

ALGUNS CONTRIBUTOS DA OBRA DO DOUTOR JORGE SINDE MONTEIRO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA *

Resumo: Neste texto apresentamos alguns aspetos da importante contribuição de Sinde Monteiro para a doutrina da responsabilidade civil em saúde e o seu impacto na jurisprudência recente. Os temas selecionados são a definição da ilicitude e o papel das normas técnicas e deontológicas, o ónus da prova, a teoria do consentimento informado e a influência dos direitos humanos no direito da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; consentimento informado; ilicitude; direitos humanos

Abstract: In this text, I present some aspects of Sinde Monteiro's important contribution to the doctrine of medical responsibility and its impact on recent jurisprudence. The selected topics are the definition of wrongfulness and the role of technical standards and deontological norms, the burden of proof, the theory of informed consent and the influence of human rights on tort law.

Keywords: Medical liability; informed consent; wrongfulness; human rights

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC · Centro de Direito Biomédico · Orcid: 0000-0001-9871-5298 · andreper@fd.uc.pt

É com profunda emoção que apresentamos um pequeno texto de diálogo com o nosso Orientador de Mestrado e Coorientador de Doutoramento. O Professor que nos abriu portas que foram decisivas na nossa formação, seja em Viena de Áustria, junto do ECTIL, onde tivemos a honra de nos poder sentar junto dos mais reputados juristas da responsabilidade civil na Europa e no mundo, sob a batuta do Prof. Dr. Helmut Koziol, seja na Alemanha, tendo-nos concedido o privilégio de muito cedo participar em projetos de investigação liderados pelo saudoso Prof. Erwin Deutsch e, depois, pelo Prof. Jochen Taupitz, com o qual estabelecemos uma frutuosa cooperação.

Nestes apontamentos, pretendemos colocar em evidência o extraordinário impacto que o cristalino e bem fundamentado pensamento de Sinde Monteiro tem no direito da responsabilidade civil em saúde.

Fazendo jus a uma forma de estar na doutrina jurídica, que é a de manter um diálogo vivo e oportuno com a jurisprudência — que foi sempre a marca de Jorge Sinde Monteiro — iremos desenvolver as páginas que se seguem, em torno de questões da atualidade nos tribunais portugueses.

I) A densificação do conceito de Ilícitude

Ensina Sinde Monteiro¹ que para que haja uma *norma de proteção* temos que estar perante uma *lei em sentido material*, incluindo nessa categoria expressamente os tratados internacionais. Ora, o artigo 4.º da *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina* (doravante, *Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina* ou *Convenção de Oviedo*, como também é conhecida) chama/ eleva ao Direito as normas deontológicas e as normas técnicas da biomedicina.² Assim, seguindo este percurso

¹ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Editora Almedina, 1989, p. 246 e ss. explica o que é uma “norma de proteção”.

² Convenção de Oviedo: artigo 4.º (Obrigações profissionais e regras de conduta): “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de

metodológico, defendemos que as *leges artis* devem ser consideradas como normas de proteção. Acresce que na área da saúde lidamos — em razão da “natureza dos bens lesados” — com maior facilidade em considerar como “normas de proteção”; visa-se aqui apenas “concretizar a primeira modalidade de ilicitude”. Donde, a violação das *leges artis* (protocolos, reuniões de consenso, normas técnicas de boas práticas médicas, *standards* médicos) devem ter as consequências jurídicas que a violação das “disposições legais de proteção” (n.º 1 do art. 483.º do Código Civil), quais sejam a inversão do ónus da prova da culpa (Sinde Monteiro, 1989, p. 260).

a) As normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Em 1984, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro publicaram, no Boletim do Ministério da Justiça, a obra seminal *Responsabilidade Médica em Portugal*. Desta obra resultaram ideias e posições que ainda hoje estão vivas e animam a jurisprudência nacional. Nesta obra, Sinde Monteiro (1984, p. 9) defende que as normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) (à época apenas publicado na Revista da Ordem dos Médicos) “serão de grande interesse v. g. para a concretização de cláusulas gerais de direito civil, como de apreciação da culpa”, dando como exemplo o “dever de atualização científica”. Serão também um auxiliar precioso, podendo questionar-se se constituem “disposições legais que visam proteger interesses alheios”, para efeitos do artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil (isto porque são normas em sentido material). A sua utilidade revela-se ainda a propósito da interpretação e integração do “contrato de prestação de serviços médicos”.

Desde 2010, o CDOM está publicado no Diário da República, 2.ª Série, sob a forma de Regulamento. Atualmente vigora o Regulamento n.º 797/2016. Por outro lado, como vimos, o artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina prevê um reforço do estatuto jurídico das normas técnicas e deontológicas.

Assim sendo, a visão de Sinde Monteiro só pode hoje ser reforçada, no sentido de reconhecer às normas do CDOM o estatuto de disposições legais de proteção e definirem com mais rigor o espaço da ilicitude, que verda-

conduta aplicáveis ao caso concreto.”

deiramente já cabia na primeira modalidade, visto que na responsabilidade em saúde lidamos, quase sempre, com a violação de direitos absolutos. Este entendimento revela-se importante, como veremos adiante, para equilibrar o ónus probatório nas ações de responsabilidade em saúde.

Por outro lado, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado e outros entes públicos, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, densifica a noção de ilicitude (artigo 9.º). Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de setembro de 2020 (Maria Neves): “Sobre a ilicitude do facto, dispõe o art.º 9.º do mesmo regime anexo à citada Lei: «Consideram-se ilícitas as *acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*». Temos, pois, a ilicitude, como podendo ocorrer pela violação das normas ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, *mas também das regras de ordem técnica ou ainda a deveres de cuidado.*” (sublinhado nosso).

O mesmo raciocínio aberto e amplo da ilicitude — no âmbito da violação de direitos de personalidade — deve ser considerado à luz do artigo 483.º do Código Civil. Com efeito, a mera violação destes direitos absolutos configura, *prima facie*, um comportamento ilícito (na primeira modalidade), pelo que as disposições legais de proteção (segunda modalidade) apenas visam densificar e fortalecer o juízo de ilicitude, designadamente ilicitude da conduta. Assim, a violação de disposições deontológicas, técnicas ou profissionais configura uma presunção de ilicitude e pode mesmo, em certos casos, ter consequências no juízo de causalidade e de culpa. Esta interpretação resulta como já vimos — da convocação do referido artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e ainda do artigo 24.º do mesmo Tratado internacional que impõe a reparação por dano injusto.³

³ Convenção de Oviedo: artigo 24.º (Reparação de dano injustificado): “A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.”

Por outro lado, não se justifica manter duas visões distintas da responsabilidade civil, consoante se aplique o Código Civil ou a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Pelo contrário, naquilo que a lei posterior (Lei n.º 67/2007) possa contribuir para aperfeiçoar a dogmática da responsabilidade civil, sem que se possa afirmar que faz jus apenas a exigências específicas da responsabilidade civil administrativa, parece-nos que se deve promover esta leitura conjunta da *rede normativa*, designadamente na área da responsabilidade em saúde. Nesta área, há duas jurisdições e dois direitos substantivos diferentes, mas que convém não deixar apartar para além daquilo que são as exigências legais e as exigências próprias do direito administrativo. Assim, a dogmática da ilicitude nos danos na área da biomedicina e da saúde deve ser enriquecida pelo referido artigo 9.º da Lei n.º 67/2007.

b) As Normas de Orientação Clínica

A medicina tem vindo a tornar-se protocolizada, mais racionalizada e, em certo sentido, mais transparente. A adoção das *Normas de Orientação Clínica*⁴ (NOCS), que vêm sendo emanadas pela Direção Geral de Saúde sobre os mais variados aspetos da prática médica, merecem a atenção do estudioso da responsabilidade médica. Encontramos NOCS seja sobre métodos de tratamento (por exemplo: de cancro da cavidade oral⁵, cancro da orofaringe, implantação de válvulas aórticas transcater, Artroplastia Total da Anca, administração de medicamentos, etc.), seja na área do consentimento informado, esclarecido e livre para atos terapêuticos ou diagnósticos e para a participação em estudos de investigação (Norma 15/2013).⁶

As Normas de Orientação Clínica permitem responder à exigência de maior igualdade e qualidade no acesso a tratamentos médicos e tam-

⁴ <https://nocs.pt/normas-dgs/> com cerca de 30 áreas temáticas...

