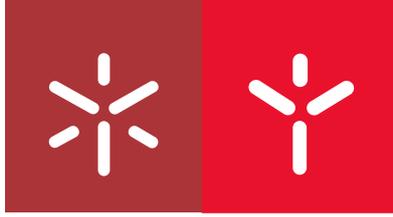




Universidade do Minho
Escola de Direito

Man Teng long

**Responsabilidade Civil na Medicina
Tradicional Chinesa – Análise na perspetiva
do ordenamento jurídico português**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Man Teng long

**Responsabilidade Civil na Medicina
Tradicional Chinesa – Análise na perspetiva
do ordenamento jurídico português**

Tese de Doutoramento
Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Privatísticas

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva
e da
Professora Doutora Vera Lúcia Raposo

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Desejo imprimir os meus agradecimentos a todos os que, de alguma forma, permitiram que esta tese de doutoramento se concretizasse. Este trabalho é fruto de muito esforço, e que foi proporcional ao suporte que recebi.

Em primeiro lugar, quero agradecer à minha orientadora Professora Doutora Vera Lúcia RAPOSO, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o ter-me dado incentivo a investigar a responsabilidade civil no âmbito da Medicina Tradicional Chinesa (MTC), que se trata de um tema inovador em Portugal, mas exige, muitas vezes, o conhecimento da língua chinesa para poder integrar a ciência jurídica na ciência da MTC. Agradeço-lhe ainda o fazer-me superar todas as dificuldades que encontrei durante a elaboração desta dissertação, permitindo que o seu teor tivesse uma lógica mais organizada e esclarecida. Agradeço ainda o seu incentivo à participação em conferências ou seminários nacionais e internacionais e às publicações em jornais nacionais e internacionais.

Agradeço, de igual forma, à minha orientadora Professora Doutora Benedita Mac CRORIE, o ter paciência para repetidamente verificar a lógica de cada parte desta dissertação e, como a língua portuguesa não é a minha língua materna, para corrigir a gramática, nomeadamente no que diz respeito à parte “Consentimento Informado e Medicina Tradicional Chinesa”. Agradeço-lhe ainda o ter feito vários comentários nesta dissertação para que esta se tornasse mais aperfeiçoada, quer na sua estrutura quer no seu conteúdo.

Agradeço igualmente à minha orientadora Professora Doutora Eva Sónia Moreira da SILVA, o ter feito tudo que pudesse melhorar as ideias e pensamentos na dissertação, permitindo que esta tivesse uma coerência na estrutura e no conteúdo. Agradeço-lhe o ter feito muitos comentários muito úteis na dissertação para que o conteúdo desta ficasse bastante razoável. Agradeço-lhe ainda o ter corrigido a gramática e ter referido notas necessárias para que a formatação seja conforme as regras devidas.

Agradeço ainda à minha amiga enfermeira Sio Ieng IONG, o ter fornecido vários conhecimentos da ciência médica e da MTC para que eu pudesse resolver todas as dúvidas levantadas.

À Direção dos Serviços do Ensino Superior, posteriormente integrada na Direção dos Serviços de Educação e de Desenvolvimento da Juventude, da Região Especial Administrativa de Macau, agradeço o ter-me atribuído, com o número de atribuição 17104, uma bolsa de estudo que me suportou durante quatro anos.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Responsabilidade Civil na Medicina Tradicional Chinesa – Análise na perspectiva do ordenamento jurídico português

Resumo:

A importância da Medicina Tradicional Chinesa (MTC), de origem chinesa, tem crescido gradualmente nos últimos anos, quer nacionalmente quer internacionalmente. Essa importância pode ver-se na *The WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, que se destina a reforçar o papel que desempenha a medicina tradicional, mesmo tendo um âmbito mais abrangente do que a MTC de que aqui se trata, com vista a manter a saúde da população dos Estados-Membros da Organização Mundial de Saúde.

Em Portugal, temos a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do Enquadramento Base das Terapêuticas Não Convencionais), a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (Acesso às Profissões no Âmbito das Terapêuticas Não Convencionais) e a Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro. Como existe prática das atividades da MTC em Portugal, os profissionais da MTC podem ter dúvidas sobre se o seu tratamento pode ser causa de responsabilidade civil desde o início da consulta até ao fim da intervenção ou tratamento. Essas hesitações justificam-se pelo facto de, por exemplo, não saberem, na maioria das vezes, quais informações devem fornecer aos seus utilizadores para evitar a violação do direito ao consentimento informado destes, em que situação o erro de diagnóstico é juridicamente inaceitável, que responsabilidade civil existe em caso de aplicação de método inadequado, se uma falha aceitável na execução de tratamento é ou não passível de gerar responsabilidade civil, etc.

Em Portugal não há nenhum autor que tenha estudado ou investigado especificamente a responsabilidade civil pelos atos dos profissionais da MTC. Os recursos doutrinários existentes têm a ver com a medicina não-convencional, que engloba outras terapêuticas para além da MTC, e não especificamente com esta última. Em vista disso, podemos dizer que se trata de um tema novo que carece de aprofundamento. Com a presente investigação pretende-se analisar dogmaticamente a responsabilidade civil na MTC apreciando se, nos termos da lei portuguesa, podem os profissionais da MTC vir a ser civilmente responsabilizados pelos atos praticados.

Palavras-chave: Medicina Tradicional Chinesa; responsabilidade civil; terapêuticas não convencionais.

Civil Liability in Traditional Chinese Medicine - Analysis from the perspective of the Portuguese legal system

Abstract:

The importance of Traditional Chinese Medicine (TCM), of Chinese origin, has gradually grown in recent years, both nationally and internationally. This importance can be seen in *The WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, which aims to reinforce the role that traditional medicine plays, even with a broader scope than the TCM mentioned here, in order to maintain the health of the population of the member states of the World Health Organization.

In Portugal, we have Law No. 45/2003, of 22 August (Law on the Basic Framework for Non-Conventional Therapeutics), Law No. 71/2013, of 2 September (Access to Professions in the Scope of Non-Conventional Therapeutics Conventional) and Ordinance No. 207-G/2014, of 8 October, which specifically regulates TCM within the scope of its competence, which demonstrates the attention that the Portuguese government has dedicated to TCM. As TCM's activities are practiced in Portugal, MTC professionals may have doubts about whether their medical intervention or treatment could be the cause of civil liability from the beginning of the consultation until the end of the treatment. These hesitations are justified by the fact that, for example, they do not know, in most cases, what information they must provide to their users to avoid violating the right to informed consent, in which situation the diagnostic error is legally unacceptable, which civil liability exists in case of application of an inappropriate method, whether an acceptable failure in the execution of the treatment is liable to generate civil liability, etc.

In Portugal there is no author who has specifically studied or investigated civil liability for the acts of MTC professionals. The existing doctrinal resources relate to the non-conventional medicine, which encompasses other therapies in addition to TCM, and not specifically with the latter. In view of this, we can say that this is a new topic that needs to be deepened. This research aims to dogmatically analyze civil liability in MTC, assessing whether, under the Portuguese law, MTC professionals can be held civilly liable for acts performed from the beginning of the consultation until the end of the intervention or treatment.

Keywords: Civil liability; non-conventional therapies; Traditional Chinese Medicine.

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTOS	iii
ÍNDICE GERAL	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	x
PLANO DE INVESTIGAÇÃO	xiii
1. Contexto.....	xiii
2. Objeto da investigação.....	xiv
3. Objetivos	xiv
4. Formulação das questões	xiv
5. Metodologia.....	xvii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - Questão de Base	3
CAPÍTULO II - Enquadramento Teórico da Responsabilidade Civil Médica (ou Profissional)	13
1. Evolução histórica da responsabilidade médica (ou profissional).....	13
2. Ato médico, erro médico e falta médica	17
3. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	22
3.1. Notas introdutórias	22
3.2. Responsabilidade médica (ou profissional) contratual.....	25
3.3. Responsabilidade médica (ou profissional) extracontratual.....	34
3.4. Concurso entre a responsabilidade contratual e a extracontratual	40
4. Pressupostos da responsabilidade civil médica (ou profissional)	44
4.1. Facto Voluntário.....	45
4.2. Illicitude	46
4.3. Culpa	50
4.4. Dano.....	61
4.5. Nexo de causalidade.....	62
5. Perda de <i>chance</i>	63

5.1.	Definição e requisitos	63
5.2.	Reconhecimento e aplicabilidade de doutrina da perda de <i>chance</i>	65
CAPÍTULO III - Questões Preliminares		75
1.	Terapêuticas não convencionais e figuras afins	75
2.	Legislação sobre as terapêuticas não convencionais.....	77
3.	Possibilidade da medicina integrativa em Portugal?	80
4.	<i>Leges artis</i> na Medicina Tradicional Chinesa	89
CAPÍTULO IV - Consentimento Informado e Medicina Tradicional Chinesa		97
1.	Justificação e enquadramento legal	97
2.	Dever de informar	104
2.1.	Determinação do critério aplicável.....	104
2.2.	Âmbito de informação a transmitir	109
2.3.	Os riscos.....	112
2.4.	Exceções ao dever de informar	115
3.	Dever de esclarecer	135
4.	Consentimento livre.....	139
4.1.	Capacidade	139
4.2.	Forma escrita?.....	148
4.3.	Revogação do consentimento.....	152
5.	Responsabilidade civil pela violação do consentimento informado	153
6.	Diretivas Antecipadas de Vontade e Medicina Tradicional Chinesa	156
CAPÍTULO V - Erro de Diagnóstico		163
1.	Erro de diagnóstico na Medicina Tradicional Chinesa	163
2.	Erro de diagnóstico com recurso ao resultado de exames da medicina convencional	170
CAPÍTULO VI - Aplicação de Métodos Inadequados		176
1.	Medidas de prognóstico e relevância jurídica.....	176
2.	Prevenção de doenças ou de subsaúde	181
3.	Âmbito do conteúdo funcional da Medicina Tradicional Chinesa.....	184
CAPÍTULO VII - Falha na Execução de Métodos		192
1.	Determinação do âmbito de falha profissional	192

2.	(In)Aceitabilidade de falha profissional	195
3.	Causas de exclusão da responsabilidade civil.....	198
CAPÍTULO VIII - Responsabilidade Civil na Medicina Tradicional China		202
CONCLUSÕES		208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		233
JURISPRUDÊNCIA NACIONAL		273
JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA		282
JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL		283

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- Acta Med Port – Acta Medica Portuguesa
- Arch Fam Med* – *Archives of Family Medicine*
- a.C. – antes de Cristo
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- CAM – *Complementary and Alternative Medicine*
- CC – Código Civil
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- cfr. – confira
- CJ – Coletânea de Jurisprudência
- Convenção de Oviedo – A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina
- Coord. – Coordenador(es)
- COVID-19 – Doença respiratória infecciosa aguda causada pelo SARS-CoV-2, um subtipo de coronavírus
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- CRO* – *clinician-reported outcomes*
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CT – Tomografia Computadorizada
- CTEE – clinical trial and efficacy evaluation
- DAVs – Diretivas Antecipadas de Vontade
- d.C. – depois de Cristo
- DGS – Direção-Geral da Saúde
- DGSI – Direção-Geral dos Serviços de Informática
- DL – Decreto-Lei

- EBM – evidence-based medicine
- EPE – Entidades Empresariais do Estado
- Eur J Hum Genet* – *European Journal of Human Genetics*
- ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- et. al. – e outros
- etc. – e o resto
- EUA – Estados Unidos da América
- ICC – International Chamber of Commerce
- ibidem* – os mesmos autor e lugar citados anteriormente
- idem* – o mesmo autor citado anteriormente
- J Indian Acad Forensic Med* – *Journal of Indian Academy of Forensic Medicine*
- J Med Ethics* – *Journal of Medical Ethics*
- MLR* – *The Morden Law Review*
- MRI – Ressonância Magnética
- MTC – Medicina Tradicional Chinesa
- n.º – número
- OMS – Organização Mundial de Saúde
- op. cit.* – obra citada
- p. – página
- pp. – páginas
- PRO* – *patient-reported outcomes*
- RCTs – randomized clinical trials
- RENTEV – Registo Nacional do Testamento Vital
- ROA – Revista da Ordem dos Advogados
- RPC – República Popular da China
- RPDC – Revista Portuguesa de Direito Constitucional
- SARS – síndrome respiratória aguda grave
- SIDA – Vírus da imunodeficiência humana (VIH)
- SNS – Serviço Nacional de Saúde
- STA – Supremo Tribunal Administrativo

- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TC – Tribunal Constitucional
- TCM – *Traditional Chinese Medicine*
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRE – Tribunal da Relação de Évora
- TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law
- Vol. – Volume

PLANO DE INVESTIGAÇÃO

1. Contexto

A importância da Medicina Tradicional Chinesa (MTC), de origem chinesa, tem crescido gradualmente nos últimos anos, quer nacionalmente quer internacionalmente. Essa importância pode ver-se na “*The WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*”¹, que se destina a reforçar o papel que a medicina tradicional² desempenha para manter a saúde da população dos estados-membros da OMS. Em Portugal, temos a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do Enquadramento Base das Terapêuticas Não Convencionais), a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (Acesso às Profissões no Âmbito das Terapêuticas Não Convencionais) e a Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, que regula especificamente a MTC no âmbito da sua competência, o que demonstra a atenção que Portugal tem dedicado à MTC.

Como existe prática das atividades da MTC em Portugal, os profissionais da MTC podem ter dúvidas sobre se os seus atos profissionais podem ser causa de responsabilidade civil a partir do início da consulta até ao fim de tratamento. Essas dúvidas justificam-se pelo facto de, por exemplo, não saberem, na maioria das vezes, quais informações devem fornecer aos seus utilizadores para não violar o consentimento informado destes, em que situação o erro de diagnóstico é juridicamente inaceitável, que responsabilidade civil têm em caso de aplicação de método inadequado, se uma falha aceitável na execução de tratamento é ou não passível de gerar responsabilidade civil, etc.

Pela pesquisa feita, em Portugal não há nenhum autor que tenha estudado ou investigado especificamente a responsabilidade civil na MTC. Os recursos doutrinários que existem têm a ver com a medicina não-convencional³, que engloba outras terapêuticas para além da MTC, e não especificamente com esta última. Em vista disso, podemos dizer que se trata de um tema novo e que carece de aprofundamento.

¹ Sobre esta estratégia, cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, op. cit.

² A medicina tradicional a que se refere esta estratégia tem um âmbito mais abrangente do que a MTC que aqui se trata, incluindo outras terapêuticas não convencionais.

³ Por exemplo, entre outros, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. “A medicina não convencional no contexto do direito à saúde e dos direitos dos pacientes”. *Revista Juris Poiesis (Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá)*, ano 19, n.º 21 (set.-dez. de 2016), pp. 1-13. RAPOSO Vera Lúcia. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”. *Complementary Therapies in Clinical Practice*, Vol. 35 (2019), pp. 183-188.

2. Objeto da investigação

Com a presente investigação pretende-se analisar dogmaticamente a responsabilidade civil na MTC apreciando se, nos termos da lei portuguesa, pode o profissional da MTC vir a ser civilmente responsabilizado pelos atos praticados a partir do início da consulta até ao fim do tratamento.

Portanto, num primeiro plano, procurar-se-á apresentar o enquadramento teórico da responsabilidade civil médica, em que se demonstram a evolução histórica quer da responsabilidade médica quer da responsabilidade profissional da MTC, algumas figuras afins como o ato médico, o erro médico e a falta/negligência médica, a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, os pressupostos da responsabilidade civil profissional e a perda de *chance* no âmbito de cuidados de saúde.

Num segundo plano, procurar-se-á analisar profundamente algumas questões preliminares, tais como as de saber se a MTC deveria ser autonomizada das restantes terapêuticas em Portugal e passar a ser uma medicina autónoma e ver se se reconhece em Portugal um profissional de saúde que, em simultâneo, possa aplicar a MTC e a medicina convencional para efeitos de tratamento.

Num terceiro plano, procurar-se-á investigar em que situações pode ocorrer responsabilidade civil na MTC, nomeadamente no âmbito do consentimento informado, erro de diagnóstico, aplicação de método inadequado e falha na execução de tratamento.

3. Objetivos

A presente investigação destina-se a contribuir para o esclarecimento do mecanismo da responsabilidade civil na MTC e a permitir aos profissionais da MTC saberem o que devem fazer e evitar fazer. O sucesso desta conclusão implica a melhoria da relação entre pacientes e profissionais da MTC.

4. Formulação das questões

As questões a investigar apresentadas em seguida são necessárias e relevantes porque

efetivamente se pratica MTC em Portugal e, atendendo à sua complexidade e diferenciação quando comparada com a medicina convencional, os profissionais da MTC podem ter dúvidas sobre se os seus atos podem suscitar ou não algum problema no âmbito da responsabilidade civil.

Questões preliminares

- 1) Em vez de ser uma terapêutica não convencional, a MTC deveria ser autonomizada das restantes terapêuticas em Portugal?
- 2) Deve a MTC deixar de ser uma terapêutica e passar a ser uma medicina em Portugal, como ocorre na China?
- 3) Reconhecendo que às vezes a MTC pode auxiliar o tratamento da medicina convencional, porque não se reconhece em Portugal um médico que, em simultâneo, pudesse aplicar a MTC e medicina convencional para efeitos de tratamento?

Consentimento informado e Medicina Tradicional Chinesa

- 4) Que informações devem os profissionais da MTC fornecer aos seus pacientes? Ou seja, será aplicável o critério de médico razoável, o critério de paciente razoável, o critério subjetivo de paciente na MTC?
- 5) Existe exceção ao dever de informar na MTC (por exemplo, o privilégio terapêutico e o direito a não saber)?
- 6) Na medicina tradicional chinesa existem conceções difíceis de entender (por exemplo, *Yin-yang*, *Wu Xing*), bem como diagnósticos e tratamentos muito diferentes (por exemplo, palpação, *Tui Na*, acupunctura). Como é que os profissionais da MTC podem transmitir informações para que os seus pacientes as entendam completamente?
- 7) Que responsabilidade civil têm os profissionais da MTC, na falta de prestação de informações relevantes, no entendimento insuficiente dessas informações e na falta de consentimento por

parte de pacientes?

- 8) Existe alguma terapêutica da MTC para a qual deve exigir-se a forma escrita do consentimento informado?
- 9) Em que medida relevaria o regime das diretivas antecipadas de vontade na MTC?

Erro de diagnóstico

- 10) É possível ocorrer um erro de diagnóstico na MTC?
- 11) Podem os profissionais da MTC recorrer aos resultados de diagnóstico oriundos da medicina convencional (por exemplo, resultado de Raios-X) para efetuação de tratamento (por exemplo, configuração óssea)? Em caso afirmativo, ao verificar-se um erro de diagnóstico em violação das *leges artis*, a quem é imputada a responsabilidade civil?

Aplicação de métodos inadequados

- 12) Como se afirma se determinado método da MTC é ou não adequado a determinada doença?
- 13) Como a MTC não se destina apenas à terapêutica de doença, mas também à prevenção da saúde, para este último caso existe alguma responsabilidade civil em caso de aplicação de método inadequado?
- 14) Em Portugal, pode aplicar-se outro método da MTC que não seja previsto na alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro (por exemplo, *Die-da*, isto é, tratamento de trauma e injúria como fratura óssea, entorses e contusões)?

Falha na execução de métodos

- 15) Como se afirma se estamos perante uma falha na execução de métodos na MTC?
- 16) Qual é o critério para identificar se uma falha é ou não aceitável na MTC?
- 17) Existe alguma situação em que, mesmo existindo falha inaceitável na execução de métodos, essa falha não deverá implicar qualquer responsabilidade civil para os profissionais da MTC?

5. Metodologia

Em primeiro lugar, foi feita uma revisão bibliográfica extensiva sobre o presente tópico, para a qual se usaram obras nacionais e internacionais mais importantes, sobretudo materiais da China onde as questões da MTC são mais exploradas. Aditaram-se outras questões que surgiram, por eventual sugestão das orientadoras ou outro docente da área. Foi feita também a pesquisa de jurisprudência portuguesa para ver se existe algum caso sobre responsabilidade civil na MTC e, em caso negativo, ver como é que os tribunais portugueses tratam, na prática, a responsabilidade civil médica em geral, nomeadamente através do sítio *online* da DGSJ (<http://www.dgsj.pt/>) e ver se há alguns aspetos que se possam aplicar analogicamente na MTC. Além disso, a presente investigação também procurou ver se existem decisões no direito comparado.

“A nosso ver, em virtude da consagração expressa de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade na nossa Constituição, este conceito está intimamente relacionado com uma concepção de homem como ser dotado de liberdade e auto-determinação, o que faz com que através do conceito de dignidade não se lhe possa impor uma determinada moral objectiva, devendo ser deixado espaço a um pluralismo mundivisional e aos projectos pessoais de cada um”.

