸⁷ “A informação deve ser veiculada de acordo com a capacidade cognoscitiva do paciente (...) um paciente esclarecido não apenas recebeu como compreendeu a informação, e só então pode consentir no tratamento que considera mais adequado e eficaz para o seu caso (...) Quanto menor aptidão cognoscitiva revelar o paciente, maior cuidado deverá o médico empregar para se certificar de que ele assimilou a informação essencial para assegurar a colaboração necessária no tratamento”. Mais, diremos nós, para assegurar que o paciente se autodetermina e, face às suas condições pessoais de vida, os seus projetos e planos de futuro, escolha a opção mais adequada a si.

RUI NUNES⁸⁸, por referência ao estudo de TOM BEAUCHAMP e JAMES CHILDRESS defende que o consentimento informado é dotado de cinco elementos estruturais, a saber: a competência, a comunicação, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento. Como tal, “O agente presta um consentimento informado se for competente para agir, receber a informação completa, compreender essa mesma informação, decidir voluntariamente e, finalmente, consentir a intervenção.” Ou seja, converge este autor na ideia de que a informação a transmitir,

⁸⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 373 e ss.

⁸⁷ CARLA AMADO GOMES, “With great power...”, cit., p. 65.

⁸⁸ TOM BEAUCHAMP e JAMES CHILDRESS *apud* RUI NUNES, “Consentimento informado e boa prática clínica ...”, cit. p. 131.

não obstante dever ser completa, tem de ser “modelada” face à aptidão de cada um para a compreender.

CAIADO LOPES⁸⁹, citando BÁRBARA SOFIA BRITO DA SILVA ROQUE, refere como pressupostos do consentimento informado a (i) atualidade; (ii) a capacidade; (iii) a liberdade e a vontade; (iv) o esclarecimento e, (v) a informação, convergindo assim com a generalidade da doutrina.

Com efeito, o consentimento deve ser atual, isto é, imediatamente anterior ao ato médico a executar, sob pena de perder o seu sentido, tendo em conta a constante evolução da ciência médica bem como a realidade que rodeia o paciente e a qual contribui para o seu processo decisório⁹⁰. Note-se que o CESE no seu parecer relativo à Carta Europeia dos Direitos do Paciente proposta pela *Active Citizenship Network*, sublinhou a importância da renovação do consentimento ao longo do tratamento, não podendo ser prestado um único consentimento sem consideração das diversas fases do tratamento ou ainda, face a tratamentos complementares cuja necessidade promane dos iniciais. Mais, deverá ser dado o necessário tempo de reflexão ao paciente, que carecerá de tanto mais tempo quanto a crescente complexidade da intervenção⁹¹, exceto se a necessidade de tratamento for urgente. As diretivas antecipadas de vontade e a nomeação de um procurador de saúde, matérias reguladas pela Lei n.º 25/2012 de 16 de julho, são assim mecanismos que colidem frontalmente com a obtenção de um pleno consentimento livre e esclarecido pois o recurso a eles resulta num consentimento desprovido de atualidade. Com efeito, como indica DAVID OLIVEIRA⁹² aludindo às diretivas antecipadas de vontade, tais mecanismos têm como base falácias legais. Refere o autor que “*Irrespective of the prescribed format for advance directives, including necessary language, signatures, witnesses, etc. there is seldom any provision designed to achieve sustainable accuracy. An advance directive which a person executes at 20 or 25 years of age frequently has lasting durability, and could thus theoretically compel decisions made when the patient is much older and in ill health (...). The one hallmark of traveling through life is change. Thus, we seldom remain static in our beliefs, values, desires, perspectives, or even moral view points as we face more and more life experiences. Thus, our ability to predict our future feelings is frequently governed by*

⁸⁹ JOÃO RICARDO DE ABREU CARREIRA CAIADO LOPES, “O consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico e o Início do Respeito Pela Autodeterminação do Paciente” in *RJLB*, Ano 8, n.º 2, Lisboa, 2022, pág. 1120.

⁹⁰ CAIADO LOPES, “O consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico ...”, cit., pág. 1120.

⁹¹ Neste sentido, DIAS PEREIRA, *O Consentimento informado...*, cit., pág. 459.

⁹² OLIVEIRA, DAVID J., “The Law of Informed Consent and the Right to Die in the United States of America”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Vol. 11, Coimbra, Almedina, 2005., p. 62.

nothing more than the law of chance.” Este raciocínio demonstra como o pressuposto da atualidade é de suma importância visto que a ponderação, pelo paciente, dos riscos e benefícios do tratamento, tem como pano de fundo a sua situação presente, o seu quadro de valores e expectativas, que vai necessariamente mudando ao longo da vida. Donde, o consentimento prestado através dos referidos mecanismos legais não é verdadeiramente livre, sendo um mero expediente legal construído para desbloquear situações de “impasse” nas quais tal esclarecimento é, de todo em todo, impossível de obter. Quanto a este ponto, DIAS PEREIRA⁹³ manifesta a sua discordância, entendendo que *“há uma presunção de que a vontade manifestada na diretiva antecipada corresponde à vontade atual”* e cabendo ao médico, caso entenda ter o dever de contrariar a vontade manifestada na diretiva, provar que a vontade do paciente mudou.

Outra questão pertinente atinente ao requisito da atualidade prende-se com as *“extended operations”*, abordada por DIAS PEREIRA⁹⁴ e que surge quando, não obstante o consentimento ter sido prestado para uma dada intervenção, ser necessária outra intervenção, mais adequada face à ciência médica e cuja necessidade não foi prevista e comunicada ao paciente aquando da prestação do consentimento. Como resulta do disposto no artigo 156.º, n.º 2 al. a) do CP, quando tal desvio vise evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde, defende-se que a intervenção não é punível, não obstante o consentimento não ter sido prestado. Porém, e no que interessa ao Direito Civil, quando não haja um perigo imediato, defende aquele autor que o médico deve interromper o procedimento e colher tal consentimento, a menos que prove que a *legis artis* impunha o tratamento não consentido, visando o desvio a exclusiva proteção da vida, corpo ou saúde do paciente, não sendo razoável considerar que o paciente não prestaria o seu consentimento e que a interrupção e subsequente repetição do procedimento acarretaria mais danos que a sua continuação.

Depois, quem consente deve ser capaz de o fazer. Como refere RUI NUNES⁹⁵ este pressuposto exige que o paciente esteja apto a *“efetuar um juízo independente de acordo com o seu sistema de valores”*. CAIADO LOPES⁹⁶ identifica a capacidade de consentir com a capacidade de exercício sendo que, no caso dos sujeitos com idade inferior a 18 anos ou dos maiores acompanhados que sejam desprovidos dessa capacidade, caberá aos representantes

⁹³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 248.

⁹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 498.

⁹⁵ RUI NUNES, “Consentimento Informado e Boa Prática Clínica ...”, cit., p. 131.

⁹⁶ CAIADO LOPES, “O Consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico ...”, cit., pág. 1123.

legais decidir o destino do representado ou ao Tribunal em caso de discordância, nos termos do artigo 1901.º, n.º 2 e 3 do CC, mas devendo aquele ser ouvido. No entanto, discordamos de tal posição, pois a capacidade de exercício é mera ficção legal criada pelo legislador, uma fórmula genérica que não tem em consideração a capacidade do concreto sujeito em avaliar a informação que lhe é transmitida e assim, decidir. Porém, também não podemos identificar a capacidade para consentir com a mera aquisição de capacidade de gozo que se adquire com o nascimento. Assim sendo, uma terceira via tem de ser considerada – uma “*capacidade para consentir*”⁹⁷. Visto que a decisão é pessoalíssima pois, em bom rigor, qualquer intervenção médica, por ser atinente ao corpo do sujeito, só ao próprio dirá respeito. Assim, se o sujeito consegue fazer a justa ponderação necessária para uma decisão com a relevância que muitos atos médicos revestem (desde logo, as cirurgias) sem ter ainda atingido plena capacidade de exercício, então a sua vontade deverá ser tida em consideração. A este respeito, VAZ RODRIGUES traz-nos uma perspetiva médica do que será a capacidade, fundamental para delinear com precisão uma solução para esta questão. Citando PABLO LORDA⁹⁸, a capacidade será “*aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão real da sua própria identidade individual, isto é, da sua autonomia moral pessoal*”. Donde, necessariamente a capacidade terá de ser avaliada casuisticamente. Como VAZ RODRIGUES⁹⁹ defende “*Onde exista capacidade de entendimento e ponderação, deverá igualmente existir uma vontade atendível*”, concluindo que, mesmo que o sujeito não tenha a idade estabelecida pela Lei para consentir, ainda assim, existindo aquele discernimento exigível para a prestação de consentimento informado, este deve ser admitido. O mesmo se diga quando a aparente incapacidade advém não da idade, mas do estado mental do sujeito, o que também convoca uma aferição pontual do discernimento e da vontade.

Quanto ao requisito da capacidade, DIAS PEREIRA¹⁰⁰ também defende a autonomia da figura da capacidade para consentir, pois a figura da capacidade de exercício encontra-se mais configurada para a participação em relações jurídicas de índole patrimonial, não se adequando

⁹⁷ O Código Penal já estabelece esta terceira via, estipulando no seu artigo 38.º, n.º 3 que “*O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.*”. A este propósito, ORLANDO DE CARVALHO defende a unidade do sistema jurídico, concluindo que esta norma “*criou uma maioria especial, uma maioria para o acesso a cuidados de saúde.*” – Cfr. ORLANDO DE CARVALHO *apud* JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 203.

⁹⁸ PABLO SIMÓN LORDA, *apud* JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 200.

⁹⁹ JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto...*, cit., p. 204.

¹⁰⁰ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 148 e ss.

à figura do consentimento no âmbito de uma relação pessoalíssima como a que se estabelece com o prestador de cuidados médicos. Sendo assim, e face à terminologia utilizada pela doutrina anglo-saxónica, invoca o instituto da “*competência/incompetência*” ou, na doutrina alemã “*Einwilligungsfähigkeit*” que se identifica com a terceira via a que fizemos referência¹⁰¹.

O sujeito capaz tem de ponderar com liberdade e vontade. Não é válido, assim, o consentimento prestado sob coação ou fundado em erro, resultando na ilicitude da intervenção¹⁰². Como visto, o principal bem jurídico tutelado pelo consentimento informado, motivo pelo qual a intervenção sem a sua obtenção é punível, é a liberdade e autonomia individual. Como refere CAIADO LOPES¹⁰³, além da liberdade, o paciente tem de ter vontade, sendo que esta promana de um adequado esclarecimento, pois só o sujeito adequadamente esclarecido, que compreenda o âmbito do tratamento e os benefícios que o mesmo lhe pode trazer, assim como os riscos, tem motivação para assentir e sujeitar-se à terapêutica médica.