⁵ Norma 21/2013 — <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0212013-de-06122013-pdf.aspx>

⁶ <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013-pdf.aspx>

bém de promover o princípio da justiça, na medida em que promove o uso economicamente racional das terapêuticas e o bom uso dos meios disponíveis. Nesse sentido, o Parecer n.º 64/CNECV/2012, de setembro de 2012, previa a necessidade de uma “escolha e racionamento explícito e transparente, em diálogo com os cidadãos que devem ser informados (porque nada substitui a participação democrática), para que assim se mantenha intacta a confiança dos doentes nos profissionais de saúde e no SNS e maximize a responsabilidade dos decisores.” Ou seja, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida defendeu que se impõe um debate e uma escolha pública e transparente e não um *racionamento implícito*.

As NOCS são, pois, determinantes na densificação da ilicitude da conduta do prestador de serviços em saúde, quer no plano da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual.

II) A responsabilidade civil por violação do consentimento informado

a) *esclarecimento para a autodeterminação e esclarecimento terapêutico*

Relativamente ao *esclarecimento terapêutico*, explica Sinde Monteiro⁷, que a dignidade do valor do *bem* que é posto em causa pelo conselho ou informação é importante para determinar a responsabilidade de quem presta a informação errada. O *esclarecimento terapêutico* é uma das atividades frequentes na área médica, pelo que um esclarecimento errado conduz naturalmente à responsabilidade, seja contratual, seja delitual, pelo que a norma relevante é o n.º 2 e não o n.º 1 do artigo 485.º do Código Civil. Em grande medida, estando em causa danos à personalidade, o artigo 485.º nada acrescenta ao artigo 483.º, logo na primeira modalidade de ilicitude — *violação de direitos absolutos*. Mas como as informações médicas também podem afetar interesses patrimoniais e até causar danos puramente patrimoniais (por exemplo: um cirurgião plás-

⁷ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, p. 352.

tico recomenda a um ator ou atriz uma certa intervenção estética que se vem a revelar inconveniente para o sucesso da carreira) — os seus ensinamentos a este respeito são relevantes.

b) consentimento para a autodeterminação e os bens jurídicos protegidos no Direito Civil

Maior densidade e relevo dogmático assume o *consentimento para a autodeterminação*. Regulamentado nos artigos 156.º e 157.º do Código Penal de 1982, ensinou Sinde Monteiro, ainda nos anos 80 do século passado, que basta o médico violar culposamente a norma (máxime o artigo 157.º — *dever de esclarecimento*) do Código Penal, para não precisarmos de provar a culpa na violação dos bens jurídicos (integridade física e moral e liberdade). Isto porque, o Autor (1989, p. 240) coloca em evidência a distinção — há muito conhecida da doutrina alemã — entre *Haftungsbegründung* e *Haftungsausfüllung*, *causalidade-fundamentadora da responsabilidade* e *causalidade-preenchedora da responsabilidade*, designadamente no domínio do dever de esclarecimento dos médicos.

Acrescenta Sinde Monteiro, em nota de rodapé 206 da sua tese de Doutoramento (1989) que “não se exige prova da culpa em relação ao dano”. Ora, esta preciosa lição permitiu à doutrina e à jurisprudência afirmar, sem hesitações, que o médico que viola o dever de esclarecer infringe (para o Direito Civil) o bem jurídico *liberdade* e o bem jurídico *integridade física e moral*, pelo que deve ser responsável por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais que cause ao paciente.

Esta interpretação é importante e permite manter a autonomia do Direito Civil face ao Direito Penal.⁸ Assim, Sinde Monteiro (1989, p. 267) elabora sobre a disposição legal de proteção e o nexo de causalidade, em especial, nas páginas 272 e ss. no caso das *intervenções médico-cirúrgicas arbitrarias*, ou seja, intervenção médica sem o consentimento ou sem o devido esclarecimento. Nestas páginas, Sinde Monteiro elabora sobre

⁸ André Gonçalves Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A versão original, de 2003, está disponível no Estudo Geral da UC: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/89350>

quais os danos indemnizáveis e — de forma lapidar — defende a autonomia valorativa do Direito Civil face ao Direito Penal e defende — a nosso ver com grande acerto — que os danos indemnizáveis em caso de falta de esclarecimento (artigo 157.º do Código Penal) são não apenas da liberdade, mas também a situação patrimonial, pelo que todos os danos — patrimoniais e não patrimoniais — são ressarcíveis.

Por isso, as ações de responsabilidade civil por violação do dever de informação podem gerar indemnizações pelos danos causados não apenas à liberdade e à integridade moral, mas também pelos danos corporais, e os consequentes danos patrimoniais e não patrimoniais, que podem ser tão graves quanto na responsabilidade civil por má-prática médica.

Assim, a responsabilidade em saúde divide-se entre a responsabilidade por má prática/ negligência, com base na violação das *leges artis* (*stricto sensu*) e a responsabilidade por violação do consentimento informado, que pode ocorrer quer por falta de informação, quer por falta de consentimento ou consentimento inválido.⁹

Com efeito, o artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina prevê:

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

⁹ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgar*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilícitude e Culpa na responsabilidade médica*, colecção *(I)materiais para o Direito da Saúde* n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, (134 págs.), p. 47 ss. — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

O consentimento foi fruto de uma caminhada gradual.¹⁰ Este artigo 5.º estabelece o princípio segundo o qual ninguém deve ser sujeito a uma intervenção no domínio da saúde sem prestar o seu consentimento, consentimento este que deve ser livre e esclarecido para ser válido.¹¹

Seguindo o exemplo do nosso Mestre, damos nestas páginas a voz à jurisprudência.

i. Jurisprudência internacional

Como veremos, Sinde Monteiro é um civilista atento ao Direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, pensamos ser adequado expor algumas linhas sobre a jurisprudência internacional, na qual encontramos a consagração da doutrina do consentimento informado, designadamente em arestos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Veja-se o caso *Evans v. The United Kingdom* (n.º 6339/05), de 10 de abril de 2007, que coloca em evidência as problemáticas relacionadas com a revogação do consentimento num caso em que é prestado consentimento para a recolha e armazenamento de embriões com vista a futura utilização e o consentimento do dador de embriões vem a ser *revogado* antes dessa mesma utilização, pronunciando-se o TEDH no sentido da admissão de tal possibilidade, entendendo que o consentimento deve ser contínuo para o prosseguimento da intervenção, de acordo com o preconizado no artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina e no artigo 6.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, entendendo não haver violação do previsto nos artigos 2.º, 8.º e 14.º da Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH).¹²

O caso *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (n.º 302/02), de 10 de junho de 2010 (versão final de 22 de novembro de 2010), é um caso que envolve uma realidade complexa relacionada com motivações

¹⁰ André Gonçalves Dias Pereira, *O Consentimento informado*, ob. cit., 2004, p. 17 ss.

¹¹ Assim preconiza também a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, na alínea a) do número 2 do artigo 3.º.