Benedita MAC CRORIE. “O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2003, p. 173.

“Na verdade, podemos aplicar analogicamente o art. 127.º, n.º 1, alínea b), também a atos de natureza pessoal de pequena importância, que já se foram tornando parte da vida corrente do menor e para os quais este possui capacidade natural. Desta forma, encontramos uma base legal civil para fundamentar uma excepcional capacidade do menor para consentir em atos médicos e de enfermagem de pequena importância (nomeadamente, primeiros socorros prestados na escola, como a desinfeção de uma ferida)”.

Eva Sónia Moreira da SILVA. “Menores: Incapacidade Versus Autonomia”. In MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Marta Clara; PEREIRA, Maria Assunção do Vale; GONÇALVES, Anabela (coord.). *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos fundamentais e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 433.

“Hoje em dia o escrutínio à atividade médica é apertado e profundamente rigoroso. É certo que não faltam processos falaciosos de pretensas faltas médicas, originados pelo mero descontentamento face à atitude pessoal do médico, ou mesmo em busca de uma forma de lucro. Mas na maior parte dos casos os processos judiciais resultam de dúvidas legítimas de pacientes que, alheios às particularidades da medicina, desconhecem se o dano de que foram vítimas se deve às vicissitudes próprias do corpo humano e à área de falibilidade da técnica, ou antes a uma conduta ilícita e culposa do médico”.

Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina, Coimbra, fevereiro, 2014, p. 329.

Ao meu amor,

Aos meus filhos,

Aos meus pais,

Às minhas orientadoras

INTRODUÇÃO

Hoje em dia, os cuidados de saúde englobam não apenas os atos da medicina convencional – também chamada “medicina alopática”, “biomedicina”, “medicina ortodoxa” ou “medicina ocidental”, que se entende por “um sistema no qual médicos e outros profissionais de saúde (como enfermeiros, farmacêuticos e terapeutas) tratam sintomas e doenças usando drogas, radiação ou cirurgia”⁴ –, como também os atos praticados pelos profissionais das terapêuticas não convencionais. Em Portugal, a MTC, não sendo uma forma de medicina, é legalmente reconhecida como uma das terapêuticas não convencionais a partir da entrada em vigor da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais). Deste modo, embora os profissionais da MTC pratiquem atos de cuidados de saúde, estes não correspondem a atos médicos.

Mesmo não sendo uma forma de medicina, a MTC tem efetivamente a sua prática legalmente reconhecida em Portugal. A sua importância tem gradualmente crescido nos anos recentes, quer nacionalmente quer internacionalmente. Uma tal importância constata-se quando há cada vez mais pessoas que preferem os serviços da MTC sobre os da medicina convencional. Neste contexto, os profissionais da MTC podem ter dúvidas se os seus atos profissionais podem causar responsabilidade civil durante o seu contacto com utilizadores de MTC⁵, nomeadamente entre o início de consulta e o fim de tratamento ou intervenção.

É exatamente com base neste contexto que esta obra visa resolver as questões relevantes que relacionam os atos profissionais da MTC com a responsabilidade civil. Esta obra inicia-se, no Capítulo I, com uma questão de base – isto é, a questão de saber se a MTC deveria ser uma forma de medicina, como ocorre em Macau e na China –, cuja solução é muito importante para o desenvolvimento deste círculo profissional em Portugal. Depois, será realizado, no Capítulo II, um enquadramento teórico da responsabilidade civil médica, ligando os aspetos com os atos profissionais da MTC. E, antes de resolver algumas questões preliminares relacionadas com a MTC no Capítulo III e de tentar fazer uma ligação do consentimento informado com este círculo profissional no Capítulo IV, esta obra pretende procurar analisar e resolver, sob uma perspetiva da responsabilidade civil, as

⁴ Sobre as designações e a definição, cfr. National Cancer Institute Dictionaries, disponível em <https://www.cancer.gov/publications/dictionaries/cancer-terms/def/conventional-medicine> (acesso em 27 de fevereiro de 2022).

⁵ Esta dissertação usa “utilizador” ou “utilizador de MTC” para evitar qualquer confusão com a noção (clássica) de “utente” do SNS, em relação ao qual, havendo danos em sede de hospitais públicos, se verifica responsabilidade extracontratual.

questões que se relacionem com o que resulta dos atos profissionais da MTC, como com o erro de diagnóstico (Capítulo V), com a aplicação de métodos inadequados (Capítulo VI) e com a falha na execução de métodos (Capítulo VII).

Convém realçar que as soluções propostas para as questões levantadas nesta obra são importantes para vários aspetos, como para o esclarecimento de dúvidas que os profissionais da MTC possam ter, para a segurança de utilizadores de MTC e até para o desenvolvimento da MTC em Portugal.

CAPÍTULO I - Questão de Base

Antes de tudo, convém iniciar-se a investigação levantando-se uma questão de base: saber se, na comunidade portuguesa, a MTC deveria ser autonomizada das outras terapêuticas não convencionais e, deste modo, deixar de ser uma terapêutica e passar a ser uma forma de medicina, como ocorre na China. Uma tal análise é fundamental para encontrar as eventuais condições para se qualificar a MTC como uma forma de medicina, quer neste momento quer numa legislação futura.

Hoje em dia, as terapias tradicionais são, por vezes, vistas por muitas pessoas como charlatanismo, superstição e placebo⁶. A falta de compreensão sobre os mecanismos da MTC é, sem dúvida, uma das razões principais para o seu mal-entendido e/ou a sua rejeição⁷. A partir da entrada em vigor da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais), nomeadamente da Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro (que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Medicina Tradicional Chinesa), gerou-se em Portugal uma onda de críticas ou contestação sobre a regulação da profissão e dos cursos da MTC⁸. Tem sido encontrada, na comunidade portuguesa, uma divergência de opiniões entre os que criticam tal regulação e os que a suportam. Entre os que fizeram comentários desfavoráveis a respeito de tal regulação, a Ordem dos Médicos entendeu que “[a]tribuir validade científica por portaria e induzir as pessoas em erro criando licenciaturas em terapêuticas que não têm a devida fundamentação científica é legitimar de forma artificial cursos superiores que não servem os interesses dos doentes que o Estado tem a obrigação de proteger”⁹, afirmação essa que foi reforçada pelo seu bastonário, Miguel Guimarães, ao dizer que “[a] medicina tradicional chinesa é, porventura, a mais perigosa de todas...O grande peso [da MTC] é a fitoterapia: milhares de produtos que ninguém sabe o que são, que não são testados como medicamentos”¹⁰.

Por outro lado, não falta quem esteja a favor dessa regulação, como o presidente da Universidade de Medicina Chinesa, Pedro Choy, e o diretor-executivo do Instituto de Medicina

⁶ J.L. TANG; T.W. WONG. “The need to evaluate the clinical effectiveness of traditional Chinese medicine”. *The Hong Kong Medical Journal*, Vol. 4, n.º 2 (junho de 1998), p. 209. Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”. *Complementary Therapies in Clinical Practice*, Vol. 35 (2019), p.183.

⁷ J.L. TANG; T.W. WONG. “The need to evaluate the clinical effectiveness of traditional Chinese medicine”, *op. cit.*, p. 209.

⁸ Sobre esta situação, cfr. Vera NOVAIS. *Medicina tradicional chinesa. Uma opção segura ou um risco para a saúde?* (9 de maio de 2018), in Observador, disponível em <https://observador.pt/especiais/medicina-tradicional-chinesa-uma-opcao-segura-ou-um-risco-para-a-saude/> (acesso em 22 de fevereiro de 2021).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Tradicional, Frederico Carvalho. Pedro Choy afirmou que existem regras específicas e rigorosas da União Europeia para as plantas medicinais, acrescentando que “[t]êm de ser preparadas em laboratórios farmacêuticos autorizados, é feito o controlo para a presença de metais pesados e pesticidas” e que “[o]s laboratórios que compram a planta, têm de comprovar que é a planta certa, fazer análises de toxicidade e produzir o produto — comprimidos, cápsulas ou gotas”¹¹. Frederico Carvalho sufraga que “[h]á cada vez mais demonstrações dos resultados destas terapêuticas. A sua eficácia é algo que tem vindo a ser provado. Só que o processo é feito ao contrário: nas medicinas alternativas há um tratamento que é usado, por muita gente, em várias zonas do mundo. E a ideia é perceber qual o mecanismo de ação. Como diz a Organização Mundial de Saúde: Não devemos ser céticos desinformados, nem crentes acríticos”¹².

Em geral, as opiniões que criticam ou contestam a MTC relacionam-se com a preocupação de que a sua eficácia, como a das outras terapêuticas não convencionais, não é demonstrada em ensaios clínicos e em estudos científicos¹³, embora a falta de uma tal demonstração não implique que os seus métodos terapêuticos sejam fraudulentos¹⁴ ou não tenham eficácia¹⁵. Por outras palavras, o que se questiona é o facto de que os métodos terapêuticos da MTC não terem provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia, como alguns autores afirmam¹⁶. Isto implica que, de acordo com este entendimento, a MTC só poderá ser qualificada como uma forma de medicina quando os seus métodos terapêuticos possam ser testados e demonstrados eficazes e com segurança através dos métodos e padrões da medicina baseada em evidências (em inglês, “*evidence-based medicine*” ou “*EBM*”)¹⁷, utilizados para avaliar a segurança e a eficácia de intervenções ou tratamentos da medicina

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. Isabel LEIRIA. *Medicinas alternativas a caminho do ensino superior* (28 de novembro de 2015). Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2015-11-28-Medicinas-alternativas-a-caminho-do-ensino-superior> (acesso em 11 de junho de 2021).

¹³ J.C. SMITH. “Chiropractic ethics: an oxymoron? Contemporary ethical issues in chiropractic”. *Journal of Chiropractic Humanities*, Vol. 9 (dezembro de 1999), pp. 72-88.

¹⁴ Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, *op. cit.*, p.187. Esta autora afirma que “[s]ome CAM [complementary and alternative medicine] therapies are supported by scientific evidence, others not so much. This assertion does not mean that such therapies are fraudulent, they may be or not; it just means that for most CAM therapies we don't know if they are safe and efficient enough to be regularly used in patients, what are their risks and how they work”.

¹⁵ Yeh Ching LINN. “Evidence-based Medicine for Traditional Chinese Medicine: Exploring the Evidence from a Western Medicine Perspective”. *Proceedings of Singapore Healthcare*, Vol. 20, n.º 1 (2011), p. 17.

¹⁶ E. ERNST; M.H. COHEN; J. STONE. “Ethical problems arising in evidence based complementary and alternative medicine”. *J Med Ethics*, Vol. 30 (2004), p. 158. M. ANGELL; J.P. KASSIRER. “Alternative medicine – the risks of untested and unregulated remedies”. *The New England Journal of Medicine*, Vol. 339, n.º 12 (17 de setembro de 1998), pp. 839-841.

¹⁷ A chamada “medicina baseada em evidências” entende-se por “a systematic approach to clinical problem solving which allows the integration of the best available research evidence with clinical expertise and patient values”. Sobre esta definição e os passos da sua prática, cfr. A.K. AKOBENG. “Principles of evidence based medicine”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), pp. 837–839. Hania SZAJEWSKA. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”. *Annals of Nutrition & Metabolism*, Vol. 72, suppl. 3 (2018), pp. 13-15. Sobre outras definições possíveis, cfr. Aaron Michael COHEN; P. Zoë STAVRI; William R. HERSH. “A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine”. *International Journal of Medical Informatics*, Vol. 73 (2004), pp. 36-37.

Sobre a importância da medicina baseada em evidências, cfr. Harold L. KENNEDY. “The Importance of Randomized Clinical Trials and Evidence-Based Medicine: A Clinician's Perspective”. *Clinical Cardiology*, Vol. 22, n.º 1 (janeiro de 1999), pp. 6-12.

convencional¹⁸, como os da revisão sistemática (em inglês, “*systematic review*”)¹⁹, da meta-análise (em inglês, “*meta-analysis*”)²⁰ e do “estudo clínico randomizado controlado” (em inglês, “*randomized clinical trials*” or “*RCTs*”)²¹. Estes métodos ou padrões são os melhores para avaliar a eficácia de intervenções ou tratamentos da medicina convencional, embora haja outros com força de evidência inferior – como estudos de coorte (em inglês, “*cohort studies*”)²², estudos de caso-controlo (em inglês, “*case-control studies*”)²³, estudos de série de casos (em inglês, “*case series studies*”)²⁴, entre outros²⁵ – de acordo com a hierarquia de evidências²⁶. Entende-se que, caso os métodos terapêuticos da MTC – como os das outras terapêuticas não convencionais – possam ser avaliados de acordo com os métodos ou padrões usados para avaliar a eficácia da medicina convencional, a MTC perde a sua natureza complementar e/ou alternativa, passando de uma terapêutica não convencional para uma forma da medicina convencional²⁷.

¹⁸ P.B. FONTANAROSA; G.D. LUNDBERG. “Alternative medicine meets science”. *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 280 (1998), pp. 1618-1619. E. ERNST; M.H. COHEN; J. STONE. “Ethical problems arising in evidence based complementary and alternative medicine”, *op. cit.*, p. 159. Estes últimos autores indicam que “CAM [Complementary and Alternative Medicine] practitioners have to understand the value of science and the fact that without scientific proof CAM is unlikely to survive... Moreover, as research demonstrates safety and/or efficacy of one or more CAM therapies, such therapies become incorporated into conventional practice and could thus cease being seen as CAM”.

¹⁹ A revisão sistemática entende-se por “a form of research that provides a summary of medical reports on a specific clinical question, using explicit methods to search, critically appraise, and synthesise the world literature systematically”. Cfr. A.K. AKOBENG. “Understanding systematic reviews and meta-analysis”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), p. 845.

²⁰ A meta-análise é entendido como uma técnica através da qual “following a systematic review, data from individual studies may be pooled quantitatively and reanalysed using established statistical methods”. Cfr. A.K. AKOBENG. “Understanding systematic reviews and meta-analysis”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), p. 845.

²¹ O “estudo clínico randomizado controlado” é definido como “a type of study in which participants are randomly assigned to one of two or more clinical interventions” e, como sendo um método cientificamente mais rigoroso, é entendido como um padrão-ouro de evidência para avaliar a eficácia de intervenções ou tratamentos. Cfr. A.K. AKOBENG. “Understanding randomised controlled trials”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), p. 840. No mesmo sentido, cfr. Jeanne L. SHEA. “Applying Evidence-Based Medicine to Traditional Chinese Medicine: Debate and Strategy”. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 12, n.º 3 (2006), p. 255. Marja J. VERHEOF; Ann L. CASEBEER; Robert J. HILSDEN. “Assessing Efficacy of Complementary Medicine: Adding Qualitative Research Methods to the “Gold Standard””. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 8, n.º 3 (2004), pp. 275-281.

Sobre a importância do estudo clínico randomizado controlado, cfr. Harold L. KENNEDY. “The Importance of Randomized Clinical Trials and Evidence-Based Medicine: A Clinician’s Perspective”. *Clinical Cardiology*, Vol. 22, n.º 1 (janeiro de 1999), pp. 6-12.

²² Os estudos de coorte referem-se a “type of nonexperimental or observational study design” e o termo “coorte” implica “a group of people who have been included in a study by an event that is based on the definition decided by the researcher”. Cfr. Maninder Singh SETIA. “Methodology Series Module 1: Cohort Studies”. *Indian Journal of Dermatology*, Vol. 61, n.º 1 (2016), p. 21.

²³ Os estudos de caso-controlo correspondem a “type of observational study design” e neste *design* os participantes são selecionados para o estudo com base no seu estado de resultado. Cfr. Maninder Singh SETIA. “Methodology Series Module 2: Case-control Studies”. *Indian Journal of Dermatology*, Vol. 61, n.º 2 (2016), p. 146.

²⁴ Os estudos de série de casos são entendidos “a collection of patients with common characteristics used to describe some clinical, pathophysiological or operational aspects of a disease, treatment or diagnostic procedures”. Cfr. Miguel PORTA. *A Dictionary of Epidemiology*, 5.ª Edição, Oxford University Press, 2008, p. 33. Sobre a explicação detalhada destes estudos, cfr. Abdel-Hady EL-GILANY. “What is case series?”. *Asploro Journal of Biomedical and Clinical Case Reports*, Vol. 1, n.º 1 (2018), pp. 10-15.

²⁵ Como opiniões de especialistas, teorias baseadas na fisiologia ou plausibilidade, pesquisa de bancada e estudos com animais. Cfr. Hania SZAJEWSKA. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”, *op. cit.*, p. 16.

²⁶ Sobre a hierarquia de evidências e a força de evidência de cada um dos métodos referidos, cfr. Hania SZAJEWSKA. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”, *op. cit.*, pp. 15-16. Este autor indica que existem várias hierarquias de evidências diferentes e a sua escolha depende do tipo de questão clínica levantada: terapia, diagnóstico, dano, prognose, etiologia, prevenção, melhoria da qualidade, qualidade de vida, custo-efetividade ou exame clínico. De acordo com a hierarquia de evidências para avaliar a eficácia de terapia (isto é, intervenções ou tratamentos), a revisão sistemática e a meta-análise, situadas no topo do nível da hierarquia e entendidas como os melhores métodos, são seguidas pelo estudo clínico randomizado controlado.

²⁷ Brennen A. MCKENZIE. “Is complementary and alternative medicine compatible with evidence-based medicine?”. *Journal of the American Veterinary Medical Association*, Vol. 241, n.º 4 (15 de agosto de 2012), p. 425. Entre os autores que reconhecem a possibilidade de as terapêuticas não convencionais poderem ser baseadas em evidências, veja Jeffrey S. LEVIN; Thomas A. GLASS; Lawrence H. SCHUCK; et al. “Quantitative methods in research on complementary and alternative medicine: A methodological manifesto”. *Medical Care*, Vol. 35, n.º 11 (novembro de 1997), pp. 1079-1094. Kumanan WILSON; Edward MILLS. “Closing Comment: Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine: Is It a Viable Concept?”. *The Journal of Alternative*

Este é o entendimento que leva alguns autores a defender que não há qualquer medicina alternativa, existindo apenas a medicina baseada em evidências, cientificamente provada e suportada por dados sólidos e, como não o sendo, a medicina não provada²⁸. Para esses autores, os métodos terapêuticos, desde que sejam apropriada e rigorosamente testados, podem ser aceites porque têm provas científicas de segurança e de eficácia²⁹. O que vale por dizer que, de acordo com um tal entendimento, não existe o que se chama a MTC – nem as outras terapêuticas não convencionais –, porque os seus métodos terapêuticos apenas podem ser qualificados como medicina cientificamente provada ou, não tendo provas científicas de segurança e de eficácia, medicina não provada.

Parece que o critério de qualificar a MTC como uma forma de medicina seria simplesmente o de os seus métodos terapêuticos terem provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia, testadas através dos métodos ou padrões da medicina baseada em evidências, que se destinam a avaliar a segurança e a eficácia de intervenções ou tratamentos.

No entanto, este critério não é unanimemente aceite, porque há quem entenda que a medicina convencional e as terapêuticas não convencionais têm filosofias e métodos diferentes e incomensuráveis. Por exemplo, Wainwright Churchill entende que, em virtude da incomensurabilidade de paradigmas entre a medicina convencional e as terapêuticas não convencionais, o paradigma destas não pode ser traduzido para o daquela, pelo que o paradigma de qualquer das terapêuticas não convencionais será limitado ou incorreto usando a perspetiva ou o ponto de vista biomédico³⁰. Mark R. Tonelli e Timothy C. Callahan sufragam que, embora o enquadramento da medicina baseada em evidências se ajuste bem ao modelo biofisiológico de doença que fundamenta a medicina ortodoxa, não se encaixa bem em outras teorias de doença e cura, como as da MTC, pelo que a epistemologia baseada em evidências pode não ser coerente com a metafísica das terapêuticas não convencionais e a sua adopção pode prejudicar as mesmas, em vez de as levar a uma maior credibilidade³¹. Ruiping

and Complementary Medicine, Vol. 8, n.º 6 (julho de 2004), pp. 875-876. J.L. TANG; T.W. WONG. "The need to evaluate the clinical effectiveness of traditional Chinese medicine", *op. cit.*, p. 209.

²⁸ P.B. FONTANAROSA; G.D. LUNDBERG. "Alternative medicine meets science". *The Journal of the American Medical Association*, *op. cit.*, pp. 1618-1619. ANGELL; J.P. KASSIRER. "Alternative medicine – the risks of untested and unregulated remedies", *op. cit.*, pp. 839-841.

²⁹ ANGELL; J.P. KASSIRER. "Alternative medicine – the risks of untested and unregulated remedies", *op. cit.*, pp. 839-841.

