

Andreia Filipa Santos Duarte

TELEMEDICINA: OS NOVOS DESAFIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A emergência de uma nova forma de prestar consentimento

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do Grau Académico de Mestre em Direito, Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, elaborada sob a orientação científica da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro.

Porto, Setembro de 2018

Aos meus pais,
Aos meus avós,
À minha orientadora,
Aos meus amigos.

Porque quando as raízes são profundas,
Não há razão para temer o vento.

“We are all now connected by the Internet, like neurons in a giant brain.”

Stephen Hawking

RESUMO

Num mundo cada vez mais digital e tecnológico onde a distância não mais representa um obstáculo para a comunicação, também o exercício da medicina se tem alterado. O recurso à telemedicina como meio de prestação de serviços médicos tem vindo a tornar-se cada vez mais utilizado.

A responsabilidade médica é, mesmo na prestação de cuidados de saúde pelo método tradicional, o “calcanhar de Aquiles” do profissional de saúde. Tem sido crescente o número de ações de responsabilidade civil emergente do exercício da medicina, especialmente no que diz respeito ao dever do médico de obter o consentimento esclarecido do paciente. Este dever, e o seu correlativo direito, tem diversas especificidades que merecem ser analisadas, ainda mais se falarmos da prestação do consentimento em telemedicina.

Com a presente dissertação, propomo-nos a analisar a necessidade de uma nova forma de prestação do consentimento do paciente para as intervenções médicas, de modo a responder adequadamente às exigências específicas da telemedicina.

Depois de fazermos uma análise geral do instituto da responsabilidade civil médica, bem como da natureza subjacente à relação médico-paciente, debruçamo-nos sobre o tema da telemedicina, as suas modalidades e, sobretudo, as suas repercussões na responsabilidade civil médica e na relação entre o profissional de saúde e o doente. Por fim, centrando-nos no assunto sobre que nos propusemos refletir, focamos a nossa atenção no consentimento do ofendido, os seus pressupostos e modalidades, analisando, também, o dever de esclarecimento e de obtenção do consentimento que recaem sobre o médico. Terminamos com a resposta à questão da necessidade de uma nova forma de prestação do consentimento no âmbito da prestação de cuidados de saúde com recurso à telemedicina.

Palavras-chave: responsabilidade civil médica, telemedicina, consentimento, dever de esclarecimento, *e-consent*, autodeterminação do doente.

ABSTRACT

In an increasingly digital and technological world where distance is no longer an obstacle to communication, the practice of medicine has also changed. The use of telemedicine as a means of providing medical services has become increasingly used.

The medical responsibility is, even in the provision of health care by the traditional method, the "heel of Achilles" of the health professional. There has been a growing number of civil liability actions emerging from the practice of medicine, especially with regard to the physician's duty to obtain informed consent from the patient. This duty, and its correlative right, has several specificities that deserve to be analyzed, especially if we talk about the provision of consent in telemedicine.

With this thesis, we propose to analyze the need for a new way of providing patient consent for medical interventions, in order to respond adequately to the specific requirements of telemedicine.

After a general analysis of the institute of medical civil liability, as well as of the nature underlying the doctor-patient relationship, we focus on the subject of telemedicine, its modalities and, above all, its repercussions on medical civil liability and the relation between the health professional and the patient. Lastly, by focusing on the subject we intended to reflect on, we focused our attention on the consent of the offended person, his assumptions and modalities, also analyzing the duty to clarify and obtain consent for the physician. We end with the answer to the question of the need for a new way of providing consent in the field of telemedicine healthcare.

Keywords: *medical civil liability, telemedicine, consent, duty of clarification, e-consent, patient's self-determination.*

SUMÁRIO

Resumo.....	3
Abstract	4
Lista de Siglas e Abreviaturas	7
Introdução.....	8

Capítulo I

Da responsabilidade civil médica

1. Breves considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade médica	9
2. Natureza jurídica da relação médico-paciente	
2.1. O contrato de prestação de serviços médicos	11
2.2. A prestação de cuidados médicos como obrigação de meios ou obrigação de resultados?	13
3. A responsabilidade civil médica - pressupostos.....	15
3.1. Facto	16
3.2. Ilícitude	16
3.3. Nexo de imputação do facto ao lesante (culpa)	18
3.4. Dano	19
3.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano	20

Capítulo II

Telemedicina

1. Noção de telemedicina	21
2. Tipos de telemedicina	23
3. A telemedicina e a responsabilidade civil médica	
3.1. A relação médico-paciente	26

3.2. A aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil no âmbito da telemedicina	30
--	----

Capítulo III

Telemedicina e o direito ao consentimento esclarecido

1. O direito ao consentimento esclarecido – evolução e consagração legislativa	33
2. Pressupostos do consentimento	35
2.1. Capacidade para consentir	35
2.2. Dever de esclarecimento	36
2.2.1. Exceções ao dever de esclarecimento	37
2.3. Outros pressupostos do consentimento	38
3. Modalidades do consentimento	40
4. Exceções ao dever de obter consentimento	41
5. Revogação do consentimento	41
6. A responsabilidade civil em caso de falta de prestação de um consentimento válido	42
6.1. Os pressupostos da responsabilidade civil em caso de falta de prestação de consentimento válido	43
6.2. Mecanismos de defesa dos médicos nas ações de responsabilidade civil por falta de consentimento válido	45
7. Especificidade do consentimento na prestação de serviços de saúde à distância	49
7.1. A ampliação do objeto do dever de esclarecimento	49
7.2. A exigência (<i>de iure condendo</i>) de forma para o consentimento	50
7.3. O <i>e-consent</i>	51
Conclusão	53
Bibliografia	55

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
App/apps	Aplicação/Aplicações
Art.º/Art.ºs	Artigo/Artigos
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> – Supremo Tribunal Alemão
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro)
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Conforme
Cit.	Citado(a)
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Editora
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUP	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
op. cit	Do latim “ <i>opus citatum</i> ”, significa “obra citada”
p./pp.	Página/Páginas
Proc.	Processo
SNS	Serviço Nacional de Saúde
ss	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T. R.	Tribunal da Relação
Trad.	Tradução
v.g.	Do latim “ <i>verbi gratia</i> ”, significa “por exemplo”
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

“Respeitarei a autonomia e a dignidade do meu doente. (...) Exercerei a minha profissão com consciência e dignidade e de acordo com as boas práticas médicas”¹. Estas palavras demonstram a importância do respeito pelas *leges artis* no exercício da medicina e, sobretudo, o respeito cada vez maior pela autonomia do enfermo.

Os constantes avanços da medicina aumentam a exigência em termos de eficácia da intervenção dos profissionais de saúde no exercício da sua profissão. Se há 50 anos a visita ao consultório médico era feita com vista a uma melhoria do estado de saúde e ao atraso dos sintomas da doença, hodiernamente, a sociedade, cada vez mais instruída, exige do médico a cura da sua enfermidade. Por sua vez, o médico, incapaz de qualquer milagre, quando não consegue corresponder às expectativas nele depositadas, vê-se a braços com ações de responsabilidade civil. A par dos avanços terapêuticos da medicina deparamo-nos com o arrebatador avanço tecnológico, com significativos reflexos mesmo no que diz respeito ao modo de cumprimento da prestação dos cuidados de saúde. A razão da escolha deste tema deve-se ao facto de a telemedicina se ter tornado uma das formas correntemente utilizadas na prestação destes mesmos cuidados, permitindo ultrapassar distâncias e fronteiras².

Não obstante ser cada vez mais usual o recurso à telemedicina, a verdade é que esta continua revestida de um carácter experimental, levando ao surgimento de várias questões relacionadas com a responsabilidade civil do médico. É precisamente nessas questões que se focará a nossa pesquisa, e em particular no que respeita à prestação do consentimento para a intervenção médica, o que não se perderá de vista ao longo do trabalho³. Para isso, começaremos por nos debruçar sobre o funcionamento da responsabilidade civil no âmbito do exercício da medicina, para depois nos determos no novo fenómeno da telemedicina e para, finalmente, concentrarmos a nossa atenção nos desafios jurídicos colocados pela exigência da obtenção do consentimento esclarecido no âmbito da telemedicina. Muitas outras questões mereciam idêntico tratamento. Contudo, por uma questão de economia do trabalho, não nos poderemos alongar sobre elas.

¹ Juramento de Hipócrates (texto proferido pelos médicos no momento da sua formatura).

² Não vamos, no entanto, debruçar-nos sobre as questões jurídicas que a prática da medicina em relações plurilocalizadas coloca. O nosso estudo centra-se em hipóteses que não convocam outros ordenamentos jurídicos para além do ordenamento jurídico português, sem prejuízo de contributos que tenhamos colhido noutros ordenamentos na investigação levada a cabo.

³ Não consideramos, ao longo do nosso trabalho, a hipótese de prestação de cuidados de saúde no âmbito de estabelecimentos a que se aplique o regime de direito público.

CAPÍTULO I

DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. Breves considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade médica

O médico, qual sacerdote, era tido, nos primórdios da história, como um profissional cujo labor tinha natureza sagrada. Os conhecimentos médicos encontravam-se reservados a um grupo muito restrito de pessoas, o que contribuía para a índole mítico-mágica atribuída à atividade médica. Assim, dada a sacralidade da profissão, durante muito tempo se defendeu que os médicos não deviam ser responsabilizados juridicamente pelos atos praticados no exercício da sua atividade. “O velho médico de aldeia participava da vida familiar dos doentes e ninguém lhe pedia responsabilidade. Havia também os médicos descendentes de famílias ricas e que exerciam a medicina quase gratuitamente, sendo recompensados com o respeito das populações e com presentes ingénuos em certas épocas do ano”⁴.

Contudo, cedo começaram a surgir as primeiras preocupações com a impunidade do médico, no plano jurídico. O primeiro esboço da responsabilidade médica remonta a cerca do século XVIII a.C., no reino da Babilónia, com o Código de Hamurábi (escrito a mando do rei Hamurábi), onde foram dedicados vários artigos à temática das obrigações assumidas pelo médico. A partir do século XIX, com o movimento codificador, a consagração da responsabilidade do médico altera-se. Nos códigos é adotado um regime geral da responsabilidade civil, que passa a ser aplicado, também, à responsabilidade médica. Porém, uma vez que não existia nenhum artigo dedicado exclusivamente à responsabilidade do médico, este continuou, na prática, impune.

Em 1829, a Academia de Medicina de Paris adota uma decisão que acaba por romper com toda a construção dogmática até então construída, proclamando a exclusiva responsabilidade moral dos médicos, dando aso ao surgimento da ideia de “intocabilidade dos médicos”⁵. Mais tarde, em 1835, o *Procureur-Général* francês Dupin afirmou que “não podiam

⁴ J. PINTO DA COSTA, *Responsabilidade médica*, Ed. Felício & Cabral, Porto, 1996, p. 9.

⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico, Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Ed., 2008, pp. 29 e 30.

dar lugar à responsabilidade os factos imputados aos médicos, saindo da classe daqueles que, pela sua natureza, são exclusivamente reservados às dúvidas e discussões da ciência”⁶.

É já no decorrer do século passado que se assiste a uma mudança na evolução do instituto da responsabilidade médica. O número de ações de responsabilidade civil médica aumenta, aumentando, também, o *quantum* ressarcitório nelas exigido⁷. Este fenómeno surge associado à evolução socioeconómica e cultural das populações. As pessoas tornam-se mais conscientes dos seus direitos e mais reivindicativas, também⁸. Face a isto, muitas vezes começa a exigir-se do médico, não só que ele aplique todos os seus conhecimentos, como, ainda, é-lhe exigida a cura⁹. Isto leva ao surgimento de uma série de ações em tribunal por não se verificar a cura das enfermidades, mesmo tendo o médico feito tudo o que estava ao seu alcance e respeitado as *leges artis*¹⁰. E quando a deficiência técnica não é (facilmente) demonstrável, sustenta-se o pedido ressarcitório na falta de obtenção do consentimento esclarecido¹¹.

O constante progresso tecnológico de hoje em dia, estende-se, também, à medicina. O uso dos mais variados instrumentos e até, dos mais diversos meios de comunicação à distância¹², possibilitam uma maior eficácia no exercício da medicina. Todavia, a maior eficácia traz consigo a maior exigência. Com o aumento das possibilidades de cura, as populações exigem cada vez mais resultados positivos da atividade médica, e a sua não verificação leva ao

⁶ GUY NICOLAS, *La responsabilité médicale*, trad. Portuguesa, *A responsabilidade médica*, Coleção Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, Instituto Piaget, 1999, p. 8.

⁷ Fenómeno que ficou conhecido como “febre da responsabilidade médica” ou “democratização da responsabilidade profissional”. Vide RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 31; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, “Responsabilidade médica em Portugal”, in *BMJ*, n.º 332, pp. 21 a 23.

⁸ Na mentalidade de alguns surge “uma confusão entre «direito à saúde» reconhecido universalmente com dignidade constitucional e «direito à cura»” in ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAS, “A responsabilidade civil do médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, p. 336.

⁹ Vide J. PINTO DA COSTA, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, a evolução histórica da responsabilidade médica reflete-se em três diferentes teses: a da irresponsabilidade absoluta; a da responsabilidade só por faltas graves e com má-fé; e a da admissibilidade da responsabilidade nos termos gerais. Assim, na primeira das teses defendia-se a não responsabilização do médico, com o argumento de que o diploma universitário em medicina lhe conferia uma presunção de idoneidade. Ora, não se concebe, nos dias de hoje, a admissão desta tese. A segunda teoria, da responsabilização só em caso de faltas graves e com má-fé, reservava a responsabilidade para os casos em que havia uma manifesta intenção de prejudicar. Claramente, esta também não é uma tese a adotar hoje em dia. Por fim, a tese hoje aceite sem discussão é a da responsabilidade profissional do médico. Quando este não tenha procedido do modo correto, causando dano a outrem, deve ser responsabilizado. Vide ANTÓNIO S. H. GASPAS, *op. cit.*, p. 337.

¹¹ Este movimento foi detetado em alguns ordenamentos jurídicos. A este propósito vide RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 79.

¹² Fenómeno que se designa por telemedicina e que será objeto de estudo mais adiante.

surgimento de ações de responsabilidade dos profissionais médicos¹³. Sendo que a própria relação médico-paciente também mudou¹⁴.

Em síntese, com todas as alterações ao longo dos séculos, quer ao nível da medicina quer do próprio direito, mas também na mentalidade e cultura da população, parece resultar claro que a tendência será de um aumento cada vez maior do número de ações de responsabilidade médica. Sendo certo que o cumprimento defeituoso da obrigação de obtenção do consentimento tem ganho protagonismo no âmbito deste fenómeno de litigiosidade, a que não estará imune o exercício da telemedicina, como veremos nos próximos capítulos.

2. Natureza jurídica da relação médico-paciente

2.1. O contrato de prestação de serviços médicos

Reconhecida a possibilidade de existência de responsabilidade civil do médico, cumpre apurar se esta será contratual ou extracontratual. O contrato apresenta-se como o instrumento técnico-jurídico capaz de enquadrar juridicamente a relação que se estabelece entre o médico e o paciente, sendo que a afirmação do seu carácter contratual surge com o famoso “*Arrêt Mercier*”, decisão da *Cour de Cassation* de 20 de Maio de 1936¹⁵.

Esta natureza contratual atribuída à relação médico-paciente é, hoje, pacificamente aceite pela doutrina¹⁶ e pela jurisprudência¹⁷ portuguesas, que não descurem a possibilidade desta relação ser objeto de regulação por via contratual na esfera da autonomia privada dos intervenientes (art.º 405.º do CC¹⁸).

¹³ Há a referir, ainda, o fenómeno dos “perseguidores de ambulâncias”. Fenómeno, que surge nos EUA mas que acaba por ter repercussões noutros países, onde advogados especializados na matéria arrastam os doentes ou os seus herdeiros para processos judiciais que, “apesar de carecerem de fundamentação jurídica suficiente, proporcionam a oportunidade de obter montantes pecuniários muito vantajosos, em sede de acordo de transação.” in RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 41.

¹⁴ A atividade médica passa a ser vista como um meio de obtenção de lucros, pelo que nos deparamos com uma massificação da prestação de cuidados médicos. Vide JOÃO ÁLVARO DIAS, “Culpa-médica: algumas ideias-força”, in *Revista Portuguesa de Direito Corporal*, 1995, 4(5), p. 15, nota de rodapé n.º 1.

¹⁵ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico, 22, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Ed., 2015, pp. 579 e 580.

¹⁶ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 579 e ss; e RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 56 e ss.

¹⁷ Ac. do STJ de 4.03.2008, proc.08A183; Ac. do STJ de 17.12.2009, proc.544/09.9YFLSB; Ac. do STJ de 1.10.2015, proc.2104/05.4TBPVZ.P.S1; Ac. do STJ de 23.03.2017, proc.296/07.7TBMCN.P1.S1; Ac. do T. R. de Guimarães de 18.03.2010, proc.1364/05.5TBBC.L.G1; entre outros.

¹⁸ Daqui em diante, a referência de artigos sem indicação do diploma a que pertencem, pressupõe a sua integração no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/96, de 25 de Novembro, com as sucessivas alterações que lhe foram introduzidas.