Depois, indissociáveis um do outro, surge-nos o esclarecimento e a informação. O paciente esclarecido é aquele que recebeu a informação adequada, a absorveu e a ponderou, processo essencial para a concordância ou discordância na sujeição ao tratamento médico proposto.

Como visto, DIAS PEREIRA¹⁰⁴ apresenta-nos um conteúdo amplo do dever de informação cujo alcance e extensão deverão variar consoante o destinatário, como veremos. Quanto à informação relativa ao diagnóstico, a exigência do seu fornecimento decorre do disposto no artigo 157.º do CP sendo que esta disposição, como já aludido, prevê margem para o privilégio terapêutico na medida em que o seu conhecimento colocaria em perigo a vida do paciente ou seria suscetível de causar grave dano à saúde física ou psíquica. Não se adivinha como o conhecimento do real estado de saúde, pelo paciente, é apto a, de *per si*, colocar em risco a vida ou provocar grave dano à saúde física. Assim, tão só poderá estar potencialmente em causa a saúde mental, pois o conhecimento do diagnóstico é apenas suscetível de causar um profundo estado de ansiedade e tristeza no paciente, desmotivando-o da sujeição a intervenções médicas. No fundo, o privilégio terapêutico nesta situação teria como objetivo assegurar que aqueloutro pressuposto, o da vontade, não desapareceria. Como o autor bem refere, entendemos que neste

¹⁰¹ O autor faz também a distinção entre incompetência absoluta e incompetência relativa. Naquela, o paciente não se encontraria apto a prestar o seu consentimento (seria o caso de existência de grave doença mental, crianças muito novas) ao passo que nesta, competiria ao médico assistente o dever de decidir se o paciente está em condições de prestar um consentimento capaz (seria o caso de doença mental menos grave, exaustão, atuação sob o efeito de medicação) – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 169.

¹⁰² CAIADO LOPES, “O Consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico ...”, cit., pág. 1127.

¹⁰³ CAIADO LOPES, “O Consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico ...”, cit., pág. 1128.

¹⁰⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 373.

caso o médico tem ainda assim a obrigação de comunicar o diagnóstico ainda que em “linhas gerais” ou de modo não totalmente completo, salvo se a relação contratual tiver como único propósito a obtenção de diagnóstico (caso, por exemplo, da realização de testes genéticos), onde a transmissão da informação tem de ser necessariamente completa.

Relativamente à informação atinente aos meios e fins do tratamento, importa um cabal esclarecimento do paciente de modo a não acalantar falsas esperanças. Como refere DIAS PEREIRA¹⁰⁵, o médico deverá ter em consideração se a intervenção é meramente medicamentosa ou se envolve uma ingerência mais severa, como ocorre numa cirurgia.

Aqui, como no caso da informação relativa ao diagnóstico, o privilégio terapêutico, quando muito, dará lugar a uma mitigação da completude da informação a transmitir ao paciente com o fim de preservar a sua saúde mental. Tal sucederá nos casos (muito limitados) em que o fim a atingir com a intervenção, com toda a probabilidade, não ser o pretendido pelo paciente, mas o único possível, à luz dos melhores conhecimentos médicos disponíveis no momento. De resto, e mesmo que o fim do tratamento não possibilite o regresso ao estado anterior ao surgimento da doença, tal deverá ser concretamente explicado ao paciente.

Quanto ao prognóstico, como refere DIAS PEREIRA¹⁰⁶, deve o médico “*transmitir ao paciente uma informação correta (...), por forma a que este possa orientar os seus planos de vida, no aspeto pessoal e patrimonial, e assim, livremente, autodeterminar-se e autoresponsabilizar-se pelo seu futuro.*”

Face aos efeitos secundários, estes devem ser transmitidos da forma mais clara e detalhada possível ao paciente. O autor citado, tendo por referência GEHRLEIN¹⁰⁷ que fez uma extensa análise da jurisprudência alemã, concluiu que deve ser prestada ao paciente a informação relativa à taxa de mortalidade bem como todas as sequelas que possam implicar limitações físicas para o paciente no seu dia a dia¹⁰⁸. Depois, deverá ser tido em conta o paciente específico, pois aqueles que estejam em idade ativa podem preferir tratamentos distintos, mais arriscados mas que não acarretem perda de capacidade laboral ou reprodutiva, por exemplo, ao passo que pacientes mais velhos podem dar primazia a tratamentos menos dolorosos mas menos eficazes.

¹⁰⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 391.

¹⁰⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 392.

¹⁰⁷ GEHRLEIN *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 393.

¹⁰⁸ A título de exemplo: “*limitações funcionais dos órgãos mais importantes, incontinência, necessidade de utilizar um anus contranatura ou um esfíncter artificial, dores prolongadas, possíveis operações posteriores, etc.*” – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 393.

Quanto aos riscos e benefícios da intervenção, DAVID OLIVEIRA¹⁰⁹ apelando à jurisprudência norte-americana, refere que, tendo em conta que a transmissão de todos os potenciais riscos de uma intervenção é uma tarefa materialmente impossível, caberá ao médico revelar os riscos cuja possibilidade de ocorrência seja importante para a decisão do paciente (“*riscos materiais*”). Os Tribunais norte-americanos definem estes riscos como aqueles que resultam de duas considerações fundamentais: (i) a probabilidade de ocorrência de um risco particular e (ii) a gravidade do dano associado à concretização de esse risco. Donde, deveriam ser revelados ao paciente os riscos cuja concretização resultará em danos potencialmente mais graves, não obstante a probabilidade da sua ocorrência ser baixa, ao passo que os riscos cuja concretização resulte em danos potencialmente menos graves, não obstante a probabilidade da ocorrência ser mais alta, não implicariam obrigação de comunicação tão severa¹¹⁰. O autor sublinha também que a situação específica do paciente deve ser considerada (para uns, certos riscos serão mais graves do que para outros) o que acarreta especial dificuldade para o médico, o que levou as leis estaduais a acolherem critérios objetivos.

Por outro lado, como bem refere ÁLVARO GOMES RODRIGUES¹¹¹ não se requer do médico uma ampla explicação de índole técnica com “*linguagem hermética inacessível à generalidade das pessoas*”. Porém, diremos nós, exige-se a transmissão clara dos riscos relevantes, sendo que a teoria dos riscos significativos¹¹² permite aferir quais os que devem ser transmitidos ao paciente.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, DAVID J., “The Law of Informed Consent...”, cit., p. 64.

¹¹⁰ Em sentido contrário, o STJ, em Acórdão de 09 de outubro de 2014, decidiu que “[não se exige] referência à situação médica em detalhe, nem a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento.” – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente” in *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Coimbra, Almedina, 2016, p. 165.

¹¹¹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, in *Revista do CEJ*, n.º 16 (2011), p. 21.

¹¹² DIAS PEREIRA faz um excuro completo sobre a teoria dos riscos significativos. Cumpre referir sucintamente que são apresentados como critérios relevantes: quanto menos necessária a intervenção (caso das intervenções não terapêuticas) mais importante e ampla deve ser a informação relativa aos riscos; quanto mais urgente o tratamento, menor precisão é exigível quanto aos riscos; quanto mais perigosa a intervenção, mais ampla deve ser a informação; quanto mais inovador o tratamento for, mais rigorosa deve ser a informação; quanto mais grave a doença, maior deve ser a informação a facultar; sendo a intervenção meramente diagnóstica, mais completo deve ser o grau de informação. Também a questão dos riscos materiais a que aludimos tem aqui lugar, relevando os riscos frequentes e típicos para o concreto paciente. – Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado* ..., cit., p. 396. e ss.

Também o caráter urgente e os riscos na demora devem ser transmitidos ao paciente, assim como a existência de alternativas terapêuticas sendo que, quanto a estas, se deverão transmitir de igual modo os riscos e consequências da recusa do tratamento.

Isto posto, observou-se neste breve excurso pelos requisitos do consentimento informado que uma das problemáticas mais relevantes é a de determinar sob que ponto de vista se deve considerar a informação transmitida como suficiente. Deve o foco incidir no que o “*médico razoável*” considera como suficiente, o “*paciente razoável*” ou antes o concreto paciente? No fundo, cumpre determinar se o âmbito da informação devida se determina tendo por base critérios objetivos ou subjetivos¹¹³. O padrão do médico razoável é o mais acolhido na jurisprudência inglesa, mais preocupada em assegurar que o médico atuou de acordo com os padrões de atuação à luz da melhor ciência médica disponível do que a consideração propriamente dita da pessoa do paciente. Assim sendo, será suficiente a informação que a generalidade dos médicos consideraria suficiente. Porém, não merece acolhimento entre nós este entendimento, pois a apreciação do âmbito da informação devida tem de ter o foco sobre o paciente e não sobre o médico, atendendo ao facto de os bens jurídicos tutelados pela obrigação de obtenção de consentimento e concomitante dever de transmissão de informação, serem a liberdade e a autodeterminação, e não o mero cumprimento de um dever profissional a cargo do médico.

Já o padrão do paciente razoável, como GUILHERME OLIVEIRA¹¹⁴ refere, considera que “*Os elementos relevantes são, pelo menos, aqueles que uma pessoa média, no quadro clínico que o paciente apresenta, julgaria necessários para tomar uma decisão*”. Ou seja, padroniza-se o paciente com a sintomatologia apresentada e daí afere-se o âmbito de informação a prestar, desconsiderando as particularidades concretas daquele. Segundo DAVID OLIVEIRA¹¹⁵, este critério objetivo é convocado pelos Tribunais norte-americanos, o que merece repúdio por parte do autor, na medida em que a doutrina do consentimento informado por tais instituições configurada, cujo *leitmotiv* deve ser o de impor o respeito do direito de autodeterminação do paciente aquando da prestação de cuidados médicos, o sacrifica em nome de uma maior certeza e segurança jurídica quanto à definição do âmbito de informação a prestar. Donde, nos surge o

¹¹³ Seguimos, quanto a este ponto, o excurso feito por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 439 e ss.

¹¹⁴ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 61 e ss.

¹¹⁵ OLIVEIRA, DAVID J., “The Law of Informed Consent...”, cit., p. 64.

padrão que deve ser acolhido, o do paciente concreto. Com efeito, face aos bens jurídicos que o direito ao consentimento informado visa tutelar, o foco deve incidir no paciente concreto, cabendo ao médico um dever de apurar as suas características e manter com ele um diálogo que vise o entendimento mútuo, sendo o médico *“um guia que ajuda o paciente a investigar os seus próprios valores e a descobrir outros novos”*¹¹⁶, devendo a informação prestada coadunar-se com a *“mundividência”* e o *“sistema de valores”* do sujeito.