¹² Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80046%22%5D%7D>.

religiosas e o *direito do paciente a recusar uma intervenção* sem a qual poderá não sobreviver, entendendo o TEDH que o Estado não deve interferir na liberdade de escolha em relação aos cuidados de saúde, estando na disponibilidade do paciente o direito de recusa de intervenção, desde que informada, por respeito ao princípio da autodeterminação do paciente.¹³

O caso *V.C. v. Slovakia* (n.º 18968/07), de 8 de novembro de 2011 (versão final de 8 de fevereiro de 2012), é um caso que envolve uma cidadã de origem cigana que aquando do parto do seu segundo filho lhe é pedido consentimento para lhe ser feita uma laqueação de trompas, o que vem a suceder. Considerou o TEDH que o consentimento prestado pela paciente não foi um *consentimento informado*, atendendo ao modo e momento em que a possibilidade lhe foi sugerida (momentos antes de dar à luz e já em trabalho de parto, sendo-lhe dito que uma próxima gravidez poderia ser fatal para a paciente e/ou para o feto), entendendo, consequentemente, haver violação dos artigos 3.º (proibição de tortura e tratamento ou punição desumana ou degradante), 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (proibição de discriminação) da CEDH.¹⁴

O caso *Elberte v. Latvia* (n.º 61243/08), de 13 de janeiro de 2015 (versão final de 13 de abril de 2015), é um caso que envolve a remoção de tecidos de um cadáver, pelos Serviços Médico-Legais da Letónia, tecidos estes posteriormente enviados a uma empresa farmacêutica alemã para utilização em implantes, sem nunca ter sido obtido o consentimento de um parente próximo, neste caso a mulher do falecido, requerente no processo. A requerente não só não deu o consentimento, como tal facto lhe foi ocultado, durante dois anos, altura em que esta é informada pelas autoridades de que decorria uma investigação que envolvia o caso do seu falecido marido e mais cerca de 500 falecidos, por atos potencialmente ilícitos praticados sobre o cadáver destes. Neste Acórdão, o TEDH declara a ilegalidade da remoção de tecidos de um cadáver sem consentimento e reconhece um dever de se tratar o corpo humano com respeito, mesmo após a morte, invocando o princípio da dignidade humana plasmado na

¹³ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99221%22%5D%7D>.

¹⁴ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-107364%22%5D%7D>.

Convenção dos Direitos Humanos e a Biomedicina e Protocolo Adicional, determinando a condenação da Letónia por violação dos artigos 3.º e 8.º da CEDH.¹⁵

E encontramos arestos igualmente na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nomeadamente por falta de consentimento, como é o caso *IV Bolívia* (caso 12.565, relatório n.º 72/14), de 15 de agosto de 2014, estando em causa uma laqueação de trompas realizada na sequência de uma cesariana, considerando o CIDH que a paciente não havia dado consentimento para tal procedimento que não se afigurava sequer necessário ou inadiável.¹⁶

Também por falta de consentimento, na Oceânia, no caso *Reeves v. The Queen* (S44/2013), de 18 de dezembro de 2013, assistimos a uma condenação de um médico ginecologista por realizar uma operação que extrapolava os limites do necessário para resolução do problema da paciente, não tendo a mesma dado o seu consentimento.¹⁷

ii. Jurisprudência nacional

Na jurisprudência nacional, encontramos a consagração da doutrina do consentimento informado em arestos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). No Acórdão de 18 de março de 2010 (Pires da Rosa), o STJ reconheceu que a *violação do dever de informar* conduz a um *consentimento inválido*, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, donde gera-se uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo doente (embora no caso concreto tenha decidido pela absolvição).

No Acórdão de 2 de junho de 2015 (Maria Clara Sottomayor) decide-se um caso de falta de consentimento *tout court*; tratou-se de uma intervenção “para cuja possibilidade de realização a paciente não fora sequer alertada, não prestando, assim, o seu consentimento.” Concluin-

¹⁵ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:\[%22001-150234%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22ite-mid%22:[%22001-150234%22]).

¹⁶ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/iv_bv/informe.pdf.

¹⁷ Disponível em: https://www.hcourt.gov.au/cases/case_s44-2013.

do-se que: “(...) se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada”, fundando-se a responsabilidade “na violação dos direitos subjetivos da paciente à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (arts 25.º, n.º1 e 26.º, n.º 1 da CRP e 70.º, n.º 1 do CC).”.

Mais frequentes e complexos são os casos de falta de informação/dever de esclarecimento,¹⁸ como são os casos do Acórdão de 2 de novembro de 2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)¹⁹, do Acórdão de 22 de março de 2018 (Maria da Graça Trigo)²⁰, o caso do Acórdão de

¹⁸ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgar*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150 e 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*, Volume 3 — Segurança do paciente e consentimento informado, Coimbra, Almedina, 2016, p. 161-179. (ISBN: 9789724065663).

Por seu turno, a nosso ver de forma dogmaticamente pouco lograda, em 2017, o STJ (relatora: Maria dos Prazeres Beleza) hesitou em reconhecer o nexo de causalidade entre o facto ilícito (informação deficiente) e o dano (lesões corporais na face) e elaborou um raciocínio jurídico em que fazia apelo (a nosso ver sem razão) ao instituto da perda de chance.

¹⁹ Onde se afirma: “Quer a lei portuguesa (cfr., em especial, os arts. 70.º, 81.º e 540.º do CC, bem como o art. 157.º do CP ou o n.º 11 do art. 135.º do Estatuto da Ordem dos Médicos), quer diversos instrumentos internacionais (cfr. o art. 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina — Convenção de Oviedo) exigem, como regra e como condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes — por exemplo, através de uma cirurgia, como no caso presente — que estes consentam nessa ingerência; e que o consentimento seja prestado na posse das informações relevantes sobre o acto a realizar, tendo em conta as concretas circunstâncias do caso, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção (...) cuja protecção tem como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade”.

²⁰ O Supremo Tribunal de Justiça interpretou de forma rigorosa a doutrina do consentimento informado, uma vez que o Tribunal decidiu pelo critério do *paciente concreto*, ou seja, o médico deveria ter explicado os riscos concretos para esse pa-

24 de outubro de 2019 (Acácio das Neves)²¹ e, mais recentemente, tomamos as decisões do Acórdão de 8 de setembro de 2020 (Maria Vaz Tomé)²², do Acórdão de 26 de novembro de 2020 (Ferreira Lopes)²³

ciente em particular: uma mulher, de idade avançada, submetida a uma operação anterior e com um risco muito maior de perfuração.

²¹ Um caso que se prende com a responsabilidade de um médico dentista por falta de informação das complicações previsíveis de um procedimento complexo de melhoria da aparência dental. Decidindo o STJ, em recurso de revista excepcional, de forma firme e acertada que: *“A responsabilidade civil emergente da realização de ato médico, ainda que se prove a inexistência de erro ou má prática médica, pode radicar-se na violação do dever de informação do paciente relativamente aos riscos e aos danos eventualmente decorrentes da realização do ato médico.”*

²² Destacamos do sumário: “VI — Perante a violação ilícita e culposa de deveres de informação, por parte do médico, e a ocorrência de danos que aqueles visam prevenir, acolhe-se uma presunção de comportamento conforme à informação, dispensando o paciente da prova da causalidade (preenchedora) que intercede entre o fundamento da responsabilidade invocado e os danos por si sofridos, que o cumprimento correto daqueles deveres visa prevenir (perturbação de decisão esclarecida do paciente).” (...) VIII — Não pode partir-se de um ponto de referência abstrato, pois na decisão do caso deve ter-se em conta o perfil do paciente concreto. Pode, nesse sentido, dizer-se que a intensidade e a extensão dos deveres de informação do médico dependem das circunstâncias do caso concreto. IX — Compete à instituição de saúde — e/ou médico — provar que, mesmo que houvesse cumprido corretamente os seus deveres de informação, o paciente se teria comportado do mesmo modo, tomando a mesma decisão. Não deve admitir-se a invocação da figura do consentimento hipotético quando estejam em causa violações graves dos deveres de conduta da instituição de saúde — e/ou do médico —, como sucede quando aquela omite informações fundamentais ou essenciais para a autodeterminação do paciente.”