³⁰ Wainwright CHURCHILL. "Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine". *Journal of Chinese Medicine*, n.º 59 (janeiro de 1999), pp. 33-34, que entende que "[i]f no paradigma does have absolute value, there is no absolute basis with which to judge another paradigm. Any paradigm will appear limited or incorrect from the perspective of a different paradigm, so Chinese medicine will seem incorrect from a biomedical point of view, and vice versa...Furthermore, different paradigms are incommensurable, meaning that their frames of reference are different so that the world depicted in one paradigm cannot be translated into another, just as not everything that can be said in one language can be said in another", acrescentando que "[b]ecause of the incommensurability of paradigms, any CAM practiced its original way cannot be the same as its biomedical version – they must remain two separate worlds. If the biomedical paradigm is adopted, the system will have the characteristics of that paradigm – materialistic, mechanistic, reductionist, linear-causal, and deterministic...".

³¹ Mark R. TONELLI; Timothy C. CALLAHAN. "Why Alternative Medicine Cannot Be Evidence-based". *Academic Medicine*, Vol. 76, n.º 12 (dezembro de 2001), pp. 1217-1218.

Fan defende que a MTC e a medicina convencional, como dois sistemas teóricos médicos, estão a competir epistemologicamente pela verdade, sendo inadequado integrar os dois sistemas concorrentes usando o padrão de um desses sistemas³². Aimee Doyle argumenta que as terapêuticas não convencionais são “escolas alternativas de medicina” (“*alternative schools of medicine*”) e é inerentemente injusto permitir que um profissional de uma escola julgue um profissional de outra escola³³. Chin-Fu Hsiao, Hsiao-Hui Tsou, Yuh-Jenn Wu, et. al. entendem que existem diferenças fundamentais na avaliação científica da eficácia e segurança entre a TCM e a medicina convencional, sendo importante validar um instrumento próprio e específico no ensaio clínico da MTC que possa fornecer uma avaliação precisa e confiável da sua segurança e eficácia³⁴.

A demonstração da divergência, existente quer em Portugal quer nos países estrangeiros, permite-nos entender que se trata de uma questão para a qual, neste momento, ainda não há resposta certa e unânime. No que respeita à questão que inicialmente se coloca – isto é, se, na comunidade portuguesa, a MTC deveria ser autonomizada das outras terapêuticas não convencionais e, deste modo, deixar de ser uma terapêutica e passar a ser uma forma de medicina –, é evidente que a sua resposta depende da posição que se adota. Caso se adote a posição de que a MTC, para que seja qualificada como uma forma de medicina, necessita de ter provas científicas confiáveis de segurança e eficácia, testadas pelos mesmos métodos ou padrões usados para avaliar a segurança e a eficácia da medicina convencional, a MTC pode nunca ser reconhecida como uma forma de medicina porque, por um lado, nem toda a sua filosofia pode ser explicada pelos métodos ou padrões da medicina baseada em evidências – como as concepções “Qi”, “Yin e Yang”, cinco movimentos, *Zang* órgãos e *Fu* órgãos, etc.³⁵ – e, por outro lado, porque alguns dos seus métodos terapêuticos não podem ser suportados pelas provas científicas³⁶, por causa da incomensurabilidade de paradigmas entre a medicina

³² Ruiping FAN. “Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal”. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 31, n.º 2 (2003), pp. 218-219.

³³ Aimee DOYLE. “Alternative Medicine and Medical Malpractice: Emerging Issues”. *Journal of Legal Medicine*, Vol. 22, n.º 4 (novembro de 2010), p. 552.

³⁴ Chin-Fu HSIAO; Hsiao-Hui TSOU; Yuh-Jenn WU; et. al. “Translation in Different Diagnostic Procedures – Traditional Chinese Medicine and Western Medicine”. *Journal of the Formosan Medical Association*, Vol. 107, n.º 12, Suppl (2008), p. S80.

³⁵ Juncai XU; Zhijie XIA. “Traditional Chinese Medicine (TCM) – Does its contemporary business booming and globalization really reconfirm its medical efficacy & safety?”. *Medicine in Drug Discovery*, Vol. 1, 100003 (março de 2019), p. 2.

Por exemplo, o termo “Qi” é uma concepção fundamental que só pode ser entendida tendo em consideração a totalidade das bases teórica e prática da MTC, não sendo equivalente ao termo “energia” no sentido científico ocidental; por outro lado, a investigação biomédica só reflecte a visão do mundo biomédico e, deste modo, a concepção “Yin e Yang” não existe do ponto de vista biomédico. Cfr. Wainwright CHURCHILL. “Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine”, *op. cit.*, p. 34.

É também relevante mencionar a posição de Mark R. TONELLI e Timothy C. CALLAHAN, que entendem que “[s]chools of CAM [complementary and alternative medicine] may center on the belief in important, perceptible, but non-measurable features and forces, such as Qi...The EBM [evidence-based medicine] framework fits relatively well with the biophysiological model of disease that underlies orthodox medicine; it does not fit equally well with other theories of disease and healing. The importance of Qi in traditional Chinese medicine (TCM) means that research that cannot and does not account for the force will never be compelling for a TCM practitioner”. Cfr. Mark R. TONELLI; Timothy C. CALLAHAN. “Why Alternative Medicine Cannot Be Evidence-based”, *op. cit.*, p. 1217.

³⁶ Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, *op. cit.*, p.187, afirmando que “[s]ome

convencional e a MTC, embora haja outros que possam ser suportados pelas mesmas, como no caso da síndrome metabólica³⁷.

Todavia, tal posição não deve ser por nós adotada, porque os métodos ou padrões usados para avaliar a segurança e a eficácia de intervenções ou tratamentos da medicina convencionais não devem ser um mono-padrão cientificamente absoluto³⁸. É erróneo entender-se que se encontraria apenas um mono-padrão para testar a segurança e eficácia de intervenções ou tratamentos, quer da medicina convencional quer das terapêuticas não convencionais. Como alguns autores bem afirmam³⁹, outra metodologia deve ser mais adequada para testar e avaliar a eficácia e a segurança das terapêuticas não convencionais. A rejeição de uma tal posição não tem por objetivo permitir que os métodos terapêuticos da MTC sejam isentos de validação científica, mas sim procurar encontrar uma metodologia corretamente compatível com as filosofias teórica e prática da MTC.

Por conseguinte, inclino-me para entender que a MTC deverá ser autonomizada das restantes terapêuticas não convencionais e qualificada como uma forma de medicina, desde que haja provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia dos seus métodos terapêuticos, testadas com uma metodologia que tenha filosofia compatível com a da MTC. Tal entendimento justifica-se pelo facto de que os princípios gerais que estão na base da epistemologia científica (isto é, realismo, empirismo, reducionismo, naturalismo metodológico e ceticismo) são diferentes dos princípios filosóficos da MTC (isto é, construtivismo, relativismo, holismo, vitalismo e panepistemismo)⁴⁰ e, por causa dessa diferença, a teoria e a prática em que se baseia a MTC são incompatíveis com os métodos ou padrões da medicina baseada em evidências⁴¹. Deste modo, a insistência de usar esses métodos ou padrões para testar e avaliar a eficácia e a segurança dos métodos terapêuticos da MTC conduz a que o respetivo resultado se torne sem sentido porque a essência ou substância fundamental da MTC pode não ser respeitada⁴². Por outro lado, embora os métodos ou padrões da medicina baseada em

CAM [complementary and alternative medicine] therapies are supported by scientific evidence, others not so much".

³⁷ Sobre a avaliação de eficácia e segurança da MTC para síndrome metabólica, cfr. Haoran WU; Jiaxing TIAN; Dan DAI; et. al. "Efficacy and safety assessment of traditional Chinese medicine for metabolic syndrome". *BMJ Open Diabetes Research & Care*, Vol. 8, n.º 1 (2020), pp. 1-11.

³⁸ Ruiping FAN. "Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal", *op. cit.*, p. 220. Wainwright CHURCHILL. "Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine", *op. cit.*, p. 33. Este último autor afirma que "[i]f no paradigm does have absolute value, there is no absolute basis with which to judge another paradigm".

³⁹ Entre outros, veja por exemplo E. ERNST; M.H. COHEN; J. STONE. "Ethical problems arising in evidence based complementary and alternative medicine", *op. cit.*, p. 158. Ruiping FAN. "Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal", *op. cit.*, pp. 218-219.

⁴⁰ Sobre as definições desses princípios e a demonstração da sua diferença entre a medicina baseada em evidências e as terapêuticas não convencionais, cfr. Brennan A. MCKENZIE. "Is complementary and alternative medicine compatible with evidence-based medicine?", *op. cit.*, pp. 422-425.

⁴¹ Sobre esta afirmação, cfr. Wainwright CHURCHILL. "Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine", *op. cit.*, p. 34. Ruiping FAN. "Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal", *op. cit.*, pp. 218-219. Mark R. TONELLI; Timothy C. CALLAHAN. "Why Alternative Medicine Cannot Be Evidence-based", *op. cit.*, p. 1217.

⁴² Jeanne L. SHEA. "Applying Evidence-Based Medicine to Traditional Chinese Medicine: Debate and Strategy", *op. cit.*, p. 258, dizendo-nos que "[i]f...Chinese medicine treatments were tested within a biomedical diagnostic framework, the results would be equally meaningless because Chinese

evidências – como a revisão sistemática, a meta-análise e o estudo clínico randomizado controlado – sejam importantes para os dados científicos de qualidade alta em que se baseiam as decisões de saúde, eles não são perfeitos, sendo fundamental que se reconheçam e se compreendam as forças e limitações que existem na medicina baseada em evidências⁴³. As limitações e as críticas da medicina baseada em evidências que atualmente existem podem ser resumidas como as seguintes⁴⁴: (1) a medicina baseada em evidências é uma base filosófica pobre para a medicina; (2) a definição de evidência é estreita e exclui informações importantes para os médicos; (3) a medicina baseada em evidências não é baseada em evidências, o que implica que não tem testes empíricos de eficácia; (4) a utilidade de aplicar medicina baseada em evidências a pacientes individuais é limitada; (5) a medicina baseada em evidências ameaça e reduz a autonomia da relação médico-paciente. É com as limitações e as críticas existentes que se deve entender que os seus métodos ou padrões são imperfeitos, mesmo para avaliar a segurança e a eficácia de intervenções ou tratamentos da medicina convencional⁴⁵. Esta é a razão pela qual a sua credibilidade tem sido diminuída, enquanto a das terapêuticas não convencionais tem sido gradualmente elevada⁴⁶, existindo uma tendência de que os pacientes rejeitem os métodos terapêuticos da medicina convencional e aceitem os das terapêuticas não convencionais⁴⁷. Tal imperfeição leva-nos a duvidar se um mono-padrão imperfeito ainda pode ser aplicável à MTC – como também às outras terapêuticas não convencionais – para produzir provas de segurança e eficácia que sejam cientificamente confiáveis. Portanto, aqueles que têm insistido em reconhecer esse mono-padrão como absoluto deveriam voltar a pensar sobre se deve ainda ser um padrão único e absoluto que pode também testar e avaliar a segurança e a eficácia de intervenções ou tratamentos das terapêuticas não convencionais. Deveria abandonar-se uma tal insistência porque, pelo menos, o termo “evidência” da epistemologia científica é, neste momento, definido de forma estreita⁴⁸ e os

medicine's fundamental essence would be violated”.

⁴³ Hania SZAJEWSKA. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”, *op. cit.*, p. 22, dizendo-nos que “[a]ll health decisions should be based on high-quality scientific data. Thus both EBM and clinical research are needed. However, neither EBM [Evidence-Based Medicine] nor clinical research is perfect...A better understanding of the strengths and limitations of EBM and clinical research is vital”.

⁴⁴ Sobre estas limitações e críticas, cfr. Aaron Michael COHEN; P. Zoë STAVRI; William R. HERSH. “A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine”, *op. cit.*, pp. 37-41. Aaron Michael COHEN; William R. HERSH. “Criticisms of Evidence-Based Medicine”. *Evidence-based Cardiovascular Medicine*, Vol. 8 (2004), pp. 197-198.

⁴⁵ Sobre as críticas da medicina baseada em evidências, da meta-análise e do estudo clínico randomizado controlado, cfr. Hania SZAJEWSKA. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”, *op. cit.*, pp. 15-18. Aaron Michael COHEN; P. Zoë STAVRI; William R. HERSH. “A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine”, *op. cit.*, pp. 35-43. Aaron Michael COHEN; William R. HERSH. “Criticisms of Evidence-Based Medicine”, *op. cit.*, pp. 197-198. John P.A. IOANNISDIS. “Evidence-based medicine has been hijacked: a report to David Sackett”. *Journal of Clinical Epidemiology*, Vol. 73 (2016), pp. 82-86. Este último autor indica-nos que “[a]s EBM [Evidence-Based Medicine] became more influential, it was also hijacked to serve agendas different from what it originally aimed for. Influential randomized trials are largely done by and for the benefit of the industry. Meta-analyses and guidelines have become a factory, mostly also serving vested interests. National and federal research funds are funneled almost exclusively to research with little relevance to health outcomes”.

⁴⁶ Alexandra R. GREEN; Joseph R. BETANCOURT. “Why the disease-based model of medicine fails our patients”. *The Western Journal of Medicine*, Vol. 176 (março de 2002), p. 141.

⁴⁷ Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, *op. cit.*, p.183.

⁴⁸ Mark R. TONELLI; Timothy C. CALLAHAN. “Why Alternative Medicine Cannot Be Evidence-based”, *op. cit.*, pp. 1218-1219, sufragando que “CAM [complementary and alternative medicine], on the other hand, must more fully develop a rigorous alternative epistemic framework and method if it hopes to

métodos terapêuticos da MTC podem ser eficazes contra várias doenças – como o caso da malária, contra a qual Youyou Tu, portadora do Prémio Nobel em 2015, descobriu uma terapia nova, que usa drogas à base de uma substância da MTC, artemisinina, o que levou à sobrevivência e melhorou a saúde de milhões de pessoas⁴⁹ – para as quais as intervenções ou tratamentos da medicina convencional não são eficazes⁵⁰.

Entende-se que outras metodologias são mais apropriadas para definir a segurança e a eficácia dos métodos terapêuticos das terapêuticas não convencionais⁵¹, porque a sobreposição do paradigma biomédico sobre o paradigma das terapêuticas não convencionais facilmente leva à violação destas⁵². Portanto, desde que haja uma metodologia que seja compatível com as filosofias teórica e prática da MTC e possa produzir provas científicas confiáveis da sua segurança e eficácia, não vejo a razão de não aceitar tal metodologia e de, sem razão e cegamente, continuar a insistir em usar o chamado “mono-padrão” da medicina baseada em evidências, que é incompatível com as filosofias teórica e prática da MTC e até pode violar a sua essência ou substância fundamental.

Mesmo assim, coloca-se ainda mais uma questão a resolver: que metodologia deve ser adotada para produzir provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia dos métodos terapêuticos da MTC? Não falta quem entenda a importância de uma metodologia melhorada para os métodos terapêuticos da MTC por causa dos problemas existentes para se ajustar aos métodos ou padrões da medicina baseada em evidência⁵³. Se o chamado “mono-padrão” da medicina baseada em evidência puder estender o seu âmbito – por exemplo, o da definição de “evidência” e da sua

gain acceptance among orthodox practitioners...For now, orthodox medicine should consider abandoning demands that CAM become evidence-based, at least as “evidence” is currently narrowly defined, insisting instead upon a more complete description and defense of the alternative epistemic methods and tools of these disciplines”.

⁴⁹ THE NOBEL PRIZE. *The Nobel Prize in Physiology and Medicine 2015*. Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/2015/tu/facts/> (acesso em 29 de junho de 2021). É a partir da obtenção deste prêmio que as pessoas em todo o mundo têm um respeito especial pelo MTC. Cfr. Deli LI; Shanshan QIAO; Duozi SHI; et. al. “The Combination of Traditional Chinese Medicine with Western Medicine”. *Medicinal & Aromatic Plants (Los Angel)*, Vol. 5, n.º 6, 1000e179 (2016).

⁵⁰ Bing YUAN. “Towards a Clinical Efficacy Evaluation System Adapted for Personalized Medicine”. *Pharmacogenomics and Personalized Medicine*, Vol. 14 (2021), pp. 489-490. Juncai XU; Zhijie XIA. “Traditional Chinese Medicine (TCM) – Does its contemporary business booming and globalization really reconfirm its medical efficacy & safety?”, *op. cit.*, p. 4.

⁵¹ E. ERNST; M.H. COHEN; J. STONE. “Ethical problems arising in evidence based complementary and alternative medicine”, *op. cit.*, p. 158.

⁵² Wainwright CHURCHILL. “Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine”, *op. cit.*, p. 35, dizendo-nos que “[s]ince biomedicine and its sympathisers dominate this arena, there is a significant danger that EBM [evidence-based medicine] will be used to gain biomedical control over CAM [complementary and alternative medicine] modalities...CAM professions must be aware that their paradigms and perspectives are very seldomly represented or respected by the media or medical authorities with regards to medical research. The result is to make it appear that the biomedical paradigm is the automatic basis with which to consider medical issues, and subsequent usurpation of the CAM modality within the biomedical framework is a distinct possibility. It is therefore essential for CAM professions to determine whether inter-paradigm issues enter research, and if so, whether the integrity of the original CAM paradigms are respected or transgressed, recognizing that the superposition of the biomedical paradigm over a CAM paradigm easily leads to a violation of the later. CAM professions should insist that their own paradigms be given full recognition and acceptance...”.

⁵³ Yeh Ching LINN. “Evidence-based Medicine for Traditional Chinese Medicine: Exploring the Evidence from a Western Medicine Perspective”, *op. cit.*, p. 12, entendendo que “[p]roblems peculiar to adopting such an approach [evidence-based medicine] for TCM is discussed, including issues inherent to TCM [Traditional Chinese Medicine] as well as the lack of well conducted randomized controlled trial to provide robust evidence. As a result the purported efficacy of TCM treatment for many conditions could not be validated by EBM [evidence-based medicine] criteria... Improved methodology and reporting in TCM clinical trials will be essential in establishing the role of TCM in the management of certain defined diseases and complementing current Western medical treatment”.

aplicabilidade a pacientes individuais⁵⁴, ou de quaisquer outros aspetos relevantes – com vista a ajustar-se às filosofias teórica e prática da MTC, parece convincente que a sua metodologia seja aplicável à MTC para testar a segurança e a eficácia dos seus métodos terapêuticos. Isto é o que fez a *Food and Drug Administration* dos Estados Unidos da América, ao estender o âmbito do sistema designado por “*clinical trial and efficacy evaluation*” (CTEE) – que se baseia essencialmente na chamada “Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde”⁵⁵ – para se adaptar à tendência da “medicina personalizada” baseada no biomarcador, o que implica que este novo sistema de avaliação de eficácia, ao ser usado para a avaliação da eficácia dos métodos terapêuticos da MTC, pode produzir provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia destes, com a expectativa de incorporação da MTC no sistema médico moderno de maneira científica⁵⁶. Por outro lado, na China há quem proponha estabelecer um padrão duplo, através do qual a medicina científica moderna usa o “estudo clínico randomizado controlado” como o seu método para avaliar a segurança e a eficácia dos seus métodos terapêuticos, enquanto a MTC usa os “estudos observacionais de sensibilidade individual (em inglês, “*individual-sensitive observational studies*”)⁵⁷ para os mesmos efeitos⁵⁸.

Portanto, existem metodologias que podem produzir provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia dos métodos terapêuticos da MTC. É com esta afirmação que se deve seguir o entendimento de que a MTC deveria sair da família das terapêuticas não convencionais e integrar-se na família da medicina. A adoção deste entendimento não é para prejudicar a posição que a medicina convencional tem ocupado no sistema de saúde em Portugal nem para defender que a MTC seria melhor do que a medicina convencional ou vice-versa, mas sim para as razões seguintes: (1) permitir a existência de mais uma forma de medicina em Portugal que os cidadãos pudessem escolher, como ocorre em Macau ou na China; (2) reconhecer e facilitar, como se mostrará em detalhe (*vide* a Seção 3

⁵⁴ Mesmo na medicina convencional, há quem defenda que o sistema de saúde deveria permitir aos profissionais de saúde usarem, para efeitos de tratamentos, a sua experiência única, pessoal e centrada no paciente em particular, em vez de usarem apenas os métodos ou padrões da medicina baseada em evidências. Cfr. Alexandra R. GREEN; Joseph R. BETANCOURT. “*Why the disease-based model of medicine fails our patients*”, *op. cit.*, p. 141, ao dizer-nos que “[a] medical system that allows physicians to refocus on the patient-centered, personal, and unique experience of “illness” is an imperative for our time”.