Face aos pressupostos do consentimento informado e concepções expostas, a consequência da violação do dever de informar, como considerou recentemente o STJ no Acórdão de 8 de setembro de 2020 no âmbito do Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1 (Relator: MARIA JOÃO VAZ TOMÉ)¹¹⁷, conduz a um consentimento inválido, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, gerando-se uma obrigação de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo paciente.

Porém, e como forma de atenuar a pressão indemnizatória por parte do prestador de saúde, tendo por base a doutrina oriunda da jurisprudência alemã, surge-nos o consentimento hipotético, no qual o ressarcimento do paciente é afastado se for possível provar que o mesmo teria aceitado a intervenção, ainda que a informação que não lhe foi transmitida o tivesse sido. O ónus da prova, sendo a verificação do consentimento hipotético facto impeditivo do direito do paciente, impende sobre o médico, tendo o STJ, em Acórdão de 2 de junho de 2015¹¹⁸ apontado os seguintes requisitos para a sua verificação: (i) *que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação*; (ii) *que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado*; (iii) *que a intervenção fosse medicamente indicada, conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente e visasse afastar um perigo grave*; (iv) *a recusa do paciente não fosse objectivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto.* Assim sendo, a título de exemplo, a consideração do consentimento hipotético não pode ocorrer em intervenções não terapêuticas, como no caso da cirurgia estética ou esterilização voluntária.

¹¹⁶ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., p. 445.

¹¹⁷ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c1adad7a5968e9df8025862c0037b7de?OpenDocument>

De resto, tem sido abundante a jurisprudência relativa à violação do dever de informar pelo médico. Para uma resenha completa de jurisprudência, cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A consagração do direito ao consentimento informado ...” cit., p. 177.

¹¹⁸ Citado por DIAS PEREIRA, “A consagração do direito ao consentimento informado ...”, cit., p. 178.

3. A culpa do lesado

3.1. A origem e evolução do instituto da culpa do lesado

A responsabilidade subjetiva – assente na culpa – surge do ideal de liberdade do homem pois quanto mais liberdade lhe for conferida, mais se imporá a criação de mecanismos eficazes de responsabilização¹¹⁹. No inverso, aqueles que, por condicionantes internas, são menos livres, não estão sujeitos, com a mesma intensidade, aos mecanismos da responsabilidade civil (é o caso dos inimputáveis, por exemplo). Como tal, compreende-se que a ordem jurídica impute, a quem sofre um dano, consequências negativas se o agente se encontrava numa posição na qual podia e devia ter evitado a sua produção ou agravamento.

O pensamento romanístico relativo à responsabilização do lesado, exposto nos fragmentos compilados no Digesto elaborados por insígnis juristas como ULPIANUS, PROCULUS, ALFENUS, PAULUS, pode resumir-se na célebre expressão de POMPONIUS “*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*” (“não se considera que sofra um dano quem o sofre por culpa sua”). Ou seja, o sistema que então vigorava era o do “tudo ou nada” pois, contribuindo o lesado para a ocorrência do sinistro, com culpa, não veria ressarcido o dano sofrido¹²⁰. Como tal, não se concebia que o lesado pudesse concorrer com o lesante para a produção do dano, com a sua imprudência, levando a uma redução da responsabilidade e, concomitantemente, da indemnização devida. Já a Pandectística alemã, através de EISENBACH, teorizou a “compensação de culpas”, justificando a compensação da culpa do lesante com a do lesado, por apelo à equidade. Como refere BRANDÃO PROENÇA¹²¹, MOMMSEN, reputado autor da Pandectística alemã, “considerava que a conduta do lesado podia «concorrer» simultaneamente com a do lesante (embora sem efeitos positivos) ou, pura e simplesmente, influir no nexo entre o evento responsabilizante e o próprio dano”, suportando o lesado a maior extensão do dano se não observou “o cuidado exigível a um bonus pater familias”. PERNICE¹²², autor da mesma escola, defende ao invés que, no caso de concorrência culposa, a intervenção do lesado gera um corte no nexo causal face ao ato provocado pelo lesante, atendendo à possibilidade que o lesado teve de evitar o dano. Mas foi com WENDT que ocorreu uma mudança face ao pensamento da pandectística alemã, referindo BRANDÃO PROENÇA que aquele

¹¹⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 528.

¹²⁰ Neste sentido, Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Porto, Edições Almedina, 1996, p. 342.

¹²¹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 348.

¹²² Autor ao qual é feita referência por BRANDÃO PROENÇA – Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 350.

autor analisa a “compensação de culpas” “*como «ponderação» de duas grandezas, como influência da culpa do lesado no efeito jurídico da culpa do lesante, e não como domínio da «interrupção causal».*” Mais, segundo o autor, “*a culpa do lesado «justifica» a libertação do responsável sem culpa, mas não «apaga» a culpa do lesante, já que aquela primeira culpa não tem todas as características da culpa do lesante, não sendo a «compensação de culpas» mais do que uma «contrapesagem»*”¹²³. Já para WOLFF, segundo BRANDÃO PROENÇA¹²⁴, a concorrência de culpas resulta num problema de quantificação da indemnização, não admitindo a solução pomponiana de “tudo ou nada” e adotando um método de partilha, fundado na igualdade de tratamento, admitindo-se assim a redução da indemnização relacionada com a maior ou menor contribuição da conduta do lesado para a produção do dano, a fixar logicamente e não por apelo à equidade ou qualquer outra avaliação discricionária.

O ABGB de 1811, segundo BRANDÃO PROENÇA¹²⁵, foi a “*primeira expressão moderna do princípio da «concorrência de culpas»*” utilizando o critério assente na proporcionalidade das condutas de lesado e lesante e, a título subsidiário, a repartição em partes iguais da responsabilidade. Porém, no entendimento deste autor, foi o BGB que veio substituir o critério de ponderação de culpas pelo critério da preponderância causal quanto à questão do surgimento do dano com a comparticipação do lesado, sendo que, quanto ao seu agravamento, parte da globalidade das condutas “*sem necessidade de se separar as duas séries causais e levar a cabo um mero «desconto» do dano evitável pelo lesado*”¹²⁶.

O seu §254 dispõe o seguinte:

“Se uma culpa do prejudicado cooperou no surgir do dano, depende a obrigação de indemnização, assim como a extensão desta, das circunstâncias, em especial da medida em que o dano foi predominantemente causado por uma ou pela outra parte. Isto vale também quando a culpa do prejudicado se limita a não chamar a atenção do devedor para o perigo de um dano extraordinariamente elevado, que este não conhecia e que não era obrigado a conhecer, ou a não afastar ou reduzir o dano (...).”

Como tal, o BGB opta por uma posição mais objetivista, centrando a análise e atribuição da responsabilidade e consequente indemnização por apelo à contribuição da causa “mais ativa”

¹²³ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 351.

¹²⁴ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 355.

¹²⁵ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 359.

¹²⁶ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 359.

para a produção do dano. Porém, ainda assim, o BGB “*não deixou de relevar a omissão culposa do «dever» do lesado afastar ou reduzir o dano*”¹²⁷.

Na doutrina italiana, cumpre assinalar a posição de BENIGNI, à qual BRANDÃO PROENÇA alude, para o qual não existe, da parte do lesante, um direito a que o lesado evite ou afaste os perigos da sua conduta, “*sendo de lhe imputar todas as consequências adequadas da ação culposa (não só atos reflexos do lesado, mas também a recusa em se submeter a certas intervenções médicas), a não ser que o dolo ou a conduta anormal do lesado afastem a responsabilidade.*”¹²⁸.

Já nos EUA, o princípio do tudo ou nada reinou por força da “*contributory negligence rule*” pela qual a violação do dever de evitar o perigo criado pela culpa alheia era suficiente para fazer recair sobre o lesado as consequências do dano¹²⁹. Foi substituída pela regra da “*last clear chance*” relevando a responsabilização do agente cuja conduta foi mais próxima da produção do dano, atenuando a “*contributory negligence rule*” e responsabilizando o lesante quando, não obstante a existência de contribuição do lesado, aquele produziu uma conduta posterior, e por isso, mais próxima do resultado danoso. Só em 1945 o direito anglo-saxónico viria a acolher uma partilha justa e equitativa de responsabilidades atendendo à contribuição culposa de lesado e lesante¹³⁰.

Entre nós, o Código de Seabra acolheu a posição do ABGB no seu §2398, impondo uma “compensação de culpas” com subsidiariedade do critério da responsabilidade partilhada. Ou seja, o dano era repartido consoante o grau de culpa das partes, revelando assim uma feição marcadamente subjetivista. Quanto ao preceito, BRANDÃO PROENÇA, em síntese, refere que o mesmo “*era, simultaneamente, uma norma «progressista», adotando um critério aceitável, mas incompleto, de repartição do dano e com o escopo de prosseguir uma lógica comutativa, e uma norma algo rígida (quanto aos efeitos do critério), misturando, desnecessariamente, «conculpabilidade do lesado» e «concausalidade solidária» e aparentemente destinada apenas ao concurso de condutas culposas e não ao agravamento danoso*”¹³¹. Posteriormente, a evolução do instituto da culpa do lesado ocorreu através da publicação da legislação estradal ao longo do século XX, sendo de sublinhar algumas alterações que acompanharam a mudança

¹²⁷ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 360.

¹²⁸ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 364.

¹²⁹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 370.

¹³⁰ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 371 e ss.

¹³¹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 384.

no pensamento jurídico do Ocidente, como a produzida pelo terceiro Código da Estrada que separou os casos em que a responsabilidade do lesante era afastada por prova da culpa dolosa do lesado que tivesse sido causa exclusiva do acidente e aqueles nos quais ocorria concurso simultâneo de culpas e agravamento culposos, pelo lesado, dos resultados do acidente¹³².

O atual artigo 570.º do CC baseia-se no anteprojeto de VAZ SERRA, tendo o intuito de visar “*combinar o critério subjetivo da gravidade das culpas com o aspeto objetivo das consequências que delas resultaram*”¹³³, permitindo a redução ou até exclusão da indemnização. Ou seja, e como sublinha BRANDÃO PROENÇA, ocorre uma “*responsabilização do lesado perante si mesmo, como se sobre ele recaísse um qualquer dever de evitar o dano*”¹³⁴ exigindo uma ponderação da gravidade das condutas por parte do julgador. O instituto aparenta assim permanecer subjetivista, com um cunho sancionatório da conduta do lesado.