²³ Que afirma no sumário: *“I — O doente tem direito à informação médica necessária a decidir se quer ou não submeter-se ao acto médico, só sendo válido o consentimento livre e esclarecido; II — A violação do dever de informação pode constituir o médico em responsabilidade civil;”* E onde encontramos também uma afirmação que densifica o *quantum* da informação que deve ser dada pelo profissional de saúde, no entendimento do STJ: *“II — Não viola o dever de informação o médico que não detalha ao doente os riscos associados à intervenção cirúrgica de verificação muito rara, num quadro em que o doente está a par da gravidade sua situação clínica, e em que foram observadas as regras da legis artis.”*

e do Acórdão de 2 de dezembro de 2020 (Maria Clara Sottomayor)²⁴.

O direito ao consentimento livre e esclarecido é — pois — um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas e indubitavelmente consagrado no Direito português. Portugal conta já com alguma legislação que regula os direitos e deveres do cidadão doente, destacando-se o Código Penal e a Lei n.º 15/2014 (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde) e a detalhada regulação do esclarecimento e do consentimento no Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento n.º 707/2016).

Ao abrigo do princípio da autonomia do paciente, que é uma refração do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, um afastamento do paternalismo médico, todo o ser humano deve poder, de forma esclarecida, consentir ou recusar, ou revogar um consentimento anteriormente prestado, em relação a uma intervenção em si realizada. Um consentimento livre e esclarecido só assim é considerado se tiver na sua base a transmissão pelo responsável pela intervenção de informação objetiva sobre a natureza e potenciais conseqüências da intervenção assim como alternativas

²⁴ Destacamos do sumário: “IV — *A prova do consentimento informado, enquanto facto impeditivo do direito da autora (paciente), compete ao réu/recorrido (médico), nos termos do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil.* V — *Nas cirurgias estéticas, destinadas a melhorar a imagem de uma pessoa, os deveres de informação do médico são mais exigentes e rigorosos do que na cirurgia curativa ou assistencial e abrangem os riscos significativos e graves, mesmo que raros. O médico tem, assim, o dever de chamar a atenção dos pacientes para os prognósticos mais pessimistas de uma intervenção estética, ainda que pouco frequentes, mesmo que estes prognósticos possam funcionar como um desincentivo à intervenção. Este dever é tanto mais intenso quanto menor for a finalidade curativa.* (...) VIII — *Se o médico não provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de uma causa de justificação, recai sobre ele todo o risco de responsabilidade da intervenção médica, incluindo os fracassos da intervenção e os efeitos secundários não controláveis.* (...) X — *Tendo a consagração dos deveres de informação como escopo permitir regular a formação da vontade do paciente, uma vez demonstrada a omissão ou a deficiência da informação prestada perante os danos sofridos, deverá presumir-se que a omissão ou a deficiência da informação foi causa da decisão do paciente; que da lesão do bem jurídico protegido o exercício do poder de autodeterminação sobre o próprio corpo e sobre os serviços de saúde, a correta formação da vontade resultaram os danos patrimoniais e não patrimoniais concretamente sofridos pelo paciente.*”

de tratamento e riscos associados, em termos que o paciente compreenda e numa janela temporal que lhe permita tomar uma decisão ponderada.

A mais recente jurisprudência, quer internacional, quer nacional, caminha no sentido de um cada vez maior reconhecimento do direito da autonomia do paciente e consequente responsabilização do profissional de saúde que não respeita esse direito.

III) Ónus da prova na responsabilidade médica

i. ónus da prova do esclarecimento

Na obra de 1984, na página 39, Sinde Monteiro defende que cabe ao médico o ónus da prova do esclarecimento ao doente. Esta tese que viríamos a advogar em 2003, na nossa tese de mestrado, por si orientada, publicada em 2004,²⁵ teve sucesso e afirmou-se na jurisprudência portuguesa,²⁶ tendo esta doutrina obtido eco também na jurisprudência brasileira.²⁷

²⁵ André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A versão original, de 2003, está disponível no Estudo Geral da UC: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/89350>

²⁶ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, in *Julgár*, Lisboa, ISSN 1646-6853, N.º 42 (2020), p. 129-150; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*, colecção *(I)materiais para o Direito da Saúde* n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019 (134 págs.) — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

²⁷ *Superior Tribunal de Justiça* do Brasil, Decisão Judicial Paradigmática (Recurso Especial nº 1.540.580 —DF. No voto vencedor o Min. Luís Felipe Salomão afirma: “*André Gonçalo Dias Pereira acrescenta que esse é o entendimento em vigor na Europa, a partir da pré compreensão de que a ação do médico só é lícita se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, terá o médico de suportar o ónus da prova. Por força deste e de outros argumentos, no direito comparado, a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.*”

O ónus da prova do esclarecimento impende sobre o médico. Esta solução resulta de vários argumentos: (1) desde o princípio da igualdade de armas e (2) a igualdade na aplicação do direito, seja (3) o argumento de que a prova de facto negativo configura uma prova diabólica e (4) que o consentimento informado constitui uma causa de justificação da ilicitude (342.º/2 do Código Civil).²⁸

ii. comportamento alternativo lícito

Em 1989, p. 290, Sinde Monteiro aventura-se no difícil problema do ónus da prova no âmbito do comportamento alternativo lícito. Este recai sobre o *lesante*. Assim, no caso de *consentimento hipotético*, é o médico que tem o ónus de provar que o paciente teria aceitado o tratamento, mesmo que tivesse sido devidamente informado dos riscos e consequências secundárias. Acompanhámos esta tese²⁹ e o Supremo Tribunal de Justiça vem acompanhando este raciocínio que remonta a Sinde Monteiro.

²⁸ Neste sentido, já Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, in *Responsabilidade Médica em Portugal*, BMJ, Lisboa, 1984, p. 39. André Dias Pereira, *O Consentimento...*, 2004, p. 199.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-06-2015 (Relator: Mário Mendes) afirma: “em princípio e independentemente de se fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas.” Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-20-2014 (Rel. Cons. João Bernardo) afirma que não basta o médico apresentar um papel escrito, um formulário do consentimento informado: “a referência num documento assinado por médico e doente a que aquele explicou a este de forma adequada e inteligível entre outras coisas os riscos e complicações duma cirurgia não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e bem assim dos riscos concretamente indicados pelo que é manifestamente insuficiente”. Cf. Guilherme de Oliveira, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)”, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Lex Medicinæ, Ano 12, 2015, pp. 149-153.

²⁹ André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>. p. 423 e ss.

É perante a figura do *consentimento hipotético* que esta questão ganha maior acuidade. Trata-se de um consentimento que se baseia numa *vontade hipotético-conjetural* do paciente, que tem por base, na verdade, uma insuficiência (omissão) de informação, o que pode configurar uma violação do dever de informação. O ónus da prova do consentimento hipotético encontra-se do lado do médico e, na síntese de Eisner, são exigentes as condições nas quais terá aplicabilidade: (1) tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação, (2) haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; (3) exige-se ainda que a intervenção fosse: i) medicamente indicada, ii) conduziria a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visava afastar um perigo grave; (4) a recusa do paciente não seria objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto. O consentimento hipotético, no caso português, poderá ser acolhido nos casos de violações leves do dever de esclarecimento e “desde que o médico alegue e prove que o doente teria consentido”³⁰, tendo por critério o do paciente concreto (considerando os valores em conflito: liberdade, integridade física e saúde) e aceitando uma tese de mitigação e redução de danos (indenização concedida na justa medida da contribuição do réu para o dano).³¹

iii. erro médico grosseiro e inversão do ónus da prova do nexos de causalidade

No caso de *erro médico grosseiro* de que resultou um dano que tipicamente lhe está ligado, Sinde Monteiro (1989, p. 297) aceita uma verdadeira inversão do *ónus da prova do nexos causal*. De algum modo está aqui presente a ideia do sistema móvel proposto por Walter Wilburg, a que Sinde Monteiro recorre com pertinência, conferindo à dogmática da

³⁰ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e Culpa na responsabilidade médica*, coleção (I)materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, (134 págs.), p. 70 — ISBN 9789898891747 — Disponível em: http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.