Configura-se, então, tal contrato, como um “contrato consensual (art.º 219º), marcadamente pessoal, de execução continuada, em regra sinalagmático e oneroso. (...) Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil (nunca é um ato de comércio), celebrado *intuitu personae*, e é um contrato de consumo e, portanto, merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores”¹⁹.

Enquanto contrato civil, a tipologia a aplicar a esta relação será a de contrato de prestação de serviços, conforme estabelecido no art.º 1154º. O médico obriga-se a proporcionar ao paciente certo resultado do seu trabalho, que pode ser manual (quando se trate de uma intervenção médico-cirúrgica, v.g.) ou intelectual (quando se trate de um diagnóstico)²⁰. Dentro da categoria de contrato de prestação de serviços, há autores que, em alguns casos, caracterizam o contrato de prestação de serviços médicos como um contrato de empreitada (art.º 1207.º e ss). Os atos médicos suscetíveis de serem subsumidos ao regime do contrato de empreitada serão aqueles cuja prestação representa a realização de uma obra e, nessa medida, o cumprimento de uma obrigação de resultado, ou seja, onde a aleatoriedade do sucesso da prestação é de teor reduzido. A grande diferença entre o contrato de prestação de serviços médicos, tal como tem vindo a ser definido por nós até aqui, e o contrato de empreitada reside no facto de o primeiro ser marcadamente pessoal, ao contrário deste último. A elaboração de uma prótese, por exemplo, será um contrato de empreitada. Contudo, o facto que poderá estar revestido de aleatoriedade, neste caso, não será a elaboração da prótese, mas sim a sua colocação, a forma como o corpo se adapta ao objeto estranho. Na elaboração da prótese podem ter sido respeitadas todas as regras e a prótese não apresentar quaisquer defeitos. Não obstante, o corpo pode não aceitar aquele objeto no seu organismo. Assim, entendemos que a elaboração da prótese, dado constituir uma obrigação de resultado, pode constituir um contrato de empreitada. Contudo, a sua colocação, uma vez revestida de grande aleatoriedade, constituindo uma obrigação de meios, não constituirá um contrato de empreitada mas sim um contrato de prestação de serviços. O médico não se compromete a uma “obra”, a um resultado, compromete-se sim a colocar a prótese de acordo com as *leges artis*. Pelo exposto, será de concluir pela difícil aceitação da aplicação do regime do contrato de empreitada à relação em análise²¹.

¹⁹ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 670 e 673.

²⁰ Sendo que, para efeitos deste contrato, se entende por ato médico “o ato executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas” in Ac. do STJ de 4.03.2008, proc.08A183.

²¹ Para mais desenvolvimentos sobre este tema, vide JOÃO CARLOS GRALHEIRO, “O ato médico é uma empreitada?”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12, n.º 23-24, pp. 55 a 87.

Os danos resultantes do incumprimento ou do cumprimento defeituoso da prestação associada ao contrato serão, então, consequentemente, sujeitos ao regime da responsabilidade civil contratual. Sem prejuízo de a responsabilidade extracontratual poder, também, ser convocada, frequentemente, na medida em que no âmbito do exercício da medicina se bule com direitos protegidos delitualmente (direito à vida, à integridade física, à saúde, ...)²².

Não obstante o contrato se manifestar como uma figura capaz de enquadrar juridicamente a relação em análise, haverá situações em que não existirá esse contrato por não ter havido prévia ou concomitante negociação entre o prestador de serviços e o paciente. Nestes casos, o único regime a ser convocado será, naturalmente, o da responsabilidade civil extracontratual.

2.2. A prestação de cuidados médicos como obrigação de meios ou obrigação de resultado?

Uma outra questão, relativa à natureza jurídica da relação médico-paciente, que tem suscitado divisão na doutrina e, também, na jurisprudência, refere-se à tradicional distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados²³ (distinção, esta, com importância a nível do ónus da prova). O entendimento jurisprudencial maioritário²⁴ tem sido o de que o médico se vincula a uma obrigação de meios. “O médico (...) põe à disposição do cliente a sua técnica e experiência destinadas a obter um resultado que se afigura provável. Para isso compromete-se a proceder com a devida diligência. Esta conduta diligente é assim objeto da obrigação de meios que assume”²⁵. Contudo, por vezes, o médico assume uma obrigação de resultado, o que será mais frequente em certas especialidades. São elas, a título de exemplo, a cirurgia estética e as

²² Nessa hipótese, haverá um concurso de responsabilidades. Relativamente a esta questão, a doutrina e a jurisprudência têm-se dividido quanto ao regime a aplicar em cada caso. *Vide*, a título de exemplo Ac. do STJ de 15.10.2009, proc.08B1800; Ac. do T.R. do Porto de 30.05.2016, proc.296/07.7TBMCN.P1; e Ac. do STJ de 23.03.2017, proc.296/07.7TBMCN.P1.S1. Atendendo aos limites do nosso trabalho, não nos podemos alongar sobre este assunto, pelo que, desde já, se remete para ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, Almedina, 2009, pp. 546 a 553.

²³ “Segundo esta classificação, nas prestações de resultado, o devedor vincular-se-ia efetivamente a obter um resultado determinado, respondendo por incumprimento se esse resultado não fosse obtido. Nas prestações de meios, o devedor não estaria obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a atuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido. (...) O interesse da distinção, em termos de regime, resulta na forma de estabelecimento do ónus da prova. Nas prestações de resultado, bastaria ao credor demonstrar a não verificação do resultado para estabelecer o incumprimento do devedor (...). Pelo contrário, nas prestações de meios não é suficiente a não verificação do resultado para responsabilizar o devedor, havendo que demonstrar que a sua conduta não correspondeu à diligência a que se tinha vinculado.” in MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, *Introdução, Da Constituição das Obrigações*, 15.ª edição, Almedina, 2018, p. 137.

²⁴ *Vide*, por exemplo, Ac. do STJ de 04.03.2008, proc.08A183; Ac. do STJ de 17.12.2009, proc.544/09.9YFLSB; Ac. do STJ de 22.09.2011, proc.674/2001.PL.S1; Ac. do T. R. de Lisboa de 09.03.2010, proc.1384/08.8TVLSB.L1-7; Ac. do T. R. de Guimarães de 18.03.2010, proc.1364/05.5TBCL.G1.

²⁵ Ac. do T. R. de Lisboa de 9.03.2010, proc.1384/08.8TVLSB.L1-7.

análises clínicas, por constituírem obrigações em que apenas o resultado vale a pena. Nestes casos, “a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico-devedor”²⁶.

Apesar da importância atribuída pela doutrina a esta distinção, e de alguns autores não considerarem, sequer, ser discutível a classificação da obrigação médica como uma obrigação de resultado, a verdade é que podemos concluir, no mesmo sentido em que o faz Rute Teixeira Pedro, que “todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente”²⁷. Quer numa cirurgia estética, quer numa cirurgia de cariz terapêutico, ao médico é sempre exigido um resultado. No primeiro caso, o resultado será o embelezamento da parte do corpo onde foi feita a intervenção. No segundo caso, o resultado será o cumprimento de todas as normas que se impõem ao médico e que permitem uma hipótese de cura ou, caso esta não seja possível, uma melhoria das condições de saúde do paciente.

A este propósito, no âmbito do nosso trabalho, cumpre considerar mais de perto a obrigação de obtenção de consentimento esclarecido por parte do médico (alheando-nos, agora, da possibilidade de todas as obrigações serem obrigações de resultado). O médico, de acordo com a sua experiência, adota todas as medidas que considera necessárias para esclarecer aquele paciente concreto, tendo em conta a sua idade, o nível de escolaridade, etc. Por sua vez, o paciente, consciente dos riscos que corre, decide livremente se dá o seu consentimento para a realização da intervenção. A obrigação de obtenção do consentimento por parte do médico será uma obrigação de resultado. O importante é a obtenção do consentimento, independentemente da forma como foi obtido (desde que respeite os pressupostos do consentimento que mais adiante falaremos). Questão mais complexa será a do esclarecimento do paciente com vista à obtenção do consentimento. Neste caso, o que se exige do médico? Que o paciente fique efetivamente esclarecido, ou que o profissional empregue todas as regras e medidas necessárias em vista do esclarecimento do seu paciente? Não descurando as posições antagónicas que possam surgir a este propósito, parece-nos que esta será uma obrigação de resultado. Ao médico

²⁶ Ac. do STJ de 17.12.2009, proc.544/09.9YFLSB. Apesar de, neste acórdão, o STJ definir a cirurgia estética como uma obrigação de “quase-resultado”, por entender haver sempre algo de imprevisível na natureza humana, que introduz sempre uma dose de imprevisibilidade em qualquer intervenção cirúrgica.

²⁷ RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 117. A diferença entre ambas é que, num caso temos um resultado mediato (obrigações de meios) e no outro temos um resultado imediato (obrigações de resultado). A autora fala, também, na distinção entre obrigações fragmentárias de meios e obrigações fragmentárias de resultado, no que à atividade médica diz respeito (RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 98 e 99).

cabe a obrigação de esclarecer o paciente. Se o paciente não fica efetivamente esclarecido, então esta obrigação não foi cumprida e o médico poderá ter (salvo se um dever superior – v.g. de salvar a vida do paciente – se apresentar em conflito com o dever de esclarecer o paciente) que se abster de atuar enquanto o esclarecimento não for alcançado. Aqui, apenas importará o resultado, e não os meios que o médico utilize para atingir esse fim. Importa, somente, que o paciente seja esclarecido dos riscos que corre²⁸, independentemente de quais os meios que o médico dispôs para o conseguir.

3. A responsabilidade civil médica – pressupostos²⁹

Para que haja responsabilidade civil³⁰ e, conseqüentemente, obrigação de indemnizar, é necessária a verificação de vários pressupostos. Quando se trate de responsabilidade extracontratual, estes pressupostos estão consagrados no art.º 483.º, n.º 1, e quando se trate de responsabilidade contratual extraem-se do art.º 798.º.

De ambos os preceitos se infere a necessária reunião cumulativa de um conjunto de pressupostos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude, o nexo de imputação do facto ao lesante (culpa)³¹, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Apesar das semelhanças que esses requisitos apresentam nas duas espécies de responsabilidade, cumpre-nos destacar

²⁸ Sobre a extensão do dever de informação, *vide infra* Capítulo III, ponto 2.2.

²⁹ Atendendo ao objeto e à economia do trabalho, não nos cabe aqui desenvolver aprofundadamente estes pressupostos, havendo apenas que fazer uma panorâmica geral.

³⁰ Apesar de o nosso trabalho se centrar na análise da responsabilidade civil, a verdade é que, no exercício da sua atividade, o médico está sujeito a diversos tipos de responsabilidade. Em termos gerais, podemos dividir a responsabilidade do médico em quatro categorias distintas: a responsabilidade civil, a responsabilidade criminal/penal, a responsabilidade disciplinar, e a responsabilidade moral. Esta última é uma responsabilidade não jurídica, atribuível à consciência do próprio médico, não beneficiando, em princípio, da coercibilidade que é apanágio do direito. Como tal, constitui, apenas, fonte de obrigações naturais. *Vide* ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral (breves anotações)”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 2007, p. 92; J. A. ESPERANÇA PINA, *A responsabilidade dos médicos*, 3ª edição, Lisboa, Lidel, p. 113; JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Ed., 2007; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Coimbra, Almedina, 2013, p. 43.

³¹ Em determinados casos pode haver responsabilidade independente de culpa, a chamada responsabilidade objetiva ou pelo risco. Este tipo de responsabilidade prescinde do requisito da culpa, sendo o agente responsável independentemente de existir ou não culpa sua. No campo da responsabilidade médica, esta é uma matéria ainda muito pouco permeável a objeções. Contudo, já está consagrada em alguns setores da medicina, nomeadamente nos ensaios clínicos de medicamentos e na doação de órgãos *inter vivos*. Sobre isto, *vide* ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 690 a 693; CARLA GONÇALVES, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Ed., 2008, pp. 15 a 48; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. LXXXVII, 2011, pp. 559 a 576.

algumas diferenças, nomeadamente as que respeitam à ilicitude, como referiremos. Por sua vez, os pressupostos da culpa e do nexo de causalidade entre o facto e o dano serão os que maior dificuldade de prova revelam, uma vez que a atividade médica, exercendo-se sobre o corpo humano, está revestida de uma aleatoriedade e de riscos, consequência da própria natureza do homem.

Na apresentação que se segue não nos concentraremos na hipótese da responsabilidade civil advir da falta de obtenção do consentimento esclarecido, situação que será considerada no último capítulo, em particular no ponto 6. que o integra.

3.1. Facto

O primeiro dos pressupostos consiste na prática pelo médico de um “facto dominável ou controlável pela vontade”³². A adoção de uma conduta capaz de violar uma norma disciplinadora da vida social. Tal como constata Antunes Varela, “quando se alude a facto voluntário do agente, não se pretende restringir os factos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos atos queridos, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos do ato e tenha agido em vista deles. (...) Os atos danosos praticados por distração ou por falta do autodomínio normal não deixam de constituir o agente em responsabilidade”³³. Assim, bastará, para fundamentar a responsabilidade civil, que o agente tenha a possibilidade de controlar esse ato ou omissão por si praticados.

Este facto não tem necessariamente de ser um facto positivo. A responsabilidade civil pode advir da omissão de um determinado ato imposto ao agente. Se o agente está obrigado a agir de um determinado modo ou a adotar determinada conduta, a sua omissão pode ser geradora de responsabilidade civil (art.º 486.º)³⁴.

3.2. Ilcitude

Não basta, porém, para que haja responsabilidade civil, a prática de um facto capaz de causar prejuízos a outrem, é necessário que esse facto seja proibido pelo direito³⁵.

³² J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, p. 527.

³³ J. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 529.

³⁴ Aqui se poderá incluir a responsabilidade do médico por falta de obtenção do consentimento do paciente.

³⁵ A ilicitude pode, contudo, ser afastada, mediante a verificação de alguma das causas de exclusão de ilicitude, afastando-se, assim, a verificação da responsabilidade civil (*vide* J. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 552 a 562). Sobre esta questão não iremos alongar-nos aqui, uma vez que constitui objeto de estudo aprofundado no capítulo III do nosso trabalho, para onde, desde já, se remete.

No âmbito extracontratual, a ilicitude, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, contém duas variantes: a violação de um direito de outrem; e a violação de uma norma de proteção, como resulta do art.º 483.º, n.º 1³⁶.

Sinde Monteiro faz a distinção entre ilicitude de resultado e ilicitude de conduta. Afirma o autor que “a qualificação de um determinado ato como ilícito pressupõe sempre a violação pelo agente de uma norma de conduta. Esta pode estar com precisão descrita na norma (de direito escrito ou não escrito) ou resultar do reconhecimento pela ordem jurídica de direitos subjetivos dotados de eficácia *erga omnes*. / Num caso (violação de direitos absolutos) existe uma ilicitude pelo resultado do comportamento (...), enquanto que no outro é a ilicitude da maneira de agir que torna o agente responsável”³⁷.

Relativamente à responsabilidade civil médica, este será o pressuposto que mais especificidades tem, uma vez que o mesmo facto pode enquadrar-se, ao mesmo tempo, nas duas variantes da ilicitude. A violação de uma *leges artis*, encarada, aqui, como uma norma que protege interesses alheios, pode, ao mesmo tempo, constituir a violação de um direito absoluto do paciente. Esta particularidade fortalece o entendimento, assumido por Vera Lúcia Raposo³⁸, de que, na responsabilidade civil médica, a ilicitude terá apenas uma variante, que consiste na violação de *leges artis* (onde se incluiria, não só a violação de normas que protegem interesses alheios, como, também, a violação de direitos absolutos). Quanto a nós, parece-nos que esta poderá ser uma posição a adotar, uma vez que nas situações de responsabilidade médica, qualquer norma que seja violada, implicará sempre, ou quase sempre, a violação de um direito absoluto do paciente. Na verdade, também a falta de obtenção do consentimento esclarecido importará a violação de direitos dessa natureza, como se verá no capítulo III deste trabalho.

Para além da violação de *leges artis*, a ilicitude do ato médico pode traduzir-se num erro de diagnóstico³⁹ ou num erro de tratamento. Contudo, quando este tipo de erros sucedem,

³⁶ Além destas duas modalidades expressamente previstas no referido artigo, há ainda a contabilizar uma terceira que consiste no exercício abusivo de um direito (art.º 334.º).

³⁷ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1989, p. 176.

³⁸ VERA L. RAPOSO, *Do ato...*, cit., p. 45.

³⁹ “Os meios complementares de diagnóstico eram um instrumento técnico adequado para se conhecer da doença, o erro de diagnóstico constitui assim a violação de um direito subjetivo da apelante a ser tratada pelo meio mais adequado e com correção técnica, traduzindo por isso um comportamento ilícito.” in Ac. do T. R. de Lisboa de 20.04.2006, proc.2491/2006-6.

normalmente significa que não foram respeitados os procedimentos aconselhados pela medicina (*leges artis*)⁴⁰.