3.2. Fundamentos do instituto da culpa do lesado - A teoria objetivista e subjetivista

Como se deixou já consignado, existem duas correntes de pensamento quanto ao fundamento do instituto da culpa do lesado: uma de feição subjetivista que vê nele uma forma de sancionar o lesado por não ter evitado o surgimento do dano quando estava numa posição de o evitar ou, pelo menos, impedir o seu agravamento, e outra, de feição objetivista, que repudia o carácter sancionatório da responsabilidade civil e que identifica a aplicação do instituto como meramente um problema de concorrência de causalidades, cabendo uma repartição justa do dano face à contribuição de lesante e lesado na sua produção¹³⁵.

Referindo-nos ao tratamento jurídico feito pela doutrina alemã que muito contribuiu para o estudo do fundamento deste instituto, cumpre dizer que o subjetivismo é nota marcante, defendendo VON TUHR¹³⁶ que o fundamento do sancionamento da conduta culposa do lesado reside no facto de “*a coletividade est[ar] interessada em evitar, na medida do possível, que sejam diminuídos os bens e valores necessários para a vida: seria altamente anti-social que, pelo mero facto de haver outra pessoa responsável pelos danos, a lei permitisse ao prejudicado que omita as precauções ordenadas pelo senso prático*”. E continua referindo que “*Quem não*

¹³² JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., pp. 384-389.

¹³³ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 123.

¹³⁴ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 123.

¹³⁵ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 741 – 747.

¹³⁶ VON TUHR *apud* ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, in *BMJ*, n.º 86, Lisboa, 1959, p. 137.

sabe guardar esta diligência é moralmente justo que responda pelo dano que se origina, e a prova disso é que em tais casos o prejudicado costuma censurar a si mesmo a sua conduta". Ou seja, no entender do autor, o instituto visa uma censura face ao lesado, tão cara ao subjetivismo, fazendo transparecer a existência de um dever jurídico a cargo deste de não provocar (ou agravar) dano a si mesmo. LARENZ¹³⁷, no entanto, diverge de VON TUHR e recusa a existência desse dever do lesado para consigo mesmo, pois postulando o Direito a alteridade, implica que o lesado só deva ser responsabilizado quando a sua conduta afete a esfera de terceiros: *"não é função da ordem jurídica proteger cada uma das consequências da sua própria imprudência. (...) A conceção por mim defendida antes de que sempre é violado um dever jurídico, seja em face do (futuro) lesante, seja em face da comunidade, abandono-a. Uma tal violação do dever pode existir, assim, por exemplo, quando alguém põe em perigo não só a si mesmo mas também outros participantes no tráfego, mas pode faltar. Por outro lado, a não atenção ao próprio interesse por si só não basta ainda para fundar uma censura jurídica. A imputável colocação em perigo próprio torna-se juridicamente relevante só sob o ponto de vista de que um outro é responsável pelo dano produzido. Quando isso acontece, a equidade exige que o lesado com base na sua própria conduta seja considerado como co-responsável, na medida em que a sua conduta pode ser-lhe imputada do mesmo modo que, fora daí, lhe pode ser imputada pessoalmente uma culpa (...) O lesado não tem o dever jurídico, mas é obrigado a proceder com atenção – na evitação da sua responsabilidade pelo dano no caso de accionar um terceiro."* Concluindo, na posição do autor, o agente atua com culpa face ao dano provocado a si mesmo exatamente nos mesmos termos aplicáveis aos danos provocados a terceiros, sendo culpado *"aquele que não adota o cuidado que no tráfego é exigido para defender outros ou também a si mesmo contra lesões"*.

No mesmo sentido, BRANDÃO PROENÇA, referindo-se à posição de GOTTSCHALK¹³⁸ quanto ao §254 do BGB citado *supra*, afirma que este autor defende que tal norma pressupõe *"uma censura dirigida ao lesado"*, e bem assim, que *"o começo do limite do direito à livre disposição real e pessoal situava-se, precisamente, no ponto de contacto entre a conduta autolesiva e a sua projeção negativa nos interesses do lesante"* ou seja, *"a conduta do lesado não se fechava sobre si, mas representava também a «infração» de deveres do tráfego perante o lesante."* No

¹³⁷ LARENZ *apud* ADRIANO VAZ SERRA, "Conculpabilidade do Prejudicado", cit., p. 137.

¹³⁸ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 498 e ss.

mesmo sentido, VENZMER e GREGER¹³⁹, aludidos por BRANDÃO PROENÇA, também consideram a existência de um dever a cargo do lesado de evitar o evento danoso responsabilizando-o perante o lesante pelo dano que lhe causou, tendo a culpa do lesado subjacente um dever geral de evitar o perigo a cargo do lesado. SCHMIDT¹⁴⁰, segundo BRANDÃO PROENÇA, reconduziu a culpa do lesado não à violação de um dever jurídico de evitar o dano, mas antes como uma desvantagem dirigida ao lesado por este não adequar a sua conduta de forma a evitar o dano, um ónus que sobre si recaía. Porém, a censura da ordem jurídica não recai na violação de tal dever, mas sim sobre a pretensão do lesado em ser indemnizado pelo dano total, o que configura uma aproximação à conceção da culpa do lesado como um *venire contra factum proprium*.

Já referindo-nos ao pensamento jurídico vigente em Portugal, PESSOA JORGE¹⁴¹ defende que a expressão “culpa do lesado” à qual alude o artigo 570.º do CC não é rigorosa, “*porque a diminuição de culpabilidade do agente se opera sempre que o ato do lesado foi concausa do prejuízo, ainda que não tenha carácter ilícito, por não representar a violação de nenhum dever*”. MENEZES CORDEIRO¹⁴², também adotando o objetivismo rejeita a figura da “compensação de culpas” e reconduz a culpa do lesado à “*delimitação de danos, i.e., [mais] com o saber até que ponto eles devem ser imputados ao agente, do que com juízos de censura a formular contra o lesado*”, vendo assim estes autores na culpa do lesado “*um problema de causalidade e de delimitação da imputação de danos ao agente*”¹⁴³, ao passo que VAZ SERRA¹⁴⁴ conota-a com a omissão da “*diligência exigível com a qual [o lesado] poderia ter evitado o dano*” sendo a redução da indemnização razoável “*quando o prejudicado não tenha adoptado as medidas exigíveis com que poderia ter impedido o dano*”. GALVÃO TELLES¹⁴⁵ defende que se existia para o lesado um dever de abstenção face ao facto que praticou, então coloca-se o problema da sua culpa, existindo “*duas lesões em sentido inverso; e afinal o lesado na primeira é lesante na segunda (...) Aí já pode haver culpa propriamente dita da vítima da primeira lesão, não como tal mas na qualidade de autor da segunda.*” ANTUNES VARELA¹⁴⁶, embora admita o uso

¹³⁹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., pp. 499 e 500.

¹⁴⁰ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., pp. 595.

¹⁴¹ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 360.

¹⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, Livraria Almedina, 1984, p. 768.

¹⁴³ JÚNIOR, E. SANTOS, “Mitigation of damages: redução de danos pela parte lesada e culpa do lesado” in *Estudos em Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Lisboa/Almedina Editora, 2007, p. 360.

¹⁴⁴ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 136.

¹⁴⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 358.

¹⁴⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., 2000, cit., p. 918.

impróprio da expressão culpa do lesado pelo legislador por inexistir ilicitude, pressuposto da culpa, denota, porém, que o artigo 570.º do CC visa “*afastar os atos do lesado que, embora contribuindo para a produção ou agravamento do dano, não traduzam um comportamento censurável, por não se poder afirmar que ele [o lesado] tenha agido com dolo ou negligência.*”. ALMEIDA COSTA¹⁴⁷ faz depender a aplicação da culpa do lesado de dois requisitos, a concausalidade e a culpa do prejudicado, devendo atender-se, no confronto das suas responsabilidades, à gravidade das culpas e às suas consequências. Já CALVÃO DA SILVA¹⁴⁸ vê o fundamento da culpa do lesado como “*expressão particular do princípio da boa fé, pretendendo estimular-se cada um a velar pela sua própria segurança e evitar-se que quem causa culposamente um dano a si mesmo venha exigir de outrem a sua indemnização, num claro venire contra factum proprium*”. Ou seja, o autor defende que o culpado lesado deve ser poupado, não cabendo ao ordenamento jurídico sancionar “*comportamentos incoerentes contrários à boa-fé.*”

Como refere BRANDÃO PROENÇA¹⁴⁹ a conceção dominante entre nós é a subjetivista, não abdicando do pressuposto “culpa” e exigindo um nexo de imputação do facto ao lesado, visando reprová-la a conduta deste e, por outro lado, prevenir comportamentos autolesivos. Donde, os autores subjetivistas concebem o regime do artigo 570.º do CC como uma adaptação do princípio geral constante do artigo 483.º do CC (“*aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem (...) fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”), mas invertida e aplicada à conduta do lesado, de tal modo que, como defende ALMEIDA COSTA¹⁵⁰ “*o facto do prejudicado apresente as características que o tornariam responsável, caso o dano tivesse atingido um terceiro*”, consistindo a indemnização do “lesante” (cuja conduta foi concausal com a do lesado) na diminuição da indemnização o que resulta, no fundo, na já aludida “compensação de culpas”.

VAZ SERRA¹⁵¹, cujo anteprojeto esteve na origem do atual artigo 570.º do CC, não afasta a relevância do facto do lesante como condição para a produção do dano mas, como o mesmo refere, “*quando uma outra condição é um facto culposos do prejudicado, o caso muda de figura, pois não seria aceitável, que, apesar dele, o agente respondesse pelo dano integral*”.

¹⁴⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 783.

¹⁴⁸ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina Editora, 1990, p. 733-734.

¹⁴⁹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 404.

¹⁵⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 783.

¹⁵¹ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 131.

Como requisitos para a influência da culpa do lesado no cômputo da indemnização, este autor exige que o facto do lesado e do lesante sejam causa do dano (esta aferida à luz da teoria da causalidade adequada) e que a conduta do lesado seja culposa, consistindo esta na omissão da *“diligência exigível com a qual [o lesado] poderia ter evitado o dano”*, sendo razoável a diminuição da indemnização *“quando o prejudicado não tenha adoptado as medidas exigíveis com que poderia ter impedido o dano”*¹⁵². Na posição do autor, tais culpas podem ser simultâneas ou sucessivas, aplicando-se o instituto quer na responsabilidade extracontratual quer na contratual. De relevar também, como refere VAZ SERRA, que o facto culposo do lesado pode radicar no aumento de um dano já causado, exigindo-se que este faça *“o que for aconselhado pela diligência ordinária no sentido de impedir o aumento do dano”*, não se podendo exigir do lesado *“medidas ou precauções que impliquem perigo grave, particularmente para a vida e saúde das pessoas”*¹⁵³, o que demanda um particular tratamento jurídico na obrigação de sujeição a intervenções médicas visando a mitigação do dano sofrido, como adiante se verá.