³¹ André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes*, *ob. cit.*, p. 481 ss. e, na jurisprudência, o Acórdão de 2 de junho de 2015 (Rel. Maria Clara Sottomayor).

responsabilidade civil uma capacidade de adaptação às exigências do caso concreto. Com efeito a lição de Walter Wilburg revela-se de preciosa utilidade e atualidade: a construção de um sistema “móvel” — um *bewegliches System* — que lhe dê uma armadura mais forte, sendo útil relembrar a analogia do antigo Reitor da Universidade de Graz: tal como as pontes devem ter uma estrutura flexível, sob pena de quebrarem, também a dogmática do Direito Civil deve ser “móvel”, sob pena de anquilosar e não alcançar a solução justa no *caso decidendo*.³²

iv. dever de documentação

Ainda na p. 297, Sinde Monteiro apresenta informação sábia sobre o *dever de documentação*, cuja violação importa uma *inversão do ónus da prova*. Esta tese é hoje aceite pela jurisprudência, por exemplo STJ no Acórdão de 8 de setembro de 2020 (Maria Tomé) afirma-se: “A não apresentação, sem qualquer justificação, dos relatórios — médicos ou de enfermeiros — respeitantes ao dia da alta hospitalar, por parte do réu, afigura-se suscetível de tornar impossível, ou particularmente difícil, a produção de prova ao sujeito processual onerado com o ónus da prova nos termos gerais e, por isso, justifica a inversão do ónus da prova relativamente ao estado febril da autora ao tempo da alta hospitalar.”³³

O contributo do Autor é ainda mais importante, no que respeita ao **dever de documentação**. Sinde Monteiro (1989, p. 427) apresenta — em 1989 repetimos — uma visão que se viria a revelar inteiramente

³² A necessidade e a vantagem de estabelecer pontes entre os diversos institutos e ramos do direito (civil) em ordem à construção de um “*sistema móvel*” foram propostas por Walter Wilburg, *Die Elemente des Schadensrecht*, 1941; IDEM, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950. Para uma análise deste pensamento, *vide*, Bernard Koch, “Wilburg’s Flexiblle System in a Nutshell, in Helmut Koziol/ Barbara Steininger (eds), *European Tort Law 2001, 2002*, pp. 545 e ss.

³³ André Gonçalves Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes*, *ob. cit.*, p. 525 ss. — No caso em apreço, na medida em que o dever de junção dos documentos respeitantes ao dia da alta hospitalar recaía sobre o Réu, e que este não o cumpriu, competia-lhe provar que Autora não tinha febre ao tempo da alta.”

previdente, no sentido em que defendeu o direito dos doentes (ou dos seus herdeiros) a exigir o acesso aos registos médicos.

Com efeito, no âmbito das instituições públicas de saúde, consagra-se o direito de acesso direto à informação de saúde, em 2007.³⁴ Já nas instituições privadas de saúde, apenas em 2016 se deu esse passo.³⁵

Sinde Monteiro via já mais longe e fazia uma distinção entre “os elementos que contêm dados objetivos e aqueles que implicam valorações subjetivas, bem como notícia de dados fornecidos por terceiros (cônjuge ou parentes).”

Estas limitações — “dados subjetivos do médico” e proteção da confidencialidade de terceiros — ainda hoje não estão devidamente reguladas na legislação aplicável. Todavia, defendemos que, aquando da entrega da informação de saúde, se devem considerar essas exceções. A estas duas cautelas: proteção do *sigilo de terceiros* e proteção das *anotações pessoais do médico*, pode acrescentar-se o *privilégio terapêutico*.³⁶

Neste aspeto, é muito útil seguir a norma prevista no n.º 4 do artigo 40.º do Regulamento de Deontologia Médica: “4 — 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.”³⁷

³⁴ Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, que viria a ser revogada em 2016 pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (LADAR)

³⁵ Lei n.º 12/2005, alterada em 2016 pelo artigo 45.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

³⁶ O Projeto de Lei 788/X, de 2009, sobre *Direito à informação e ao consentimento informado*, aprovado na generalidade na Assembleia da República, poderia ter trazido algum conteúdo útil ao direito médico português, designadamente nesta matéria — neste sentido, cfr. Guilherme de Oliveira/ Helena Moniz/ André Dias Pereira, “Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico — Um Anteprojeto de 2010”, *Lex medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º 18, Julho/Dezembro 2012, p. 13-33.

³⁷ Já o acesso indireto que é proposto no n.º 3 do mesmo artigo 40.º viola a lei e deve ser objeto de uma interpretação corretiva.

IV) O problema do “cúmulo de responsabilidades”

Em *Responsabilidade Médica em Portugal* (1984, p. 25), Sinde Monteiro defendeu a tese do *cúmulo de responsabilidades*. Na nossa opinião, a perspetiva correta de entender o problema de um dano poder resultar simultaneamente da violação de direitos absolutos (direitos de personalidade) e da violação de um contrato (de prestação de serviços médicos). Sempre aderimos a esta tese (Dias Pereira, 2015, p. 653).

O STJ insiste em que a responsabilidade contratual consome a responsabilidade delitual. Todavia, quando necessário, acaba por lançar mão das regras da responsabilidade aquiliana.³⁸

V) Contratos com eficácia de proteção para terceiros

Na sua tese de Doutoramento, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, publicada em 1989, encontramos preciosos contributos para toda a doutrina da responsabilidade civil. Se é na área dos danos puramente patrimoniais que esta tese assume maior relevo prático e dogmático, também no domínio dos danos à pessoa, encontramos valiosos desenvolvimentos doutrinários.

Nas páginas 518 e seguintes da sua dissertação de Doutoramento, Sinde Monteiro — de forma pioneira — desenvolve a figura de “contratos com eficácia de proteção para terceiros”. Este instituto foi convocado recentemente pelo Acórdão do STJ, de 8 de setembro de 2020 (Maria Tomé), na área da responsabilidade médica, designadamente para possibilitar a responsabilidade do médico que trabalha numa clínica/ hospital, no âmbito de um contrato total. Ou seja, para além da proteção delitual que a doutrina sempre conferira ao paciente, o STJ vem defender que se pode compreender a relação do médico (trabalhador de uma clínica) com o doente (cliente da clínica) como um contrato com eficácia de proteção para terceiros.

³⁸ Veja-se no Ac. STJ de setembro de 2020, o recurso à *responsabilidade solidária*: “Pelos danos verificados respondem, solidariamente, o Hospital e os réus médicos (art. 497.º, n.º 1, do CC).

Trata-se de uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, pelo que a sua mobilização deve ser cautelosa. No plano do regime jurídico, Sinde Monteiro propõe a aplicação do artigo 227.º do Código Civil (ou seja, prescrição delitual). Solução que nos parece correta, seguindo aliás, em parte, a lição de Nuno Pinto Oliveira acerca do problema da prescrição na responsabilidade médica, em geral, que se aproxima mais do direito delitual (3 anos) do que do direito contratual (20 anos).³⁹

Quanto à aplicação da regra geral do ónus da prova, prevista no artigo 342.º do Código Civil, Sinde Monteiro (p. 531) propõe que como regra geral para o “contrato com eficácia de proteção para terceiros”, devamos ser mais cautelosos. O nosso Mestre trabalhava sobretudo no pressuposto das situações de índole patrimonial (pareceres de consultores, responsabilidade por informações no domínio financeiro, etc.). Na área dos danos às pessoas, em que estão em causa bens jurídicos da máxima valia, estamos em crer a apreciação que melhor respeita a visão, de um sistema aberto, que Sinde Monteiro sempre defendeu, seria advogar que o ónus da prova da culpa previsto na responsabilidade contratual (artigo 799.º do Código Civil), ou seja, que corre por conta do devedor (o médico).