Na responsabilidade contratual, por sua vez, a ilicitude traduz-se no incumprimento de alguma das obrigações impostas ao médico pelo contrato celebrado entre si e o doente. Mas não só. Além dos deveres principais da prestação, o médico está ainda sujeito ao cumprimento de deveres secundários (deveres que não sendo principais são imprescindíveis ao cumprimento da prestação principal), e, ainda, de deveres acessórios de conduta (que têm como fonte a boa fé).

Na questão da violação das obrigações impostas ao médico pelo contrato, revela-se importante a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados, tal como já explanado anteriormente, para aferir se ao médico é exigível um resultado ou apenas que este providencie todas as diligências necessárias de modo a atingir esse resultado, podendo ele ser atingido ou não. Como já advertimos, guardamos a reflexão mais detida sobre obrigação de obter o consentimento esclarecido para o terceiro capítulo e aí nos pronunciaremos sobre a qualificação dessa obrigação.

3.3. Nexo de imputação do facto ao lesante (culpa)

Agir com culpa significa atuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito⁴¹. Sendo a conduta reprovável quando, em face das circunstâncias concretas da situação, se possa concluir que o agente podia e devia, de acordo com a sua capacidade, ter agido de outra forma.

Este nexos de imputação comporta dois momentos: em primeiro lugar, é necessária a afirmação da imputabilidade do agente. Será imputável a pessoa com capacidade para prever os efeitos do ato que pratica. Portanto, exige-se a posse de um certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva)⁴². Em

⁴⁰ Quanto ao pressuposto da ilicitude, há, ainda, que referir três casos, que revestem algum interesse, e que podem dar lugar a responsabilidade civil do profissional de saúde. São eles a violação das *leges artis* por excesso (dado o aumento do número de ações de responsabilidade civil médica nos tribunais, os médicos têm optado por uma medicina defensiva positiva, respeitando as *leges artis* ao mais ínfimo pormenor. Contudo, muitas vezes, o excesso de exames a que o doente é sujeito, pode provocar danos na sua pessoa, nomeadamente pelo atraso na tomada de uma decisão de diagnóstico), a divergência de escolas médicas (neste caso, o entendimento tem sido de que a responsabilidade médica termina quando começam as discussões científicas, não podendo um médico ser responsabilizado por optar por uma das várias doutrinas em discussão) e as inovações terapêuticas (aqui, dado o elevado risco de consequências para a saúde do doente, será sempre necessário o consentimento deste para a aplicação de tratamentos inovadores). Vide ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 671 a 677.

⁴¹ Tanto a ilicitude como a culpa implicam a reprovação da conduta pelo direito. Contudo, enquanto a ilicitude é uma reprovação objetiva (dirigida à conduta), a culpa será uma reprovação de carácter subjetivo (dirigida ao agente). Vide RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 125 e ss.

⁴² J. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 563.

segundo lugar, é necessário aferir se a conduta do agente imputável é culposa. Para que exista culpa, é necessário que haja um nexo psicológico entre o facto praticado e a vontade do agente, tendo que se averiguar se a conduta é reprovável e em que medida.

No plano médico, a “culpa aparece como a omissão da diligência e competência exigíveis, segundo as circunstâncias do tráfico. É, portanto, o desvio da atuação adotada pelo médico, em relação a um modelo de comportamento (...) que ele podia e devia ter observado”⁴³.

A culpa é, de acordo com o art.º 487.º, n.º 2⁴⁴, apreciada em abstrato, convocando-se, como modelo, o do “*bonus pater familias*”. Quer isto dizer que haverá culpa, quando, “perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico obrigado devia e podia ter atuado de modo diferente”⁴⁵. “Ao médico exige-se, por conseguinte, que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo ofício (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias”⁴⁶.

“O ponto de partida essencial para qualquer ação de responsabilidade médica é, por conseguinte, a desconformidade da concreta atuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura”⁴⁷. Um médico que corresponda a esse modelo esclarecerá o doente em ordem a obter dele o consentimento esclarecido, como veremos no terceiro capítulo, momento em que nos debruçaremos sobre as exigências que se colocam a esse nível.

3.4. Dano

O dano constitui a perda que o lesado sofreu nos interesses que o direito ou norma violados visam tutelar. “O termo dano assume um duplo significado: o primeiro, relativo ao interesse jurídico (dano injusto); o segundo, ao invés, funda-se nas consequências que se devem reparar (prejuízo)”⁴⁸.

⁴³ RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 126.

⁴⁴ Que se aplica tanto à responsabilidade extracontratual, como à contratual, por força do art.º 799.º, n.º 2.

⁴⁵ ANTÓNIO S. H. GASPAREL, *op. cit.*, p. 344.

⁴⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, “Culpa...”, cit., p. 23.

⁴⁷ Ac. do T. R. de Évora de 19.04.2007, proc.2403/06-2.

⁴⁸ PATRÍCIA COSTA, *Dano de perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Dissertação de Mestrado, Compilações Doutrinárias, Verbo Jurídico, p. 16.

O dano pode revestir diversas naturezas, designadamente: dano patrimonial e dano não patrimonial/moral; danos diretos e danos indiretos; entre outros⁴⁹.

No caso da responsabilidade civil médica, os danos causados ao doente tanto podem ser de cariz patrimonial como de cariz não patrimonial. Os danos causados na saúde do doente, no fundo, no seu corpo, constituem danos não patrimoniais⁵⁰ ressarcíveis nos termos do art.º 496.º. Contudo, estes danos podem causar no doente danos patrimoniais, em virtude de despesas que o doente possa ter que suportar como consequência daqueles, ou pelo facto de, por exemplo, o doente perder a capacidade para o trabalho e, assim, ter perdas no seu património⁵¹.

3.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano

Nem todos os danos sofridos pelo lesado estão incluídos na responsabilidade do agente, na medida em que este será responsável apenas pelos danos que se liguem causalmente ao ato por si praticado/omitido. É necessário que entre o facto e o dano exista uma ligação (nexo de causalidade).

O nexo causal cumpre uma dupla função⁵². Em primeiro lugar, constitui um dos requisitos da responsabilidade civil. Em segundo lugar, assente a existência de responsabilidade, serve como instrumento de medida do *quantum* reparatório devido ao lesado.

Além desta dupla função, o nexo causal tem duas vertentes: “uma factual que respeita ao processo material ou naturalístico que conduziu ao evento – é a questão de saber se a ação ou omissão foram condição ou uma das condições do dano –, outra jurídica que tem a ver com a adequação desse processo ao conceito legal de nexo de causalidade – trata-se de saber se a ação ou a omissão é, em geral, apropriada a produzir o dano”⁵³. Nesta segunda operação é feito uso do critério da causalidade adequada, adotado pelo nosso legislador no art.º 563.⁵⁴

⁴⁹ Vide J. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 597 a 602.

⁵⁰ FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 11, 2014, n.º 21-22, pp. 30 a 33; RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, in *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 681 a 712.

⁵¹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, pp. 385 e ss; RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 142 e ss.

⁵² RUTE T. PEDRO, “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, 2011, pp. 15 e ss.

⁵³ Ac. do STJ de 20.01.2010, proc.670/4.0TCGMR.S1.

⁵⁴ RUTE T. PEDRO, “A dificuldade...”, cit., pp. 15 e ss; e RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp.149 e 150.

CAPÍTULO II

TELEMEDICINA

1. Noção de Telemedicina

O mundo encontra-se em constante evolução e, sobretudo, adaptação às novas descobertas e realidades. Uma das áreas onde, nos últimos tempos, mais se tem verificado a presença desta constante evolução, é a área da tecnologia. Cada vez mais é habitual o recurso à tecnologia, nomeadamente aos meios de comunicação à distância, nas mais diversas tarefas da vida quotidiana. Sé há alguns anos o telemóvel era visto como um objeto saído de outro mundo, hoje em dia, é um aparelho considerado essencial por qualquer cidadão dos países desenvolvidos, permitindo-nos realizar as mais variadas tarefas.

A medicina não ficou alheia a toda esta nova era tecnológica e começaram a desenvolver-se métodos de prestar cuidados de saúde à distância recorrendo a instrumentos tecnológicos. Sendo que, num período mais recente, têm surgido, também, algumas aplicações para *smartphones* que permitem a monitorização do estado de saúde de pacientes com determinadas patologias. O simples facto de cumprir o horário para administração dos fármacos deixou de ser um problema, mesmo para os pacientes mais distraídos, graças à enorme variedade de aplicações para o telemóvel que nos emitem alertas nesse sentido.

Este fenómeno, designado por telemedicina, consiste no “exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnósticos e decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação”⁵⁵.

A telemedicina é potenciada pela necessidade de acompanhar e dar resposta a situações de saúde não alcançáveis em tempo útil. O acompanhamento dos sinais vitais dos astronautas, v. g., constituiu uma das principais preocupações no início da era da corrida ao espaço e que levou ao surgimento de uma das modalidades da telemedicina, a telemonitorização⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. *Declaração de Telavive sobre responsabilidade e normas éticas na utilização da telemedicina*, adotada pela 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Telavive, Israel, Outubro de 1999.

⁵⁶ JUAN ANTONIO SÁNCHEZ LOSADA, *Aspectos éticos y médico-legales en la telemedicina: la consulta médica telefónica*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, Madrid, 2011, p. 17.

Em Portugal, a telemedicina surge com maior visibilidade em 1994, sob patrocínio ministerial, dando origem a diversos projetos no sentido da sua implementação⁵⁷. Um dos principais projetos é o “SNS 24”, mais conhecido como “Linha Saúde 24”. Uma linha telefónica criada pelo SNS para dar apoio e aconselhamento aos utentes. No fundo, uma forma de libertar, de algum modo, as urgências dos hospitais.

A grande vantagem da telemedicina consiste no facto de esta permitir a prestação de serviços médicos a pacientes que não têm condições, quer económicas, quer geográficas, ou até mesmo de saúde, para se deslocarem aos consultórios médicos e aos hospitais. A barreira da distância é, assim, ultrapassada, permitindo ao paciente uma poupança nos custos de deslocação e um tratamento mais rápido. Ao médico é-lhe dada a possibilidade de tratar um doente sem nunca ter tido contacto pessoal com ele. Para além de que, através do contacto com colegas, obtém informação que pode ser bastante útil para a sua formação profissional.

Claro que, como em qualquer outra área onde se recorre à tecnologia, a telemedicina também acarreta malefícios, tanto para o paciente como para o profissional de saúde. O facto de o paciente não ser visto diretamente pelo médico, aumenta significativamente o risco de erro de diagnóstico. Isto implica consequências para o doente, que não vê ser-lhe aplicado o tratamento correto para o seu estado de saúde, mas, também, para o médico que pode vir a ser responsabilizado pelos danos provenientes daquele facto.

Uma outra grande desvantagem da telemedicina relaciona-se com a privacidade do doente. Quando a sua imagem e dados são transmitidos à distância, através do recurso a meios tecnológicos, torna-se difícil o controlo de quem poderá ter ou não acesso a essas informações. Dificilmente se conseguirá um nível de segurança capaz de preservar a privacidade do paciente na sua totalidade⁵⁸.

Uma vez que se trata de uma prática cada vez mais recorrente, o próprio CDOM regula a atuação médica em contexto de telemedicina (art.^{os} 94.º e ss). Em todas estas normas é dado

⁵⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre os projetos de telemedicina desenvolvidos em Portugal *vide* MARIA HELENA MONTEIRO, “A telemedicina como vetor de profunda transformação no espaço da saúde e do bem-estar”, in *VI Congresso português de sociologia. Mundos sociais: saberes e práticas*, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, 25 a 26 de Junho de 2008.

⁵⁸ Relativamente à privacidade do doente em contexto de telemedicina *vide* VERA LÚCIA RAPOSO, “The doctor just poked you (os novos desafios da e-health)”, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, Tomo III, FDUC, Coimbra, 2014, pp. 2912 a 2918. Esta é uma questão que merece a maior das atenções pela sua atualidade devido às recentes alterações ao regime geral de proteção de dados. Contudo, por uma questão de economia de trabalho, não nos é possível maior desenvolvimento.

especial ênfase ao cuidado que o prestador de serviços médicos deve ter em garantir o segredo médico, não só ao certificar-se da qualidade dos aparelhos e meios utilizados, como, também, ao assegurar-se da qualificação do pessoal envolvido. A utilização da telemedicina não é obrigatória para o médico. Este, de acordo com o art.º 95.º, n.º 1 do mesmo Código, tem total liberdade em decidir se utiliza ou recusa a telemedicina. Ao optar pela telemedicina o médico deve ter uma ideia clara e justificável da situação clínica do paciente (art.º 94.º, n.º 2 CDOM). No fundo, com esta previsão pretende-se evitar ao máximo a possibilidade de erro de diagnóstico. Por fim, o mesmo artigo refere a importância da relação direta médico-doente, que nunca deverá ser substituída pela consulta por telemedicina. É sempre preferível que o doente seja visto pessoalmente, de modo a que o diagnóstico seja o mais minucioso e infalível possível.

2. Tipos de Telemedicina

A telemedicina não se traduz apenas na teleconsulta. Esta será, talvez, a forma mais conhecida de exercício de telemedicina, mas não é a única. Segundo a *Declaração de Telavive* são quatro as modalidades que a telemedicina pode revestir: teleassistência, televigilância, teleconsulta e interação entre dois médicos. No nosso entendimento⁵⁹, além destas modalidades, deverá acrescentar-se uma quinta, a teleintervenção.

A teleassistência traduz-se na “interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre num meio onde não tem acesso a um médico local”⁶⁰. O recurso a este tipo de prestação de serviços é feito em casos de emergência, em que o paciente precisa de cuidados médicos urgentes e não se encontra em condições de se deslocar a um hospital. Aqui, a grande dificuldade, em termos de responsabilidade civil, será, por um lado, assegurar que o paciente transmite todas as informações necessárias e de modo assertivo, para que o médico consiga fazer o correto diagnóstico, o que pode ser relevante, por exemplo, para a eventual aplicação do art.º 570.º. Por outro lado, posteriormente ao diagnóstico, é primordial a obtenção do consentimento do paciente para qualquer tratamento que lhe seja aconselhado. Nesta fase, o grande obstáculo enfrentado pelo médico será a garantia de que efetivamente o doente percebeu

⁵⁹ No mesmo sentido segue, entre outros, VERA LÚCIA RAPOSO in “«Você tem uma nova mensagem»: a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 10, n.º 20, 2013, pp. 17 a 44.

⁶⁰ *Declaração de Telavive...*, adotada pela 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial.

todos os riscos associados ao tratamento para que, assim, se considere a obrigação de esclarecimento cumprida.

A televigilância representa uma “interação entre o médico e o paciente, onde se transmite informação médica eletronicamente (pressão arterial, eletrocardiogramas, etc.) ao médico, o que lhe permite vigiar regularmente o estado do paciente”⁶¹. Também denominada como telemonitorização, é frequentemente utilizada em doentes crónicos, como diabéticos e hipertensos. Este tipo de telemedicina pode ser utilizado com recurso a aparelhos tecnológicos, aplicações⁶² para *smartphones*⁶³, televisões interativas, ou, até, com recurso ao *email*. Neste tipo de enfermidades, os pacientes carecem de um controlo diário de determinados sinais vitais. De forma a evitar a sua deslocação ao consultório, são utilizados meios tecnológicos como forma de transmitir ao seu médico os respetivos valores diários, que este último recebe e regista no processo clínico do paciente. É perceptível a poupança de despesas em deslocações, tanto para o paciente como para o médico, permitindo-se ao médico controlar à distância o estado de saúde do paciente. Contudo, é essencial garantir o bom funcionamento dos instrumentos necessários para o efeito, de modo a assegurar-se que os objetivos deste tipo de telemedicina são cumpridos, sob pena de se verificarem danos na saúde do paciente, para cujo ressarcimento pode até ser convocada a responsabilidade do produtor.

A teleconsulta, por sua vez, é uma “interação onde o paciente consulta diretamente o médico, utilizando qualquer forma de telecomunicação, incluindo a *internet*”⁶⁴. Esta consulta médica pode ser feita telefonicamente, por videochamada, ou por *email*⁶⁵. São várias as tecnologias à disposição dos seus intervenientes para o efeito. Em comum têm o facto de não haver um contacto direto na relação médico-paciente, nem haver um segundo médico no lugar em que o paciente se encontra. As repercussões, em termos jurídicos, da utilização desta modalidade de telemedicina, são, basicamente, as mesmas que se verificam na teleassistência. No fundo, a grande diferença entre estas duas modalidades é o facto de a teleassistência se

⁶¹ *Declaração de Telavive...*, adotada pela 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial.

⁶² “*L'app è un'applicazione software progettata per consentire di interagire con le informazioni e gli strumenti su cui è installata.*” in MICHELE IASELLI, *Diritto e nuove tecnologie, Prontuario giuridico ed informático*, II edizione, Altalex Editore, pp. 157 e 158.

⁶³ Quanto às diversas aplicações para *smartphones* e suas consequências vide EMILY HAY/JAN DHONT, *Getting a clean bill of health for privacy in your mobile app*, Data Privacy Department, Lorenz Brussels.; VERA L. RAPOSO, “The doctor...”, cit., pp. 2927 a 2929.