Mais defende VAZ SERRA¹⁵⁴ que devem verificar-se no lesado os requisitos de que depende a culpa propriamente dita, ou seja, que o resultado danoso fosse previsível pelo lesado, no momento da prática do facto, e a imputabilidade do lesado.

Em oposição à corrente subjetivista, como visto, surge-nos a objetivista. Na Alemanha liga-se ao argumento *“por maioria de razão”* pelo qual, se o agente sofre os prejuízos fortuitos relacionados com a sua esfera de domínio (*“casum sentit dominus”*), por maioria de razão deverá suportar, pelo menos parcialmente, as consequências negativas quando a sua conduta concorre com a do lesante¹⁵⁵. Em Portugal é apoiada pelos autores que já referimos, MENEZES CORDEIRO¹⁵⁶ e PESSOA JORGE¹⁵⁷, bem como SANTOS JÚNIOR¹⁵⁸ que reconduzem a culpa do lesado a um *“problema de causalidade e de delimitação da imputação de danos à parte inadimplente”*, apelando ao argumento por maioria de razão. Com efeito, como assinala este último autor¹⁵⁹ *“Em Direito não há culpa, nem ilicitude, perante nós próprios: o Direito postula o outro, a alteridade. Ora, se nenhuma responsabilidade há, quando os danos sejam causados*

¹⁵² ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 136.

¹⁵³ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., 147 e 153.

¹⁵⁴ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 153.

¹⁵⁵ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 401.

¹⁵⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 768.

¹⁵⁷ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., p. 360.

¹⁵⁸ E. SANTOS JÚNIOR, “Mitigation of damages...” cit., p. 360.

¹⁵⁹ E. SANTOS JÚNIOR, “Mitigation of damages...” cit., p. 362.

exclusivamente pelo próprio lesado (casum sentit dominus) compreende-se que, por maioria de razão – lógica e equilibradamente -, a lei determine que seja atenuada a responsabilidade do lesante quando um facto do agente concorra para a produção do próprio dano deste ou o seu agravamento (...) A culpa do lesado, que não é culpa nenhuma, é, pois, o critério valorativo que determina a inserção ou não da conduta do agente no próprio processo causal: a conduta do agente é considerada concausa de danos ou causa de maiores danos quando o mesmo não tenha assumido uma conduta razoável, em face das circunstâncias para evitar danos: não o é, não é concausa ou causa de maiores danos, então totalmente imputáveis ao lesante, se não fosse de contar, razoavelmente, que pudesse assumir outra conduta, em face das circunstâncias.”. Também ANA PRATA¹⁶⁰ refere que a correção da expressão “culpa do lesado” é “duvidosa” e que não se está perante culpa em sentido técnico (a posição defendida pelos subjetivistas) mas sim “apenas perante um ato (positivo ou omissivo) do lesado que concorreu causalmente para os danos ou seu agravamento” reconduzindo-se o problema, no essencial, ao de “saber se um ato do lesado contribuiu causalmente para a verificação ou agravamento dos danos”. A autora refere que a culpa acompanha a ilicitude e por isso, só existirá pertinência em analisar a culpa perante a prática de ilícito pelo lesado. Porém, quando estão em causa direitos disponíveis não salvaguardados, não existindo assim um ilícito, e contribuindo a sua conduta para o surgimento ou agravamento do dano, será irrelevante um juízo de culpa, sendo suficiente tão-só um juízo quanto à contribuição da conduta como causa ou concausa do dano. A apreciação da diligência do lesado, na posição da autora, só poderá ser feita através de “uma valoração muito geral daquilo a que as pessoas médias normalmente fazem, para ver se o lesado se afastou desse comportamento, significativa e injustificadamente”¹⁶¹.

BRANDÃO PROENÇA¹⁶² explica o fundamento da culpa do lesado “recorrendo à ideia jurídica de uma autoresponsabilidade do lesado (...) no sentido de uma imputação das consequências patrimoniais decorrentes de opções livres que tomou e que se revelaram desvantajosas para os seus interesses” imputando ao lesado “os efeitos negativos da sua ação contributiva, consista ela em se ter exposto descuidada e injustificadamente ao perigo de sofrer o dano, quer tenha resultado da falta de observância de certas medidas de segurança, cujo

¹⁶⁰ Cfr. em comentário ao artigo 570.º do CC, ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 731.

¹⁶¹ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 732.

¹⁶² JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 416.

cumprimento reduziria ou evitaria o dano.” Como tal, recai sobre o lesado um ónus jurídico¹⁶³ de “*se ser cuidadoso com os bens próprios, afastando-se ou reduzindo-se o perigo de uma autolesão*” sendo que a inobservância de tal ónus “*não pode ser vista como sanção tout-court, mas como pura desvantagem*”.

Avançadas as posições em confronto, é relevante denotar que cada corrente de pensamento foi alvo de críticas. Em síntese, os detratores do objetivismo, referem que a análise do âmbito da responsabilidade do lesante e lesado se centra na mera imputação causal, ao passo que os detratores do subjetivismo criticam o facto de a corrente subjetivista pretender impor ao lesado um dever de autoproteção, sancionando-o pela sua violação, quando a responsabilidade civil não tem tal cunho punitivo. Quanto à visão da culpa do lesado como violação da boa-fé, num *venire contra factum proprium*, importa referir que o princípio da boa-fé se baseia na criação de uma expectativa ou de uma confiança na esfera da parte contrária que, por seu turno, é suficientemente fundada e apta a merecer tutela do ordenamento jurídico. Ora, face à produção de um dano, pelo lesante, não é curial afirmar que se gerou na sua esfera deste uma expectativa quanto à conduta do lesado, nem tão pouco considerar existência de um *venire* quando o lesado exige o ressarcimento pelo dano total, visto que a sua ocorrência se deveu, primariamente, à intervenção do lesante.

Isto posto, é patente que, face à função da responsabilidade civil, focada na reparação do dano, o instituto da culpa do lesado não pode assumir um cunho sancionatório, inexistindo uma “*culpa contra si mesmo*”¹⁶⁴ que se imponha ao lesado. Importará, primeiramente, aferir quais as condições que concorreram para a produção do dano e só depois, perante a existência de uma concausalidade imputável naturalisticamente ao lesado, aferir da sua contribuição para o dano total. Na sequência desta operação, importará, por razões de equidade – um instrumento ao qual o julgador deve recorrer numa ordem jurídica que se quer justa – diminuir a indemnização a atribuir ao lesado. Com efeito, na ponderação de condutas, a sua ação ou omissão contribuiu para o dano, pelo que a redução é uma solução imposta por uma ordem jurídica justa. Mas é por apelo a estas considerações de justiça que ocorre tal redução (ou até exclusão) e não por razões de Prevenção Geral e Especial que deixamos reservadas para a atuação do Direito Penal.

Importa também ter especial cuidado quanto à conduta que consideramos exigível ao lesado. Com efeito, também à luz da doutrina objetivista há lugar à consideração de deveres de

¹⁶³ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 524.

¹⁶⁴ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 127.

cuidado que, se violados, resultam na aludida redução ou exclusão da indemnização. No que toca ao caso concreto da possibilidade de agravamento do dano, avultará, sobretudo, a existência de uma omissão negligente por parte do lesado, na medida em que este, após sofrer um dano, não cuidou de atenuar as suas consequências. Quando o dano se reconduz à saúde do sujeito, a conduta esperada identificar-se-á, as mais das vezes, com a exigência de submissão do lesado a tratamento médico. Quanto a este ponto, ANA PRATA¹⁶⁵ avisadamente diminui o grau de exigência quanto ao âmbito do dever de cuidado imposto ao lesado. VON TUHR¹⁶⁶ reconduz esse dever ao “*que uma pessoa medianamente razoável adotaria no seu próprio interesse*” fazendo uma importante ressalva quanto a sujeição a atos médicos, pois o lesado “*só pode ser obrigado a submeter-se a uma operação quando esta não seja perigosa nem muito dolorosa e quando, além disso, haja a certeza de que há de produzir notáveis melhoras*”. No mesmo sentido, LARENZ¹⁶⁷ refere que “*a uma operação só carece de se sujeitar quando ela é relativamente sem perigo e oferece segura probabilidade de cura ou larga melhoria*”. VAZ SERRA¹⁶⁸ também reveste de especiais cuidados tal imposição, referindo que “*do prejudicado só podem exigir-se as medidas ou precauções ordinárias, de acordo com a sua situação especial*”. Ou seja, na aferição do dever de cuidado, não é curial apelar a critérios objetivos (i.e., a conduta que uma pessoa medianamente razoável tomaria face ao dano concretizado) mas sim face a critérios que atendam ao sujeito concreto, com os seus concretos circunstancialismos, os seus receios, as suas expectativas, a sua mundividência, os seus valores.

4. A responsabilidade civil por ato médico prestado sem consentimento do paciente e sua interseção com o instituto da culpa do lesado – estudo de caso

Feito este excursus pelo funcionamento dos institutos do consentimento informado e da culpa do lesado, cumpre relacioná-los e observar como o seu funcionamento conjugado pode contribuir para uma tutela mais eficaz, no âmbito do funcionamento da responsabilidade civil, dos direitos e interesses dignos de proteção das partes, numa ordem jurídica que se quer justa.

A este propósito, como se adiantou, o consentimento informado visa defender a liberdade do paciente e logo, o direito ao desenvolvimento da personalidade na sua vertente de

¹⁶⁵ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 732.

¹⁶⁶ VON TUHR *apud* ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 149.

¹⁶⁷ LARENZ *apud* ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 151, nota 42-a.

¹⁶⁸ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 151.

autodeterminação nos cuidados de saúde, como assinalado pelos vários instrumentos jurídicos internacionais e nacionais que fomos citando, dos quais destacamos, em especial, o artigo 5.º da CEDH Bio e a Base 2 da LBS. Como tal, o paciente tem direito ao esclarecimento, pelo médico, dos detalhes da intervenção, os cuidados pré e pós-operatórios a serem seguidos, os riscos da intervenção e as alternativas terapêuticas. Assinalar também que, no caso das intervenções não terapêuticas, este dever é mais intenso pois a intervenção não é fundamental para a cura do paciente, como são exemplo as intervenções estéticas, para as quais a doutrina vem considerando que a obrigação do médico é de resultado e não de meios, pois a consequência da intervenção médica é prefigurada pelo médico e paciente, sendo objetivado o resultado concreto pretendido através da execução contratual.