⁵⁵ Esta classificação é definida como um sistema internacional de classificação de doenças que se baseia na etiologia, localização, patologia e manifestações clínicas de doenças. Cfr. Bing YUAN. “Towards a Clinical Efficacy Evaluation System Adapted for Personalized Medicine”, *op. cit.*, p. 487. Sobre a sua história, propósitos e usos, cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)*. Disponível em <https://www.who.int/classifications/classification-of-diseases#> (acesso em 24 de junho de 2021).

⁵⁶ Bing YUAN. “Towards a Clinical Efficacy Evaluation System Adapted for Personalized Medicine”, *op. cit.*, p. 495.

⁵⁷ Trata-se de estudos que observam mais os pacientes individuais, em vez de, como ocorre no “estudo clínico randomizado controlado”, obter o mesmo diagnóstico de complexo de sintomas para um grupo de pacientes e prescrever os mesmos medicamentos herbais para tratá-los. Cfr. Ruiping FAN. “Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal”, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁸ Neste sentido, cfr. *idem.*, p. 219, ao sufragar que “[t]he standard method of traditional Chinese medicine is not randomized clinical trials, but individual-sensitive observational studies” e que “Traditional Chinese medical physicians and researchers should be allowed to use individual-sensitive observational studies to test and develop Chinese medicine without being marked as “inadequate” under the monostandard of modern scientific medicine”.

do Capítulo III), a prática simultânea dos métodos terapêuticos da MTC e da medicina convencional para efeitos de cuidados de saúde; (3) como tendo provas científicas confiáveis de segurança e de eficácia dos seus métodos terapêuticos, elevar o estatuto dos profissionais da MTC na comunidade portuguesa sem qualquer ceticismo sobre a sua atividade profissional.

A qualificação da MTC como uma forma de medicina terá a sua implicação jurídica no ordenamento jurídico português. Por um lado, os profissionais da MTC poderão chamar-se “médicos” e, por causa disso, todos os diplomas legais, aplicáveis aos médicos e/ou às respetivas entidades privadas ou públicas de saúde, aplicar-se-ão também aos profissionais da MTC e às instituições onde exercem as suas atividades (nomeadamente, o Regulamento n.º 698/2019, emitido pela Ordem dos Médicos, que define os atos profissionais próprios dos médicos, a sua responsabilidade, autonomia e limites). Por outro lado, a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto e os diplomas legais relacionados com esta não serão aplicáveis aos profissionais da MTC. Por exemplo, os profissionais da MTC, sendo médicos, começarão a inscrever-se, a partir daí, na Ordem dos Médicos (artigo 2.º do Regulamento n.º 698/2019) e a sua prática já não será credenciada e tutelada pelo Ministério da Saúde (artigo 6.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto); outro exemplo refere-se aos atos praticados pelos profissionais da MTC, que passarão a consubstanciar atos médicos em geral definidos pelo artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 698/2019.

No entanto, mesmo que a MTC não seja considerada como uma forma de medicina – como ocorre neste momento em Portugal –, convém ainda realçar um ponto muito importante para o resto da investigação, isto é, o de que o facto de a MTC não ser uma forma de medicina não impede que os regimes da responsabilidade civil e do consentimento informado sejam aplicáveis à atividade da MTC. Entendo assim porque: (1) os atos praticados pelos profissionais da MTC podem corresponder aos factos ilícitos e culposos que causem, de forma adequada, danos patrimoniais e/ou morais a utilizadores de MTC, verificando-se os requisitos da responsabilidade civil; (2) o respeito pelo direito à autonomia existe, e deve existir, em qualquer dos atos de cuidados de saúde, quer da medicina convencional quer de qualquer das terapêuticas não convencionais⁵⁹. Este entendimento serve como fundamento para iniciar a investigação a partir do próximo capítulo.

⁵⁹ Sobre este segundo ponto, veja ainda o Capítulo IV, Seção 1.

CAPÍTULO II - Enquadramento Teórico da Responsabilidade Civil Médica (ou Profissional)

1. Evolução histórica da responsabilidade médica (ou profissional)

A demonstração do percurso histórico da responsabilidade médica permite-nos saber do momento divisório a partir do qual os atos médicos não foram entendidos sagrados, começando os médicos a ser responsabilizados de forma jurídica.

Antes desse momento, a atividade médica, cujo exercício pressupunha o juramento religioso que conferia a natureza sagrada dos atos médicos, não poderia ser sujeita à responsabilidade jurídica⁶⁰. Nos séculos III e II a.C., a doença e a morte eram consideradas como intenção dos deuses, sendo o médico visto como um sacerdote que sobre o paciente possuía uma posição de superioridade e exercia a sua autoridade⁶¹.

Na Antiguidade, a responsabilização jurídica dos médicos começou com o reinado de Hamurábi, o sexto rei da primeira dinastia da Babilónia entre 1729 a.C. e 1686 a.C., em que se aplicava o Código de Hamurábi⁶². Este código prevê, nos seus artigos 218.º e 219.º, as obrigações de que se encarregava o médico, mas as sanções aplicadas ao mesmo eram diferentes em função das classes sociais em que se integravam os pacientes⁶³, o que implicava que os mesmos atos médicos, que tivessem causado lesões irremediáveis ou a morte dos pacientes, que se encontravam em categoria social diferente, poderiam ser sujeitos a penas ou condenações distintas⁶⁴. Por exemplo, o artigo 218.º prevê a corte das mãos do médico como sanção em caso de lesões ou de morte do homem livre⁶⁵, enquanto o artigo 219.º prevê substituir o escravo por um outro como sanção quando o paciente era escravo de um homem livre⁶⁶. Deste modo, entende-se que estas normas se baseavam na ideia de obrigação de resultado, sem relevar a noção de culpa⁶⁷.

⁶⁰ Cfr. Guilherme OLIVEIRA. "O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128.º, n.º 3852 (1 de julho de 1995), p. 70.

⁶¹ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra, Coimbra Editora, fevereiro de 2015, p. 21.

⁶² O conteúdo deste código encontra-se disponível em <https://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html> (acesso em 14 de fevereiro de 2021). Sobre a apresentação sucinta do código, disponível em <https://www.infopedia.pt/%Scodigo-de-hamurabi> (acesso em 15 de fevereiro de 2021).

⁶³ O Código de Hamurábi divide a sociedade em três classes sociais desiguais, que incluem homens livres, os subalternos ou inferiores (*awilu*) e por fim os escravos. Sobre esta informação, disponível em <https://www.infopedia.pt/%Scodigo-de-hamurabi> (acesso em 15 de fevereiro de 2021).

⁶⁴ João MARTINS E SILVA. "A medicina na Mesopotâmia Antiga – parte 2". *Acta Med Port*, Vol 23, n.º 1 (2010), p. 132.

⁶⁵ O artigo 218.º prevê que "[s]e um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas", disponível em <https://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html> (acesso em 14 de fevereiro de 2021).

⁶⁶ O artigo 219.º dispõe que "[s]e um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro". *Ibidem*.

⁶⁷ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., pp. 21-22.

Na época do Egito Antigo, agravou-se a pena aplicável ao médico, isto é, a perda da vida como sanção que se aplicava ao médico em caso de morte do paciente não escravo⁶⁸. Nesta época, existia um livro sagrado de Hermes que incluía regras a que os médicos eram obrigados a obedecer e, desde que as respeitassem rigorosamente, os médicos eram isentos de qualquer responsabilidade, independentemente do resultado que a sua atuação produzia; caso contrário – isto é, em caso do desvio ou desrespeito pelas regras constantes do livro mencionado –, aplicava-se aos médicos a pena de morte, embora os atos médicos produzissem efeitos positivos no corpo do paciente⁶⁹.

No Direito Romano, o Digesto previa que o médico se encontrava responsabilizado por qualquer dano no paciente em virtude da falta do seu conhecimento ou da sua habilidade – “*sicut medico imputari aventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet*” (Digesto 1, 18, 6, 7)⁷⁰ –, sendo uma norma responsabilizadora dos atos médicos que se aplicava antes da centúria de oitocentos⁷¹. Cerca de 1200 d.C., esta ideia da responsabilização médica foi expandida e introduzida na Europa continental⁷².

Na centúria de oitocentos, com o movimento codificador, consta dos códigos o regime da responsabilidade civil que também se aplicava aos atos médicos⁷³.

No Século XVI, exatamente em 1532, as *Cortes de Regensburg* aprovaram a *Constitutio Criminalis Carolina*, cujo artigo 134.º – que se situa nas secções especiais sobre o homicídio (Artigos 130.º a 150.º)⁷⁴ – previa o erro médico, embora sem distinguir rigorosamente os conceitos de dolo, negligência, erro, etc.⁷⁵.

Na Idade Moderna e Contemporânea – onde se registaram as Revoluções americana de

⁶⁸ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 28.

⁶⁹ *Idem*, pp. 28-29. Lucas Rodrigo MARTELO. *Aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance na Responsabilidade Civil Médica*, disponível em https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/aplicabilidade-teoria-perda-uma-chance-na-responsabilidade-civil-medica.htm#indice_14 (acesso em 16 de fevereiro de 2021). Rodrigo Henrique Araújo da COSTA. “Reflexões sobre a Historiografia da História Antiga: Apresentação de Perspectivas de Estudo para o Egito Antigo”. *XVII Encontro Estadual de História – ANPUH-PB*, Vol. 17, n.º 1 (2016), p. 1331.

⁷⁰ Sobre a sua tradução em inglês – “The event of death should not be imputed to a physician, but it is also a fact that he is responsible for anything caused by his lack of skill” –, disponível em https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D1_Scott.htm#XVIII (acesso em 16 de fevereiro de 2021).

⁷¹ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, p. 29. Cfr. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, março de 2018, p. 29.

⁷² B. Sonny BAL. “An Introduction to Medical Malpractice in the United States”. *Clinical Orthopaedics and Related Research*, Vol 467 (2009), p. 339. Joseph S. KASS; Rachel V. ROSE. “Medical Malpractice Reform – Historical Approaches, Alternative Models, and Communication and Resolution Programs”. *American Medical Association Journal of Ethics*, Vol. 18, n.º 3 (março de 2016), p. 299.

⁷³ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, p. 29. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁴ Sobre a estrutura sucinta deste código, cfr. Joy WILTENBURG. “The Carolina and the Culture of the Common Man: Revisiting the Imperial Penal Code of 1532”. *Renaissance Quarterly* (Cambridge University Press), Vol. 53, n.º 3 (2000), p. 720.

⁷⁵ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *op. cit.*, p. 25.

1776 e francesa de 1789 que levaram à autodeterminação e à autorresponsabilidade de cada um dos cidadãos livres –, encontrava-se consagrado no Direito o princípio da culpa, princípio esse que, nos últimos 200 anos com o artigo 1382.º do *Code civil*, foi afirmado no Direito Civil, desempenhando um papel importante no âmbito da responsabilidade civil, especialmente da responsabilidade profissional⁷⁶.

No século XX, verifica-se uma evolução quantitativamente crescente de ações da responsabilidade profissional do médico, por razões de mudança da medicina como corpo de saber e do seu exercício prático, de transformação da relação médico-paciente e da alteração da sociedade e dos agentes sociais⁷⁷.

O que se expôs acima relaciona-se com a evolução histórica da responsabilidade médica nos países ocidentais. Importa ainda fazer uma apresentação sucinta do percurso histórico da responsabilidade profissional da MTC.

Na Época Medieval, entre a Dinastia *Han* (de 206 a.C. até 220 d.C.) e a Dinastia *Ming* (de 1368 até 1644), já existiam vários regimes jurídicos sobre a MTC, mas tais regimes jurídicos apenas se referiam a regras de configuração, nível, composição da profissão da MTC, bem como regras da formação e avaliação dos profissionais da MTC⁷⁸, não englobando qualquer regra da responsabilidade profissional da MTC.

A responsabilidade jurídica dos profissionais da MTC começou com a Dinastia *Qing* (de 1644 até 1912), em que os profissionais da MTC eram sujeitos à responsabilidade criminal caso cometessem determinados erros⁷⁹. Neste período, ainda não se encontrava qualquer regra jurídica sobre a obrigação de indemnização no âmbito civil.

O Direito Civil chinês, antes da reforma do sistema jurídico no final da Dinastia *Qing*, não era tão desenvolvido como a lei penal chinesa, não existindo um código sistemático, completo, rigoroso

⁷⁶ *Idem*, pp. 16-17.

⁷⁷ No que concerne a estas razões em detalhe, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 30-41.

⁷⁸ Sobre estas regras, cfr. Bang-xian CHEN (陈邦贤). *History of Medicine in China (中国医学史)*, TJ Press, Pequim, dezembro de 2005, pp. 100-123 e pp. 194-200.

⁷⁹ Por exemplo, os profissionais da MTC que não obedecessem às regras de prescrição pré-determinadas constantes do *Qing Palace Prescription Record Book (清宫廷药方记录本)*, ou que, mesmo obedecendo às regras referidas, não demonstravam ou até omitiam ou erravam os nomes de medicamento herbal, eram sujeitos a sanção criminal de 100 batimentos com cassetete; os profissionais da MTC que aplicavam medicamento herbal ou acupuntura sem obediência às regras referidas eram proibidos de exercer atividade médica caso causasse por negligência a morte de paciente; nesta última situação, os profissionais da MTC eram condenados com a perda da vida caso conduzisse dolosamente à morte de paciente; aqueles que não foram oficialmente autorizados para o exercício da profissão da MTC eram sujeitos à pena de multa no valor de 500 dólares (moeda corrente na Dinastia *Qing*), etc. *Idem*, pp. 206-207.

e independente⁸⁰. Antes da fundação da RPC em 1 de outubro de 1949, houve lugar a tentativas de reforma legislativa do Direito Civil pelo governo chinês por meio dos projetos de lei de 1911 e de 1925, mas não se tornaram um CC porque os respectivos processos legislativos não foram concluídos⁸¹. Tendo tomado como referência os códigos civis da Rússia e da Tailândia e ainda a experiência legislativa da Alemanha, do Japão e da Suíça no âmbito do direito civil, o primeiro CC na história chinesa foi elaborado e publicado entre 1929 e 1931⁸², mas foi revogado pela República Popular da China depois da sua fundação em 1 de outubro de 1949, embora neste momento ainda esteja em vigor em *Taiwan*⁸³. Deste código constam normas jurídicas – nomeadamente os artigos 184.º a 198.º – sobre a responsabilidade civil que se aplicavam a qualquer pessoa, incluindo os profissionais de saúde, quer da medicina convencional quer da MTC⁸⁴. Trata-se das normas que, pela primeira vez no percurso histórico chinês, regulavam a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na comunidade chinesa.

Após a fundação da RPC em 1 de outubro de 1949, e antes da entrada em vigor do seu primeiro CC em 1 de janeiro de 1987, o direito civil que existia na China incluía apenas as leis civis avultas, como a Lei das Sucessões, a Lei de Patentes, a Lei da Economia e dos Contratos, porque se entendia que um CC só poderia ser legislado depois de ter havido condições maduras⁸⁵. Deste modo, só com o CC de 1987 – isto é, os chamados *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China*⁸⁶ – é que a responsabilização civil (médica) voltou a ser regulada, nomeadamente no seu Capítulo VI (dos artigos 106.º a 134.º).

Os *General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China* foram revogados pelo novo CC – o chamado *Civil Code of the People's Republic of China*⁸⁷ –, que entrou em vigor recentemente em 1 de janeiro de 2021. Deste código constam disposições legais, especificamente no seu Capítulo VIII (dos artigos 176.º a 187.º), sobre o regime jurídico da responsabilidade civil, que se aplica a todas as pessoas, quer profissionais de saúde quer não.

⁸⁰ Shao-kun FANG (房绍坤). “A história, situação atual e futuro do direito civil chinês” (中国民法的历史、现状与未来). *Shandong Law Science (山东法学)*, n.º 6 (1997), p. 13.

⁸¹ Shao-kun FANG (房绍坤). “A história, situação atual e futuro do direito civil chinês” (中国民法的历史、现状与未来), *op. cit.*, p. 14.

⁸² Este código, com 1225 artigos, tem cinco partes, isto é, a parte geral, o direito das obrigações, o direito das coisas, o direito da família e o direito das sucessões, que entraram em vigor em datas diferentes – ou seja, a parte geral entrou em vigor em outubro de 1929, o direito das obrigações e o direito das coisas entraram em vigor em 5 de maio de 1930, e o direito da família e o direito das sucessões entraram em vigor em 5 de maio de 1931. Cfr. Xiu-qing LI (李秀清). “A nova tendência do direito civil no início do século 20 e o Direito civil da República Popular da China” (20世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》). *Tribune of Political Science and Law (Journal of China University of Political Science and Law)*, Vol. 20, n.º 1 (fevereiro de 2002), p. 125.

⁸³ Shao-kun FANG (房绍坤). “A história, situação atual e futuro do direito civil chinês” (中国民法的历史、现状与未来), *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ Sobre o teor deste código, *vide* <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000001> (acesso em 19 de fevereiro de 2021).

⁸⁵ Shao-kun FANG (房绍坤). “A história, situação atual e futuro do direito civil chinês” (中国民法的历史、现状与未来), *op. cit.*, p. 14.

⁸⁶ Sobre o conteúdo deste código, *vide* <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=1165&lib=law#menu20> (acesso em 19 de fevereiro de 2021).

⁸⁷ O texto deste código encontra-se disponível em http://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html (acesso em 20 de fevereiro de 2021).

2. Ato médico, erro médico e falta médica

Após uma apresentação breve da evolução histórica da responsabilidade médica e, especificamente da MTC, convém esclarecer os conceitos de ato médico, erro médico e falta médica, fazendo as questões seguintes: (1) o que se entende por ato médico? (2) o ato médico corresponde ao ato de cuidados de saúde? (3) os profissionais da MTC praticam ato médico ou ato de cuidados de saúde? (3) todos os atos médicos ou atos de cuidados de saúde conduzem a um erro médico ou falta médica? (4) qual é a diferença entre o erro médico e a falta médica? O esclarecimento destes conceitos é essencial para o esclarecimento de eventual confusão que possa existir entre os mesmos, bem como para melhor entendimento no que diz respeito aos tópicos que serão tratados adiante, como o erro de diagnóstico, a aplicação de método inadequado e falha na execução de métodos.

No que concerne ao ato médico, a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto (Lei de Bases de Saúde), mesmo sendo revogada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro (Lei de Bases de Saúde), determinava que “[é] definido na lei o conceito de acto médico” (Base XXXII, n.º 2). A partir daí, foram feitas várias tentativas de definição e regulamentação do ato médico. A primeira tentativa começou com a Lei do Acto Médico, que foi vetada pelo Presidente da República em 1999 por ocorrências que lhe são extrínsecas⁸⁸, entre as quais releva “a ausência de debate parlamentar sobre esta matéria dada a fonte e forma do articulado legal em questão”⁸⁹. Em 2000, o Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata apresentou um projeto de lei – isto é, o Projeto de Lei n.º 91/VIII⁹⁰ – cujo artigo 1.º visava também definir o âmbito do ato médico, prevendo que “[c]onstitui acto médico a actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa à saúde das pessoas, grupos e comunidades” (n.º 1) e que “[c]onstituem ainda actos médicos os exames de perícia médico-legal e respectivos relatórios, bem como os actos de declaração do estado de saúde, de doença ou de óbito de uma pessoa” (n.º 2). Esse Grupo Parlamentar entendia que o ato médico não compreendia toda a atividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas no âmbito da prestação de cuidados de saúde, porque outros atos de cuidados

⁸⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, Almedina, Coimbra, fevereiro, 2014, p. 13.

⁸⁹ GRUPO PARLAMENTAR DO PARTIDO SOCIAL DEMOCRATA. *Projecto de Lei n.º 91/VIII*, Lisboa: Assembleia da República, 1999. Disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c315a4a53556b76644756346447397a4c33427162446b784c565a4a53556b755a47396a&fich=pj191-VIII.doc&Inline=true> (acesso em 23 de fevereiro de 2021).

⁹⁰ *Ibidem*.

de saúde, como os atos de enfermagem, de fisioterapia ou acupuntura, poderiam concorrer para os mesmos fins, devendo estes últimos atos ser regulados em legislação própria e diferente da do ato médico⁹¹. Em 2005, a Secção Regional do Norte da Ordem dos Médicos, embora também sem sucesso, procedeu à tentativa de definição de ato médico por meio de um projeto de lei que se baseava no conteúdo dos projetos de tentativas anteriores⁹².