⁶⁴ *Declaração de Telavive...*, adotada pela 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial.

⁶⁵ No caso da utilização do *email* vide VERA L. RAPOSO, “The doctor...”, cit., pp. 2925 a 2927.

direcionar para situações de urgência, enquanto a teleconsulta se insere numa situação já planeada entre médico e paciente.

A interação entre dois médicos caracteriza-se pelo contacto entre dois profissionais de saúde, um fisicamente presente com o paciente e outro reconhecido por ser muito competente naquele problema médico em que o primeiro procura apoio. Para além desta interação, que, no fundo, mais não é que um aconselhamento, esta modalidade de telemedicina pode, ainda, traduzir-se em teleformação. Neste caso, há um contacto entre dois ou mais médicos, não no sentido de aconselhamento para um problema concreto, mas sim com o intuito de troca de informação para enriquecimento da formação profissional dos envolvidos⁶⁶.

Finalmente, a teleintervenção traduzir-se-á na intervenção à distância em exames médicos, ou até mesmo em intervenções cirúrgicas. O médico, através de um colega que se encontre com o paciente, ou através de robôs criados para o efeito, opera o doente sem nunca verdadeiramente lhe tocar. Os riscos associados a este tipo de intervenção são muito maiores. Como tal, aqui é ainda mais importante o consentimento do paciente para a realização dessas intervenções. Consequentemente, para que o consentimento seja prestado de forma correta, como veremos mais à frente, é indispensável que o paciente esteja perfeitamente informado de todos os riscos.

Ainda relativamente às várias distinções a fazer em contexto de telemedicina, há que contrapor a telemedicina em tempo real, à telemedicina *store and forward* (em tempo diferido)⁶⁷. Na primeira, assiste-se a uma interação em tempo real, entre o médico e o paciente (de que é exemplo a teleconsulta por videochamada). Na segunda, há um armazenamento da informação por parte do paciente que só mais tarde será analisada pelo médico (é o caso da telemonitorização, em que o paciente disponibiliza os valores em análise, e, mais tarde, não no momento em que o paciente os disponibiliza, é que o médico vai analisá-los e adicioná-los ao processo clínico do paciente). Esta modalidade importa riscos acrescidos para a preservação dos direitos de personalidade tuteladores da privacidade do paciente.

⁶⁶ VERA LÚCIA RAPOSO/INÊS RIBERA, “Telemedicina: a descoberta da pólvora?”, in *Flash informativo*, Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, RL, p. 1. Relativamente às consequências jurídicas deste tipo de telemedicina, remetemos, desde logo, para o exposto mais adiante no nosso trabalho, nomeadamente nas páginas que se seguem.

⁶⁷ Esta distinção é feita por diversos autores, nomeadamente vide VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., p. 19.

3. A telemedicina e a responsabilidade civil médica

3.1. A relação médico-paciente

A relação médico paciente tem, tal como já referimos, origem contratual⁶⁸. No caso da telemedicina acontece o mesmo, haverá um contrato de prestação de serviços médicos celebrado entre o médico e o paciente. A grande dificuldade, porém, reside na identificação dessa relação. “Nem sempre é fácil identificar, numa situação concreta, a prática de um genuíno ato médico, com todas as consequências jurídicas que daí decorrem, pois poder-se-á tratar de um mero fornecimento de informação que não pode ser considerado um ato médico”⁶⁹.

Portanto, a questão que se coloca é a de saber a partir de que momento se poderá considerar celebrado este contrato e, conseqüentemente, afirmar a existência de uma relação médico-paciente que possa sujeitar o médico às regras da responsabilidade civil contratual. Numa relação à distância, em que a visita ao consultório médico não existe, a diferença entre a prática de um ato médico e o fornecimento de uma informação⁷⁰ traduz-se numa linha muito ténue, de difícil percepção.

Na jurisprudência norte-americana⁷¹, a questão tem sido colocada nos seguintes moldes: quando é que se inicia a relação médico-paciente e o médico está sujeito ao *duty of care*? No caso *Lopez v. Aziz*⁷² é feito um telefonema entre o médico que se encontrava a tratar da paciente e um seu colega, em que o primeiro pede aconselhamento ao segundo. No seguimento destes conselhos, a paciente acaba por falecer. O tribunal entendeu que entre a paciente e o segundo médico não se tinha estabelecido a relação médico-paciente, essencial para qualquer ação de responsabilidade médica, uma vez que o médico que estava a tratar a paciente era livre de seguir, ou não, os conselhos prestados pelo colega. Esta é, aliás, a posição adotada pelo CDOM ao estabelecer que “o médico que pede a opinião de um colega é responsável pelo tratamento e pelas decisões e recomendações por ele dadas ao doente” (art.º 95.º, n.º 2). Caso não existisse esta norma, sempre seria de considerar esta solução, uma vez que o médico consultado

⁶⁸ Lembramos que a prestação de cuidados de saúde em contexto em que se aplique o direito público, nomeadamente em estabelecimentos públicos, extravasa o âmbito deste trabalho.

⁶⁹ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., p. 22.

⁷⁰ Sem prescindir da eventual responsabilidade civil decorrente da prestação de informações nos termos do art.º 485.º.

⁷¹ Não conhecemos, ainda, na jurisprudência nacional, ações de responsabilidade médica em contexto de telemedicina, pelo que se recorre ao direito comparado.

⁷² *Lopez v. Aziz*, 852 S.W.2d 303, *Court of Appeals of Texas*, San Antonio, April 30, 1993.

considerar-se-ia auxiliar do médico que o consultou, pelo que, o segundo seria responsável nos termos do art.º 800.º, n.º 1.

Num outro caso⁷³, relacionado, também, com uma chamada telefónica, o tribunal entendeu que a ligação feita entre o doente e o médico, não é digna, *per se*, de dar origem à relação médico-paciente, pelo que, decidiu pela improcedência da ação de responsabilidade. Se, por contacto telefónico, o médico aconselha o paciente a dirigir-se ao seu consultório, pode, a partir desse momento e ainda antes de se iniciar a consulta presencial, imputar-se ao médico responsabilidade contratual pelos danos entretanto produzidos no doente resultantes de culpa daquele? Ou seja, pode dar-se por constituída a relação médico-paciente através do mero telefonema? A partir de que momento é considerado celebrado o contrato de prestação de serviços médicos? Estas questões conduzem-nos à problemática de saber se o facto de o médico ter consultório aberto ao público traduz uma proposta contratual ou um mero convite a contratar. Apesar de a doutrina ser consensual relativamente às características de uma proposta contratual⁷⁴, o mesmo não acontece quanto à resposta à questão colocada relativamente ao consultório médico. Alguns autores entendem tratar-se de uma proposta contratual, ao passo que outros entendem ser um mero convite a contratar⁷⁵. Em nossa opinião, a abertura ao público de um consultório médico não poderá revestir uma proposta contratual, mas sim um mero convite a contratar. Se não, vejamos. Dos três pressupostos essenciais para que exista proposta contratual, neste caso não estão preenchidos dois: o da completude e o da intenção inequívoca de contratar. O facto de o profissional de saúde ter um consultório, onde qualquer cidadão se pode deslocar e marcar uma consulta, não significa que aquele médico vá celebrar um contrato de prestação de serviços médicos com ele, nomeadamente para o tratamento do problema que o doente apresenta. O médico pode sempre entender não ter formação suficiente para o problema em causa e recomendar um outro colega. Neste caso, pode considerar-se que o contrato de prestação de serviços médicos não chega a concluir-se pelo menos no que respeita à adoção do comportamento tendente ao tratamento médico da questão. Portanto, teremos de

⁷³ *Miller v. Sullivan*, 214 a.d.2D 822, Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Third Department. April 13, 1995.

⁷⁴ Para que a proposta contratual possa, efetivamente, ser considerada como tal, deve reunir três requisitos: ser completa, revelar uma intenção inequívoca de contratar, e revestir a forma necessária para o negócio que visa celebrar. Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil, II, Parte Geral, Negócio jurídico, Formação, Conteúdo e interpretação, Vícios da vontade, Ineficácia e invalidade*, 4.ª edição, 2014, Coimbra, Almedina, pp. 318 e 319; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I, Conceito, Fontes, Formação*, 6.ª edição, 2017, Coimbra, Almedina, pp. 117 e ss.

⁷⁵ Vide FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 122 a 126; e RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 61 e 62, nota de rodapé n.º 136.

concluir pela qualificação da mera abertura do consultório médico como simples convite a contratar. Assim, neste caso, a deslocação do paciente ao consultório para uma consulta, não significaria a celebração do contrato. O telefonema do paciente para a clínica pode ou não consubstanciar uma proposta contratual, havendo que averiguar se a mesma reúne as notas caracterizadoras de uma proposta contratual. Portanto, tal como se disse, o contrato não está, em regra, celebrado aquando da visita do paciente ao consultório médico, não estando, por conseguinte, constituída a relação médico-paciente. Pelo que, à luz do direito português, temos que concordar com a decisão do tribunal norte-americano, não sendo o médico responsável por quaisquer danos provocados no paciente, uma vez que não houve a assunção de quaisquer obrigações, não estando, por isso, preenchido o pressuposto da ilicitude.

Para que se possa dar uma resposta mais assertiva quanto ao momento em que se conclui a relação médico-paciente, parece essencial analisar o caso concreto. Na consulta por *email*, por exemplo, tem sido entendimento de alguma doutrina que a relação se constitui a partir do momento em que resulta do conteúdo do *email* que o médico acedeu a prestar cuidados de saúde ao doente, e este, consequentemente, deixa de procurar outro profissional⁷⁶. Já nas consultas com recurso a *sites* da *internet*, esta relação constituir-se-á quando o utilizador cria uma conta e paga o serviço⁷⁷. Isto porque a informação disponibilizada no próprio *site* pode constituir uma proposta contratual que o utilizador aceita ao criar uma conta e pagar o serviço. O mesmo pode defender-se quando o acesso ao *site* é gratuito. Apesar de não existir qualquer obrigação pecuniária por parte do paciente, o facto de este criar uma conta ou associar-se ao *site* por outro meio qualquer, não exclui que se trate da aceitação da proposta contratual que lhe é apresentada. Porém, mais uma vez se reitera a importância da análise do caso concreto.

Um outro exemplo relaciona-se com a utilização de *apps* para a contratação de médicos, como a “*Knok Care*”⁷⁸. *Quid iuris* quanto ao momento de formação da relação médico-paciente nestes casos? Aqui, entendemos ser de aplicar o mesmo raciocínio que aplicamos para os *sites* da *internet*. Ou seja, a informação disponibilizada na *app*, se for suficientemente completa, constituirá uma proposta contratual que o paciente aceita a partir do momento em que escolhe

⁷⁶ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., p. 26.

⁷⁷ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., pp. 27 e 28.

⁷⁸ A “*Knok Care*” é uma *start-up* de origem portuguesa, lançada em Dezembro de 2015, que permite chamar um médico ao domicílio, ou até mesmo fazer uma vídeo consulta. Através da aplicação, o cliente escolhe um médico dos vários que lhe são disponibilizados, para que este se dirija a sua casa a fim de realizar uma consulta. A vídeo chamada, por sua vez, é utilizada para permitir ao médico obter mais informações sobre a condição do doente ou para fazer uma consulta de seguimento. Vide <https://www.knokcare.com/>.

o médico que pretende que se dirija a sua casa e paga a consulta. A partir deste momento, a relação contratual estará concluída. Contudo, tudo isto dependerá sempre da informação disponibilizada na *app*.

A este propósito coloca-se a questão da legitimidade passiva nas ações de responsabilidade civil por danos advenientes da utilização de *apps*, o que depende também de saber com quem aquela relação é estabelecida. Quem será, então, responsável perante um paciente erroneamente diagnosticado no caso de o contacto entre médico e paciente se concretizar por intermédio de uma aplicação como a *Knok Care*⁷⁹? Poderá o paciente ressarcir-se dos danos que sofreu através dos responsáveis pela plataforma ou terá, necessariamente, de propor a ação de responsabilidade civil contra o próprio médico? Trata-se, no fundo, de apurar se o médico funciona como um mero auxiliar dos detentores da plataforma (por simplificação chamaremos apenas detentores), sendo o negócio celebrado com esta, ou se a *app* funciona apenas como uma forma inovadora de celebração do contrato de prestação de serviços médicos entre o doente e o médico. Fazendo um paralelismo com as plataformas tecnológicas de transporte⁸⁰, serão os condutores destas plataformas auxiliares dos seus produtores, ou prestadores de serviços por conta própria? Para que o contacto entre o prestador de serviços e o cliente seja realizado, é necessário que ambos estejam devidamente registados na aplicação. Aquando da prestação de serviços, uma parte dos honorários pertence ao prestador de serviços, e a outra parte ao detentor. Uma vez que este, e agora regressando ao exemplo inicial, obtém uma vantagem patrimonial da prestação de serviços por parte do médico, parece-nos que o médico funciona como um auxiliar daquele. Se da prestação de serviços por parte do médico retiram benefícios, devem, também, suportar os prejuízos a ela inerentes. Assim, os produtores e detentores da plataforma tecnológica serão responsáveis pelos atos do médico nos termos do

⁷⁹ Além da *Knock Care* existem múltiplas *apps*. Nos últimos quatro meses de 2017, na Suécia, 37 mulheres que usavam a aplicação *Natural Cycles* como método contraceutivo tiveram uma gravidez indesejada. A *Natural Cycles* é um programa de fertilidade certificado pela UE, que funciona como um método não hormonal de controlo da natalidade. Esta aplicação calcula a probabilidade de a sua utilizadora engravidar com base na sua temperatura corporal. Para isso, a utilizadora deve medir a sua temperatura todas as manhãs, e inseri-la na *app*. Com estes registos a aplicação informa se o dia será vermelho (tendo a utilizadora que usar proteção na relação sexual), ou verde (não sendo necessário o uso de contraceutivo). *Quid iuris* quanto à responsabilização dos detentores dessa *app*, relativamente a estas gravidezes e aos respetivos abortos? Com este exemplo entramos já numa outra questão: a da responsabilidade dos produtores dos mecanismos utilizados em telemedicina, pelos danos espoletados por esses mesmos mecanismos. Matéria, essa, que não nos compete analisar neste trabalho. Para mais informações vide www.naturalcycles.com.

⁸⁰ Plataformas como a *Uber* e a *Cabify*.

art.º 800.º, n.º 1. Pensamos que esta situação será equiparável, no que a esta questão diz respeito, ao caso de o médico prestar serviços no âmbito de um hospital privado⁸¹.

3.2. A aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil no âmbito da telemedicina

Já constam deste trabalho os vários pressupostos necessários para que o médico seja civilmente responsável pelo dano que cause ao paciente, em virtude de um ato adotado no exercício da sua profissão. Contudo, alguns destes pressupostos terão que ser adaptados quando inseridos na responsabilização em contexto de telemedicina.

Relativamente ao facto praticado pelo agente, nada haverá a acrescentar ao que anteriormente foi dito. O mesmo se dirá quanto ao dano, onde nos cumpre, neste ponto, apenas destacar, a relevância que, no âmbito da telemedicina, ganha o dano provocado pela violação da privacidade do paciente⁸².

Quanto ao nexo de causalidade, é um conceito que levanta maiores dificuldades, uma vez que a distância que separa o profissional de saúde do paciente surtirá efeitos nesta ligação de causa-efeito. Ao aferir se aquela ação/omissão foi condição do dano, urge ter em conta a distância que separa os dois intervenientes desta relação. Caso, v.g., o dano tenha sido agravado pela distância, tal não deve ser imputado ao médico. Ao aceitar a intervenção com recurso à telemedicina, o paciente tem de estar ciente dos riscos envolvidos, e que poderão não ser suscetíveis de controlo por parte do profissional. Por esta razão também os termos em que o consentimento é prestado, neste tipo de situações, ganha uma particular importância.

O mesmo se passa com o pressuposto da culpa. Esta é, tal como se disse, aferida com base no padrão do “*bonus pater familias*” colocado nas circunstâncias em que o concreto agente/omitente atuou ou deixou de atuar. Neste âmbito, o “médico-médio” deixa de ser o profissional com características idênticas às do médico que praticou o facto, passando a ser esse mesmo profissional mas estando a fazer uso da telemedicina. Ou seja, a questão que se coloca passa a ser “como se teria comportado o médico-médio naquela situação concreta, isto é, se

⁸¹ “Assim, tendo por assente a obrigação de indemnizar a cargo do Réu Dr. D..., a mesma obrigação é extensível ao Réu Hospital por mor do preceituado no art. 800º, n.º 1 do Cód. Civil, pois que, e de acordo com o dito normativo, a conduta ilícita e culposa dos seus auxiliares no cumprimento da obrigação de prestação de serviços médicos, o torna também responsável pelos aludidos danos.” in Ac. do T. R. do Porto de 27.03.2017, proc.7053/12.7TBVNG.P1.

⁸² Que, à partida, não existirá na prática da medicina tradicional, a menos que o médico viole o seu dever de sigilo profissional e partilhe com terceiros a informação clínica do paciente. Ao passo que, em telemedicina, uma falha nos meios utilizados pode ser suficiente para que haja essa violação.

estivesse a fazer uso da telemedicina?”⁸³. Deve, portanto, fazer-se esta última ressalva na análise da culpa em contexto de telemedicina.