Por seu turno, a culpa do lesado, como se viu, pode ser observada por dois prismas: o subjetivista, que impõe uma censura ao lesado por violação de um dever de cuidado, de autoproteção (“*culpa contra si mesmo*”)¹⁶⁹, ou pelo objetivista que incide o seu foco na existência de uma concausalidade para a produção do dano, relevando a contribuição da conduta de lesante e lesado no seu plano naturalístico e, por apelo à equidade, impõe uma redução da indemnização devida pelo lesante caso o facto provocado pelo agente (uma ação ou omissão) tenha contribuído para a produção do dano. Como assinalámos, não concebemos a responsabilidade civil como via para sancionar o lesante. Tão pouco existe tal “*culpa contra si mesmo*” que impenda sobre o lesado, pressupondo o Direito a alteridade e como tal, a afetação da esfera jurídica alheia. Assim, sobre o lesado impende tão só um ónus de observância de deveres de cuidado, sendo que a sua inobservância acarretará tão-só a consideração dessa conduta omissiva ou ativa no cômputo da responsabilidade de lesado e lesante.

Ademais, e como decorre do disposto no artigo 570.º do CC, a culpa do lesado pode causar a produção do dano ou um seu agravamento, e, neste último caso, o dever de cuidado que impende sobre o lesado traduzir-se-á na imposição de uma conduta ativa no sentido da mitigação do dano. Contudo, no que toca ao âmbito deste dever de cuidado, o mesmo será muito limitado quanto à exigência, sobre o lesado, de submissão a atos médicos. Estes traduzem-se numa ingerência no corpo do lesado, impondo a ordem jurídica extrema cautela no grau de exigência imposto, sob pena de condicionar o direito à autodeterminação, também tutelado pelo instituto do consentimento do lesado, como já referido.

¹⁶⁹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, cit., p. 127.

Para melhor entender o funcionamento dos institutos jurídicos, assume particular relevância o estudo da jurisprudência, na medida em que o “Direito em prática” permite-nos conhecer qual a realidade que a ordem jurídica tem de regular e quais as soluções mais justas para a pacificação das relações entre os sujeitos.

Assim sendo, debruçamo-nos sobre o caso decidido pela Primeira Secção do Supremo Tribunal de Justiça, por Acórdão lavrado a 14 de dezembro de 2021 no âmbito do Processo n.º 711/10.2TVPRT.P1.S1, sendo Relator o Venerando Juiz Conselheiro Isaías Pádua e adjuntos o Venerando Juiz Conselheiro Nuno Ataíde das Neves e a Veneranda Juiz Conselheira Maria Clara Sottomayor, com apresentação de voto de vencida¹⁷⁰.

Quanto aos factos mais relevantes, cumpre sinteticamente assinalar que o Autor padecia de miopia e astigmatismo elevados desde a nascença, sendo obrigado ao uso diário de próteses oculares (óculos ou lentes de contacto) que lhe traziam incómodos e inconvenientes. Em consulta de rotina e após consulta de informação disponível em estabelecimento hospitalar privado, tomou conhecimento da existência de uma cirurgia denominada “LASIK” que visava corrigir a miopia e astigmatismo, sendo que o paciente, na sequência da cirurgia, não mais teria de utilizar tais próteses diárias.

Tendo sido encaminhado para o médico especialista neste tipo de intervenção médica, o Autor foi sujeito aos testes habituais para ser aferido se seria um bom candidato a este tipo de intervenção, à exceção de dois testes, tendo o médico concluído no sentido positivo e informado o Autor dos cuidados pré-operatórios e pós-operatórios necessários. Ficou provado nas instâncias que nem o médico consultado na consulta de rotina nem o médico especialista informaram o Autor dos possíveis efeitos secundários, riscos e técnicas de tratamento alternativas, nem tão pouco a informação presente no estabelecimento hospitalar continha tais menções.

Na sequência, o Autor sujeitou-se à intervenção médica, mas, prudentemente, exigiu que a mesma fosse unilateral, pelo que seria intervencionado primeiramente no olho direito e só posteriormente no olho esquerdo, após plena recuperação do olho intervencionado. Após esta primeira intervenção médica, o Autor queixou-se ao médico que a sua visão se apresentava enevoada, não tendo permitido a intervenção no olho não operado sem que o outro se mostrasse totalmente recuperado. Os sintomas mantiveram-se, com a agravante de o olho submetido à

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dc343ebd194810fd802587ad0042b1b9?OpenDocument>

intervenção continuar a manifestar miopia, existindo também marcada diferença na acuidade visual atendendo ao carácter unilateral da intervenção médica. O Autor, preocupado com o facto de a intervenção não ter corrigido a miopia de que padecia e a visão permanecer enevoada, recusou a submissão à intervenção no olho esquerdo e informou o médico que perdera a confiança na sua prestação.

No seguimento, contactou outro médico especialista que, também não lhe tendo transmitido os riscos e efeitos secundários do procedimento “LASIK”, aconselhou a submissão do Autor a uma intervenção de correção no olho intervencionado, o que sucedeu, mas tendo o Autor continuado a padecer de visão enevoada. No seguimento, o médico aconselhou nova intervenção de correção que, contudo, não diminuiu as queixas do Autor, permanecendo a visão enevoada. O médico voltou a aconselhar nova intervenção (a quarta, denote-se) que foi rejeitada pelo Autor, por perda de confiança na prestação daquele. O Autor, posteriormente, deslocou-se a uma conceituada clínica na área da oftalmologia, sita em Barcelona, na qual lhe foi transmitida a informação de que não era um bom candidato a tal intervenção, pelo que não deveria ter sido submetido a intervenção cirúrgica com recurso à técnica “LASIK”.

Ficou provado nas instâncias que o Autor ficou a padecer de diversos sintomas tais como (facto provado número 88): Astigmatismo, Anisometropia¹⁷¹; necessidade de uso de lente de contacto no olho esquerdo sob pena de distorção da visão e sintomas associados; Aniseiconia¹⁷²; problemas na visão ao perto quando não utiliza lente de contacto no olho esquerdo¹⁷³. O Autor queixou-se também de (facto provado número 89): *Blur*, *halos*, *starbusts* e sensibilidade extrema à luz no olho direito.

Decorre também da matéria de facto dada como provada sob o número 94 que os sintomas constantes do facto provado número 88 decorrem de o Autor não ter sido operado ao olho esquerdo, anomalias que se resolvem com recurso a lente de contacto ou cirurgia.

O Autor recorreu às instâncias judiciais peticionando a condenação dos Réus médicos e estabelecimentos hospitalares nos quais estes se inseriam, no pagamento de indemnização por danos não patrimoniais, de danos patrimoniais resultantes da incapacidade, incluindo as despesas futuras a suportar com tratamentos médicos que futuramente possam permitir a

¹⁷¹ Nos termos do facto provado 88, consiste numa “visão irregular, decorrente da grande diferença entre o erro refrativo dos dois olhos, causador de diferenças entre a percepção do tamanho e nitidez, e sobrecarregando o cérebro, daí decorrendo sintomas como cefaleia, fotofobia, prurido, etc.”

¹⁷² Nos termos do facto provado 88, disparidade do tamanho da imagem fornecida pelos dois olhos.

¹⁷³ Loc. Cit.

minoração da sua incapacidade, bem como a devolução dos montantes pagos aos médicos e estabelecimentos hospitalares.

A primeira instância declarou como totalmente improcedente a ação e, posteriormente, o TRP condenou cada um dos médicos no pagamento do montante de €3.500,00. O STJ foi chamado a pronunciar-se e, no que nos interessa, face aos danos provados, ponderou sobre a aplicação do instituto da culpa do lesado à indemnização peticionada. Com efeito, considerou como muito relevante a grande maioria dos danos invocados terem como origem a recusa, pelo Autor, da sujeição a intervenção médica no olho esquerdo.

Assim, quanto ao pedido relativo à indemnização por danos não patrimoniais, este Alto Tribunal concluiu, citando o aresto, que *“o comportamento desconfiado do autor, de não colaboração e de rompimento com os planos programados acabou por ter forte influência no resultado produzido”*. Embora, como esta instância observou, a não sujeição à intervenção médica *“não faz obnubilar a circunstância de se ter verificado por parte do recorrente subordinado [o médico] uma violação do dever de informação gerador, de per se, de uma perda da liberdade de autodeterminação por banda do autor”*. Em sequência, o Tribunal não excluiu de todo a indemnização, à luz do artigo 570.º CC, mas admitiu a sua redução severa, aplicando com recurso à equidade a condenação no montante global de €20.000,00, quando o Autor havia peticionado €200.000,00.

Quanto ao pedido de pagamento das despesas a incorrer no futuro com tratamentos médicos, acrescentou também o Tribunal que *“crê-se que o autor omitiu a colaboração necessária à execução da prestação a cargo dos médicos (...) ainda que, neste caso, a conduta do autor possa porventura encontrar alguma justificação, nos termos da decisão recorrida, uma vez que a regularização do olho não foi alcançada após a realização de duas intervenções quando apenas uma havia sido acordada”*. Concluiu, referindo que *“Desse modo, e independentemente do juízo a efetuar quanto à previsibilidade dos danos futuros alegados, a avaliação integrada da situação decidenda leva-nos a concluir que a conduta imputável ao autor – ainda que não culposa, em termos de dolo ou negligência - de recusa de sujeição a ulteriores intervenções cirúrgicas (com vista à resolução dos problemas e que estavam incluídos no planos inicial), sendo, de acordo com um critério de causalidade adequada, pelo menos concausal da subsistência das anomalias do olho direito deverá, nos termos do disposto no artº. 570º nº. 1 do Código Civil, repercutir-se negativamente na indemnização em causa, conduzindo à sua exclusão.”* Assim, quanto a tal pedido, foi o mesmo integralmente improcedente.