O ato médico não era legalmente regulado até 2019. A Ordem dos Médicos, após ter submetido à consulta pública o Projeto de Regulamento que Define o Ato Médico (Aviso n.º 5392/2019 da Ordem dos Médicos)⁹³, aprovou o Regulamento n.º 698/2019, de 5 de setembro – Regulamento que define os atos profissionais próprios dos médicos, a sua responsabilidade, autonomia e limites –, tendo em conta os interesses públicos, a defesa da vida e saúde dos cidadãos e o reforço da relação médico-paciente. Este regulamento define o ato médico como “atividade diagnóstica, prognóstica, de vigilância, de investigação, de perícias médico-legais, de codificação clínica, de auditoria clínica, de prescrição e execução de medidas terapêuticas farmacológicas e não farmacológicas, de técnicas médicas, cirúrgicas e de reabilitação, de promoção da saúde e prevenção da doença em todas as suas dimensões, designadamente física, mental e social das pessoas, grupos populacionais ou comunidades, no respeito pelos valores deontológicos da profissão médica”⁹⁴ (Artigo 6.º, n.º 1), incluindo ainda “as atividades técnico-científicas de investigação e formação, de ensino, assessoria, governação e gestão clínicas, de educação e organização para a promoção da saúde e prevenção da doença, quando praticadas por médicos” (Artigo 6.º, n.º 2). Deste modo, trata-se de um conceito de ato médico cujo conteúdo é tão abrangente que poderia incluir os atos praticados pelos profissionais da MTC. No entanto, a Ordem dos Médicos apenas reconhece, por meio do mesmo regulamento, os profissionais de saúde que se encontrem registados na Ordem dos Médicos (Artigo 2.º). O que implica que, como a prática da MTC é credenciada e tutelada pelo Ministério da Saúde (Artigo 6.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto) e os profissionais da MTC não se inscrevem na Ordem dos Médicos, estes profissionais não praticam, de forma jurídica, atos médicos no ordenamento jurídico português. Por conseguinte, o regulamento em apreço dá uma definição não apenas objetiva – isto é, definição de descrição das atividades em si (Artigo 6.º) –, como também subjetiva por ser relevante quem as pratica (Artigo 2.º).

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Marta TEMIDO; Gilles DUSAULT. “Papéis profissionais de médicos e enfermeiros em Portugal: limites normativos à mudança”. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 32, n.º 1 (2014), p. 49.

⁹³ Sobre o teor deste projeto, *vide* <https://dre.pt/application/conteudo/121698871> (acesso 24 de fevereiro de 2021).

⁹⁴ Na doutrina, há quem defina o ato médico como um ato “constituído pelo diagnóstico, prognóstico e prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades”, cfr. José António Esperança PINA. *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Edição, Editora Lidel, 2003, p. 70. *Idem*, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, Editora Lidel, março de 2003, p. 136. No entanto, esta definição não é rigorosa como a prevista pelo artigo 6.º do Regulamento n.º 698/2019.

Isto significa que só pode ser considerado ato médico aquele que seja praticado por quem esteja sob a alçada do Código de Deontologia da Ordem dos Médicos. Mesmo assim, pode discutir-se sobre se a expressão “ato médico” pode ser aplicada a outros profissionais. Ou seja, seria ato médico aquele que fosse praticado por quem respeitasse a deontologia médica, ainda que não estivesse inscrito na Ordem dos Médicos? Parece-me que a resposta deve ser negativa. Os profissionais de saúde que não sejam médicos, como não tendo habilitação profissional devida, não devem praticar atos médicos, mesmo que respeitem a deontologia médica, sob pena de cometerem o crime de usurpação de funções previsto na alínea b) do artigo 358.º do CP. Portanto, esses profissionais de saúde, mesmo tendo conhecimento da ciência médica e respeitando a deontologia médica, não podem proceder a qualquer ato da profissão médica para a qual a lei exige título ou preenchimento de certas condições.

Existe um fenómeno assim – isto é, o fenómeno de que a Ordem dos Médicos não reconhece a prática da MTC como atos médicos no regulamento acima mencionado – por várias razões, das quais se destaca o entendimento dessa Ordem de que a MTC é uma terapêutica que não tem fundamentação científica adequada⁹⁵. Deste modo, os atos que os profissionais da MTC praticam no ordenamento jurídico português correspondem apenas aos atos próprios da MTC que fazem parte de atos de cuidados de saúde em geral, embora não se relacionem com o chamado ato médico legalmente definido⁹⁶.

Os atos de cuidados de saúde correspondem a atos praticados por todos os profissionais de cuidados de saúde, incluindo atos profissionais como os de enfermagem, da fisioterapia e das terapêuticas não convencionais, etc., para além dos atos próprios dos médicos. Importa analisar se os atos de cuidados de saúde, quer dos médicos quer não, podem cometer erro médico e/ou negligência médica.

O erro médico é entendido como “uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico”⁹⁷ ou “comportamento do médico que, apesar de ter sido causa do prejuízo sofrido pelo paciente, não se traduz numa conduta censurável e nesta medida, não justifica a responsabilização jurídica do médico”⁹⁸. Sobre estas duas definições,

⁹⁵ Sobre este entendimento, Vera NOVAIS. *Medicina tradicional chinesa. Uma opção segura ou um risco para a saúde?*, op. cit.

⁹⁶ Esta ideia deverá ser alterada quando a MTC for considerada como uma forma de medicina e não apenas uma terapêutica não convencional, como defenderei em adiante no capítulo seguinte. Se a MTC for aceite na comunidade portuguesa como uma forma de medicina, os atos que os profissionais da MTC praticam deverão ser entendidos como atos médicos ou atos próprios dos médicos.

⁹⁷ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES. “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”. *Data Venia*, Ano 1, n.º 01 (julho-dezembro de 2012), p. 8.

⁹⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 15.

inclino-me para entender que a segunda definição corresponde exatamente ao erro médico porque se refere aos atos próprios dos médicos, enquanto a primeira definição é mais abrangente, incluindo os erros que possam ser causados tanto pelos atos médicos como pelos atos de outras profissões de saúde, como os de enfermagem, de fisioterapia, de acupuntura ou da MTC, etc. Deste modo, salvo melhor entendimento, prefiro denominar a primeira definição como “erro profissional” ou “erro de cuidados de saúde”, em vez do “erro médico”. É no “erro profissional” ou “erro de cuidados de saúde” que se encaixa, entre outros, o erro causado pelos atos próprios da MTC – ou seja, erro profissional da MTC. O que quer dizer que o termo “erro médico”, atendendo ao facto de que os profissionais da MTC não são médicos, não é uma designação adequada para a profissão da MTC, pelo que é mais adequado dizer-se que os profissionais da MTC cometem um “erro profissional” ou “erro de cuidados de saúde”.

Entende-se que a ocorrência de um erro médico não conduz sempre a consequências jurídicas, quer penais quer civis, porque nem todos os erros médicos preenchem um tipo de ilicitude criminal ou reúnem todos os pressupostos da responsabilidade civil (isto é, facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade), constituindo o seu autor no dever de indemnizar⁹⁹. Para que se verifique a responsabilidade médica, exige-se que o dano sofrido pelo paciente seja causado por negligência médica, ou seja por uma falta médica, no sentido de comportamento ilícito e culposo¹⁰⁰. Portanto, o critério através do qual se distingue o erro médico da falta médica é ver se “o médico viola, cumulativamente uma lei da arte e o dever de cuidado que lhe cabe, e assim se afasta daquilo que dele é esperado naquele caso”¹⁰¹. Em caso afirmativo, verifica-se uma falta médica (ou negligência médica) e não apenas um erro médico.

Ora, a questão que ainda se coloca é ver se, à semelhança do que ocorre no âmbito dos atos próprios dos médicos, os atos próprios da MTC, tal como outros tipos de atos de cuidados de saúde, também conduzem a um erro profissional ou a uma falta profissional¹⁰². Para esta questão, convém analisar se a prática dos atos próprios da MTC conduz ou não a uma falha profissional e, em caso afirmativo, corresponde ou não a uma atuação culposa. É evidente que os atos praticados pelos

⁹⁹ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES. “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *op. cit.*, p. 8

¹⁰⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 14.

¹⁰¹ *Idem*, p. 15.

¹⁰² As expressões, como “atos próprios da MTC”, “erro profissional”, “falta profissional” e “responsabilidade civil profissional”, são usadas em adiante no âmbito da MTC, com vista a evitar a eventual confusão que possa existir com as expressões “atos médicos”, “erro médico”, “falta médica” e “responsabilidade civil médica”.

profissionais da MTC podem causar efeito adverso¹⁰³, quer imprevisível quer previsível¹⁰⁴. Os atos próprios da MTC, aplicando, por exemplo, material herbal, podem causar efeitos adversos raros e imprevisíveis que influenciem gravemente a saúde de uma pessoa¹⁰⁵, mas os mesmos atos não são sujeitos à responsabilidade civil profissional por falta de um dos seus pressupostos, quer da culpa quer do nexo de causalidade¹⁰⁶. O facto de o efeito ser raro e imprevisível poderá ser relevante em sede de culpa e, deste modo, esta poderá ser excluída. Em sede de nexo de causalidade, tal facto poderá ter relevância e assim não existir uma relação causa-efeito adequada, porque a tomada daquele material herbal não deveria produzir o dano conforme o decurso normal das coisas. Com isto, apenas em caso de um efeito adverso previsível pode ocorrer um erro profissional da MTC. Mesmo assim, nem todos os erros profissionais da MTC conduzem a uma falta profissional. A falta profissional só existe quando o efeito adverso previsível se deve a um comportamento culposo dos profissionais da MTC, violando as respetivas *leges artis*¹⁰⁷ e o respetivo dever de cuidado¹⁰⁸. Só com a falta profissional, os atos profissionais da MTC podem ser sujeitos à responsabilidade civil, reunidos os restantes pressupostos (facto, ilicitude, dano e nexo de causalidade). Por conseguinte, conclui-se que os atos próprios da MTC, como sucede no âmbito do ato médico, podem conduzir a erros profissionais ou, sendo culposos, a faltas profissionais (ou negligências profissionais), sendo nesta última situação que, reunidos os restantes pressupostos (facto, ilicitude, dano e nexo causal) se verifica a responsabilidade civil profissional da MTC.

¹⁰³ O efeito adverso é definido como “toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do médico, que surja como consequência do ato médico e não do estado clínico que lhe deu origem, e que acaba por causar algum tipo de dano ao paciente”. Cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 14.

Para que haja uma definição mais abrangente que possa incluir não apenas os atos próprios dos médicos, tomando como referência o conteúdo da definição acima citada, o efeito adverso pode ser definido como “toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do profissional de saúde, que surja como consequência do ato de cuidados de saúde e não do estado clínico que lhe deu origem, e que acaba por causar algum tipo de dano ao paciente ou utente”.

¹⁰⁴ A OMS distingue o efeito adverso entre *Type A effects* (*‘drug actions’*) e *Type B effects* (*‘patient reaction’*), em que o primeiro se refere ao efeito adverso previsível por poder ser evitado por meio de uso de doses apropriados, enquanto o segundo implica efeito adverso imprevisível. Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Guidelines on Safety Monitoring of Herbal Medicines in Pharmacovigilance Systems*, Geneva, Switzerland, 2004. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43034/9241592214_eng.pdf (acesso em 1 de março de 2021).

¹⁰⁵ Cristiano COLALTO. “Unpredictable Adverse Reactions to Herbal Products”. *Journal of Drug Metabolism & Toxicology*, Vol. 3, n.º 2, 100e105 (2012), p. 1.

¹⁰⁶ É de realçar que não se pode entender que haja falta de facto voluntário, o qual se refere à prescrição de material herbal e não aos efeitos adversos raros e imprevisíveis.

¹⁰⁷ Sobre as fontes jurídica e/ou ética das *leges artis* da MTC, veja a Seção 4 do Capítulo III.

¹⁰⁸ Este raciocínio retira-se da ideia resultante da falta médica, que vem de Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 15.

3. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

3.1. Notas introdutórias

No âmbito da responsabilidade civil, a doutrina costuma distinguir a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, sendo que esta última modalidade se divide entre a responsabilidade por factos ilícitos (responsabilidade subjetiva), a responsabilidade pelo risco (responsabilidade objetiva) e a responsabilidade por factos lícitos danosos¹⁰⁹.

A responsabilidade contratual implica a obrigação de indemnização por violação de deveres jurídicos especiais ou relativos próprios das obrigações que em princípio têm a sua fonte num contrato e a que se sujeitam certas pessoas, pressupondo a existência, entre o lesante e o lesado, prévia ao prejuízo ou dano causado, de uma relação jurídica particular¹¹⁰. Ao contrário do que se designa, a responsabilidade contratual baseia-se em violação de qualquer obrigação, independentemente da sua fonte¹¹¹, pelo que a sua fonte pode resultar não apenas de contratos, como também de negócios jurídicos unilaterais ou de leis¹¹².

No que diz respeito à responsabilidade extracontratual, a obrigação de indemnização resulta da violação de deveres gerais de conduta (em geral, de abstenção, omissão ou não intervenção, embora também possa existir responsabilidade extracontratual em caso de atos omissivos, quando existia o dever de praticar o ato omitido, cfr. o Artigo 486.º do CC) que se impõem a todas as pessoas e que coincidem com a violação de direitos absolutos – saúde, vida, integridade física, reserva da intimidade da vida privada, livre desenvolvimento da personalidade, etc. –, ou deriva da prática de atos

¹⁰⁹ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983, pp. 8-10. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 518-525. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., Almedina, novembro de 2009, pp. 539-541. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1900, pp. 411-412. José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, Quid Juris Sociedade Editora, 2012, pp. 160-161. Sérgio DEODATO. *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Almedina, março de 2008, p. 58.

¹¹⁰ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, *op. cit.*, p. 8. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 519, 521 e 522. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 539. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, *op. cit.*, p. 411. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, março de 2018, p. 19. No mesmo sentido, Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 29. José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, *op. cit.*, pp. 160-161. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed. (Revista e Atualizada), Coimbra Editora, 1997, p. 212.

¹¹¹ Ana PRATA (com a colaboração de Jorge CARVALHO). *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.ª Ed., Almedina, fevereiro de 2011, p. 1302.

¹¹² Esta é a razão pela qual se entende que a expressão “responsabilidade contratual” não é rigorosa, sendo mais correto, embora também equivoco, falar-se de “responsabilidade obrigacional” ou “responsabilidade negocial”, mas a doutrina maioritária não adota estas expressões porque o contrato é a principal fonte de obrigações. Sobre a sua designação e fonte obrigacional, cfr. Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, *op. cit.*, p. 8. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 519. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 539. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, *op. cit.*, p. 411. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 211-213 e pp. 329-331. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2014, p. 294. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, p. 19. Sérgio DEODATO. *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, *op. cit.*, p. 58.

que, mesmo sendo lícitos, causam dano a outra pessoa¹¹³. Ao contrário do que sucede com a responsabilidade contratual, a responsabilidade extracontratual não pressupõe a existência, prévia ao prejuízo ou dano causado, de um vínculo obrigacional, mas apenas um contacto com outrem anterior ao prejuízo ou dano causado¹¹⁴.

É de salientar que a responsabilidade contratual se constitui, em princípio, com um ato negativo (omissão) porque o dever que se impõe corresponde a um dever positivo (*facere*), ao passo que a responsabilidade extracontratual exige, normalmente, a existência de um ato positivo (ação) porque o dever violado coincide a um dever negativo (*non facere*)¹¹⁵.

Para além das diferenças acima mencionadas, existem outras que revelam o regime da responsabilidade contratual mais vantajoso para o lesado (o credor, o paciente ou o utilizador de MTC) do que o regime da responsabilidade extracontratual¹¹⁶:

- i. No âmbito de ónus da prova, a culpa do lesante (o devedor, o médico ou o profissional da MTC) é presumida a favor do lesado (credor) na responsabilidade contratual por vigorar o princípio da inversão do ónus da prova da culpa (Artigo 799.º, n.º 1, do CC), enquanto na responsabilidade extracontratual tal presunção geral não existe (embora existam algumas presunções de culpa especialmente previstas na lei, como é o caso dos Artigos 491.º, 492.º e 493.º), cabendo, em regra, ao lesado (credor) fazer prova da existência de culpa do devedor lesante (Artigo 487.º, n.º 1, do CC), bem como da existência de outros elementos constitutivos da responsabilidade civil (cfr. o Artigo 342.º, n.º 1).
- ii. No que concerne à prescrição, aplica-se o prazo ordinário de 20 anos na responsabilidade contratual (Artigo 309.º do CC), enquanto na responsabilidade

¹¹³ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 8. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., p. 520. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, op. cit., p. 411. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 294. Sobre esta modalidade, veja também Ana PRATA (com a colaboração de Jorge CARVALHO). *Dicionário Jurídico*, Vol. I, op. cit., p. 1306. José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, op. cit., p. 161. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 212. Sérgio DEODATO. *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, op. cit., p. 58. Sobre os direitos de personalidade da pessoa doente em detalhe, cfr. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., pp. 133-235.

¹¹⁴ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 8. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 29-30. José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, op. cit., p. 161.

¹¹⁵ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 8, rodapé n.º 3. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 20.

¹¹⁶ Sobre estas diferenças em geral, André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., pp. 748-749. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 32-34. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., pp. 21-22. Sobre a diferença no que diz respeito à jurisdição competente, cfr. Andreia da Costa ANDRADE. *Atipicidade da Conduta Médica? – Tentativa de (Re)compreensão*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, janeiro de 2018, pp. 47-48.

extracontratual o prazo de prescrição é de 3 anos (Artigo 498.º do CC)¹¹⁷.

- iii. Na responsabilidade extracontratual, a indemnização pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados (artigo 494.º do CC), o que parece não existir na responsabilidade contratual.
- iv. Quanto à responsabilidade por atos de outrem, no âmbito da responsabilidade extracontratual a responsabilização do lesante depende da prova da obrigação de indemnizar do comissário, da relação de comissão e de que o facto danoso foi praticado pelo comissário no exercício das funções que lhe foram confiadas (Artigo 500.º do CC), ao contrário do que acontece na responsabilidade contratual, que exige apenas que o lesante (devedor) utilize outras pessoas para o cumprimento da sua obrigação contratual (auxiliares ou representantes legais), bastando a prova da culpa destes (Artigo 800.º do CC)^{118/119}.
- v. No que toca à jurisdição competente, na responsabilidade contratual compete aos tribunais cíveis julgarem os litígios porque se trata de uma relação de direito privado, enquanto na responsabilidade extracontratual são competentes os tribunais administrativos uma vez que os litígios em causa, em regra, ocorrem em hospitais públicos, dizendo respeito a atos de gestão pública¹²⁰.

Pelo contrário, existe uma diferença que demonstra o contrário (isto é, em que o regime da responsabilidade contratual é menos vantajoso para o paciente do que o regime da responsabilidade extracontratual): na responsabilidade extracontratual aplica-se, entre os devedores (o médico, a

¹¹⁷ No entanto, entende-se que é complicado aceder a registos clínicos quando o prazo de prescrição na responsabilidade contratual (vinte anos) é muito mais longo do que o prazo de conservação dos registos clínicos (em regra, não mais de cinco anos). Cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 33.

Sobre uma análise profunda sobre a diferença entre os prazos de prescrição da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual, Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA. "Prescrição na Responsabilidade Médica". *Responsabilidade Civil em Saúde (Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro)*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, maio de 2021, pp. 249-251.

¹¹⁸ Sobre a matéria sobre a responsabilidade civil por atos de outrem, veja Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 88-92, e as respetivas notas de rodapé.

¹¹⁹ Entendo ainda que estas duas normas também são aplicáveis para a situação em que o devedor é uma instituição médica, quer privada quer pública, enquanto o comissário, os representantes legais ou auxiliares poderão ser os médicos. No mesmo sentido, nomeadamente em caso de instituição hospitalar pública, vejam-se Filipe de Albuquerque MATOS. "Responsabilidade Médica e relação de comissão", in LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coord.). *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 33 e ss., e Eva Sónia Moreira da SILVA. "Considerations About Medical Liability in the Era of E-Health", in Maria Miguel Carvalho (ed.), *E. Tec Yearbook – Health Law and Technology*, JusGov/School of Law – University of Minho, 2019, p.33.

¹²⁰ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 94.

instituição médica e/ou auxiliares), a regra da solidariedade (Artigos 497.º e 507.º do CC), regra essa mais benéfica para o paciente lesado, enquanto na responsabilidade contratual é aplicável a regra geral da conjunção (Artigo 513.º do CC)¹²¹. Assim, o paciente lesado num hospital público (sendo responsável, por isso, o Estado, nos termos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, relativa à responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas) pode exigir a indemnização tanto ao médico lesante como ao Hospital, havendo culpa grave do médico (Artigo 8.º da referida Lei); se existir apenas culpa leve, o Estado será o único responsável (cfr. o Artigo 7.º, n.º 1, da referida Lei¹²²).

O CC, embora com a dicotomia tradicional – artigos 483.º a 510.º para responsabilidade extracontratual, e artigos 790.º a 812.º para a responsabilidade contratual – disciplina, de forma unitária, o seu efeito (obrigação de indemnizar) nos artigos 562.º a 572.º¹²³.