Por fim, temos o pressuposto da ilicitude. Aquele que, talvez, merece maior análise da nossa parte. Ao adaptar-se as *leges artis*⁸⁴ a este novo método de prestação de cuidados de saúde, novos deveres de conduta serão impostos ao médico, bem como exigências acrescidas.

No exercício da telemedicina, o médico deve ter especial cuidado quer com a sua própria identificação, quer com a do paciente. É essencial que ambos se possam identificar com confiança. O médico só deve recorrer à telemedicina quando tiver “uma ideia clara e justificável da situação clínica” do paciente (art.º 94.º, n.º 2 do CDOM). Assim estabelece o CDOM que antevê a obrigatoriedade de existência de uma consulta pessoal antes de se recorrer à telemedicina. Esta consulta pessoal serve, não só para criar uma relação base de confiança entre ambos os intervenientes, para que possam identificar-se mutuamente, mas, também, para evitar determinados erros médicos fomentados, por exemplo, pela falta de informação ou informação errónea disponibilizada ao médico.

A falta de informação ou informação errónea é, ainda, uma das consequências relacionadas com o uso de tecnologia. O recurso a este meio de comunicação como substituto da consulta pessoal incute no paciente a obrigação de transmitir ao médico toda a informação necessária para um correto diagnóstico. Todavia, este carece de conhecimento em medicina que lhe permita perceber qual a informação relevante e correta, necessária ao diagnóstico. Assim, alguns dos erros de diagnóstico “podem ser despoletados pelo próprio paciente, por lapso na recolha e transmissão de dados acerca do seu estado de saúde a um médico distante. Ao envolver o paciente no sucesso do ato médico em causa, atribuindo-lhe funções que eram tradicionalmente desempenhadas por profissionais de saúde, a telemedicina coresponsabiliza o paciente pelo resultado do procedimento, devendo o paciente ser informado de forma clara do papel que lhe cabe”⁸⁵. Nestes casos, em que o correto diagnóstico depende da informação disponibilizada pelo paciente, entende-se que o médico terá a obrigação de assegurar que o paciente tem a formação apropriada dos procedimentos necessários e que entende a importância da sua responsabilidade no processo.

⁸³ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit. p. 30.

⁸⁴ Quanto à questão da ilicitude proveniente da violação das *leges artis*, remetemos para o *supra* exposto no Capítulo I, mais precisamente no ponto 3.2.

⁸⁵ VERA L. RAPOSO/INÊS RIBERA, “Telemedicina...”, cit., p. 3.

Um diagnóstico errado, em virtude de informação errada transmitida ao médico, pode ou não ser da sua responsabilidade? O médico decide sobre o diagnóstico com base na informação que o paciente lhe dá. Contudo, tal como cabe ao advogado, em consulta jurídica, fazer as perguntas certas para que o cliente lhe dê a informação de que necessita, também o médico tem a obrigação de fazer as perguntas certas ao paciente para aferir sobre o seu estado de saúde. Situação diferente será aquela em que, tendo o médico feito as perguntas necessárias, o paciente não transmite a informação correta, levando a um erro de diagnóstico. Neste caso, não pode o médico ser responsabilizado visto que não houve qualquer tipo de ilicitude na sua conduta. Cabia ao paciente a obrigação de transmitir as informações de forma correta para o melhor diagnóstico.

Um outro aspeto relacionado com o uso de tecnologia prende-se com a privacidade do paciente. “A privacidade é o direito que qualquer individuo tem de controlar quem tem acesso à informação sobre a sua saúde e em que circunstâncias”⁸⁶. Tal como já referido anteriormente, o médico deve assegurar-se de que a privacidade do paciente está garantida. Apesar de ser uma tarefa complicada, dada a vulnerabilidade da tecnologia utilizada.

O pressuposto da ilicitude pode, como já se referiu, ser afastado mediante a existência de alguma das causas de exclusão da ilicitude (ação direta, legítima defesa, estado de necessidade e consentimento do lesado). No que à medicina se refere, e, também, à telemedicina, será da maior importância o consentimento do lesado (art.º 340.º), ao qual nos dedicaremos nas próximas páginas.

⁸⁶ SANDRA BARREIRO MARTINS/JOSÉ AUGUSTO SIMÕES, “Aspectos éticos na monitorização remota de *pacemakers* através da telemedicina”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 16, Março de 2012, p. 51.

CAPÍTULO III

TELEMEDICINA E O DIREITO AO CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

1. O direito ao consentimento esclarecido – evolução e consagração legislativa

“As coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunicá-las aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência”⁸⁷. Refletindo o carácter sagrado da profissão médica, este pensamento, defendido por Hipócrates e pelos homens do seu tempo, propugnava a ignorância do paciente quanto ao seu estado de saúde. Este último deveria concentrar o seu pensamento na melhoria da sua condição, sendo-lhe ocultada ao máximo a informação sobre o seu diagnóstico e prognóstico.

É já na segunda metade do século XX que, perante as atrocidades cometidas pelo regime nazi no decorrer da 2.^a Guerra Mundial, o mundo se viu obrigado a uma mudança de paradigma. Ainda no decurso dos Julgamentos de Nuremberga⁸⁸ foi criado o Código de Nuremberga, em 1947, que se tornou no primeiro diploma a exigir o consentimento informado do paciente para a prática de atos médicos. Este código evidenciava aqueles que, ainda hoje, são os requisitos de validade do consentimento que analisaremos mais adiante.

Mais tarde, em 1964, a Associação Médica Mundial aprovou a Declaração de Helsínquia, onde se previam diversos princípios éticos aplicáveis às investigações médicas com recurso a seres humanos, neles se incluindo o consentimento.

A primeira norma internacional de carácter vinculativo a proteger o direito ao consentimento surge em 1966 com o Pacto Internacional de Direitos Civis. Depois disso, vários foram os diplomas internacionais no sentido de promover a defesa do consentimento do paciente⁸⁹.

⁸⁷ Expressão lida num escrito de Hipócrates (*A Lei*) in RAYMOND VILLEY, *Histoire du secret médical*, Paris, Seghers, 1986, p. 15, *Apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da «arte silenciosa» (o dever de informação dos médicos)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128, 1995-96, n.º 3852 e 3853, p. 70 a 72 e 101 a 104.

⁸⁸ Julgamentos realizados entre 1945 e 1949, a fim de julgar os crimes praticados pelos nazis durante a 2.^a Guerra Mundial. Entre os acusados estavam, não só militantes e oficiais do Partido Nazi, como, também, médicos que auxiliaram nos crimes cometidos, nomeadamente nas diversas experiências realizadas numa tentativa de clonagem da raça ariana.

⁸⁹ São eles a Declaração de Lisboa sobre os Direitos dos Doentes (1981), a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes (1994), a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (também conhecida como Convenção de Oviedo, 1997), e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005). Em contexto europeu, temos a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2002), onde, também, se consagra o direito ao consentimento.

Há que salientar que, inicialmente, o consentimento do paciente era posto em prática, não como reconhecimento da autonomia daquele, mas sim como uma forma de legitimar a intervenção médica sem que esta consistisse numa ofensa à integridade corporal do paciente e, consequentemente, num ato ilícito. Só mais tarde o consentimento passou a estar ligado com a autodeterminação do doente⁹⁰.

Em termos jurisprudenciais, o primeiro tribunal a falar no consentimento do paciente foi o *Court of Appeals of New York*, que ficou célebre pela expressão adotada pelo Juiz Benjamim Cardozo, ao afirmar que “*every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages*”⁹¹. Em França, o primeiro acórdão a analisar a questão do consentimento é da *Cour de Cassation*, de 28.01.1942, conhecido como *Arrêt Teyssier*. Contudo, a expressão “consentimento informado” surge apenas em 1957, nos EUA, com o caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*⁹².

Em Portugal, vários são os acórdãos que se debruçam sobre a matéria, continuando a surgir, todos os dias, novos casos. Em termos legislativos, este direito do paciente encontra consagração em vários diplomas legais. Desde já, na CRP, que, nos seus art.^{os} 25.º e 26.º, proclama o direito à integridade física e moral, onde se inclui o direito ao consentimento. Já o CP tem uma expressa consagração deste direito ao tipificar como crime a realização de intervenções ou tratamentos médicos sem o consentimento do paciente (art.^{os} 156.º e 157.º). Também o CDOM, através dos art.^{os} 45.º e ss, faz menção a esta matéria. Por fim, no plano civilístico, o CC protege o direito ao consentimento através da tutela do direito geral de personalidade (art.º 70.º), e, mais precisamente, por via do art.º 340.º que prevê expressamente o consentimento do lesado enquanto forma de exclusão da ilicitude do ato lesivo.

⁹⁰ JOAQUIM CORREIA GOMES, “Constituição e consentimento informado: Portugal”, in *Julgar – Consentimento informado*, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Número especial, 2014, Coimbra Ed., pp. 81 e 82.

⁹¹ DAVID J. OLIVEIRA, “The law of informed consent and the right to die in the USA”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, p. 62.

⁹² *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 154 C.A. 2d 560; 317 P. 2d 170. California (1957). Relativamente à evolução legislativa do consentimento do paciente vide ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 345 a 351; JOAQUIM C. GOMES, *op. cit.*, pp. 83 a 90; STEFANIA NEGRI, “El consentimiento informado en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos”, in *Julgar – Consentimento informado*, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Número especial, 2014, Coimbra Ed., pp. 99 a 102; MARA SOFIA DA SILVA FERREIRA, *Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado*, Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, Janeiro de 2015, pp. 6 a 12; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*.

2. Pressupostos do consentimento

“O consentimento do lesado consiste na aquiescência do titular do direito à prática do ato que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respetivo interesse”⁹³.

Para que o consentimento seja considerado válido, é imprescindível a verificação dos seguintes pressupostos: que quem o transmite tenha capacidade para consentir; ser esclarecido; ser livremente prestado; ser atual; e, finalmente, deve respeitar os bons costumes e a ordem pública.

2.1. Capacidade para consentir

A capacidade para consentir consiste na “idoneidade para autorizar (ou recusar) lesões na integridade física e psíquica. Essa capacidade reclama não só a compreensão do ato médico e das suas implicações, mas também a aptidão para discernir e ponderar alternativas”⁹⁴. De acordo com uma perspetiva médica, 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 e pessoal”⁹⁵.

Uma vez que o bem jurídico em jogo (seja a integridade física, seja a autodeterminação do doente) tem uma natureza pessoalíssima, compreende-se que apenas o paciente, enquanto seu titular, tem o direito de consentir na intervenção médica. Contudo, só poderá exercer este direito caso a sua capacidade o permita. Carecem de capacidade para consentir, à partida, aqueles que carecem de capacidade negocial. Ou seja, os menores, os interditos e os inabilitados. Porém, as regras da capacidade negocial não deverão ser aplicadas de forma rígida à capacidade para consentir, nomeadamente no que diz respeito aos menores. De acordo com as regras da capacidade negocial, só teriam capacidade para consentir os maiores de 18 anos. Não obstante, tem-se entendido que os maiores de 14 anos podem consentir, desde que compreendam o alcance e o significado da intervenção⁹⁶.

⁹³ J. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 560.

⁹⁴ MARA FERREIRA, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁵ PABLO SIMÓN LORDA, *La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones e sus problemas*, Apud JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra Ed., 2001, p. 200.

⁹⁶ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Ed., 2004, p. 171.

O facto de a pessoa ser declarada incapaz, impossibilita-a de consentir, sujeitando-a à tutela do seu representante legal. Porém, há casos em que a própria legislação proíbe a realização de certas intervenções médicas contra ou sem a vontade do paciente, ainda que este seja incapaz. É o caso dos ensaios clínicos e a doação de órgãos *inter vivos*, em que o incapaz, apesar de não ter o direito de autorizar a realização da intervenção, tem o poder de impedir que esta se realize, mesmo que o representante nela tenha consentido. Trata-se dos casos que a doutrina denomina de direito de veto⁹⁷.

2.2. Dever de esclarecimento

A obrigação de o consentimento ser prestado de forma esclarecida está intimamente ligada ao dever de esclarecimento por parte do médico (art.º 44.º do CDOM)⁹⁸. Este dever de esclarecer obedece aos princípios da simplicidade e da suficiência. “Simplicidade porque devem ser utilizadas expressões acessíveis ao comum dos leigos (...). Suficiência, como limite quantitativo de informação”⁹⁹. A suficiência da informação representa o princípio essencial para determinação do conteúdo do dever de esclarecer. Esta suficiência será analisada de acordo com três critérios: o critério do médico razoável; o critério do paciente razoável; e o critério do paciente concreto (critério subjetivo). No primeiro dos critérios enunciados, a informação será suficiente quando um outro médico razoável teria dado a mesma informação, ou quando a quantidade de informação disponibilizada seja aceitável pela classe profissional. Contudo, este critério não tem em conta a autonomia do paciente. Já o critério do paciente razoável recorre à figura do “*bonus pater familias*”, entendendo que serão elementos necessários do dever de esclarecimento do médico, aqueles que um paciente médio, na mesma situação, julgaria indispensáveis para tomar uma decisão. Por fim, o critério do paciente concreto vai avaliar a suficiência da informação de acordo com aquele concreto paciente, exigindo do médico a informação que o doente individualmente lhe exija¹⁰⁰.

⁹⁷ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., pp. 331 e ss.

⁹⁸ Adotamos esta denominação, por preferência a “dever de informação”, no mesmo sentido em que o faz ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, “já que não é uma simples informação superficial, mero cumprimento formal de uma imposição legal que está em causa. Para o paciente poder prestar validamente o seu consentimento, deve o mesmo ser convenientemente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento” in “Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, in *Revista do CEJ*, 2º semestre, 2011, n.º 16, p. 30, nota de rodapé n.º 21.

⁹⁹ JOÃO VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 241 e 242.

¹⁰⁰ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., pp. 443 e ss. Ainda relativamente ao conteúdo do dever de esclarecimento, discute-se na doutrina quais os riscos de que o médico deve dar conhecimento ao paciente, se apenas os riscos graves que sejam previsíveis, ou, também, os riscos graves mesmo que raros. Têm sido várias as posições adotadas, bem como as teorias que, entretanto, surgiram. Porém, por uma questão de economia de espaço

De acordo com a Entidade Reguladora da Saúde¹⁰¹, o consentimento esclarecido é composto por duas componentes fundamentais: a compreensão e o livre consentimento. Estas duas componentes, em conjunto, são a garantia de que qualquer decisão assenta nos pressupostos de auto-responsabilização e liberdade de escolha.

“Pode dizer-se que o paciente está esclarecido quando compreendeu o sentido e o alcance das informações por forma a consentir livre e racionalmente num tratamento que lhe é proposto, ciente das suas consequências previsíveis, das alternativas e do demais que esteja em causa”¹⁰².

A informação transmitida ao paciente tem de abranger, não só as vantagens que a intervenção lhe trará, mas também, e sobretudo, os riscos inerentes a essa mesma intervenção. Neste sentido, tem-se discutido quais os riscos que devem ser transmitidos: se apenas os riscos normais e razoavelmente previsíveis; se os riscos previsíveis e sérios; ou se, também, os riscos raros. Numa viagem pelos vários ordenamentos jurídicos são várias as teorias que têm surgido a este respeito. Em geral, quanto maior é a proteção jurídica concedida à autonomia do paciente, maior será a exigência dos riscos a ser transmitidos. Contudo, ao serem transmitidos todos os riscos, inclusive os raros, está a criar-se uma situação de hiperinformação, que também terá desvantagens. Pelo que, em suma, o mais razoável será passar por uma teoria mais intermédia onde se transmitam não só os riscos normais e razoavelmente previsíveis, como também os previsíveis e sérios. Já os riscos raros, esses deverão ser transmitidos apenas nas situações em que o profissional de saúde perspetive a possibilidade, por mais ínfima que seja, da sua verificação¹⁰³.

2.2.1. Exceções ao dever de esclarecimento

Apesar de o médico estar obrigado a esclarecer o paciente sobre todas as questões anteriormente analisadas, existem duas importantes limitações a esse dever: o privilégio terapêutico e o direito a não saber.

O privilégio terapêutico está expressamente previsto no art.º 157.º, *in fine* do CP. O médico deve esclarecer o paciente sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e possíveis consequências da intervenção, exceto nos casos em que esta informação ponha em

não poderemos alongar-nos sobre esta questão. Para mais desenvolvimentos *vide* ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Responsabilidade...*, cit..

¹⁰¹ Entidade Reguladora da Saúde, *Consentimento informado – relatório final*, Maio de 2009, p. 3.