Através de Declaração de Voto, a Veneranda Juiz Conselheira Maria Clara de Sottomayor defendeu o ressarcimento do Autor pelo montante correspondente à totalidade dos danos por si sofridos, defendendo que a aplicação do instituto da culpa do lesado aos casos de responsabilidade civil médica deve ser feita *“tendo em conta e especificidade da relação médico doente e o papel que a confiança no médico representa para o paciente”*. Como tal, defendeu inexistir um *“comportamento censurável do lesado”* mas sim uma *“medida de autoproteção e de prudência natural da parte de quem valoriza o seu corpo”* mais assinalando o facto de os sucessivos médicos terem violado o dever de informação que sobre eles impendia pelo que, concomitantemente, *“não é exigível ao paciente que colabore com o médico quando se verifica um desses riscos com o qual não contava por não ter sido informado.”*. Continua, assinalando a especificidade da relação médico-paciente, fundada na confiança que este deposita naquele e cuja perda constitui *“motivo legítimo para recusar colaborar na continuação de um tratamento que já deixou sequelas no corpo do paciente (...) e em relação ao qual o médico continuou sem cumprir os seus deveres de informação.”*

Conclui, referindo que *“Mesmo nos casos em que seja aplicável o artigo 570.º do Código Civil (culpa do lesado), parece-me ser a exclusão da indemnização uma solução apenas adequada para casos de negligência grave do paciente, devendo, em regra, optar-se por soluções equitativas de repartição de responsabilidades entre o paciente e o médico. A esta luz, afigura-se-me também, que, no caso dos autos, surge como desproporcionada a exclusão da indemnização por todas as despesas que o autor venha a suportar com tratamentos médicos e cirúrgicos que futuramente possam vir a ser executados.”*

Cumpre assinalar que, primeiramente, há que discutir o carácter da intervenção médica – é terapêutica ou não terapêutica? Isto é, destina-se a curar o paciente de uma maleita que padeça, ou antes visa melhorar a sua qualidade de vida, minorar incomodidades ou prosseguir objetivos não estritamente ligados à saúde física, como o incremento da autoconfiança do sujeito? Ou seja, é possível equiparar o “LASIK” às intervenções estéticas? Defendemos que sim. O doente míope tem à sua disposição uma ampla gama de métodos de correção que, com a tecnologia de hoje, permitem a obtenção de acuidade de visão total, estando generalizado o uso de próteses (óculos ou lentes de contacto) por uma significativa percentagem da população mundial. Como tal, esta intervenção não assume de modo algum carácter essencial à cura da maleita do paciente, a miopia. A equiparação com a cirurgia estética é assim evidente. Ali como aqui, o paciente sujeita-se à intervenção para obter um incremento na sua qualidade de vida, pois é mais prático

não estar dependente de métodos de correção. Adicionalmente, o uso de lentes de contacto em muitos casos não se adequa ao paciente, pelo que é forçado a utilizar óculos, com impacto na imagem do sujeito. A intervenção “LASIK” prossegue assim fins idênticos aos da cirurgia estética. Ora, como já analisamos no primeiro capítulo, a doutrina tende a reputar a cirurgia estética como obrigação de resultado. Com efeito, neste tipo de intervenções, existe uma baixa componente aleatória, tendo em conta que, desde que feita a triagem de forma adequada – ou seja, submetendo à intervenção apenas os candidatos corretos – o resultado pretendido é de probabilidade elevada e os cuidados pós-operatórios mínimos. Poderíamos considerar, na senda de LLAMAS POMBO¹⁷⁴ a existência de uma “*obrigação fragmentária de resultado*” isolando a componente aleatória da restante, de verificação altamente provável, sendo objeto imediato da obrigação o resultado pretendido. Assim sendo, é curial afirmar que o médico se encontrava vinculado a uma obrigação de resultado perante o paciente pelo que a simples não obtenção do resultado desejado e prefigurado pelas partes – a obtenção de acuidade visual total sem recurso a utilização de próteses – pode importar o incumprimento contratual.

Depois, quanto ao âmbito do dever de informação, pelo médico, considera-se que é particularmente exigente nas hipóteses de intervenções não terapêuticas. Com efeito, como já referimos, a intervenção não é fundamental para a cura do paciente, sendo dispensável, face à possibilidade de obtenção de acuidade visual total com recurso a próteses de uso generalizado. Um dos critérios que define a completude da informação relativa aos riscos e benefícios da intervenção médica a que DIAS PEREIRA¹⁷⁵ alude, é o da necessidade do tratamento, pelo qual quanto “*menos necessário for o tratamento, mais rigorosa deve ser a informação*”, dando este autor o exemplo das cirurgias estéticas (que insere na categoria de “*cirurgia voluntária ou de satisfação*” com a qual identificamos o “LASIK”). Com efeito, sendo a intervenção dispensável para a manutenção da saúde do paciente, não sendo essencial, o paciente deve ser munido de toda a informação disponível, nela se inserindo mesmo os riscos remotos ou de verificação menos provável¹⁷⁶. Ou seja, no caso concreto, face à matéria de facto dada como provada, não houve sequer comunicação de quaisquer riscos ou efeitos secundários, ocorrendo assim uma violação do dever de informação. Donde, a prestação do consentimento pelo paciente foi-o sem

¹⁷⁴ LLAMAS POMBO e VASQUEZ FERREYRA, *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 99.

¹⁷⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., pp. 398.

¹⁷⁶ Como a Cour de Cassation afirmou, em aresto de 17/02/1998, *apud* ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado ...*, cit., pp. 399.

conhecimento dos reais riscos enfrentados por este e assim, inexistiu um consentimento verdadeiramente livre e esclarecido, resultando na ilicitude de todas as intervenções às quais o paciente foi sujeito. Conclui-se assim que o princípio da confiança que rege a relação *intuitu personae* médico-paciente, foi violado, sendo fundamento para a revogação do contrato celebrado entre as partes. Resta assim considerar se a perda de confiança fundada na concretização de um risco que nem sequer foi comunicado ao paciente pode fundamentar a recusa de obediência ao plano terapêutico planeado¹⁷⁷ ou se, pelo contrário, é invocável a existência de uma “culpa” do lesado em termos tais que este haja violado um dever de cuidado que impedia sobre si, contribuindo para o agravamento do seu estado de saúde e daí justificando uma total exclusão ou redução da indemnização por danos não patrimoniais e patrimoniais.

Com efeito, o regime constante do artigo 570.º, n.º 1 do CC exige a ocorrência de “*um facto culposos do lesado*” que concorra “*para a produção ou agravamento dos danos*”, abrangendo o sistema português uma visão subjetivista da culpa do lesado que já tivemos oportunidade de criticar. Neste caso, os danos constantes da matéria de facto dada como provada devem-se à interrupção do plano terapêutico apresentado pelos médicos, tendo o paciente decidido não se sujeitar a intervenção médica no olho não operado. Como tal, cumpre verificar se impedia sobre o paciente um dever de cuidado, de diligência, de modo tal que lhe fosse exigível a adoção de uma conduta ativa suscetível de evitar o surgimento de tais danos (muito sinteticamente: Astigmatismo irregular, Anisometropia, obrigação de uso de lente no olho esquerdo com as inerentes consequências e Aniseiconia).

Analizados os danos, de um ponto de vista estritamente causal, chegamos à conclusão que os sintomas apresentados pelo paciente têm como causa direta a interrupção do tratamento, originando um desequilíbrio na visão bilateral e inerentes consequências. É assim razoável, em face das circunstâncias – as do concreto sujeito diga-se, e não segundo critérios objetivos de um “*bonus pater familias*” como defende DAVID OLIVEIRA¹⁷⁸ – exigir que o paciente seguisse o plano de tratamento delineado? Tendo em conta que a existência de tal dever deve ser analisada à luz do concreto sujeito, verificamos que toda a sua atuação, *i.e.*, as relações contratuais estabelecidas com os sucessivos médicos, resultaram em intervenções ilícitas,

¹⁷⁷ A utilização da expressão “*plano terapêutico*” deve ser vista “*cum grano salis*” uma vez que, como visto, nos encontramos no âmbito de intervenções médicas não terapêuticas.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, DAVID J., “The Law of Informed Consent...”, cit., p. 64.

ocorridas sem o consentimento livre e esclarecido do paciente. Como tal, a confiança que motivou a submissão a sucessivas intervenções médicas foi induzida pelos próprios médicos e não se formou com base em informação completa. Só no momento no qual o paciente recorreu a uma terceira opinião, tendo-lhe sido transmitida a informação de que não seria um candidato adequado a este tipo de intervenção, foi dotado da informação necessária para a prestação de um consentimento livre e esclarecido, sendo patente que nunca se submeteria a tal intervenção pois os riscos, no seu caso, subiriam exponencialmente, comparativamente aos de um “bom candidato”. Conclui-se assim que não lhe seria exigível a submissão a tais intervenções, sendo inaplicável o disposto no artigo 570.º, n.º 1 do CC e concomitante redução ou exclusão da indemnização (por danos patrimoniais e não patrimoniais).

Note-se, porém, que, mesmo no caso de o paciente ter prestado o consentimento livre e esclarecido, a generalidade da doutrina defende que o mesmo pode ser a todo o tempo revogável. Ora, sendo o “LASIK” um procedimento cuja carga aleatória é baixa e o resultado altamente provável, revestindo carácter não terapêutico e aproximando-se a sua natureza à das intervenções cirúrgicas, não se atingindo o resultado desejado e prefigurado pelas partes também se julga suficientemente fundada a perda de confiança do paciente e interrupção do plano de tratamentos estabelecido.

Ademais, na senda de posições que já partilhamos, designadamente ANA PRATA¹⁷⁹, VAZ SERRA¹⁸⁰ e, na doutrina estrangeira, VON TUHR¹⁸¹ e LARENZ¹⁸² implicando a observância do dever de cuidado a submissão a tratamento médico, só se enquadra esta no âmbito de tal dever se não oferecer perigo e oferecer uma probabilidade alta de cura ou melhoria. Tendo em conta o historial de insucesso das intervenções cirúrgicas prévias, a conclusão a que chegaríamos seria a mesma, sendo inaplicável o disposto no artigo 570.º, n.º 1 do CC.

Denotar, porém, que a ponderação da compensação a atribuir ao paciente lesado a título de ressarcimento pelos danos não patrimoniais terá de ser feita à luz da *equitas*, como decorre do disposto no artigo 496.º do CC, com as limitações constantes do artigo 494.º do CC às quais aludimos *supra*¹⁸³. Com efeito, as concretas circunstâncias do caso podem atuar como fator limitador no apuramento da compensação a atribuir por danos não patrimoniais o que, por um

¹⁷⁹ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 731.

¹⁸⁰ ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 151.

¹⁸¹ VON TUHR *apud* ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 149.