O “contrato com eficácia de proteção para terceiros” foi convocado, dizíamos, no Acórdão do STJ de 8 de setembro de 2020. Assim, será possível responsabilizar o prestador de serviços (designadamente o médico), que não tem um contrato diretamente celebrado com o paciente. Afirma o STJ: “além ou independentemente da responsabilidade do Hospital por atos dos seus auxiliares, existe também uma responsabilidade própria, pessoal, dos médicos, auxiliares de cumprimento das obrigações do Hospital para com a autora. Pode também dizer-se que os contratos de tais profissionais de saúde são, nesse sentido, *contratos com eficácia de proteção para terceiros*. De resto, a lesão do direito à integridade física gera também responsabilidade delitual pessoal do médico perante o paciente ao abrigo do artigo 483.º, n.º 1, do CC.”

Assim sendo, o médico (mesmo num contrato total) fica numa posição mais onerada, pois pode ficar sujeito (em parte) às regras da

³⁹ Cf. o texto que Nuno Oliveira apresenta nesta obra.

responsabilidade contratual, para efeitos de ónus da prova, na relação com o doente.⁴⁰

Afirmamos, desde já, seguindo a proposta do Conselheiro Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira que, neste particular, terá que se aproximar mais das situações delituais do que das situações contratuais, pelo que o prazo de prescrição será regulado pelo artigo 498.º do Código Civil, ou seja, de 3 anos.⁴¹

⁴⁰ Afirma o STJ, na decisão citada de setembro de 2020: “Mas, além ou independentemente desta responsabilidade do SBIS — enquanto gere os SAMS, detentores do hospital — por atos dos seus auxiliares, *existe também uma responsabilidade própria, pessoal, dos médicos CCE DD, auxiliares de cumprimento das obrigações do hospital para com a Autora AA*. De facto, estes respondem por *violação de deveres de proteção para com a paciente*; deveres que sobre eles impendem enquanto auxiliares no cumprimento de um contrato ou obrigação alheia — na qualidade referida — tendo por *objeto a prestação de cuidados de saúde a outrem*, e deveres que se fundam no contrato de trabalho ou de prestação de serviços médicos que vinculam esses profissionais de saúde para com o hospital ... em que prestam serviço: pois desses contratos — de trabalho ou de prestação de serviço — decorrem deveres de cuidado e proteção para com o paciente que o credor da prestação (o SBSI, na qualidade mencionada) os encarrega de cuidar. Os contratos de tais profissionais de saúde são, nesse sentido, contratos com eficácia de proteção para terceiros, por isso que vinculam o devedor a cuidados destinadas a preservar interesses de terceiros (os pacientes) estranhos à relação obrigacional estabelecida com o SBSI (seu credor) — na qualidade referida. Tratando-se de deveres para proteção da integridade física, assemelham-se aos deveres delituais. Os contratos com eficácia de proteção para terceiros decorrem da complexidade da relação obrigacional que, além dos deveres de prestar entre credor e devedor, pode implicar também deveres de proteção e cuidado — designadamente por força da regra de conduta segundo a boa fé (art. 762.º, n.º 2, do CC) — para com terceiros destinatários ou beneficiários da prestação. O STJ cita, naturalmente, Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 518 ss.

⁴¹ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa, ob. cit.*, p. 33 defende que se deveria aplicar uniformemente o prazo da responsabilidade extracontratual, uma vez que está em causa a proteção de direitos absolutos e a prova destes casos não é meramente documental, antes testemunhal e pericial, pelo que este aspeto a responsabilidade médica se aproxima mais da responsabilidade delitual.

VI) Uma compreensão mais pragmática e humanista do dano às pessoas

O grande contributo da obra de Sinde Monteiro encontra-se noutros textos e não tem merecido acolhimento por parte do legislador nacional. Falamos da ideia da socialização do risco. Em particular, Sinde Monteiro retomou o tema da socialização do risco (médico), com uma reflexão sobre o *seguro do doente*.⁴² Sobre isso, escreve nesta obra Rui Cascão, desenvolvendo a alternativa escandinava e da Nova Zelândia.

Na nossa tese de Doutoramento, defendemos a solução semelhante à francesa, que mantendo de pé o regime tradicional, encontrava uma solução humanista para os grandes incapazes, com uma compensação assegurada por um fundo público às vítimas de álea terapêutica com incapacidades graves e com uma visão moderna e expedita da resolução dos conflitos com Comissões de conciliação e indemnização do acidente médico. Todas estas vozes têm tido dificuldade em transformar o pensamento jurídico e político.

Todavia, quando a tragédia assola, os poderes executivos acorrem a soluções *ad hoc*, como se viu nos incêndios de Pedrógão e a remessa para a Provedora de Justiça deste problema.⁴³ Também aí Sinde Monteiro interveio,⁴⁴ na redação de um documento de extraordinária valia sobre o

⁴² Sinde Monteiro, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e da Bioética* (1991) 138-145.

⁴³ <https://www.provedor-jus.pt/?idc=32&idi=17527>

⁴⁴ A 30 de outubro de 2017, o Primeiro-Ministro nomeou o Conselheiro Mário Mendes, indicado pelo Conselho Superior da Magistratura; o Professor Doutor Joaquim Sousa Ribeiro, em representação do Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas; e o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, em representação da Associação de Vítimas do Incêndio de Pedrogão Grande.

O Conselho fixou — “de acordo com o princípio da equidade — os critérios a utilizar no cálculo das indemnizações a pagar pelo Estado aos titulares do direito à indemnização por morte das vítimas dos incêndios de grandes dimensões que, nos dias 17 de junho e 15 de outubro de 2017, deflagraram em Portugal continental”. Cf. Despacho n.º 10496-A/2017 — Diário da República, 2.ª série — N.º 231 — 30 de novembro de 2017.

dano da perda de vida e da lesão corporal grave, documento que seguramente irá marcar a jurisprudência e a prática do direito da reparação de danos pessoais nos próximos anos.⁴⁵

Nesta senda, em 2018, no âmbito da Comissão presidida pela Dr.^a Maria de Belém Roseira, nomeada por Despacho do Ministro da Saúde, inserimos no anteprojeto de Lei de Bases de Saúde, normas que poderiam espoletar uma evolução positiva no ordenamento jurídico nacional.⁴⁶ Assim, entre os direitos das pessoas em contexto de saúde foi enunciado o direito a «receber indemnização pelos danos sofridos, em tempo razoável, nos termos definidos na lei» (cf. alínea o) do n.º 1 da Base VII) e, na alínea a) do n.º 1 da Base LVI, foi consagrada a determinação de que «O Governo promoverá que seja, no prazo de um ano, adotada a legislação complementar necessária para o desenvolvimento desta lei que contemple, designadamente, os seguintes aspetos:

a) Direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde, incluindo o direito à indemnização pelo dano injusto causado na prestação de cuidados de saúde, promovendo meios expeditos de resolução de litígios em contexto de saúde e o ressarcimento do dano anónimo».

Infelizmente, esta versão foi abandonada pelo poder político e a Lei de Bases de Saúde, aprovada em 2019, revela um total desconhecimento ou despreocupação face à importância de um sistema justo de compensação no âmbito da saúde.⁴⁷ Por todo o mundo é sabido que a medicina é perigosa: pense-se nas doenças iatrogénicas, nas infeções nosocomiais⁴⁸,

⁴⁵ Este trabalho foi recentemente mobilizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2020, (*Diário da República* de 14 de dezembro de 2020) que promoveu a indemnização pela morte de um cidadão ucraniano às mãos do SEF no aeroporto de Lisboa.

⁴⁶ Cf. os trabalhos preparatórios e o texto do Anteprojeto em *Cadernos Lex Medicinæ n.º 3 (Lei de Bases da Saúde: Materiais e Razões de um Projeto)*, 2018.