¹⁰² JOÃO VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰³ Sobre os riscos a ser transmitidos ao paciente *vide* ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 421 a 444.

perigo a vida deste ou causem dano grave à sua saúde. É o caso dos doentes cardíacos. Quando o médico entenda que o esclarecimento do doente em relação a determinada informação é suscetível de lhe causar, por exemplo, um enfarte do miocárdio, tem a possibilidade, de acordo com a parte final do art.º 157.º do CP, de lhe omitir essa informação¹⁰⁴. Mas esta omissão só é permitida relativamente à informação que possa causar perigo para a vida do paciente. No demais mantém-se o dever de esclarecimento. “A utilização da exceção terapêutica exige que a utilidade terapêutica da intervenção seja grande e, sobretudo, só é legítima quando está em causa risco para a vida do paciente ou grave dano à saúde, física ou psíquica do mesmo”¹⁰⁵. Daqui resulta que o privilégio terapêutico pode apenas ser utilizado em intervenções terapêuticas, pois a utilidade terapêutica da intervenção só se justificará nestes casos. No fundo, a figura do privilégio terapêutico prefere a proteção da saúde do paciente à autonomia do mesmo.

Por sua vez, o direito a não saber representa aquelas situações em que o próprio paciente renuncia ao seu direito a ser esclarecido. Este direito de renúncia vem expressamente plasmado no art.º 50.º, n.º 3 do CDOM. Nestes casos, o paciente confia no seu médico, aceitando tudo o que este vier a decidir¹⁰⁶. Ou pode acontecer que, simplesmente, prefere não saber da gravidade da situação em que se encontra. Esta renúncia deve ser feita de forma clara e inequívoca, para que, mais tarde, o médico não venha a ser responsabilizado pelo incumprimento do seu dever de esclarecimento. Este direito a não saber poderá sofrer restrições, nomeadamente quando esteja em causa a proteção de terceiros de doença infetocontagiosa.

2.3. Outros pressupostos do consentimento

Ademais de esclarecido, o consentimento deve ser livremente prestado, ou seja, isento de vícios que afetem a vontade do seu declarante¹⁰⁷. Caso a declaração de consentimento seja

¹⁰⁴ “O privilégio terapêutico representa de algum modo o equilíbrio normativo entre duas posições antinómicas extremadas. A primeira, a advogar o primado irrestrito da autodeterminação e do esclarecimento (...). A segunda procurando, pelo contrário, assegurar o primado da vida e da saúde” in FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Ed., 2012, p. 640.

¹⁰⁵ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 514.

¹⁰⁶ Situações, também, designadas como “consentimento em branco”.

¹⁰⁷ Segundo RUI NUNES, a “liberdade na esfera da decisão implica que o paciente seja verdadeiramente autónomo para decidir. Ou seja, pressupondo que está no pleno uso das suas capacidades mentais (competência no plano ético), liberdade implica que: 1. Não exista nenhum tipo de coação ou manipulação externa, designadamente nenhuma ameaça ou suspeita de ameaça de nenhum profissional de saúde; e 2. Estejam excluídas todas as condições que possam afetar a vontade do paciente na esfera volitiva, por exemplo, o efeito de medicamentos, de drogas ou de álcool, perturbações afetivas tratáveis (como a depressão) ou mesmo dor e sofrimento intensos” in *Consentimento informado*, p. 20.

prestada sob coação, por exemplo, esta declaração não produz quaisquer efeitos, nos termos do art.º 246.º, estando a intervenção médica revestida de ilicitude.

Para além disso, o consentimento deve ser atual. A característica da atualidade implica que o consentimento seja declarado para certo e determinado ato médico. Ou seja, não pode o paciente dar o seu consentimento, no início de um processo de tratamento, para todos e quaisquer atos e intervenções necessários para a sua realização. O consentimento deve ser dado para cada intervenção, pois só assim se consegue garantir que o paciente consegue perceber a dimensão, alcance e consequências daquilo que será feito naquela determinada intervenção¹⁰⁸.

Por fim, de acordo com os art.ºs 81.º, n.º 1 e 340.º, n.º 2, o consentimento deve respeitar os bons costumes e a ordem pública. No caso de violação de algum destes princípios o consentimento é considerado nulo, nos termos do art.º 81.º, n.º 1. Esta violação dos bons costumes e da ordem pública deve ser analisada casuisticamente¹⁰⁹.

Quanto à forma, salvo determinados casos em que a lei prevê forma especial para a prestação do consentimento¹¹⁰, a regra será a da liberdade de forma prevista no art.º 219.º. Contudo, com a crescente utilização da telemedicina como meio de prestação de cuidados de saúde, questiona-se da necessidade de, nestes casos, se recorrer ao consentimento reduzido a escrito. Esta será uma questão analisada no último ponto do nosso trabalho.

Acresce a todos estes requisitos do consentimento, um requisito temporal. O consentimento deve, naturalmente, ser anterior à prática do ato¹¹¹. Além de que, entre o momento em que a informação é transmitida ao paciente e o momento em que há a obtenção do consentimento deste, deve haver um lapso de tempo suficientemente grande para que o

¹⁰⁸ RUI NUNES fala no consentimento genérico, enquanto modalidade utilizada “quando a quantidade de informação a prestar ao doente ou à sua família é de tal modo avassaladora que não é exequível um genuíno consentimento informado”. Não obstante, não podemos concordar com esta modalidade, uma vez que, tal como referimos, o consentimento deve ser prestado para certo e determinado ato, só assim se garantindo o verdadeiro esclarecimento do paciente em relação a cada intervenção. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao código civil: parte geral*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2014, p. 203.

¹¹⁰ Como, por exemplo, os casos previstos na Lei n.º 3/84, de 24 de Março; Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto; Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho; Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho; e Lei n.º 12/2005 de 26 de Janeiro. O próprio CDOM exige, também, o consentimento escrito para as situações de experimentação humana (art.ºs 77.º e 82.º, al. a) CDOM).

¹¹¹ Exceto nos casos, que analisaremos mais adiante, em que o médico recorre ao consentimento presumido, tendo a obrigação de, logo que possível, transmitir toda a informação ao paciente e procurar obter o consentimento deste pelos meios adequados.

paciente possa ponderar toda a informação que lhe foi dada, e, até, consultar uma segunda opinião¹¹².

3. Modalidades do consentimento

Entre nós, a par da liberdade de forma que vimos estar consagrada no art.º 219.º, vigora o princípio da liberdade declarativa, pelo que a declaração do consentimento, como qualquer declaração negocial, à partida, tanto pode ser expressa como tácita (art.º 217.º)¹¹³. Contudo, neste último caso, terá que resultar de factos que com toda a probabilidade revelem a vontade de consentir. Além desta distinção, o consentimento poderá, ainda, ser presumido.

O consentimento expresso significa, “uma manifestação de vontade inequívoca decorrente da declaração correspondente do paciente através de um meio direto e explícito”¹¹⁴. Como vimos, a lei exige que em determinados casos o consentimento seja prestado de forma expressa.

O consentimento presumido está expressamente consagrado no art.º 340.º, n.º 3 e assenta numa presunção da vontade do paciente. Presume-se que este, caso lhe fosse solicitado, e perante as informações de que o médico dispõe, daria o seu consentimento para a intervenção médica. Esta modalidade de consentimento tem carácter subsidiário, reservando-se, apenas, para os casos em que não estão reunidas as condições necessárias para a obtenção do consentimento expresso do doente. Como tal, esta modalidade será utilizada somente em situações em que o doente se encontra inconsciente, ou, sendo ele incapaz, os seus representantes não podem dar o seu consentimento em tempo útil. Além disso, a intervenção deve revestir carácter urgente. *A contrario*, caso esta seja adiável, não deve recorrer-se ao consentimento presumido, mas sim aguardar que estejam reunidas as condições adequadas para que o paciente ou o seu representante legal prestem o seu consentimento expresso¹¹⁵.

¹¹² ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 540 e 541.

¹¹³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Ed., 2005 pp. 421 a 423.

¹¹⁴ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 525.

¹¹⁵ “Esta norma foi pensada para cobrir as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento de uma pessoa agredida ou acidentada, que não fique em condições de exprimir a sua vontade e mistura um certo tipo de consentimento com a gestão de negócios, referindo-se às hipóteses em que o lesado sofre a lesão no seu interesse, havendo impossibilidade fáctica de prestar (ou alguém por ele) uma vontade real e sendo desconhecida. (...) Contudo, em relação às operações estéticas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, porque relacionadas com o corpo e com a identidade, (...) não é possível que se verifiquem

4. Exceções ao dever de obter consentimento

Haverá casos em que o médico não está obrigado a obter o consentimento do paciente. Ou porque já obteve esse consentimento num momento anterior, ou porque não está em condições de o obter.

No primeiro caso temos como exemplo as intervenções expandidas¹¹⁶, ou seja, quando o consentimento é validamente dado para determinada intervenção mas, no decorrer dessa intervenção, se revelou mais apropriado a realização de uma outra. Nestes casos, o médico deverá realizar esta segunda intervenção, desde que não tenha conhecimento de nenhuma circunstância que levaria o doente a concluir pelo não consentimento (art.º 156.º, n.º 2, al. b) do CP).

No segundo caso, falamos de situações de urgência, em que não é possível ao médico, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais. Aqui, será imprescindível verificar que o adiamento da intervenção colocaria em perigo a vida ou a saúde do paciente (art.º 156.º, n.º 2, al. a) do CP). Um modo de contornar estas situações, garantindo o respeito pela vontade do paciente, será o de recorrer ao testamento vital.

5. Revogação do consentimento

O consentimento do paciente é livremente revogável, não estando, a sua revogação, sujeita a qualquer exigência de forma. O art.º 81.º, n.º 2 assim o estatui, mas prevê a obrigação de indemnizar pelas legítimas expectativas criadas na outra parte. Contudo, relativamente ao consentimento para intervenções médicas, não nos parece plausível esta possibilidade de o doente ter que indemnizar o profissional médico pela revogação do consentimento, uma vez que não existirão legítimas expectativas. Apenas poderá recair sobre o paciente a obrigação de pagamento dos honorários do médico ou da instituição de saúde. Porém, caso se entenda que o consentimento para intervenções médicas tem uma natureza de consentimento tolerante¹¹⁷, o que nos parece o mais correto, não haverá lugar a ressarcibilidade de quaisquer danos.

os pressupostos de qualquer consentimento presumido” in Ac. do STJ de 02.06.2015, proc.1263/06.3TVPR.T.P1.S1.

¹¹⁶ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 454 e 455.

¹¹⁷ O consentimento, quanto aos seus efeitos, pode ser vinculante, autorizante ou tolerante. O consentimento vinculante confere o poder jurídico de agressão, é resultado de um negócio jurídico (a sua revogação configura uma rutura de contrato). O consentimento autorizante confere um poder fático de agressão, revogável a todo o tempo (dando lugar à indemnização das legítimas expectativas frustradas). O consentimento tolerante não atribui um poder de agressão, mas constitui uma justificação da ação (é o caso do art.º 340.º). Portanto, o consentimento

O direito de revogação do consentimento não é passível de renúncia. Caso, em algum momento, quer por escrito, quer por outra forma, o paciente declarar que renuncia ao seu direito de revogar livremente e a todo o tempo o seu consentimento, tal cláusula contratual ou declaração constituem uma clara violação dos princípios da ordem pública, tendo como consequência a nulidade (art.º 280.º, n.º 2).

A revogação do consentimento não deve ser confundida com a renúncia ao direito de consentir¹¹⁸. Nestes casos, o paciente, confia no seu médico e renuncia ao seu direito ao consentimento esclarecido, será o caso do direito a não saber, tal como já analisado nas páginas anteriores. Assim, a intervenção será realizada sem que o paciente preste o seu consentimento e, ainda assim, não será considerada arbitrária, porque o paciente renunciou ao seu direito a consentir na intervenção. Não obstante, a qualquer momento o paciente pode revogar esta declaração de renúncia e prestar o seu consentimento ou dissentimento na realização da intervenção. Portanto, o paciente pode renunciar ao seu direito de consentir, o que não pode é renunciar ao direito de revogação do consentimento. Facilmente se percebe que esta imposição legal se dirige à proteção da liberdade de autodeterminação do paciente. Este, após ter consentido validamente em determinada intervenção médica, pode, a qualquer momento, revogar esse consentimento, impedindo a realização da mesma.

Outra coisa será, também, a figura do dissentimento. O dissentimento representa a figura oposta ao consentimento, visto que o dissentimento traduz a recusa da intervenção médica. Como afirma João Vaz Rodrigues, “o limite da autonomia do paciente reside na faculdade de este, livremente, dissentir sobre a intervenção médica ou sobre qualquer terapia”¹¹⁹. Se o consentimento é prestado de forma livre e esclarecida, desta liberdade do consentimento resulta a possibilidade de dissentimento por parte do paciente.

tolerante é meramente integrativo, não criando ou constituindo qualquer direito para o agente, é unilateral, anterior à lesão, e torna lícito o ato lesivo dos direitos de personalidade do lesado (a não ser que esse ato lesivo seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes). No caso do consentimento para a uma intervenção médica, não está a ser concedido ao médico o direito de violar a integridade física do paciente, apenas se está a retirar a ilicitude daquele ato específico. Vide ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., pp. 131 a 133, e pp. 543 e ss; e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Ed., 1995, pp. 220 e 221, nota de rodapé n.º 446.

¹¹⁸ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 541 e 542.

¹¹⁹ JOÃO VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 361.

6. A responsabilidade civil em caso de falta de prestação de um consentimento válido

Com o consentimento, os riscos inerentes à intervenção médica são transferidos para a esfera jurídica do paciente, uma vez que a validade do consentimento pressupõe que o paciente tomou conhecimento desses mesmos riscos, tornando inviável qualquer ação de responsabilidade contra o médico tendo em vista o ressarcimento dos danos tradutores da mera concretização daqueles¹²⁰.

Diversamente, a violação de algum dos requisitos do consentimento do paciente torna-o inválido, sendo a intervenção considerada arbitrária. Assim, para além de poder haver responsabilidade criminal nos termos do art.º 156.º do CP, poderá, ainda, haver responsabilidade disciplinar e responsabilidade civil.

No âmbito do nosso trabalho importa considerar, em detalhe, a responsabilidade civil. Esta responsabilidade civil existirá, como veremos adiante, mesmo que não se verifique o risco cuja informação foi omitida ao paciente, pois haverá sempre uma lesão do seu direito à autodeterminação. Em que termos, então, se fundamentará esta responsabilidade civil?

6.1. Os pressupostos da responsabilidade civil em caso de falta de prestação de consentimento válido

A maioria das ações de responsabilidade civil por invalidade do consentimento esclarecido têm por base uma falta de informação ou esclarecimento defeituoso. Assim, nestes casos, imputar-se-á ao agente um facto voluntário negativo, por se tratar de uma omissão do seu dever de obtenção do consentimento.

Quanto à ilicitude neste tipo de ações, esta traduzir-se-á na não obtenção do consentimento válido. É inerente a qualquer ato médico a obtenção do consentimento do paciente para a sua prática. O desrespeito por este dever, nos termos *supra* expostos, consubstancia um ato ilícito condenado pela ordem jurídica¹²¹. Assim, a ilicitude neste tipo de situações traduz-se na realização da intervenção sem o consentimento do paciente¹²². Como já se disse, a realização de uma intervenção médica sem o consentimento esclarecido do paciente, implica, não só a violação da sua integridade física, mas, também, a violação da sua autonomia

¹²⁰ Diferente será se a concretização se ficar a dever a um ato ilícito e culposo do médico.

¹²¹ Questão diferente será a de o consentimento ser uma causa de exclusão da ilicitude. Enquanto causa de exclusão da ilicitude, o consentimento torna lícita a intervenção que, de outro modo, seria considerada arbitrária e lesiva da integridade física do paciente. Neste ponto, estamos a referir-nos ao facto de a não obtenção do consentimento constituir, ela próprio, um ato ilícito.

¹²² MARA FERREIRA, *op. cit.*, p. 94.

(este, no domínio da sua liberdade, tem o direito de decidir submeter-se ou não a determinada intervenção¹²³. Ao não se permitir que o paciente faça essa escolha, está a violar-se o direito deste à autodeterminação do seu próprio corpo)¹²⁴.

Em termos contratuais, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de esclarecer o paciente por parte do médico traduz a violação de um dever acessório de conduta inerente ao cumprimento contratual¹²⁵.

Relativamente à culpa, na maioria dos casos de incumprimento do dever de esclarecimento estaremos perante a mera culpa ou negligência. Contudo, casos haverá em que o médico, de modo deliberado e, portanto, com dolo, não informa o paciente de determinados riscos para garantir que este presta o seu consentimento. No plano contratual, presume-se a culpa, de acordo com o art.º 799.º, n.º 1, pelo que cabe ao médico o ónus de provar que a invalidade do consentimento não procede de culpa sua, ilidindo a presunção¹²⁶.