¹⁸² LARENZ *apud* ADRIANO VAZ SERRA, “Conculpabilidade do Prejudicado”, cit., p. 151, nota 42-a

¹⁸³ Cfr. *supra*, pág. 8.

lado, implica imprevisibilidade e incerteza na determinação do *quantum* mas, por outro, permite maior adequação às particularidades do caso concreto. Ora, tendo em conta que o estado de saúde do paciente (mormente os sintomas resultantes da diferença de acuidade visual entre os olhos) pode ser mitigado através de recurso a prótese ou através de sujeição a outras intervenções que entenda submeter-se, como resultou da matéria de facto dada como provada sob o número 94 e já citada, não pode tal facto ser deixado de ser tido em conta pelo Tribunal, atuando como fator limitador à concessão de compensação por danos não patrimoniais ao lesado, à luz do disposto no artigo 494.º *ex-vi* do artigo 496.º, ambos do CC.

5. Considerações Finais

Feito o excuro pelos requisitos para afirmação da responsabilidade civil, a natureza, história e fundamento dos institutos do consentimento informado e da culpa do lesado, bem como a interligação entre os mesmos num caso concreto, cumpre responder à questão que levou à elaboração deste estudo: o instituto da culpa do lesado tem algum âmbito de aplicação quando a responsabilidade civil do médico é afirmada tendo por base a violação do direito ao consentimento livre e esclarecido do paciente previamente à intervenção médica?

Primeiramente, como verificámos na primeira parte deste estudo, a relação médico-paciente (não nos reportando aqui ao exercício da medicina em estabelecimento público de saúde, à qual são aplicáveis normas de natureza jurídico-pública) tem, em regra, base contratual e, acolhendo a teoria da consunção à qual já aludimos, o incumprimento do amplo feixe de obrigações que sobre o médico impende¹⁸⁴ gerará responsabilidade civil contratual (considerando que é com ele que o contrato foi celebrado), beneficiando o paciente da culpa presumida do médico (artigo 799.º do CC). Não obstante tal presunção, o paciente enfrentará dificuldades particulares em termos probatórios, sendo de destacar a prova da ilicitude, cuja consideração da obrigação primária de terapêutica como obrigação de meios, importará para o paciente a necessidade de afirmação da violação da *legis artis* pelo médico. A par, competir-lhe-á também a prova da verificação do nexa causal à luz da Teoria da Causalidade Adequada, como consagrada pela maioria da doutrina, o que implicará a afirmação de que o médico gerou um processo causal que resultou na produção de danos patrimoniais e não patrimoniais na esfera do paciente. A

¹⁸⁴ Mormente obrigações de observação, diagnóstico, terapêutica e vigilância – Cfr. *supra* pag. 11.

álea que se verifica no âmbito da ministração de cuidados de saúde dificulta de sobremaneira tal tarefa, como também já afirmamos¹⁸⁵.

Neste cenário, entendemos que a norma constante do artigo 570.º, n.º 1 do CC (*“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”*) visa atingir um fim para o qual a responsabilidade civil não foi desenhada: a de punição. Mais a mais, quando os factos em discussão resultam de uma relação estabelecida entre paciente e médico, seja de âmbito contratual ou não, a responsabilidade civil é chamada a desempenhar funções próprias, inerentes à natureza da relação médica. Não podemos transpor o raciocínio expandido face a relações de outro âmbito (estritamente contratuais, como as relações de fornecimento de bens, de empreitada, laborais) à relação médico-paciente, no qual o objeto imediato é o corpo do sujeito e a sua saúde física e mental. Como se avançou, a responsabilidade civil médica é chamada a desempenhar uma função muito específica: a tutela da confiança depositada no médico. Esta confiança constrói-se, previamente à execução do ato médico, com base na prestação, pelo médico, de informação adequada e completa relativa à natureza do ato, cuidados pré e pós-operatórios, riscos, efeitos secundários e terapêuticas alternativas ao sujeito capaz de consentir. Tal facto possibilita o exercício do direito ao consentimento livre e esclarecido pelo paciente. Posteriormente à execução do ato, a confiança manter-se-á na medida em que o médico coadune a sua intervenção com a *legis artis*, sem prejuízo de eventual frustração de expectativas que muitas vezes o sujeito infundadamente constrói, não obstante lhe ter sido ministrada a informação adequada e este ter consentido na intervenção. Havendo uma quebra de confiança com base na violação de uma obrigação a cargo do médico, os danos extravasam, as mais das vezes, a mera esfera patrimonial, e residirão no corpo do paciente, sendo danos impossíveis de indemnizar na sua totalidade, estando sujeitos a mera compensação.

Donde, da aplicação do instituto da culpa do lesado no âmbito da responsabilidade civil por violação de obrigação a cargo do médico, não pode resultar a punição do paciente lesado, sob pena de agravamento de uma posição que, já de si, é particularmente frágil. Assim sendo, a favor de uma intervenção *“pro damnato”* do paciente e à qual já fizemos referência, uma visão

¹⁸⁵ Cfr. *supra* pág. 17.

objetivista do instituto impõe-se, cabendo ao julgador ater-se à contribuição causal da conduta do paciente para a produção dos danos alegados em sede judicial.

Finalmente, tal análise terá invariavelmente de reconduzir-se à verificação da conduta que era exigível ao concreto paciente. Avultará então a consideração do âmbito do dever de cuidado à luz do fundamento do instituto da “culpa” do lesado que identificamos com a ideia de autorresponsabilidade à qual alude BRANDÃO PROENÇA. Ora, como CLARA SOTTOMAYOR expôs no seu voto de vencida e ao qual aludimos *supra*, apenas existirá conduta responsabilizante da banda do paciente lesado em caso de dolo ou negligência grave que lhe sejam imputáveis. Em caso algum, da aplicação do instituto, poderá resultar um dever, para o paciente, de submissão a intervenção médica cujos resultados não sejam certos. Vamos, porém, mais longe do que a Veneranda Juiz Conselheira e rejeitamos, por completo, a aplicação da norma constante do artigo 570.º do CC. Qualquer aplicação da figura da equidade e, concomitante fixação do *quantum* indemnizatório, deverá ater-se à apreciação e cômputo dos danos não patrimoniais sofridos pelo paciente lesado, à luz do disposto no artigo 496.º do CC e com os critérios orientadores constantes do artigo 494.º do CC. Com efeito, a atribuição de compensação por danos não patrimoniais já contém, na sua estrutura, a necessidade de recurso à equidade e a consideração das particularidades do caso concreto. Será nessa sede que o julgador fará a adequada ponderação de interesses e reintegração da esfera jurídica lesada. Quanto aos danos patrimoniais, será insuscetível a sua redução ou exclusão em decorrência da execução de ato médico ilícito, atentos os fundamentos já explanados.

6. Bibliografia

- ALMEIDA, LEONOR DUARTE DE – “Consentimento informado. Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para a sua obtenção - Breves considerações”, *Revista da Sociedade Portuguesa de Oftalmologia*, Vol. 35, n.º 1 (Janeiro-Março 2011), p. 87 e ss.
- CASTRO, JORGE ROSAS DE – “Consentimento informado e medicina defensiva”, in *Julgar*, Número especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 207 e ss.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, Livraria Almedina, 1984.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, 1ª Edição, Lisboa, Almedina Editora, 2017.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina Editora, 2018.
- COUTINHO, DIANA SOFIA ARAÚJO – *Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil*, Braga, Editora da Universidade do Minho - Escola de Direito, 2015.

- DIAS, FIGUEIREDO – *Direito Penal*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, FIGUEIREDO/ MONTEIRO, SINDE – “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *BMJ* n.º 332, Lisboa, 1984, p. 21 e ss.
- Entidade Reguladora da Saúde – *Consentimento Informado*, Relatório Final, Porto, 2009.
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE – *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª Edição, Porto, Almedina Editora, 2020.
- FIGUEIREDO, AMORIM ROSA DE – *Consentimento para o acto médico*, Coimbra, Associação Portuguesa de Bioética, 2006.
- GOMES, CARLA AMADO – “A culpa (ou conduta) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 139 (jul-set), Lisboa, 2014, p. 9 e ss.
- GOMES, CARLA AMADO – “With great power comes great responsibility: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente”, in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde*, Lisboa, ICJP, 2013, p. 60 e ss.
- GONÇALVES, CARLA – *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- GONZÁLEZ, JOSÉ MARIA MIQUEL. et al – *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- JORGE, FERNANDO PESSOA – *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995.
- JÚNIOR, E. SANTOS – *Da Responsabilidade Civil de Terceiro Por Lesão do Direito de Crédito*, Lisboa, Almedina Editora, 2003.
- JÚNIOR, E. SANTOS – “Mitigation of damages : redução de danos pela parte lesada e culpa do lesado” in *Estudos em Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Lisboa/Almedina Editora, 2007, p. 356 e ss.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Direito das Obrigações*, Vol. I., 15ª Edição, Lisboa, Almedina Editora, 2018.
- LOPES, JOÃO RICARDO DE ABREU CARREIRA CAIADO – “O consentimento Informado: O Fim do Paternalismo Clínico e o Início do Respeito Pela Autodeterminação do Paciente” in *RJLB*, Ano 8, n.º 2, Lisboa, 2022, p. 1101 e ss.
- NUNES, RUI – “Consentimento informado e boa prática clínica” in *Julgar*, N.º Especial, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 115 e ss.
- OLIVEIRA, DAVID J. – “The Law of Informed Consent and the Right to Die in the United States of America”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Vol. 11, Coimbra, Almedina, 2005.
- OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE – “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)”, in *Lex Medicinæ*, n.º 23-24, Coimbra, 2015, p. 149 e ss.
- OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE – *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- OSSWALD, WALTER – “Limites do consentimento informado”, in *Estudo de direito da bioética*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2009, p. 157 e ss.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA – *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA – “A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico : dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pro damnato” in *Revista do CEJ*, n.º 15, Porto, 2011, p. 9 e ss.

- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS – “A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente” in *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 3, Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Coimbra, Almedina, 2016, p. 163 e ss.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS – *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS – *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS – “Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexo de Causalidade”, in *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China*, Macau, 2008, p. 10 e ss.
- PRATA, ANA – *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 731 e ss.
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO – *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Porto, Edições Almedina, 1996.
- RAPOSO, VERA LÚCIA – *Do ato médico ao problema jurídico: breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Coimbra, Almedina, 2013.
- RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES – “Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”, in *Direito da Medicina - I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 5 e ss.
- RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES – *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Relatório da Cadeira de Direito Civil no Curso de Mestrado, Portimão, UCP Lisboa, 1997.
- RODRIGUES, JOÃO VAZ – *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico Português, Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- SERRA, ADRIANO VAZ – “Conculpabilidade do Prejudicado”, in *BMJ*, n.º 86, Lisboa, 1959, p. 131 e ss.
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA – *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina Editora, 1990.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Coimbra, Almedina, 1988.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- VARELA, J.M ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, I Vol., 10.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000.