Todo o conteúdo acima referido – isto é, a introdução relativa à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual, bem como as diferenças entre ambas – pareceria mostrar clara ou certa a fronteira entre as duas modalidades da responsabilidade civil, mas não o é sempre assim, porque por um lado na doutrina nacional o confronto entre as duas modalidades é objeto de controvérsia entre aqueles que sustentam a sua unidade fundamental e aqueles que defendem as suas diferenças profundas e, por outro lado, em alguns casos é difícil determinar qual das modalidades se deve aplicar¹²⁴, existindo até situações de concurso de responsabilidades¹²⁵.

3.2. Responsabilidade médica (ou profissional) contratual

No âmbito específico da responsabilidade médica (ou profissional¹²⁶), decorreu um período de tempo muito longo em que se rejeitou a existência de um contrato celebrado entre o médico e o paciente, cujo incumprimento podia conduzir a uma responsabilidade médica contratual, pelos argumentos seguintes¹²⁷: (1) no direito romano, a atividade médica, a título de inteligência humana, não

¹²¹ Sobre esta diferença, cfr. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 22. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 748.

¹²² Sobre a análise desta norma, cfr. Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 94 e 95.

¹²³ José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, op. cit., p. 161. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 330.

¹²⁴ Sobre este ponto, cfr. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 331.

¹²⁵ Esta questão será tratada na Seção 3.4 do Capítulo II.

¹²⁶ Como se referiu acima, usa-se a expressão “responsabilidade profissional” para evitar qualquer confusão com a expressão “responsabilidade médica”, uma vez que esta última se refere aos atos próprios dos médicos quando aquela implica tanto estes atos como outros atos de cuidados de saúde, como os atos profissionais da MTC.

¹²⁷ Sobre estes argumentos, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do*

era suscetível de ser objeto de transação em virtude do valor superior dos bens (a vida e a saúde humanas) que a atividade médica influencia; (2) é muito pouca a margem para o exercício da liberdade de conformação do conteúdo contratual, já que existem disposições legais imperativas que não se podem afastar e o poder conformador seria nulo em caso da falta de conhecimento do paciente sobre esta matéria; (3) o estatuto da profissão médica seria composto por normas legais e não convencionais; (4) seria difícil qualificar a espécie de contrato que se geraria.

No momento atual, entende-se que em princípio se celebra, entre o médico e o paciente, um negócio jurídico sinalagmático, em que aquele é obrigado a prestar assistência médica a este mediante retribuição¹²⁸.

Com a aceitação do modelo contratual, pressupõe-se a existência prévia de uma relação jurídica entre o médico (ou o profissional da MTC), que exerce a sua atividade em regime de profissão liberal, e o paciente (ou o utilizador de MTC), relação essa que é qualificada pela doutrina nacional como um contrato de prestação de serviços (artigo 1154.º do CC)¹²⁹, ao qual é extensivo, com as adaptações devidas, o regime do mandato quando a lei não prevê regulamentação específica (artigo 1156.º do CC)¹³⁰. Mesmo assim, caso certo aspeto do contrato de prestação dos serviços médicos seja mais próximo do contrato de empreitada do que do contrato de mandato, é preferível que sejam aplicadas as disposições legais constantes daquele contrato¹³¹. Por outro lado, embora as modalidades do contrato de prestação de serviços que o CC prevê de forma expressa no seu artigo 1155.º – isto é, o mandato, o depósito e a empreitada – não incluam a relação jurídica entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC), tal não impede que essa relação seja qualificada como um contrato de prestação de serviços e seja regulada pelo seu regime. O que pode discutir-se é analisar se, perante a falta de regulamentação legal da relação jurídica entre o profissional de saúde e o paciente (ou o utilizador de MTC), esta relação é qualificada como um contrato de prestação de serviços típico ou atípico. Na doutrina nacional, vários autores entendem que o contrato de prestação de serviços médicos tem natureza típica¹³² e, mesmo não tendo regulamentação legal específica, se

Doente Lesado, op. cit., pp. 56-57.

¹²⁸ Este entendimento é comum não apenas no ordenamento jurídico português, como também nos ordenamentos jurídicos da Itália, da Argentina e de Espanha, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, op. cit.*, p. 60 e o rodapé n.º 134.

¹²⁹ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, op. cit.*, p. 671. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, op. cit.*, p. 70. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 39. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 185.

¹³⁰ Neste sentido, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 39.

¹³¹ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, op. cit.*, p. 674.

¹³² Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de “lege ferenda””. *Scientia Iuridica*,

apresenta como um “tipo social e nominado”¹³³.

No que toca às características deste tipo de contrato, a relação jurídica entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC) refere-se, em princípio, a um contrato *pessoal* ou *intuitus personae* porque se baseia numa confiança pela qual este último seleciona aquele¹³⁴. O que quer dizer que, quando a escolha não resulta do paciente (ou do utilizador de MTC), mas sim de uma disposição legal ou administrativa – isto é, quando o médico seja determinado ou disponibilizado pelo SNS –, não se está no âmbito da responsabilidade contratual¹³⁵. Nesta última situação, o que se aplica é o regime da responsabilidade extracontratual e a responsabilização do lesante (unidade pública de saúde) depende dos requisitos que se exigem pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público)¹³⁶.

Para além da natureza pessoal do contrato, este também tem natureza *bilateral* ou *sinalagmática*, dadas as obrigações, ligadas por um nexo de reciprocidade, às quais as partes se sujeitam, como as seguintes¹³⁷:

- i. O paciente (ou o utilizador de MTC) é obrigado ao pagamento de serviço ou honorários;
- ii. O paciente (ou o utilizador de MTC) tem o dever de colaborar com o profissional de saúde, no sentido de respeitar as suas orientações, como o cumprimento da prescrição de medicamentos ou renúncia a práticas que sejam prejudiciais para a saúde¹³⁸;

XXXIII, jan-abril, 1984, p. 107. Neste sentido, veja também Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 72-73.

¹³³ Carlos Ferreira de ALMEIDA. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”. *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL., 1996, p. 88. Este último autor entende que se trata de um contrato socialmente típico.

¹³⁴ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 71. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹³⁵ Neste sentido, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹³⁶ Quanto à responsabilidade por danos resultantes do exercício da gestão pública, cfr. Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 94 a 97. Em caso da responsabilidade extracontratual do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público no campo da *gestão privada*, aplica-se o artigo 500.º do CC, *idem*, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 93.

¹³⁷ Sobre estas obrigações ou deveres das partes, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 39-40. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 206. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 74-83.

¹³⁸ O resultado não pretendido por causa do incumprimento por parte do paciente das orientações que o profissional de saúde estabeleceu libera o médico (ou o profissional da MTC) de qualquer responsabilização jurídica, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 40. No mesmo sentido, veja também Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 83.

A exclusão da responsabilização jurídica do médico (ou profissional da MTC) pelo dano causado no paciente (ou no utente) devido ao incumprimento total ou ao cumprimento parcial deste sobre o que aquele determinou justifica-se porque esse dano não vem da culpa do médico (ou do profissional da MTC), mas sim da culpa do próprio paciente (ou do próprio utente) por não ter respeitado as indicações que lhe sejam recomendadas e por si aceites.

- iii. O paciente (ou o utilizador de MTC) tem o dever de informar o médico (ou profissional da MTC) da sua história clínica (como doenças, alergias ou medicamentos que já tomou, etc.), sem ocultar a informação com consciência ou negligência¹³⁹;
- iv. O paciente (ou o utilizador de MTC) tem, em sede do contrato de hospitalização, o dever de respeitar as disposições constantes do regulamento do funcionamento do hospital que devem estar conforme a legislação em vigor;
- v. O médico (ou o profissional da MTC), usando conhecimentos, técnicas e instrumentos, obriga-se a prestar assistência destinada à cura, diminuição do sofrimento ou prolongamento da vida;
- vi. O médico (ou o profissional da MTC) sujeita-se a elaborar e guardar a ficha clínica¹⁴⁰ do paciente (ou do utilizador de MTC), nos termos do artigo 100.º, n.º 1, do Código Deontológico dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro) – ou em caso da atividade profissional da MTC, nos termos do artigo 10.º, n.ºs 2 e 3, da Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais (Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto) – e, em geral, dos artigos 573.º e 575.º do CC;
- vii. O médico (ou o profissional da MTC¹⁴¹) é sujeito ao dever de obter um consentimento informado, esclarecido e livre;
- viii. O médico (ou o profissional da MTC) tem o dever de preparar e informar antes da execução de intervenção, bem como o dever de atualização de conhecimentos;
- ix. O médico (ou o profissional da MTC) obriga-se a avaliar se tem capacidade para tratamentos complexos e, em caso negativo, a evitar a sua execução, salvo em

¹³⁹ O incumprimento deste dever conduz à existência da culpa do próprio lesado no âmbito da responsabilidade civil do profissional de saúde, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 206.

¹⁴⁰ Nos termos do artigo 100.º, n.º 2, do Código Deontológico dos Médicos (Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro), “[a] ficha clínica é o registo dos dados clínicos do doente e tem como finalidade a memória futura e a comunicação entre os profissionais que tratam ou virão a tratar o doente”. Como Rute Teixeira Pedro nos diz de forma mais detalhada, a ficha clínica tem, por um lado, vertente descritiva e, por outro lado, vertente interpretativa e valorativa. Com a vertente descritiva, “[a] ficha clínica é um documento que contém um relato sintético do quadro clínico presente e do historial clínico (antecedentes próprios e familiares) do paciente, e uma descrição sucinta dos procedimentos que sejam adoptados, das pessoas que neles intervierem e das reacções apresentadas pelo organismo do doente”; com a vertente interpretativa e valorativa, a ficha clínica “[é] um elemento documental complexo, que acompanha as várias fases da actuação do profissional – diagnóstico, tratamento e mesmo prognóstico – sendo, portanto, de formação sucessiva e continuada no tempo”. Cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, op. cit.*, p. 76.

¹⁴¹ Em adiante, no Capítulo IV, será tratada especificamente a matéria do consentimento informado na MTC.

caso de urgência.

No que tange especificamente à obrigação de prestar assistência acima mencionada, embora o artigo 1154.º do CC refira que o médico (ou o profissional da MTC) “se obriga a proporcionar à outra [neste caso, o paciente ou utilizador de MTC] certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual”, tal resultado consiste não na cura ou recuperação do estado de saúde, mas sim apenas na prática dos atos médicos (ou dos atos profissionais da MTC) que tenham por objetivo prevenção, diagnóstico ou tratamento de paciente (ou de utilizador de MTC)¹⁴². A este propósito, entende-se que a obrigação típica do contrato de prestação de serviços médicos é a obrigação de prestar cuidados de saúde adequados de acordo com as *leges artis*, isto é, a obrigação de tratamento, que inclui elementos como anamnese, observação, diagnóstico, indicação e/ou terapêutica¹⁴³. O que quer dizer que a assistência ou o tratamento a que o médico (ou o profissional da MTC) se obriga não se dá sempre para melhorar ou até curar o estado de saúde, podendo ocorrer situação em que a obtenção de resultado não se verifica por causa de eventual risco ou incerteza que possa surgir durante a sua atuação. É com este fundamento que se costuma dizer que o médico (ou o profissional da MTC), em princípio, se sujeita a uma obrigação de meios, e não a uma obrigação de resultado, exceto em situações em que os seus atos não envolvem risco ou não levam à incerteza sobre a obtenção de resultado¹⁴⁴, como a realização de exames médicos, as aplicações de próteses, a cirurgia estética e a obrigação de realização de diagnóstico correto¹⁴⁵. Nestas exceções, o médico é obrigado a obter certo resultado, pelo que o contrato de prestação de serviços médicos mistura-se com elementos do contrato de empreitada (artigo 1207.º do CC), embora seja fundamental a característica da prestação de serviço¹⁴⁶. É exatamente da diferença entre o tratamento e a cura que resulta a diferença entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado e o critério de distinção entre uma e outra é apreciar ou analisar se existe ou não risco ou incerteza no que diz respeito à aquisição de um resultado.

¹⁴² Carlos Ferreira de ALMEIDA. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, *op. cit.*, p. 87. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴³ Neste sentido, e sobre os significados dos elementos mencionados, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁴⁴ Cfr. STJ, acórdão de 23 de março de 2017, Processo n.º 296/07.7TBM CN.P1.S1 (relator Tomé Gomes). Este acórdão entende que “...casos há em que, tratando-se de ato médico com margem de risco ínfima, a obrigação pode assumir a natureza de obrigação de resultado”, acrescentando que “[p]ara efeitos dessa qualificação, não se mostra curial adotar critérios apriorísticos em função da mera categorização do tipo de atividade médica, mas sim de forma casuística centrada no contexto e contornos de cada situação”. Veja também TRL, acórdão de 14 de julho de 2020, Processo n.º 18383/17.1 T8LSB-A.L1-6 (relatora Ana de Azeredo Coelho), que nos diz que “[a] qualificação da obrigação do médico como de meios ou de resultado não é pacífica, tendendo a doutrina e a jurisprudência a considerar que em determinadas especialidades médicas como a cirurgia estética, os exames laboratoriais ou a colocação de próteses, pode considerar-se que a obrigação é de resultado ou de quase resultado”, acrescentando que “[n]as cirurgias estéticas de eleição a intervenção não se refere a uma condição de doença em ordem a envidar todos os esforços para a cura – típica obrigação de meios – antes se destina a obter um resultado previamente definido”.

¹⁴⁵ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, pp. 204-205. No entanto, a esterilização e a cirurgia estética são casos duvidosos, para os quais a doutrina e a jurisprudência não têm entendimento unânime. Uma análise detalhada desses casos duvidosos e críticas sobre alguns acórdãos do STJ, cfr. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *op. cit.*, pp. 719-729.

¹⁴⁶ Neste sentido, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, p. 186.

Mesmo assim, este entendimento não deixa de ser criticado, nomeadamente por aqueles que se pronunciam no sentido da inexistência de uma tal distinção, entendendo que certo resultado, embora não total, é sempre adquirido por todas as obrigações, porque por um lado o devedor (o médico ou o profissional da MTC) se sujeita à assunção de uma obrigação de diligência ou de prudência (obrigação de meios) e por outro lado, através de cumprimento dessa obrigação, o credor (o paciente ou o utilizador de MTC) adquire pelo menos um interesse intermédio tendente à aquisição de um interesse final ou adquire diretamente o interesse final desejado (obrigação de resultado)¹⁴⁷.

O contrato de prestação de serviços entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC) também é *oneroso* porque envolve honorários, mesmo podendo ser gratuito¹⁴⁸. O contrato de prestação de serviços pode ser “com ou sem retribuição” por força do que determina o artigo 1154.º do CC. Em caso de ter natureza retributiva, o médico (ou o profissional da MTC) presta ao paciente (ou ao utilizador de MTC) a sua assistência com energia, conhecimento e experiência, enquanto este último cumpre a sua obrigação pecuniária¹⁴⁹. Mesmo tendo natureza gratuita, não se altera o conteúdo das obrigações jurídicas a que se sujeita o médico (ou, por mesmo raciocínio, o profissional da MTC)¹⁵⁰.

Mesmo sendo *sujeito à rescisão* (mas o médico ou o profissional da MTC se sujeita à continuidade de cuidados de saúde)¹⁵¹, o contrato de prestação de serviço é também *contínuo* ou *duradouro*, pois que tal prestação, em regra, não se esgota num único momento, prologando-se por um espaço de tempo longo¹⁵². Mais se acrescenta que o contrato de prestação de serviços é um *contrato civil de consumo*, ao qual são aplicáveis as regras jurídicas de proteção dos consumidores¹⁵³. Por outro lado, tem ainda natureza consensual porque o médico (ou o profissional da MTC) é sujeito a obter o consentimento informado do seu paciente (ou de utilizador de MTC), isto é, a prestar informação

¹⁴⁷ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 117. Esta autora diz-nos que “[c]onsiderando a obrigação que o médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, poderemos concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (rectius, chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado mediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade... Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às *leges artis* – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde”, cfr. *idem.*, pp. 118-119.

Contra a existência da distinção ou criticando a sua conveniência ou oportunidade, veja também António M. da Rocha e Menezes CORDEIRO. *Direito das Obrigações, Vol. I*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 358, e Luís M. Teles de Menezes LEITÃO. *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução da Constituição das Obrigações*. 4.ª edição, Almedina, 2005, p. 130.

¹⁴⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹⁴⁹ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁵⁰ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., pp. 185-186.

¹⁵¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹⁵² Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 71.

No mesmo sentido, veja também Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹⁵³ Carlos Ferreira de ALMEIDA. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, op. cit., p. 89. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 71.

relevante, a esclarecer e a obter o consentimento livre¹⁵⁴.

É de salientar que o conteúdo do contrato de prestação de serviço é fundamentalmente regulado pelas cláusulas contratuais gerais, mas não é lícito ao médico (ou ao profissional da MTC), por convenção, limitar ou excluir a sua responsabilidade porque os deveres a que se sujeita são deveres de ordem pública¹⁵⁵, sendo matéria subtraída à disponibilidade das partes (artigo 602.º do CC).

A questão mais complexa é a de saber se a celebração do contrato entre o médico e o paciente é ainda um pressuposto em situação de urgência. Neste caso, o paciente pode não ter consciência e capacidade de expressar a sua vontade, nem ter nenhum representante legal que supra a sua incapacidade. Para uma situação assim, é óbvio que não existe um contrato entre eles, uma vez que o paciente não tem consciência nem capacidade de celebrar o contrato com o médico. Por conseguinte, a fonte da responsabilização civil do médico já não é o contrato, mas sim a gestão de negócios, porque o médico assume o tratamento de paciente no interesse e por conta deste sem para tal estar autorizado (artigo 464.º do CC)¹⁵⁶. No entanto, é de salientar, a este respeito, a diferença entre a atividade médica e a atividade da MTC. Na situação de urgência, o regime da gestão de negócios, mesmo sendo aplicável aos atos próprios dos médicos, não se aplica aos atos profissionais da MTC, porque os métodos terapêuticos da MTC não são adequados, e muitas vezes não são capazes, para tratamentos em situação de urgência. O que o profissional da MTC pode fazer é, em princípio e na maioria das vezes, a transmissão do utilizador de MTC em particular para um hospital com condição de acompanhamento devido, em vez de realizar o tratamento, sob pena de ser responsabilizado pelo atraso de transmissão¹⁵⁷.

O que se tem exposto relaciona-se com o contrato de prestação de serviços de saúde com natureza pessoal, isto é, a relação estabelecida entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC), mas o regime da responsabilidade civil contratual aplica-se também à relação jurídica unidade de saúde-paciente, ou melhor, à relação entre a unidade privada de saúde (como a

¹⁵⁴ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 71-72.

¹⁵⁵ António Pinto MONTEIRO. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 309-310. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 39.

¹⁵⁶ Neste sentido, José Carlos Moitinho de ALMEIDA. "Responsabilidade do médico e o seu seguro". *Scientia Iuridica*, Braga, Tomo XXI, janeiro-decembro 1972, pp. 338-339. Pedro Romano MARTINEZ. "Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico". *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 466. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., pp. 186-187.

¹⁵⁷ Esta parte será tratada de forma detalhada na parte relativa ao consentimento informado, nomeadamente na situação de urgência.

clínica, o consultório ou hospital privado) e o paciente ou utilizador de MTC¹⁵⁸. Trata-se de um contrato de prestação de serviços de saúde com natureza *institucional* ou *organizacional* em contexto privado¹⁵⁹, atuando o médico (ou o profissional da MTC) integrado na unidade privada de saúde¹⁶⁰, em vez de exercer a sua atividade em regime de profissão liberal. Neste contexto, em princípio cabe à unidade privada de saúde responder judicialmente, no lugar do médico (ou do profissional da MTC), pelos atos por este praticados¹⁶¹.

No entanto, mesmo com a natureza *institucional* ou *organizacional*, o facto de o médico (ou profissional da MTC) se integrar numa unidade privada de saúde não significa sempre que essa unidade assuma a qualidade da parte no contrato de prestação de serviços de saúde. Pode haver situações em que, quer o próprio médico (ou o profissional da MTC) quer a unidade privada de saúde, assumem exclusivamente tal qualidade e respondem judicialmente pelo dano causado. Por conseguinte, é crucial saber o critério através do qual se determina a responsabilização civil da unidade privada de saúde. Para esse efeito, o critério fundamental é o de saber, por um lado, o tipo de contrato celebrado entre a unidade privada de saúde e o médico/profissional da MTC, com vista a saber se este último é um assalariado ou um prestador de serviços, e, por outro lado, com quem (unidade privada de saúde ou o profissional de saúde) contrata o paciente ou utilizador de MTC, de forma a saber se se trata de um contrato total ou de um contrato dividido¹⁶².

Em caso do chamado *contrato dividido* ou *contrato de hospitalização dividido*, existem dois contratos autónomos mas estreitamente conexos, isto é, o contrato de hospitalização celebrado entre a unidade privada de saúde e o paciente (ou o utilizador de MTC), em que essa unidade se sujeita às obrigações específicas do contrato de internamento (como alojamento, alimentação, fornecimento de medicamentos, cuidados de enfermagem etc.), e o contrato de prestação de serviços de saúde, celebrado entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC)¹⁶³. Logo, para

¹⁵⁸ Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 33.