O dano da falta de consentimento, como temos vindo a afirmar, será não só a violação do direito à integridade física e psíquica do doente, mas também do seu direito à autodeterminação. Portanto, mesmo que não se verifique qualquer dos riscos que foram omitidos ao paciente, ou seja, mesmo que ele não tenha sofrido nenhum dano na sua saúde, continua a haver uma violação da sua integridade física e psíquica e do seu direito à autodeterminação, devendo o médico ser responsabilizado pela violação destes dois direitos absolutos do doente, nos termos do art.º 483.º, n.º 1¹²⁷. Caso exista um contrato de prestação de

¹²³ “(...) A ausência de consentimento devidamente informado configura, por si só, um acto ilícito autónomo (...). De acordo com André Dias Pereira, se se «concluir que a informação (*máxime* sobre os riscos) não foi suficiente para o paciente se poder autodeterminar com toda a informação de que necessitava, o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude, visto que a causa de justificação – consentimento – não é eficaz, como resulta dos arts. 81º e 340º do CC e do art. 157º do CP. Por isso mesmo, a violação do dever de esclarecimento do paciente é fundamento de responsabilidade médica independentemente de negligência no que respeita à intervenção médica em termos técnicos e independentemente do seu resultado positivo ou negativo.” in Ac. do STJ de 22.03.2018, proc.7053/12.7TBVNG.P1.S1.

¹²⁴ “Bem jurídico protegido só pode ser a autonomia ou liberdade pessoal numa sua particular expressão ou dimensão” in COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Ed., 1991, p. 452.

¹²⁵ Aqui remete-se, desde já, para o ponto 2.2. do Capítulo I do nosso trabalho, em que a obrigação de obter o consentimento é classificada como uma obrigação de resultado.

¹²⁶ Relativamente ao ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica vide ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 387 a 390, 477 e 478; ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., pp. 187 e ss; MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra, Almedina, 2005; JORGE RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão” in *Revista FDUP*, ano I, 2004, pp. 115 a 195; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 45 a 47.

¹²⁷ Vide Ac. do STJ de 02.06.2015, proc.1263/06.3TVPRT.P1.S1: “A obrigação de indemnizar existe mesmo que a operação não autorizada não cause danos à saúde. A lei não exige a ocorrência de danos para a atribuição de uma indemnização em sede de direito civil, pois que o objetivo do consentimento informado não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas salvaguardar a sua autodeterminação e o direito à disposição do seu corpo”.

serviços, esta responsabilidade será aferida nos termos do art.º 798.º, n.º 1, pelo incumprimento, como já dissemos, de um dever acessório de conduta¹²⁸. Assim, os danos são sobretudo danos de natureza não patrimonial que são compensáveis nos termos do art.º 496.º.

Por fim, quanto ao nexo de causalidade entre o facto e o dano, “a informação insuficiente é, abstrata e normalmente, suscetível de causar danos ao paciente. Desde logo porque o paciente desprovido de toda a informação não está habilitado a formar uma vontade séria, livre e esclarecida e a agir em consonância com esse querer”¹²⁹. A dificuldade de afirmação do nexo causal advém do facto de ser difícil afirmar que, com o esclarecimento devido, os danos não se teriam verificado. É difícil provar que, devidamente esclarecido, o doente não teria prestado o esclarecimento. Mais fáceis de provar são os danos decorrentes da concretização de algum dos riscos que não lhe foram transmitidos.

Em síntese, verificados que estejam todos estes pressupostos, o médico é civilmente responsável pelos danos que provoque no doente pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso dos deveres de esclarecer e obter o consentimento daquele.

6.2. Mecanismos de defesa dos médicos nas ações de responsabilidade civil por falta de consentimento válido

Como já referimos, na prática jurisprudencial tem-se verificado que o incumprimento dos deveres inerentes à obtenção do consentimento tem servido “de artifício para se alcançar a tutela do doente em situações em que dificilmente ele obteria o ressarcimento de danos sofridos aquando da prestação de assistência médica deficiente”¹³⁰. A par da responsabilidade por perda de chance¹³¹, a não obtenção do consentimento serve “para fundar o fenómeno ressarcitório em situações em que se constatava a produção de um dano por ocasião da prestação debitória do médico, mas em que não era possível identificar um comportamento desvalioso por parte

¹²⁸ Relativamente à natureza dos danos causados neste tipo de situações, remete-se para o *supra* exposto no ponto 3.5. do Capítulo I do nosso trabalho.

¹²⁹ MARA FERREIRA, *op. cit.*, p. 110.

¹³⁰ RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 79. Em Portugal sucede o mesmo, são múltiplas as ações baseadas no incumprimento do dever de obtenção do consentimento esclarecido (desde já se remete para os exemplos aflorados na nota de rodapé n.º 143 do nosso trabalho).

¹³¹ A perda de chance é uma das figuras usadas para contornar a dificuldade de prova do nexo causal necessário para a verificação da responsabilidade civil do médico. Trata-se daqueles casos em que “alguém priva outrem de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo” in VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica” in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, Abril/Junho 2014, pp. 9 a 61. Vide, ainda, entre outros, RUTE T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit..

daquele profissional. Tal aproveitamento ínvio permitiu um funcionamento eficaz do sistema de responsabilidade civil, em casos perante os quais ele, à primeira vista, sucumbiria”¹³².

Numa tentativa de combate a este aproveitamento, têm sido desenvolvidos alguns meios de defesa do médico. Falamos, agora, da delimitação do âmbito de proteção do dever de esclarecer, do consentimento hipotético e da causalidade hipotética que, no fundo, afastarão o pressuposto da causalidade entre a conduta do agente e o dano verificado¹³³.

O âmbito de proteção do dever de esclarecer limita a responsabilidade do médico aos danos que se encontrem no âmbito de proteção da norma. Digamos que a questão que se coloca é se o médico, não tendo obtido o consentimento validamente, deve responder por todos os riscos que se concretizem no decorrer da operação, ou apenas pelos riscos que ilicitamente não revelou. Várias são as soluções que têm surgido na doutrina, pensamos ser de destacar duas. Por um lado, o BGH defende que o consentimento do paciente é indivisível e, assim, caso não seja transmitida toda a informação juridicamente exigida, a intervenção médica é ilícita e o médico responde por todas as consequências que advierem da mesma. Por outro lado, uma parte da doutrina defende que a responsabilidade do médico deve ser delimitada pelos riscos que ilicitamente não foram transmitidos¹³⁴. Neste sentido, André Dias Pereira¹³⁵ propugna por uma delimitação da esfera de riscos, separando-se os que recaem sobre o médico e os que recaem sobre o doente. Assim, os que recaem sobre o médico têm que ser comunicados ao paciente para que este decida se autoriza a intervenção. Caso autorize, os riscos passam para a sua esfera jurídica. Por sua vez, os riscos de extrema raridade, imprevisíveis ou de conhecimento comum, não carecem de ser transmitidos ao paciente, pelo que, caso se verifiquem, deverá ser o paciente a suportá-los¹³⁶.

Por outro lado, pode convocar-se, a este propósito, o denominado consentimento hipotético. Neste caso, o médico alega que, mesmo que tivessem sido transmitidas ao paciente todas as informações exigidas, este último sempre teria consentido na realização da intervenção. A doutrina do consentimento hipotético pressupõe a obediência a quatro requisitos: “1) que

¹³² RUTE. T. PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., p. 79, nota de rodapé n.º 182.

¹³³ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 467.

¹³⁴ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 482.

¹³⁵ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 483 e ss.

¹³⁶ No mesmo sentido propugna o T. R. de Coimbra, no seu Ac. de 11.11.2014, proc.308/09.0TBCBR.C1: “Quanto ao dever de informar sobre os riscos do tratamento, admite-se, segundo determinada corrente, que o médico tem o dever de comunicar ao doente os riscos graves que sejam previsíveis, excluindo-se os riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais”. Esta é uma doutrina ainda em desenvolvimento que merece uma maior atenção e desenvolvimento. Contudo, por uma questão de economia do trabalho não nos alongaremos mais.

tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto”¹³⁷. Cabe ao médico o ónus da prova desta situação, uma vez que é este que se pretende fazer valer do consentimento hipotético. Cabe, depois, ao tribunal analisar, perante a prova produzida, qual teria sido, então, a decisão do paciente caso lhe tivesse sido transmitida toda a informação. Para isso, qual o critério de que se deve fazer valer? O do paciente razoável ou o do paciente concreto? Visto estarmos “perante valores como a liberdade, a integridade física e a saúde, devemos respeitar a idiossincrasia e as opções fundamentais de cada cidadão”¹³⁸, pelo que deve ser usado o critério do paciente concreto. Contudo, pode o juiz ficar com dúvidas fundadas sobre se o paciente daria ou não o seu consentimento para a realização da intervenção. O ordenamento jurídico português, neste tipo de situações, permite que, nos termos do art.º 494.º, o juiz não opte nem pela total responsabilização nem pela desresponsabilização do médico. Pode simplesmente haver uma redução da responsabilidade do médico. “Deve a indemnização ser concedida apenas na justa medida da contribuição do Réu para o dano”¹³⁹.

Em Portugal, este meio já foi utilizado nos tribunais, fazendo surgir um dos mais importantes acórdãos sobre o consentimento. No caso *subjudice*¹⁴⁰, uma paciente que padecia de uma lesão no olho esquerdo, foi submetida a duas intervenções no intuito de tratar essa lesão, que vieram a provocar-lhe cegueira. A autora alegou que, na primeira intervenção, tinha sido informada de que não haveria nenhum risco associado, e na segunda não lhe foi prestada qualquer informação. Este acórdão absolveu a médica com base no consentimento hipotético. Entendeu o tribunal que não existia qualquer risco acrescido na realização da segunda intervenção que devesse ter sido comunicado à paciente.

Contudo, no nosso ponto de vista, salvo o devido respeito, há uma falha a apontar neste raciocínio. O tribunal entende que o ónus de provar a existência de um risco acrescido, que colocaria a paciente numa situação de dúvida no momento de consentir, pertencia à autora. Ora, com isto não podemos concordar. Se é a ré que pretende fazer valer o instituto do consentimento

¹³⁷ Ac. do STJ de 02.06.2015, proc.1263/06.3TVPR.T.P1.S1.

¹³⁸ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 500.

¹³⁹ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., p. 502.

¹⁴⁰ Ac. do STJ de 18.03.2010, proc.301/06.4TVPR.T.P1.S1.

hipotético para excluir a ilicitude da sua conduta, então, é a ré quem tem o ónus de provar a verificação desse mesmo instituto. Para além disso, no acórdão em análise são feitas algumas afirmações com as quais não podemos concordar. Afirma o STJ que “alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque *confia* nele, exigirá dele uma informação menos informada, passe o pleonasma, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha. (...) Se a autora *escolheu* o seu médico, a sua clínica, é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido”¹⁴¹. Parece-nos óbvio que não será pelo facto de um doente escolher uma clínica privada, para lá ser observado e tratado, que se pode subentender que concordará com todas as intervenções que aí lhe forem feitas. Um paciente pode recorrer a uma clínica privada por, v.g., não ter conseguido satisfazer a sua necessidade de assistência no SNS, e não por concordar ou discordar com esta ou aquela orientação médica. Além do mais, quando um paciente se desloca a determinada clínica, a fim de lhe ser feito um diagnóstico, não significa que ele tenha obrigatoriamente que concordar com o tratamento que lhe é proposto. Só se deslocando a essa mesma clínica é que o paciente tem a possibilidade de tomar conhecimento dos métodos terapêuticos aí utilizados. Assim, parece completamente desprovida de sentido a orientação do STJ neste caso. A tudo isto que foi dito, acresce o direito de revogação do consentimento. Ora, se o enfermo dá o seu consentimento para que seja tratado em determinada instituição de saúde, a qualquer momento pode, livremente, revogar esse consentimento dado. Portanto, no caso em análise, a paciente poderia ter consentido no seu tratamento na clínica ré, mas, por não concordar com determinada orientação, revogar esse mesmo consentimento e decidir ser submetida a intervenção cirúrgica numa outra instituição. Neste caso a ação improcedeu, não tendo a autora conseguido uma compensação pelos danos sofridos com fundamento na invalidade do consentimento.

Para terminar, temos a causalidade hipotética¹⁴². Neste caso, o médico irá alegar que, caso não tivesse realizado a intervenção, as consequências da sua não realização seriam tão ou mais gravosas do que a sua realização ilícita, devido, por exemplo à evolução natural da doença.

¹⁴¹ Ac. do STJ de 18.03.2010, proc.301/06.4TVPR.T.P1.S1.

¹⁴² Questão que não deve ser confundida com o consentimento hipotético. Ao passo que no consentimento hipotético o médico alega que, mesmo que tivessem sido transmitidas ao paciente todas as informações exigidas, este último, ainda assim, teria consentido na realização da intervenção. Na causalidade hipotética, não está em causa a informação transmitida ao paciente, mas sim as consequências da intervenção. Ou seja, o médico alega que se o paciente não tivesse consentido na intervenção e esta, consequentemente, não se tivesse realizado, os danos sofridos pelo paciente seriam muito mais graves do que aqueles que ele sofreu com a realização da intervenção sem o seu consentimento. “Nestes casos, o médico pode alegar que no caso de omissão da intervenção

Na jurisprudência portuguesa são vários os casos de responsabilidade médica por invalidade ou falta do consentimento do paciente¹⁴³. Contudo, na maioria dos casos por nós analisados, as ações improcederam por diversas razões. A verdade é que se revela difícil o preenchimento de todos os pressupostos da responsabilidade médica, ainda mais se esta se fundar na invalidade do consentimento esclarecido, uma vez que o médico tem à sua disposição todos estes meios de defesa.

7. Especificidades do consentimento na prestação de serviços de saúde à distância

Feitas todas estas considerações sobre a exigência do consentimento do paciente e as consequências da falta da sua obtenção, impõe-se analisar as suas especificidades no que concerne à telemedicina.

7.1. A ampliação do objeto do dever de esclarecimento

Começamos, em primeiro lugar, pela carência de informação. Hoje em dia, o doente, quando tem algum sintoma, o primeiro especialista a quem recorre é a *internet*. Com toda a informação disponibilizada, com um simples *click* o doente consegue ter acesso a vários diagnósticos de acordo com aquilo que está a sentir. Isto, claro está, tem tantas ou mais desvantagens como vantagens pois, nem toda a informação disponibilizada nos *sites* da *internet* é fidedigna, o que obriga o médico a ter uma atenção redobrada quando o paciente vai ao seu encontro, uma vez que, normalmente, este já vai com um diagnóstico feito por si próprio. Ao cumprir com o seu dever de esclarecimento, o médico deve estar atento a toda a informação de que o paciente dispõe. Por um lado, deve perceber se ele está corretamente informado. Por outro lado, caso isso não se verifique, deve alertar o paciente para esse facto e fornecer-lhe a informação correta. Quando os pacientes já estão previamente informados, independentemente do meio utilizado para tal, a informação que o médico vai transmitir-lhes será ainda mais densa, adaptada ao seu nível intelectual e cultural¹⁴⁴.

médica, relativamente à qual faltou a devida informação, as consequências seriam seguramente tão ou mais graves do que após a intervenção (ilícita), seja devido à evolução natural da doença ou devido a outras razões” in ANDRÉ G. D. PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 506 e 507.

¹⁴³ A título de exemplo, Ac. do T. R. de Lisboa de 26.06.2008, proc.4450/2008-2; Ac. do STJ de 28.03.2010, proc.301/06.4TVPRT.P1.S1; Ac. do STJ de 09.10.2014, proc.3925/07.9TVPRT.P1.S1; Ac. do T. R. de Coimbra de 11.11.2014, proc.308/09.0TBCBR.C1; Ac. do STJ de 02.06.2015, proc.1263/06.3TVPRT.P1.S1; Ac. do T. R. de Lisboa de 10.11.2016, proc.23592/11.4T2SNT.L1-2; entre outros.

¹⁴⁴ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., pp. 555 e 556.

Ainda relativamente ao dever de esclarecimento, debruçemo-nos agora, sobre os riscos que devem ser transmitidos ao enfermo. Além de toda a discussão existente relativamente aos riscos que obrigatoriamente têm que ser transmitidos ao paciente (a que já fizemos breve referência *supra*¹⁴⁵), no caso específico da telemedicina, há alguns riscos que lhe estão associados e que devem ser acrescentados ao dever de esclarecer do profissional de saúde. Ao recorrer à telemedicina e, conseqüentemente, aos meios de comunicação à distância disponíveis para o efeito, tais meios são suscetíveis de falhas de ligação, interrupção das linhas de comunicação, entre outros. Além do mais, como já referimos anteriormente, vários são os riscos derivados da falta de contacto pessoal entre o doente e o médico. Assim, todas estas questões devem ser transmitidas ao paciente, aquando da sua consciencialização para a possibilidade da prestação de cuidados de saúde com recurso à telemedicina¹⁴⁶. Portanto, o conteúdo do dever de esclarecer, quando se recorre à telemedicina, ou quando, pelo menos, se equaciona recorrer a esse método de prestação de cuidados de saúde, é mais extenso uma vez que o leque de informações a transmitir ao paciente é mais denso do que no caso de os cuidados de saúde serem prestados de forma “tradicional”.