⁴⁷ Cf. André G. Dias Pereira, “Uma Lei de Bases da Saúde para os Anos 2020”, *e-Pública*, Vol. 6 No. 1, Abril 2019, <https://www.e-publica.pt/volumes/v6n1a04.html>

⁴⁸ Segundo David MORRIS, *Doença e cultura na era pós-moderna*, Lisboa: Instituto Piaget, 2000, uma estadia no hospital expõe agora os pacientes a infeções hospitalares — as chamadas infeções nosocomiais, que matam mais de sessenta mil americanos anualmente, muitos deles idosos. Chega mesmo a haver um *Journal of*

na contaminação dos produtos sanguíneos, os danos causados por vacinações, a troca de medicamentos e erros de dosagem, entre outros eventos adversos que a cada dia se sucedem nos hospitais.⁴⁹

VII) Responsabilidade civil por atividade perigosa

No caminho de conformação do direito da responsabilidade civil no domínio da biomedicina ao artigo 24.º da Convenção de Oviedo e mesmo ao artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, pode desempenhar um papel relevante o artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil.

Sinde Monteiro (1989) p. 264, procura critérios para a compreensão do que seja uma “atividade perigosa” para efeitos do artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil. E aí indica que se um Regulamento indica como utilizar aparelhos médicos, a violação dessas normas de perigo abstrato faz igualmente presumir a culpa do infrator. Havendo uma infração de uma norma de conduta, verifica-se uma “elevação do perigo” ou, nas palavras do direito anglo-saxónico “*statutory equivalent to negligence*”.

O conceito de *atividade perigosa*, presente no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil deve ser alargado, na área biomédica, e a delimitação de *obrigações de resultado* também deve ser mais abrangente do que tem sido até agora. Têm-se incluído, como casos de responsabilidade pelo não cumprimento de *obrigações de resultado*, aqueles em que o dano decorresse de *defeitos das coisas*, como, por exemplo, dos *instrumentos* empregues, ou de *defeitos de prestações simples*, cuja *margem de risco* fosse *irrelevante*.⁵⁰

Hospital Infection... De facto, a doença iatrogénica — o eufemismo médico para a doença causada por médicos ou procedimentos médicos — tornou-se um problema de tal forma grave que, frequentemente, as pessoas receiam mais os hospitais e os médicos que a própria morte. Nesse sentido, cf. INSTITUTE OF MEDICINE — IOM REPORT (Eds. LINDA T. KOHN, JANET M. CORRIGAN, MOLA S. DONALDSON): *To err is human: building a safer health system*, Washington: National Academy Press, 1999.

⁴⁹ José Fragata/ Luís Martins, *O Erro em Medicina*, Coimbra, Almedina, 2004.

⁵⁰ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ilicitude e culpa*, *ob. cit.*, p. 94-95.

Trata-se de expedientes processuais e substanciais que poderão reenquadrar o direito da responsabilidade médica em Portugal num patamar mais conforme com o Direito Europeu dos Direitos Humanos.

Por vezes vamos assistindo à visão anquilosada que passa pelo erro metodológico da invocação da “medicina defensiva”. Trata-se de um erro metodológico grave — de que é exemplo o Acórdão do STJ de 15 de outubro de 2009 (Rodrigues dos Santos). Neste caso de má-prática em que se verificou o resultado morte na sequência de uma anestesia, mais exatamente o caso de uma jovem que entrou saudável para fazer uma lipoaspiração e que veio a conhecer a morte na sequência de complicações derivadas da anestesia, os médicos foram absolvidos porque os Autores (os pais da vítima) não lograram fazer prova de erro na aplicação da anestesia. Esta decisão mereceu dois votos de vencido e revogou uma decisão de condenação do Tribunal da Relação de Lisboa. Perante a dúvida se a morte da paciente se ficou a dever a um choque anafilático (imprevisível e inesperado) ou a erro/ excesso nas doses anestésicas, *deveria impender sobre o réu o ónus da prova* de que a causa da morte não foi o seu comportamento ilícito, mas sim um efeito adverso raro da anestesia. E mesmo que se tratasse de um risco da anestesia, deveria ser inquirido sobre o cabal esclarecimento para consentimento, ainda para mais por se tratar de uma intervenção não terapêutica, nas quais se deve exigir a informação máxima.

O STJ, em 2009, afirmou: “a tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efetivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ónus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no atual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma subsequente e quase inevitável prática de uma *medicina defensiva*”.⁵¹

⁵¹ O Supremo exigiu a *prova cabal* aos Autores da ação, ... uma jovem senhora morre no decurso de uma anestesia para efeitos de uma lipoaspiração, num caso em que são notórias as infrações às regras técnicas e de prudência (atraso do anestesista, ausência de equipamento apropriado de reanimação, ausência de uma verdadeira sala de operações, o médico não era titular da especialidade de cirurgia plástica...). ... o tribunal poderia ter sido mais ambicioso no domínio da proteção dos direitos

Infelizmente, esta visão pouco sensível às exigências de proteção do direito à vida (artigo 2.º da CEDH) e do direito à reparação do dano injusto estão ainda presentes, inclusive no Supremo Tribunal Administrativo que decidiu a absolvição de um hospital, na sequência de danos neurológicos graves ocorridos na sequência de uma provocação medicamentosa de um parto.⁵²

Pelo contrário, saudamos a utilização do conceito de obrigação de resultado para impor um ónus probatório claro sobre o médico, designadamente no âmbito de intervenções voluntárias, com graves riscos e diminuta dimensão terapêutica. Assim aconteceu com um caso que enquadrava a cirurgia plástica como obrigação de resultado: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de fevereiro de 2021 (Eduardo Silva): “I. A cirurgia de aumento peniano contratada por quem não sofre de nenhuma doença ou afectação do foro sexual, simplesmente pois com pura finalidade estética, a um profissional desse tipo de cirurgia, envolve para este uma obrigação de resultado e não uma obrigação de meios.”⁵³

dos pacientes, designadamente do direito à reparação do dano injustificado, consagrado no artigo 24.º da Convenção de Oviedo. Parece-nos que se poderia ter seguido uma presunção de causalidade — já defendida por Vaz Serra. Pelo contrário, neste Ac. STJ, 15/10/2009 (Rodrigues dos Santos) lançou-se mão do ‘*argumento jurídico*’ segundo o qual o pavor de que o aumento da responsabilidade civil médica (através das técnicas de facilitação da prova e da inversão do ónus da prova) conduza a uma “quase inevitável prática de uma medicina defensiva.” Não subscrevemos este ponto de vista que, lançando mão de um critério extrajurídico e finalístico, não leva a cabo uma correta interpretação dos elementos dogmáticos disponíveis no sistema e coloca na sombra o primado da proteção da pessoa doente e do direito à compensação pelo dano injustificado. A *ameaça* da ‘medicina defensiva’ tem sido usada de forma muitas vezes abusiva. Pelo contrário, aquilo a que alguns apelidam de medicina defensiva pode ser tão-só a prática de uma *boa medicina*, que cumpre os *melhores standards internacionais*.

⁵² Acórdão do STA de 3 de dezembro de 2020, (Relatora: Suzana Silva). Proc 02748/06.7BEPRT.

⁵³ Prossegue o sumário do Acórdão — “II. Se em consequência do aumento peniano, aquele em quem é realizado, desenvolve ainda em fase de controlo pelo médico, granulomas, em vez duma estabilização do tecido adiposo, e se mais tarde apresenta nódulos e tumefações e um aumento de gordura subcutânea ao nível dos

VIII) Responsabilidade Civil e Direitos Humanos

O direito que temos não é isento de reparos graves. Portugal já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) em casos de responsabilidade médica, não apenas, como acontece noutras áreas, pelo atraso na justiça⁵⁴, mas também pela *fraca proteção do direito à vida*, pelo menos na sua dimensão procedimental.⁵⁵

dois terços proximais do pénis, o que lhe provoca dores e lhe causa uma disfunção sexual grave, verifica-se incumprimento da obrigação contratual. III. A ilicitude em que este incumprimento se traduz não é eliminada por uma declaração de consentimento em que se aceitam como bons os resultados que forem produzidos pela intervenção e em que se declara que se tomou conhecimento dos riscos inerentes a este tipo de intervenção, quando esses riscos não constam da declaração assinada nem de outro modo foram apurados em termos de factos provados no processo. IV. A presunção de culpa não se ilide pela prova de que o cliente abandonou as consultas de revisão e com isso não permitiu o controlo do uso do aparelho extensor, não estando provado que o cliente não o usou nem estando provado que nas consultas de revisão seriam feitos tratamentos sem os quais o resultado de concentração irregular de gordura necessariamente se verificaria.”