¹⁵⁹ Em contexto público, a doutrina maioritária defende a aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual. Esta matéria será tratada e analisada de forma detalhada em adiante.

¹⁶⁰ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 192.

¹⁶¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 193. Esta autora entende ainda que o direito de regresso existe mesmo no campo da responsabilidade contratual, cfr. *idem*, pp. 193 e 195. No entanto, parece-me que este entendimento não é de adotar porque, ao contrário do que prevê o n.º 3 do artigo 500.º do CC, o artigo 800.º não prevê o direito de regresso.

¹⁶² Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 194. No entanto, os tribunais nacionais lançam mão de outros índices para verificar se é uma ou outra figura, ou seja, “a) a existência de dois recibos separados, um para os cuidados de internamento e outro para tratamento médico, ou pelo menos, um recibo com os honorários discriminados e diferenciados; b) a relação contratual que une o médico à Clínica: tratando-se de um contrato de trabalho, ou uma prestação de serviços regular, o médico presume-se um auxiliar da Clínica, aplicando-se o regime do contrato total ou total com escolha de médico; já se o médico tem total independência de horários, organização do tempo ao longo do ano, ou se o cliente procura a Clínica a pedido do médico, então estaremos perante um contrato dividido”, cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.OT8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

¹⁶³ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 192. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op.

além da qualidade de parte que a unidade privada de saúde assume exclusivamente no primeiro contrato, o próprio médico (ou o profissional da MTC) também assume pessoalmente a qualidade da parte, mas no segundo contrato. Em caso da violação das obrigações, existe apenas responsabilidade exclusiva de uma ou de outro, não havendo situação em que, ao abrigo do artigo 800.º, n.º 1, do CC, a unidade privada de saúde responda judicialmente pelos atos praticados pelo médico (ou pelo profissional da MTC). Deste modo, a responsabilidade civil da unidade privada de saúde resulta dos atos efetuados pelos seus funcionários que executem o contrato de internamento (como alojamento, alimentação, fornecimento de medicamentos, cuidados de enfermagem etc.), e não dos atos próprios do médico (ou do profissional da MTC) que prestem serviços de saúde num contrato autónomo, porque neste último caso é o médico (ou o profissional da MTC) quem responde pessoalmente pelos seus atos¹⁶⁴. Para além disso, a unidade privada de saúde ainda pode ser responsabilizada pela deficiente disponibilização ao médico (ou ao profissional da MTC) os meios técnicos ou humanos de que necessita para desempenhar a sua profissão¹⁶⁵.

Noutros casos, como nos chamados *contrato total* (também designado por *contrato de hospitalização*) e *contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde* (também designado por *contrato total com escolha de médico* ou *contrato médico adicional*)¹⁶⁶, apenas a unidade privada de saúde assume a qualidade da parte¹⁶⁸. No primeiro caso – no *contrato total* –, a unidade privada de saúde sujeita-se às obrigações tanto da prestação de serviços relacionados com o internamento (como alojamento, alimentação, fornecimento de medicamentos, cuidados de enfermagem etc.) como da prestação de cuidados de saúde apropriados¹⁶⁹, respondendo pelos atos praticados por todos os funcionários que utiliza para cumprir as suas obrigações nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do CC¹⁷⁰. Mesmo nas situações em que o profissional de saúde não se integra na unidade privada de saúde, entende-se que é adequada a aplicação do regime da responsabilidade

cit. p. 196. A este propósito, veja também TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

¹⁶⁴ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 196.

¹⁶⁵ STJ, acórdão de 15 de dezembro de 2011, Processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1 (relator Gregório Silva Jesus). Neste sentido, veja também Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 196.

¹⁶⁶ Estas designações vêm da jurisprudência nacional, cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

¹⁶⁷ Para além destas designações para ambos os contratos, encontram-se também designações diferentes na jurisprudência nacional, como “relação contratual única e direta entre a clínica e o paciente” e “relação única de prestação de serviços médicos celebrada com médico”, cfr. TRL, acórdão de 22 de março de 2007, Processo n.º 5177/2006-2 (relator Neto Neves).

¹⁶⁸ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶⁹ A jurisprudência portuguesa entende que o contrato total é um contrato misto ou combinado que abrange quatro contratos, isto é, um contrato de prestação de serviços médicos, um contrato de internamento, um contrato de locação e eventualmente de compra e venda (como fornecimento de medicamentos) e um contrato de empreitada (como confeção de alimentos). Cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

¹⁷⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 195. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, pp. 192 e 193. Neste sentido, veja também STJ, acórdão de 23 de março de 2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 (relator Tomé Gomes).

contratual, respondendo a unidade privada de saúde pelos atos praticados pelo profissional de saúde nela não subordinado, à luz do artigo 800.º, n.º 1, do CC, uma vez que o médico continua a ser aqui um auxiliar no cumprimento da obrigação contratual da unidade privada de saúde (o art. 800.º não exige a existência de uma relação de comissão)¹⁷¹. Por outro lado, o chamado *contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde*, envolve apenas cuidados de ambulatório (como consultas, cuidados de saúde simples, exames complementares de diagnóstico, etc.) e não serviços de internamento, tendo o conteúdo semelhante ao do contrato de prestação de serviços celebrado entre o médico (ou o profissional da MTC), que exerça a sua atividade em regime de profissão liberal, e o paciente (ou o utilizador de MTC)¹⁷², com a diferença de que a prestação de serviço não é garantida pelo médico (ou pelo profissional da MTC), mas sim pela unidade privada de saúde e por todos os seus funcionários nela integrados¹⁷³. Esta é a razão pela qual, neste caso, apenas essa unidade assume a qualidade da parte no contrato e, deste modo, se sujeita à responsabilidade contratual em caso da eventual violação das obrigações ao abrigo do artigo 800.º, n.º 1, do CC.

3.3. Responsabilidade médica (ou profissional) extracontratual

Ao contrário do que sucede na responsabilidade contratual, no âmbito da responsabilidade extracontratual (artigo 483.º e ss. do CC) não existe, entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC), nenhum contrato, mesmo sendo tácito, prévio ao dano causado, mas apenas um contacto com outrem antes do dano referido¹⁷⁴, isto é, uma assistência contingente efetuada pelo médico (ou pelo profissional da MTC) ao paciente (ou ao utilizador de MTC)¹⁷⁵. Neste âmbito, o profissional de saúde sujeita-se à responsabilidade extracontratual porque, pela assistência efetuada, infringe o direito (absoluto) de outrem ou disposição legal com vista à proteção de interesses alheios (artigo 483.º, n.º 1, do CC). Em princípio, as situações em que se aplica o regime de responsabilidade extracontratual em caso de uma tal infração são as seguintes:

¹⁷¹ Sobre este entendimento, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 195.

¹⁷² Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 192.

¹⁷³ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 195-196.

¹⁷⁴ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 8. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 29-30. José Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, op. cit., p. 161.

Mesmo assim, na jurisprudência nacional encontra-se decisão judicial com entendimento diferente, defendendo que se exigiria a existência de um negócio jurídico bilateral para haver responsabilidade médica extracontratual, ao entender que “[n]ão pode haver responsabilidade médica contratual e extracontratual se nenhum negócio jurídico bilateral existe entre médico e paciente”. Cfr. TRL, acórdão de 13 de dezembro de 2012, Processo n.º 2146/05.OTVLSB.L1-2 (relator Sérgio Almeida).

¹⁷⁵ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 41.

- 1) Situações em que, quando o contrato não chega a existir por causa da impossibilidade da formação contratual em tempo útil ou, mesmo existindo uma relação contratual, esta é viciada de invalidade (como a nulidade do contrato celebrado cujo objeto seja contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes¹⁷⁶ ou a nulidade do contrato celebrado com uma pessoa incapaz sem presença de representante legal), o profissional de saúde atua como um gestor de negócios no interesse e por conta do respetivo paciente sem qualquer autorização deste (artigo 464.º do CC) e se sujeita à responsabilidade extracontratual em caso de produzir culposamente danos no exercício da gestão (artigo 466.º do CC), ou, não reunidos os requisitos da gestão de negócios, a sua obrigação indemnizatória funda-se na responsabilidade extracontratual¹⁷⁷;
- 2) Situações em que, mesmo existindo um contrato celebrado, os danos ou prejuízos causados não são cobertos e protegidos pela realidade contratual (como danos causados a terceiros, mas tutelados apenas pela responsabilidade extracontratual, nomeadamente quando, por deficiência de cuidado médico, tais danos são causados pelo paciente que o médico se sujeita a vigiar, nos termos do artigo 491.º do CC)¹⁷⁸;
- 3) Situações em que a atividade médica preenche um tipo criminal e, para além da responsabilidade criminal que possa surgir, o médico se sujeita à responsabilidade extracontratual porque viola ilicitamente uma norma criminal destinada a proteger interesses do paciente (artigo 483.º, n.º 1, do CC)¹⁷⁹;

Para além das situações acima referidas, discute-se frequentemente se, no âmbito do serviço nacional de saúde, à relação estabelecida entre a unidade pública de saúde e o paciente/utilizador de MTC é aplicável o regime de responsabilidade extracontratual ou, reconhecida a existência de um contrato, o de responsabilidade contratual. Trata-se de uma discussão entre as duas

¹⁷⁶ Por exemplo, intervenções experimentais muito arriscadas sem finalidade curativa ou mutilação desnecessária, exemplos esses retirados de Rute Teixeira PEDRO (*A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 63) e, apenas para o primeiro exemplo, de Vera Lúcia RAPOSO (*Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 41). Outros exemplos, como aborto ilícito ou contratos de disposição do corpo humano, cfr. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 746.

¹⁷⁷ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 63-64. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., pp. 746-747.

¹⁷⁸ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 65-66. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 747.

¹⁷⁹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 41. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 746.

teses relativamente ao ato que o profissional de saúde exerce na unidade pública de saúde: por um lado, a tese que qualifica esse ato como um ato de gestão pública e, por outro lado, a tese que o reconhece como um ato de gestão privada.

A doutrina e a jurisprudência¹⁸⁰ maioritária defendem a primeira tese acima referida, isto é, a tese que qualifica os atos profissionais exercidos na unidade pública de saúde como um ato de gestão pública, reconhecendo que, como não existe qualquer relação contratual, a relação entre a unidade pública de saúde e o paciente/utilizador de MTC deve ser entendida como uma relação jurídico-administrativa de prestação de cuidados de saúde, à qual se aplica o regime da responsabilidade extracontratual, pois que a unidade pública de saúde atua no âmbito de um serviço público e desempenha uma atividade de gestão pública¹⁸¹.

No que diz respeito à doutrina dominante, não se deixa de mencionar a posição de Freitas do Amaral, que afirma que os atos efetuados em unidades públicas de saúde correspondem aos atos de gestão pública e exercem uma função pública regulada por disposições legais de direito público¹⁸². Sobre esta tese, encontra-se também o entendimento de Sérvulo Correia, que defende a natureza não contratual da relação entre a unidade pública de saúde e o paciente/utilizador de MTC, dizendo-nos que “[n]ão cremos com efeitos que o ato criador da relação de utilização dos hospitais ou dos centros de saúde do SNS seja bilateral, isto é, que nele se materialize um acordo de vontades”¹⁸³. Mais se acrescenta ainda a posição de Guilherme de Oliveira, que defende que “[s]e o esquema contratual ainda serve para governar a actividade de um médico isolado ou de uma clínica particular..., parece evidente que aquele esquema jurídico já não serve, para enquadrar a actividade médica dentro de um hospital público”¹⁸⁴. Rute Teixeira Pedro também sufraga a mesma tese, defendendo que “...independentemente da natureza da relação que se estabelece entre a entidade pública e o doente, a

¹⁸⁰ Na jurisprudência nacional, são vários os acórdãos que defendem esta posição maioritária, vejam-se, entre outros, os seguintes: STA, acórdão de 16 de janeiro de 2014, Processo n.º 0445/13 (relator São Pedro); STA, acórdão de 24 de maio de 2012, Processo n.º 0756/10 (relator Adérito Santos); STA, acórdão de 9 de maio de 2012, Processo n.º 093/12 (relator Costa Reis); STA, acórdão de 9 de junho de 2011, Processo n.º 0762/09 (relator Adérito Santos); STA, acórdão de 9 de março de 2000, Processo n.º 042434 (relator Vitor Gomes); STA, acórdão de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 0763/09 (relator Pires Esteves); STA, acórdão de 3 de julho de 2007, Processo n.º 0443/07 (relator Jorge de Sousa); STA, acórdão de 6 de junho de 2007, Processo n.º 0295/05 (relator Costa Reis); STA, acórdão de 8 de julho de 2004, Processo n.º 01129/03 (relator João Cordeiro); STA, acórdão de 20 de abril de 2004, Processo n.º 0982/03 (relator Políbio Henriques); STA, acórdão de 16 de janeiro de 2003, Processo n.º 045121 (relator Adérito Santos); STA, acórdão de 22 de abril de 1999, Processo n.º 044467 (relator João Cordeiro); STA, acórdão de 17 de dezembro de 1996, Processo n.º 035469 (relator Padrão Gonçalves); STA, acórdão de 2 de maio de 1996, Processo n.º 034486 (relator Edmundo da Silva); STA, acórdão de 9 de março de 1995, Processo n.º 029537 (relator Anselmo Rodrigues); STA, acórdão de 10 de dezembro de 1992, Processo n.º 030514 (relatora Queiroga Chaves).

¹⁸¹ Cfr. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., pp. 38-42, que resume os argumentos da doutrina dominante.

¹⁸² Freitas do AMARAL. “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”. *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, pp. 128-129.

¹⁸³ Sérvulo CORREIA. “As Relações Jurídicas de Prestações de Cuidados pelas Unidades de Saúde dos Serviço Nacional de Saúde”. *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 22-24.

¹⁸⁴ Guilherme de OLIVEIRA. “Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”, in *Temas de Direito da Medicina*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 61-62.

responsabilidade do médico terá uma natureza delitual, na medida em que, mesmo que se entenda que aquela relação apresenta uma índole contratual ou para-contratual, o profissional não será parte, na mesma”¹⁸⁵. Vera Lúcia Raposo, seguindo a mesma linha de Guilherme de Oliveira, reconhece que “...o caso mais paradigmático de responsabilidade extracontratual é o do médico a prestar serviço em hospitais públicos, ao abrigo do SNS...”¹⁸⁶. Já Maria João Estrinho e Tiago Macieirinha sufragam a mesma ideia, entendendo que “[n]o âmbito do serviço nacional de saúde, os respetivos estabelecimentos também formam uma relação jurídica com os utilizadores de MTC. Todavia, ao contrário do que sucede no domínio do Direito Privado, esta relação jurídica não parece ter a sua fonte no contrato, ou seja, no acordo de vontades das partes, mas antes surge como consequência do acesso dos cidadãos a um serviço público, neste caso, ao serviço público de saúde, determinado por uma permissão normativa de origem legal ou mesmo constitucional. Por isso, a fonte próxima da relação jurídica de saúde assim configurada é a lei”¹⁸⁷. No mesmo sentido, encontram-se ainda os entendimentos de Ana Raquel Gonçalves Moniz¹⁸⁸ e Mafalda Miranda Barbosa¹⁸⁹.

No que toca à tese minoritária¹⁹⁰, é fundamental mencionar a posição dos reputados autores Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, que defendem que os atos médicos exercidos em estabelecimentos pertencentes ao SNS devem ser entendidos como um ato de gestão privada, correspondendo a relação entre esses estabelecimentos e o paciente/utilizador de MTC à relação contratual de direito privado¹⁹¹. No entanto, estes autores defendem que o regime de responsabilidade contratual não se aplica às situações em que os atos médicos são praticados nos hospitais militares¹⁹² ou que os danos são produzidos por causa da organização dos serviços hospitalares e não dos atos médicos¹⁹³. Embora seja uma posição minoritária, o entendimento desses autores colhe seguidores, como João Álvaro Dias¹⁹⁴ e Joaquim Alcoforado Saldanha¹⁹⁵.

¹⁸⁵ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 67-69.

¹⁸⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 41.

¹⁸⁷ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 207.

¹⁸⁸ Ana Raquel MONIZ. *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 17-18. Esta autora entende que a relação entre a unidade pública de saúde e o utente é uma relação especial de direito administrativo e não qualquer relação de direito administrativo.

¹⁸⁹ Mafalda Miranda BARBOSA. “Notas Esparsas Sobre Responsabilidade Médica”. *Lex Medicinæ*, Ano IV, n.º 7, 2007, p. 147.

¹⁹⁰ Mesmo sendo uma tese minoritária, na jurisprudência nacional encontram-se, entre outros, alguns acórdãos que a sufragam, como: STA, acórdão de 9 de junho de 1992, Processo n.º 030609 (relator Amâncio Ferreira); TRL, acórdão de 24 de outubro de 2002, Processo n.º 0028539 (relator Silveira Ventura).

¹⁹¹ Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”. *BMJ*, n.º 332 (janeiro de 1984), p. 47-49.

¹⁹² Especificamente sobre este ponto, cfr. STA, acórdão de 22 de abril de 1999, Processo n.º 044467 (relator João Cordeiro), que defende que “[t]em natureza de responsabilidade extracontratual, por actos de gestão pública, a responsabilidade do Estado decorrente de actos médicos praticados nos hospitais militares”.

¹⁹³ Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”, op. cit., pp. 47-48.

¹⁹⁴ João Álvaro DIAS. “Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica”. *RPDC*, n.º 3, 1993, p. 42.

A determinação de uma ou outra tese é relevante no âmbito da competência judicial em razão de matéria para conhecer e julgar o pedido de indemnização civil fundado na responsabilidade civil pelos atos praticados em unidades públicas de saúde, porque tal competência judicial varia em função da tese para a qual se inclina. A inclinação para a tese maioritária – tese que qualifica como um ato de gestão pública os atos profissionais exercidos em unidades públicas de saúde – leva a que se entendam competentes os tribunais administrativos para conhecer e julgar a ação de responsabilidade civil por danos decorrentes de tais atos¹⁹⁶, enquanto a adoção da tese minoritária implica que, como se trata de um ato de gestão privada, são competentes os tribunais de jurisdição comum.

A este respeito, é importante que sejam esclarecidas algumas situações específicas. Por exemplo, são competentes os tribunais de jurisdição comum para conhecer e julgar a ação de responsabilidade civil intentada contra, apenas e tão-só, uma empresa privada – a Companhia Seguradora –, para a qual o profissional de saúde de um hospital público transferiu a sua responsabilidade por danos emergentes do exercício da sua profissão¹⁹⁷; no entanto, caso tal ação seja intentada simultaneamente contra a Companhia Seguradora e o profissional de saúde, são competentes os tribunais administrativos para a sua apreciação, porque “[p]odem ser demandados particulares ou concessionários, no âmbito de relações jurídico-administrativas que os envolvam com entidades públicas ou com outros particulares” (artigo 10.º, n.º 9, do CPTA)¹⁹⁸. Por outro lado, em caso do pedido de indemnização civil enxertado em processo criminal e fundado na responsabilidade criminal por atos profissionais praticados em unidade pública de saúde, entende-se que são competentes para conhecer e julgar tal pedido os tribunais criminais, e não os tribunais administrativos¹⁹⁹, exceto em vários casos que o artigo 72.º do CPP prevê para a dedução do pedido de

¹⁹⁶ Joaquim Alcoforado SALDANHA. “Anotação ao Acórdão do STJ de 25-07-1985”. *ROA*, Ano XLVIII, 1988, pp. 537-551.

¹⁹⁷ Na jurisprudência nacional, encontram-se decisões judiciais que inclinam para esta posição, como: STA, acórdão de 15 de outubro de 2014, Processo n.º 0873/14 (relatora Madeira dos Santos); STJ, acórdão de 9 de julho de 2014, Processo n.º 934/05.6TBMFR.L1.S1 (relatora Granja da Fonseca); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 21 de abril de 2016, Processo n.º 06/15 (relatora Maria do Céu Neves); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 4 de novembro de 2009, Processo n.º 020/09 (relator João Camilo); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 2 de outubro de 2008, Processo n.º 012/08 (relator Costa Reis); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 5 de julho de 1979, Processo n.º 000085 (relatora Rocha e Cunha); TRL, acórdão de 20 de março de 2012, Processo n.º 1524/11.0TVLSB.L1-1 (relator Manuel Marques); TRL, acórdão de 16 de maio de 2002, Processo n.º 0019288 (relator Paixão Pires); TRC, acórdão de 10 de dezembro de 2013, Processo n.º 1112/12.3TBVNO-A.C1 (relatora Regina Rosa);

Mesmo assim, também se encontram decisões judiciais contra esta posição, atribuindo competência aos tribunais de jurisdição comum, como: Tribunal dos Conflitos, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 08/19 (relator Manuel Augusto de Matos); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 15 de março de 2018, Processo n.º 036/17 (relatora Ana Paula Portela); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 19 de outubro de 2017, Processo n.º 041/17 (relatora Ana Paula Boularot).