7.2. A exigência (*de iure condendo*) de forma para o consentimento

A grande questão relacionada com a prestação do consentimento no exercício da telemedicina prende-se com a sua forma e com o modo como este é prestado. Como vimos anteriormente, não existe qualquer exigência de forma para a prestação do consentimento do paciente. Contudo, em contexto de telemedicina, parece-nos razoável exigir a forma escrita, por se tratar de um método, ainda, experimental de exercício da medicina. Para uma maior segurança, quer do médico, quer do paciente, seria aconselhável o recurso à forma escrita. Por um lado, o profissional consegue facilmente provar, em caso de litígio, que cumpriu o seu dever de esclarecimento. Por outro lado, o paciente obriga-se a uma melhor compreensão de todos os riscos que lhe foram transmitidos, dado que toma consciência de que com a sua assinatura todos os riscos são transferidos para a sua esfera jurídica, impedindo a procedência de qualquer ação que lhes esteja associada. Claro que, ao recurso às extensas listas de riscos associados a determinada intervenção médica, que terminam com o já conhecido “Aceito os termos e condições”, não deve reconhecer-se o significado de um consentimento esclarecido, uma vez que a prática demonstra que o cidadão médio, na sua maioria, não lê tudo o que precede à mítica

¹⁴⁵ Mais concretamente no Capítulo III, ponto 2.2 do nosso trabalho.

¹⁴⁶ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., p. 34.

expressão, limitando-se a assinar. Apesar de, em termos jurídicos, lhe ser exigida a leitura integral dos documentos, em termos fácticos, isso nunca acontece. Portanto, uma vez que o objetivo será sempre o efetivo esclarecimento do paciente, este não será um método eficaz. Não obstante, continuamos a defender que a forma mais eficaz de prestar o consentimento em telemedicina será com recurso à forma escrita. Mas isto será apenas em termos de *jure condendo*, aquilo que seria o mais aconselhável, juridicamente. A verdade é que de *jure conditio* as coisas funcionam de modo diferente. Em Portugal, não existe legislação nesta matéria, o que obriga à aplicação da lei geral, nomeadamente do art.º 219.º que propugna pela liberdade de forma¹⁴⁷.

7.3. O e-consent

No debate sobre todas estas questões, acaba por surgir uma nova modalidade de prestação do consentimento na prestação de serviços médicos à distância: o *e-consent*¹⁴⁸. Este visa responder de forma adequada às particularidades da telemedicina. O método consiste numa forma de obtenção do consentimento do doente com recurso a imagens, gráficos, vídeos, entre outros, de modo a esclarecer aquele acerca da intervenção a efetuar¹⁴⁹. Neste método, o próprio programa computacional obriga o doente a visualizar todos os documentos e só avança para o passo seguinte quando todos eles tenham sido corretamente visualizados. Quanto à assinatura, uma vez que todo este processo é feito com recurso a meios tecnológicos, é utilizada a assinatura eletrónica¹⁵⁰ como modo de obtenção da assinatura do paciente para declaração do seu consentimento¹⁵¹. Esta permite, ainda, ter a certeza de que o consentimento foi prestado pelo próprio paciente e não por um terceiro que, por diversos motivos, possa ter tido acesso ao seu computador. Em suma, o *e-consent* recorre a componentes multimédia interativos como forma de esclarecer o paciente de todos os riscos associados à intervenção para que este preste, ou não, o seu consentimento.

¹⁴⁷ ANDRÉ G. D. PEREIRA, *O consentimento...*, cit., p. 560.

¹⁴⁸ VERA L. RAPOSO, “«Você...»”, cit., p. 34.

¹⁴⁹ TransCelerate, Biopharma Inc., *E-consent: implementation guidance*.

¹⁵⁰ A assinatura eletrónica refere-se a um mecanismo eletrónico utilizado para identificar alguém. Pode ser utilizado por meio de impressão digital, reconhecimento da íris do olho humano, assinatura, ou mediante introdução de determinados dados disponibilizados para o efeito (utilizador e palavra-passe), entre outros. Em Portugal a assinatura eletrónica encontra-se regulamentada nos art.ºs 7.º e 8.º do Decreto-lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, republicado em Anexo ao Decreto-lei n.º 88/2009, de 9 de Abril.

¹⁵¹ BRANDON M. WELCH/ELIZABETH MARSHALL/SUPARNA QANUNGO/AYESHA AZIZ/MARILYN LAKEN/LESLIE LENERT/JIHAD OBEID, *Teleconsent: a novel approach to obtain informed consent for research*, Contemporary Clinical Trials Communications, Elsevier.

Este parece-nos, efetivamente, ser um dos caminhos a seguir. A redução a escrito do consentimento, para os serviços médicos prestados por via da telemedicina, é essencial para a segurança, quer do profissional de saúde, quer do paciente. É uma área muito débil, não só por ser ainda pouco usual, mas também por não ser objeto de qualquer tipo de legislação. Num mundo cada vez mais digital, e num Portugal com um interior cada vez mais isolado, torna-se indispensável legislar sobre a matéria. Além da questão da sua redução a escrito, deve, claramente, ser analisada uma forma de prestação de consentimento específica da telemedicina, de modo a responder corretamente a todas as suas exigências.

O *e-consent* representa uma grande evolução neste aspeto, mas não está isento de lacunas. O facto de o programa obrigar o utilizador a ver os documentos até ao fim não garante que ele efetivamente os tenha visto e analisado, pode simplesmente deslizar o rato ao longo do documento para que o programa considere aquele documento em específico analisado. O que, como se vê, não é significado de uma leitura atenta e da compreensão do paciente quanto aos riscos que corre. Este e outros aspetos têm que, salvo melhor entendimento, ser aperfeiçoados. Apesar de todas as vantagens deste método, o caminho ainda é longo, muito trabalho terá ainda de ser feito. Seja qual for o destino que se consiga alcançar, o objetivo deverá ser sempre o mesmo: a maior segurança possível do profissional de saúde e o maior esclarecimento possível do paciente. Esta é, aliás, a finalidade última do direito ao consentimento esclarecido.

CONCLUSÃO

A pesquisa feita para a realização deste trabalho evidenciou a atualidade e relevância do tema escolhido. As ações de responsabilidade civil médica são cada vez mais frequentes nos tribunais portugueses e a telemedicina, enquanto fenómeno em constante evolução, não tardará a integrar o rol de fundamentos daquelas.

Para a procedência de uma ação de responsabilidade civil médica, quer se funde em responsabilidade obrigacional, quer em extra-obrigacional, é necessária a verificação de cinco pressupostos: o facto, a ilicitude, o nexo de imputação do facto ao lesante (culpa), o dano, e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

A telemedicina representa um fenómeno relativamente recente em Portugal, mas cuja utilização tem sido crescente. Cada vez mais os profissionais de saúde recorrem a meios tecnológicos para prestar os seus serviços de modo mais cómodo e com menos despesas associadas. Com isto, torna-se possível a prestação de cuidados médicos a populações isoladas, quer por razões geográficas, quer por razões económicas.

Esta nova prática da medicina tem consequências a nível jurídico, nomeadamente na relação que se estabelece entre o médico e o paciente, e no preenchimento dos pressupostos necessários a uma possível ação de responsabilidade civil. Os maiores problemas jurídicos surgem quando falamos na prestação do consentimento pelo paciente em telemedicina.

Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, o pressuposto do “facto” do agente ou omitente não sofrerá qualquer alteração significativa em relação à medicina tradicional. Relativamente ao dano, importa apenas destacar a possibilidade de existência de danos específicos da telemedicina, designadamente os provocados pela violação da privacidade do paciente. Já os restantes pressupostos, esses sim, são objeto de algumas mutações.

O nexo de causalidade é o pressuposto que levanta maiores dificuldades. Ao aferir se aquela ação/omissão foi condição do dano, urge ter em conta a distância que separa os dois intervenientes desta relação. Ademais, não podem ser imputados ao médico os danos decorrentes do uso da telemedicina pois, caso o dever de esclarecimento tenha sido cumprido corretamente, o paciente foi devidamente informado dessas possibilidades. No pressuposto da culpa o critério do *bonus pater familias* deve ser, também, adaptado à nova realidade.

Quanto à ilicitude, a adaptação das *leges artis* à telemedicina trará exigências acrescidas ao profissional de saúde. No exercício da telemedicina, o médico deve ter especial cuidado quer

com a sua própria identificação, quer com a do paciente. É essencial que ambos se possam identificar com confiança. Além disso, o recurso a este meio de comunicação como substituto da consulta pessoal incute no paciente a obrigação de transmitir ao médico toda a informação necessária para um correto diagnóstico. Nestes casos, entende-se que o médico terá a obrigação de assegurar que o paciente tem a informação apropriada sobre os procedimentos necessários e que entende a importância da sua responsabilidade no processo.

O consentimento do paciente é imprescindível à licitude da intervenção. Para que seja considerado válido, o consentimento tem que ser prestado por pessoa capaz, de forma esclarecida, livre e atual, respeitando os bons costumes e a ordem pública. Quanto ao requisito formal, a regra é a da liberdade de forma (art.º 219.º). Contudo, em alguns casos, exige-se a forma escrita.

O dever de esclarecimento, inerente à obtenção do consentimento esclarecido consiste na obrigação do médico em transmitir ao paciente as informações que, *in casu*, sejam exigíveis sobre a intervenção a realizar. Porém, em determinados casos, como os de privilégio terapêutico e do direito a não saber, o médico não estará obrigado a esse dever.

A realização da intervenção sem o válido consentimento do paciente, representa, *per se*, um ato ilícito. Quanto ao dano, este verificar-se-á pela violação do direito à integridade física e psíquica do doente, e do seu direito de autodeterminação. Mesmo que não se verifique nenhum dos riscos não transmitidos ao paciente, mesmo que não tenha havido qualquer dano na saúde do mesmo, continuará a haver ilicitude na conduta do médico pela violação daqueles dois direitos.

Relativamente à telemedicina, no cumprimento do seu dever de esclarecimento o médico deve ter uma atenção redobrada pois, quando o paciente vai ao seu encontro, já leva uma bagagem de informação obtida na *internet*. Assim, o profissional deve procurar perceber se aquele está ou não bem informado e informá-lo corretamente. Quanto aos riscos a serem transmitidos, além dos riscos associados à intervenção propriamente dita, têm que ser transmitidos os riscos inerentes ao uso da telemedicina. Em termos formais, parece razoável a exigência de forma para prestação do consentimento em telemedicina. Todavia, não existe qualquer legislação sobre a matéria em Portugal. Na prática, urge a criação de uma nova forma que permita fazer face às exigências específicas da telemedicina.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Contratos I, Conceito, Fontes, Formação*, 6.^a edição, 2017, Coimbra, Almedina
- ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Ed., 1991
- Associação Médica Mundial – Declaração de Telavive sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html> (03.01.2018)
- BARBOSA, Mafalda Miranda – “Responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. LXXXVII, 2011, pp. 559 a 576
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de direito civil, II, Parte Geral, Negócio jurídico, Formação, Conteúdo e interpretação, Vícios da vontade, Ineficácia e invalidade*, 4.^a edição, 2014, Coimbra, Almedina
- COSTA, J. Pinto da – *Responsabilidade médica*, Ed. Felício & Cabral, Porto, 1996
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.^a edição revista e atualizada, 2009, Coimbra, Almedina
- COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da – *Dano de perda de chance e a sua perspetiva no direito português*, Dissertação de Mestrado, Compilações Doutriniais, Verbo Jurídico. Disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf (08/10/2017)
- DIAS, João Álvaro – “Culpa médica: algumas ideias-força”, in *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, 1995, 4(5), pp. 15 a 46
- DIAS, João Álvaro – *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, Coimbra, Coimbra Ed., 1996
- DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito penal: parte geral*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Ed., 2007
- DIAS, Jorge Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Ed., 2012

- Entidade Reguladora da Saúde – *Consentimento informado – relatório final*, Maio de 2009.
Disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf
- FARIA, Jorge Ribeiro de – “Da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão” in *Revista FDUP*, ano I, 2004, pp. 115 a 195
- FERNANDES, Luís Carvalho/PROENÇA, José Brandão Proença – *Comentário ao código civil: parte geral*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2014
- FERREIRA, Mara Sofia da Silva – *Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado*, Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, Janeiro de 2015.
Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/39078/1/Mara%20Sofia%20da%20Silva%20Ferreira.pdf>
- GASPAR, António Silva Henriques – “A responsabilidade civil do médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano III, 1978, pp. 335 a 355
- GOMES, Joaquim Correia Gomes – “Constituição e consentimento informado: Portugal”, in *Julgar – Consentimento informado*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Número especial, 2014, Coimbra Ed., pp. 67 a 96
- GONÇALVES, Carla – *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Ed., 2008
- GRALHEIRO, João Carlos – “O ato médico é uma empreitada?”, *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12, n.º 23-24, pp. 55 a 87
- HAY, Emily/DHONT, Jan – *Getting a clean bill of health for privacy in your mobile app*, Data Privacy Department, Lorenz Brussels. Disponível em http://www.lorenz-law.com/wp-content/uploads/Article_Getting-a-Clean-Bill-of-Health-for-Privacy-in-Your-Mobile-App.pdf (08/10/2017)
- IASELLI, Michele – *Diritto e nuove tecnologie, Prontuario giuridico ed informático*, II Edizione, Altalex Editore
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações, vol. I, Introdução, Da Constituição das Obrigações*, 15.ª edição, Almedina, 2018

- MARTINS, Sandra Ivone Barreiro/SIMÕES, José Augusto – “Aspetos éticos na monitorização remota de pacemakers através da telemedicina”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 16, Março de 2012, pp. 47 a 66
- MATOS, Filipe Albuquerque de – “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual: o caso particular da responsabilidade civil médica”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 11, 2014, n.º 21-22, pp. 9 a 33
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde/DIAS, Figueiredo – “Responsabilidade médica em Portugal”, in *BMJ*, n.º 332, 1984, pp. 21 a 79
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 1989
- MONTEIRO, Maria Helena, “A telemedicina como vetor de profunda transformação no espaço da saúde e do bem-estar”, in *VI Congresso português de sociologia. Mundos sociais: saberes e práticas*, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, 25 a 26 de Junho de 2008. Disponível em <http://historico.aps.pt/vicongresso/pdfs/210.pdf> (26.01.2018)
- NEGRI, Stefania – “El consentimiento informado en la jurisprudência del tribunal europeo de derechos humanos”, in *Julgar – Consentimento informado*, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Número especial, 2014, Coimbra Ed., pp. 97 a 114
- NICOLAS, Guy – *La responsabilité médicale*, trad. Portuguesa, *A responsabilidade médica*, Coleção Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, Instituto Piaget, 1999
- NUNES, Manuel Rosário – *O Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra, Almedina, 2005
- NUNES, Rui – *Consentimento informado*. Disponível em <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf> (27.02.2018)
- OLIVEIRA, David J. – “The law of informed consent and the right to die in the USA” in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, pp. 61 a 71

- OLIVEIRA, Guilherme de – “O fim da «arte silenciosa» (o dever de informação dos médicos)”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128, 1995-96, n.º 3852 e 3853, pp. 70 a 72 e 101 a 104
- PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Ed., 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, 2011, pp. 9 a 62
- PEDRO, Rute Teixeira – “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, *in Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 681 a 712
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Ed., 2004
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico, 22, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Ed., 2015
- PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade*. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf> (08/10/2017)
- PINA, J. A. Esperança – *A responsabilidade dos médicos*, 3º edição, Lisboa, Lidel
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Ed., 2005
- RAPOSO, Vera Lúcia – *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, 2013
- RAPOSO, Vera Lúcia – “«Você tem uma nova mensagem»: a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, *in Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 10, n.º 20, 2013, pp. 17 a 44

- RAPOSO, Vera Lúcia – “Em busca da chance perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica” in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, Abril/Junho 2014, pp. 9 a 61
- RAPOSO, Vera Lúcia – “The doctor just poked you (os novos desafios da e-health)”, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, Tomo III, FDUC, Coimbra, 2014, pp. 2903 a 2933
- RAPOSO, Vera Lúcia/RIBERA, Inês – “Telemedicina: a descoberta da pólvora?”, in *Flash informativo*, Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, RL. Disponível em http://www.vda.pt/xms/files/O_QUE_FAZEMOS/NEWSLETTERS_E_FLASHES/Flash_Saude_-_Telemedicina_-_a_descoberta_da_polvora_-14.10.2013-.pdf (08/10/2017)
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – “Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral (breves anotações)”, in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 85 a 96
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente”, in *Revista do CEJ*, 2º semestre, 2011, n.º 16, pp. 9 a 36
- RODRIGUES, João Vaz – *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Centro de Direito Biomédico, 3, Coimbra Ed., 2001
- SÁNCHEZ LOSADA, Juan Antonio, *Aspectos éticos y médico-legales en la telemedicina: la consulta médica telefónica*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina, Madrid, 2011
- SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O direito geral de personalidade*, Coimbra Ed., 1995
- TRANSCCELERATE, BIOPHARMA INC – *E-consent: implementation guidance*. Disponível em <http://www.transceleratebiopharmainc.com/wp-content/uploads/2017/11/eConsent-Implementation-Guidance.pdf> (16.04.2018)
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2010

WELCH, Brandon M./MARSHALL, Elizabeth/QANUNGO, Supama/AZIZ, Ayesha/LAKEN, Marilyn/LENERT, Leslie/OBEID, Jihad, *Teleconsent: a novel approach to obtain informed consent for research*, Contemporary Clinical Trials Communications, Elsevier. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2451865415300508> (16.04.2018)

Jurisprudência nacional disponível em:

<http://www.dgsi.pt/>