⁵⁴ Desde que o TEDH iniciou funções, Portugal foi alvo de 345 processos. Em mais de 75% dos casos (262) a decisão foi desfavorável ao Estado português, tendo sido encontrada pelos juízes pelo menos uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A morosidade dos procedimentos judiciais nos tribunais portugueses é a principal violação apontada ao País (143).

⁵⁵ Vejam-se os casos: 1) Decisão final da *Grand Chamber* em 19 de dezembro de 2017 (*Lopes De Sousa Fernandes c. Portugal*). A violação ao direito à vida motivada por falhas no sistema hospitalar mereceu a reparação pelo Plenário do TEDH no valor de €23.000 (na 1.ª instância havia sido arbitrado montante de €39.000). Portugal foi condenado de forma definitiva no TEDH por violar o direito à vida, na dimensão procedimental, absolvendo-se da violação do direito à vida, na dimensão material, com um importante voto de vencido do Juiz português Paulo Pinto de Albuquerque. 2) Decisão de 25 de julho de 2017 (caso *Carvalho Pinto de Sousa c. Portugal*): caso da linguagem inapropriada relativa a uma vítima de negligência médica. O Tribunal destaca alguns processos em cada país, tendo dado relevo em Portugal ao caso da mulher que viu o Supremo Tribunal Administrativo reduzir a indemnização que lhe seria devida por negligência médica numa operação que lhe

Não podemos olvidar que a interpretação do direito ordinário deve ser feita em conformidade com o Direito Convencional e com o Direito Constitucional. Pelo que este comando supralegal impõe uma mudança, uma transformação no Direito Civil.

Sinde Monteiro foi um civilista muito empenhado na relação com os direitos fundamentais. No início deste século foi o coordenador português de um Projeto internacional de grande relevo — “*Fundamental rights and Private Law in the European Union*”.⁵⁶

Em 2014 publicaria, junto com uma equipa que tivemos a honra de ajudar a coordenar, no livro *Human Rights and Private Law*,⁵⁷ editado pela Springer, na sequência de um relatório enviado à Academia Internacional de Direito Comparado, em 2014⁵⁸.

IX) Proteção dos agentes em funções públicas

Com o seu (curto, mas grandioso) escrito (“Responsabilidade dos agentes do Estado”) contribuiu para manter a proteção do agente em

causou problemas na sua vida íntima, o que a levou a apresentar uma queixa por discriminação de género e idade. O tribunal português argumentou que “à data da operação, a queixosa já tinha 50 anos de idade e tinha tido dois filhos, ou seja, uma idade em que o sexo não é tão importante como na juventude, a sua importância diminui com a idade”. 3) Decisão de 31 de janeiro de 2019 da Grand Chamber (*Fernandes de Oliveira v. Portugal*). Após condenação de 28 de Março de 2017 na 1.ª Câmara, incluindo a violação da dimensão substantiva do artigo 2.º da Convenção, a *Grand Chamber* reviu a decisão e considerou haver apenas uma violação da dimensão procedimental do artigo 2, uma vez que os processos duraram mais de 11 anos em dois níveis de jurisdição, condenando o Estado português a pagar uma indemnização de €10.000 por danos não patrimoniais.

⁵⁶ 2003 a 2005: *Fundamental Rights and Private Law in the European Union* (Univ. Bremen — coordenação principal)

⁵⁷ Jorge Sinde Monteiro/ André Días Pereira/ Alexandre L. D. Pereira/ Geraldo Ribeiro/ Luís Fábrika/ Mónica Jardim/ Paula Távora V, “Human Rights and Private Law — Portugal”, in TRSTENJAK Verica, *The influence of human rights and basic rights in private law*, Springer, 2015, pp. 483-533.

⁵⁸ <https://www.iacl2014congress.com/home/>

funções públicas, no âmbito da responsabilidade civil administrativa, quando outros — até vindos do Direito público (Freitas do Amaral) tudo queriam “civilizar”. O civilista explicou que, na solidariedade passiva, poderia haver lugar a um dever de cumprimento primário por um devedor... neste caso o Estado ou outro Ente público. Este texto terá sido importante para que em 2007 o legislador mantivesse este regime, mais favorável ao trabalhador em funções públicas.

Ora, como vimos defendendo, esta proteção ao profissional de saúde conduz à *institucionalização da responsabilidade*, que é uma das melhores formas de proteger a relação médico-paciente e contribuir para *criar confiança* no sistema de saúde e promover a *notificação de eventos adversos* e a *redução do erro médico*.⁵⁹

Curiosamente, malgrado a aplicação da responsabilidade delitual, em que o prazo de prescrição é de 3 anos e o ónus da prova da culpa recai sobre o paciente lesado,⁶⁰ este regime da Lei n.º 67/2007 satisfaz algumas das especiais exigências do Direito da Medicina:⁶¹

Este regime coloca menor pressão sobre o profissional concreto. O profissional de saúde apenas responde com o seu património em caso de direito de regresso, que apenas é devido no caso de negligência grosseira, ou nas palavras da lei, se houver violado com “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” os seus deveres objetivos de conduta (artigo 8.º, n.º 1);

⁵⁹ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 2015, Parte IV (passim), disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

⁶⁰ Cf. Rui Vouga, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf

⁶¹ André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 883, disponível para consulta: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

Consagra o instituto da *culpa por funcionamento anormal do serviço* (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4), o que permite indemnizar o paciente pelos seus danos patrimoniais e não patrimoniais, mesmo que não seja identificado um concreto agente culpado;⁶²

Esta lei promove a *responsabilidade institucional*; permite ressarcir danos aos lesados, sem por outro lado criar uma relação de conflito direto entre o médico e o paciente, o que evita a medicina defensiva, a não assunção do erro e a não notificação do evento adverso⁶³.

X) Conclusão

Jorge Ferreira Sinde Monteiro marcou indelevelmente a doutrina nacional em várias áreas do Direito Privado. No direito da responsabilidade civil em saúde, o seu contributo continua a ser determinante para os rumos que a doutrina, a jurisprudência e a lei vão seguindo. A sua influência, a sua voz, aparentemente discreta, é forte e marca as grandes tendências, na definição da ilicitude, de uma visão moderna sobre o nexo de causalidade, da autonomia da responsabilidade civil face à responsabilidade penal e na concretização de critérios justos e adaptados à realidade nacional da reparação dos danos pessoais⁶⁴ — uma das suas grandes paixões — desde o início da sua brilhante carreira.

⁶² Artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: 3 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço. 4 — Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

⁶³ Sobre esta matéria, vide Guilherme de Oliveira; recensão à obra José Fragata/ Luís Martins, *O Erro em Medicina, Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

⁶⁴ Vide, entre outros, Jorge Sinde Monteiro: *Reparação dos Danos em Acidentes de Trânsito. Um Estudo de Direito Comparado sobre a Substituição da Responsabilidade Ci-*

vil por um novo Seguro de Acidentes de Trânsito, Coimbra, 1974; Jorge Sinde Monteiro: *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983; Jorge Sinde Monteiro, Reparação de danos pessoais em Portugal: a lei e o futuro: considerações de lege ferenda a propósito da discussão da “alternativa sueca” / Jorge F. Sinde Monteiro, *Colectânea de Jurisprudência*, Coimbra, A. 11, (4), 1986, p. 5-13; J. Sinde Monteiro, “Dano corporal (um roteiro do direito português)”, in *Revista de Direito e Economia*, 1989.