¹⁹⁸ Cfr. Tribunal dos Conflitos, acórdão de 29 de setembro de 2005, Processo n.º 09/05 (relator António Samagaio), que entende que “[a] competência dos tribunais administrativos, nos termos da alínea h), n.º 1, do artigo 51.º do ETAF84, determina-se em função de um elemento subjectivo —Estado e demais entes públicos e titulares dos seus órgãos ou agentes — e de um elemento objectivo — prejuízos decorrentes de actos de gestão pública — não se verificando aquele elemento subjectivo já que a ação foi proposta apenas contra a Companhia Seguradora que é uma entidade particular”.

¹⁹⁹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 199. No mesmo sentido, cfr. TRL, acórdão de 20 de março de 2012, Processo n.º 1524/11.0TVLSB.L1-1 (relator Manuel Marques).

²⁰⁰ Neste sentido, vejam as decisões judiciais que inclinam para esta posição, como: TRL, acórdão de 8 de maio de 2012, Processo n.º 1499/08.2TDLB-A.L1-5 (relatora Alda Tomé Casimiro); TRL, acórdão de 15 de maio de 2008, Processo n.º 121/2008-9 (relator Calheiros da Gama); TRL, acórdão de 24 de outubro de 2002, Processo n.º 0028539 (relatora Silveira Ventura).

indenização cível em separado²⁰⁰.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas), o legislador adotou a tese majoritária, reconhecendo o exercício dos atos profissionais em unidades públicas de saúde como exercício da função administrativa, ao qual correspondem “as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)²⁰¹. Embora a CRP preveja que são civilmente responsáveis o Estado e as unidades públicas de saúde, em forma solidária com os profissionais de saúde, por atos praticados que causem danos ou prejuízos ao paciente/utilizador de MTC, no exercício das suas funções e por causa desse exercício (artigo 22.º da CRP), parece que esta norma constitucional deve ser aplicada em consonância com as disposições legais da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, nomeadamente com os seus artigos 7.º e 8.º, uma vez que nem em todas as situações o Estado e as unidades públicas de saúde têm responsabilidade solidária com os seus profissionais de saúde. Existem situações em que o Estado e as unidades públicas de saúde são exclusivamente responsáveis, nomeadamente quando os profissionais de saúde, apenas com culpa leve, causam danos ao paciente/utilizador de MTC no exercício da sua função e por causa desse exercício (artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro). O Estado e as unidades públicas de saúde apenas são solidariamente responsáveis com os seus profissionais de saúde quando, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, estes praticam os atos com culpa grave – isto é, com diligência e zelo manifestamente inferiores ao nível a que se encontravam obrigados por causa do seu cargo – e com dolo (artigo 8.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro). Para além disso, pode existir ainda a responsabilidade exclusiva dos profissionais de saúde quando pratiquem atos que não se relacionem com o exercício da função administrativa (artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, *a contrario sensu*)²⁰². Por outro lado, embora a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro se refira sempre à “responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas” ou a outras expressões semelhantes, a ação não é intentada contra nem o Estado nem em simultâneo o Estado e as unidades públicas de saúde, mas sim apenas contra estas últimas²⁰³, não sendo necessário

²⁰⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 197-198 e especialmente o rodapé n.º 447.

²⁰¹ Atente-se que, ao contrário do que designavam a doutrina e a jurisprudência maioritárias na vigência do DL n.º 48051, a lei referida adota o conceito de função administrativa, em vez do conceito do ato de gestão pública. Cfr. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 799.

²⁰² Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 204.

²⁰³ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., pp. 803-804. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 198. Esta última autora entende que a ação é intentada apenas contra o Estado quando o hospital público não tenha atribuído os

identificar a pessoa do responsável²⁰⁴, e pode ser intentada não só contra as pessoas coletivas de direito público e os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, como também contra as pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais (artigo 1.º, n.º 5, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, e artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do ETAF)²⁰⁵, como os hospitais pertencentes ao setor empresarial do Estado (isto é, hospitais EPE, criados pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro) e os hospitais explorados em regime de parceria público-privada²⁰⁶.

Em conclusão, no âmbito do serviço nacional de saúde, à relação estabelecida entre a unidade pública de saúde e o paciente/utilizador de MTC é aplicável, em princípio, o regime de responsabilidade extracontratual, dado que a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, adotou a tese maioritária, ou seja, a tese que qualifica o ato que o profissional de saúde exerce na unidade pública de saúde como um ato de gestão pública.

3.4. Concurso entre a responsabilidade contratual e a extracontratual

Diferentemente do que se expôs acima – isto é, ou o ato profissional de saúde que viole um direito relativo se sujeita à responsabilidade contratual ou o mesmo ato, violando um direito absoluto, é subordinado à responsabilidade extracontratual –, o concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual acontece quando o dano ou prejuízo causado resulte de um mesmo facto que, ao mesmo tempo, viole um direito relativo (uma relação de crédito) e um direito absoluto, preenchendo-se os requisitos quer da responsabilidade contratual quer da responsabilidade extracontratual²⁰⁷. Como incide sobre um facto – e não sobre pluralidade de factos – que viole simultaneamente um direito relativo e um direito absoluto, trata-se de um concurso aparente, legal ou

“meios necessários para fazer face às necessidades reclamadas pela prestação do serviço...”. Sobre este ponto, veja também os acórdãos que a referida autora citou na sua obra, como STA, acórdão de 21 de setembro de 2010, Processo 0468/09 (relator São Pedro), e STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2008, Processo n.º 08A3323 (Mário Cruz).

²⁰⁴ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 203.

²⁰⁵ STJ, acórdão de 9 de julho de 2014, Processo n.º 934/05.6TBMFR.L1.S1 (relatora Granja da Fonseca); Tribunal dos Conflitos, acórdão de 25 de março de 2015, Processo n.º 53/14 (relatora Teresa de Sousa); TRC, acórdão de 10 de dezembro de 2013, Processo n.º 1112/12.3TBVNO-A.C1 (relatora Regina Rosa).

Mesmo assim, em caso de os factos geradores da eventual responsabilidade civil serem praticados na data em que ainda vigorava o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público previsto no DL n.º 48051, são competentes os tribunais de jurisdição comum para conhecer e julgar a respetiva ação. Cfr. Tribunal dos Conflitos, acórdão de 25 de março de 2015, Processo n.º 55/2014 (relatora Teresa de Sousa).

²⁰⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 199-200. André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 800.

²⁰⁷ Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 546-547. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 22. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 294.

de normas (isto é, um concurso positivo de regimes) e, deste modo, a aplicação de uma norma (ou regime) implica a exclusão da aplicação de outra(s) (ou regimes), sob pena de violar o princípio *ne bis in idem* que impede a dupla responsabilização pelo mesmo facto²⁰⁸. Portanto, coloca-se a questão de saber qual o regime da responsabilidade que se deve aplicar e prevalecer sobre o outro.

Esta é uma questão para a qual se encontra divergência doutrinária e jurisprudencial, dado que a lei não nos dá nenhuma resposta. No entanto, a sua resposta não é indiferente para certos aspetos. Por um lado, é relevante para a distribuição do ónus da prova em caso da existência da culpa, porque na responsabilidade contratual a culpa é presumida (artigo 799.º do CC) enquanto na responsabilidade extracontratual tal presunção não existe e cabe ao lesado provar a culpa do lesante (artigo 487.º do CC); por outro lado, admitindo que os atos de profissionais de saúde incidam sobre uma obrigação de meios, e não de resultado – com exceção de algumas situações em que é suscetível de existir uma obrigação de resultado, como, por exemplo, nos casos de exame de diagnóstico no âmbito da imagiologia, análises clínicas ou análises anátomo-patológicas –, a responsabilidade civil (médica) é apreciada com base na violação da obrigação contratualmente assumida ou na violação do dever de diligência para evitar a violação de direito absoluto²⁰⁹.

Na doutrina, encontram-se duas posições distintas, isto é, a tese do cúmulo e a tese da consunção²¹⁰. No que respeita à tese de cúmulo, os autores que a sufragam entendem que o lesado deve poder aplicar as normas mais benéficas, constantes quer do regime da responsabilidade contratual quer do regime da responsabilidade extracontratual, excluindo a aplicação das normas menos benéficas (teoria da ação híbrida), ou pelo menos optar por aplicar, quer o regime da responsabilidade contratual quer o da responsabilidade extracontratual, sem misturar as normas de um e de outro (teoria da opção)²¹¹. Dizendo de outra forma, enquanto na teoria da ação híbrida o lesado pode escolher quaisquer normas que entenda convenientes, quer do regime da responsabilidade

²⁰⁸ Teresa Pizarro BELEZA. *Direito Penal 1º volume*, 2.ª Edição, AAFDL, 1984, p. 449. Jorge de Figueiredo DIAS. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, janeiro de 2011 p. 992. Germano Marques da SILVA. *Direito Penal Português I – Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.ª Edição, Editora Verbo, novembro de 2010, p. 348. Alberto Marques dos SANTOS. “Concurso Aparente de Tipos”. *Revista Jurídica do Paraná*, Curitiba: JM Livraria Jurídica, Vol. 1 (janeiro de 2006), p. 163. Ana PRATA (com a colaboração de Jorge CARVALHO). *Dicionário Jurídico*, Vol. I, *op. cit.*, p. 333.

²⁰⁹ Sobre estes dois aspetos, cfr. António Santos Abrantes GERALDES. *Responsabilidade Civil Extracontratual – Quadro normativo e papel do Supremo Tribunal de Justiça na evolução do instituto*, 27 de outubro de 2016, pp. 26-27. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2016/10/resp.-civil-colquio-stj.pdf> (acesso em 19 de abril de 2021).

²¹⁰ Sobre a apresentação sistemática das teses referidas, veja Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, pp. 22-24. Fernando A. Ferreira PINTO. “O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual”. *Revista de Direito Comercial*, 20 de novembro de 2020, pp. 1999-2011. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5fb7f1ad07ae9c7f2c8c806f/1605890479428/2020-38++1945-2018++LA-PV.pdf> (acesso em 14 de abril de 2021).

²¹¹ Sobre a descrição desta tese, cfr. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, pp. 22-23.

contratual quer do da responsabilidade extracontratual, o lesado, na teoria da opção, ao escolher um dos regimes referidos, pode aplicar apenas as normas do regime escolhido. Antes de tudo, é relevante mencionar a posição de Vaz Serra, que entende que “...com o contrato, se não exclui o dever geral de não ofender os direitos ou interesses alheios protegidos pelas regras da responsabilidade delitual, mas antes se pretende reforçá-lo...a responsabilidade contratual não exclui a delitual, apenas tornando, quando for caso disso, mais apertado o regime da responsabilidade”²¹², concluindo que “o lesado parece dever ter o direito de invocar, à sua escolha, as regras de uma ou da outra responsabilidade, conforme melhor lhe convier. Parece dever poder mesmo escolher parte de umas e parte de outras, para deste modo aproveitar de todos os benefícios que elas podem dar-lhe”²¹³. Rui de Alarcão, que segue as mesmas restrições à tese de cúmulo sufragadas por Vaz Serra²¹⁴, defende também a admissibilidade da tese do cúmulo, quer *de iure constituto* quer *de lege ferenda*, “por ser esta, a de concurso de normas, a solução natural, que como tal se deve aceitar na falta de disposição legal em contrário, desde que, no caso concreto, não conduza a soluções injustas”²¹⁵, acrescentando que “[e]xiste uma única acção a que corresponde no plano material um único direito, que tem como objectivo unitário o ressarcimento do dano, mas que pode, isso sim, ser fundamentada em diversas normas... sendo única a acção, não estará o autor impedido de invocar sucessivamente uma norma diversa (cfr os arts. 268.º e 273.º do CPC), nem se poderá dizer ter o juiz decidido ultra petita se aplica uma norma diferente da invocada pelo autor, já que o carácter contratual ou extracontratual traduz apenas uma diferente qualificação da causa petendi que não altera a sua identidade”²¹⁶. Para António Pinto Monteiro, “a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que VAZ SERRA propunha, devendo permitir-se ao lesado, em princípio, a faculdade de optar por uma ou outra espécie de responsabilidade (e quiçá, de cumular, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha”²¹⁷. São ainda adeptos desta tese os autores como Jorge de Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro²¹⁸, Henriques Gaspar²¹⁹, Pedro Romano Martinez²²⁰, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²²¹ e Maria João Estroninho e Tiago Macieirinha²²².

²¹² Vaz SERRA. “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”. *BMJ*, n.º 85, 1959, p. 230

²¹³ *Idem*, pp. 230-231.

²¹⁴ Rui de ALARCÃO. *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983 (com a colaboração de J. Sousa RIBEIRO, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Brandão Proença), pp. 213-214.

²¹⁵ *Idem*, p. 211.

²¹⁶ *Idem*, pp. 212-213.

²¹⁷ António Pinto MONTEIRO. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 430-431. Veja também *Idem*, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 713-715.

²¹⁸ Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”, *op. cit.*, pp. 39-40.

²¹⁹ Henriques António Silva GASPAR. “A Responsabilidade Civil do Médico”. *CJ*, Ano III, 1978, Tomo I, p. 345.

²²⁰ Pedro Romano MARTINEZ. *Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 287.

²²¹ António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, pp.

Relativamente à tese da consunção, os autores que a adotam excluem a possibilidade de cúmulo e aderem ao princípio da consunção, defendendo que o regime da responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual e que são aplicáveis apenas as regras daquele regime. O autor que representa esta tese é Mário Júlio de Almeida Costa, segundo o qual “[s]e, de um vínculo negocial, resultam danos para uma das partes, o pedido de indemnização deve alicerçar-se nas regras da responsabilidade contratual. A mesma directriz se impõe quando o facto que produz a violação do negócio jurídico – ou melhor, da relação que dele deriva – simultaneamente preenche os requisitos da responsabilidade aquiliana. Esta solução mostra-se correcta no plano sistemático e no da justiça material. ...as hipóteses de concurso da responsabilidade contratual e da extracontratual...reconduzem-se à figura do concurso aparente, legal ou de normas...”²²³, acrescentando que “[a] essência do problema reside, assim, na solução do conflito positivo de regimes, que deriva da circunstância de uma mesma factualidade ser simultaneamente subsumível”²²⁴, pelo que conclui que “...o regime da responsabilidade contratual «consome» o da extracontratual...o facto tenha, em primeira linha, de considerar-se ilícito contratual”²²⁵. Os autores que aderem à posição sufragada por Mário Júlio de Almeida Costa são Álvaro da Cunha Rodrigues²²⁶ e Daniela Sofia Gomes Costa²²⁷.

A discrepância de entendimento a este propósito que existe na doutrina também se encontra na jurisprudência nacional. A jurisprudência nacional, ao reconhecer que a responsabilidade civil médica pode ser simultaneamente contratual e extracontratual por o mesmo facto poder violar um contrato e um direito absoluto, aplica, em regra, o princípio da consunção, entendendo que o regime da responsabilidade contratual é mais favorável ao lesado e conforme ao princípio geral da autonomia privada²²⁸, sem prejuízo das decisões judiciais que se inclinam para a tese de cúmulo²²⁹.

491-492.

²²² Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 294.

²²³ Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 550.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Idem*, pp. 551-552.

²²⁶ Álvaro da Cunha RODRIGUES. “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”. *Direito e Justiça*, Vol. XIV. Tomo III (2000), pp. 191-198.

²²⁷ Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica, op. cit.*, p. 24.

²²⁸ Sobre esta posição dominante a que a jurisprudência nacional adere, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: STJ, acórdão de 2 de dezembro de 2020, Processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 8 de setembro de 2020, Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1 (relatora Maria João Vaz Tomé); STJ, acórdão de 22 de março de 2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo); STJ, acórdão de 7 de março de 2017, Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1 (relator Gabriel Catarino); STJ, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar); STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo); STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P.L.S1 (relator Bettencourt de Faria); STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 220/13.8TTBCL.G1.S1 (relator Ferreira de Almeida); TRL, acórdão de 19 de abril de 2005, Processo n.º 10341/2004-7 (relator Pimental Marcos).

²²⁹ Sobre estas decisões, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: TRC, acórdão de 4 de abril de 1995, Recurso n.º 995/94 (relator Francisco Lourenço), *in C.J.*, Ano XX, Tomo II, 1995, pp. 31-35; STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1 (relator Ferreira de Almeida); STJ, acórdão de 19 de junho de 2001, Processo n.º 01A1008 (relator Pinto Monteiro); STJ, acórdão de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183 (relator Fonseca Ramos); TRL, acórdão de 11 de setembro de 2007, Processo n.º 1360/2007-7 (relatora Rosa Ribeiro Coelho).

Em face de um tal concurso, parece-me mais apropriada a aplicação do princípio da consunção, segundo o qual o regime da responsabilidade contratual consome o regime da responsabilidade extracontratual, porque, se não fosse assim, a solução diferente – isto é, a adoção da tese de cúmulo, quer pela teoria da ação híbrida quer pela teoria da opção – levaria a um fenómeno estranho, em que o conteúdo contratual inicialmente determinado pelas partes, nomeadamente sobre os deveres e direitos, poderia ser posteriormente atacado ao optar pela aplicação de algumas normas do regime da responsabilidade extracontratual (teoria da ação híbrida) ou pela aplicação deste regime inteiro (teoria da opção) – como as normas no que diz respeito ao ónus da prova, à prescrição e à responsabilidade por facto de comissário –, o que violaria evidentemente o princípio geral da autonomia privada que se aplica no âmbito do Direito Civil e, como evidente, seria menos vantajoso para o lesado. Não faz nenhum sentido que o lesado opte pela aplicação de normas do regime da responsabilidade extracontratual que lhe sejam menos benéficas. Pelo contrário, mesmo optando pelas normas mais vantajosas no regime da responsabilidade extracontratual – como a regra da solidariedade (artigos 497.º e 507.º do CC) –, a confiança da outra parte (isto é, o lesante) que se baseia na relação contratual é afetada.

4. Pressupostos da responsabilidade civil médica (ou profissional)

A responsabilidade civil dos profissionais de saúde, como a responsabilidade civil em geral, depende de verificação cumulativa de certos pressupostos, que no âmbito da responsabilidade extracontratual cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado demonstrar em tribunal (artigo 487.º, n.º 1, do CC, no que toca à prova da culpa, e de acordo com as regras gerais da prova do art. 342.º, n.º 1, quanto aos outros pressupostos), enquanto na esfera da responsabilidade contratual não o é assim – isto é, compete ao lesante (o profissional de saúde ou, se for o caso, a unidade de saúde ou até ambos) provar que não há culpa – porque vigora o princípio da inversão do ónus da prova (artigo 799.º, n.º 1, do CC)²³⁰. Entende-se que, nos termos do artigo 483.º, n.º 1, do CC, a responsabilidade por factos ilícitos – ou a responsabilidade por falta ou negligência profissional de saúde – pressupõe o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano, pressupostos esses que são

²³⁰ É de referir que esta norma só faz inversão no que diz respeito à culpa e não aos restantes pressupostos.

paralelos aos da responsabilidade contratual^{231/232}.

4.1. Facto Voluntário

Os factos jurídicos podem ser divididos em duas categorias, ou seja, factos jurídicos voluntários e factos jurídicos involuntários, sendo a vontade humana um elemento decisivo para a qualificação de uma ou de outra²³³.

No que diz respeito a factos jurídicos voluntários, exige-se que se trate de um facto humano objetivamente controlável ou dominável pela vontade, que consiste não apenas numa ação (ou seja, num facto positivo, que tem como resultado a violação de um dever geral de abstenção), como também numa omissão (ou seja, num facto negativo, que conduz à violação de um dever jurídico de agir)²³⁴. Dizendo de outra forma, os factos jurídicos voluntários referem-se a “todos os atos jurídicos [quer ações quer omissões] resultantes da vontade, ainda que deficiente, de uma pessoa”²³⁵. Portanto, cumpre-se este primeiro pressuposto da responsabilidade civil quando se encaixa nesta categoria de factos jurídicos, porque apenas os factos jurídicos voluntários são relevantes no campo da responsabilidade civil.

Quanto a factos jurídicos involuntários (ou factos legais ou factos naturais²³⁶), a vontade humana, que eventualmente possa coexistir, não é relevante para a sua produção. Na verdade, referem-se a factos produzidos que não dependam da vontade humana²³⁷ ou que, mesmo coexistindo a vontade humana, não sejam por esta controláveis, como os casos de “força maior” ou de “atuação irresistível de circunstâncias fortuitas”²³⁸, entre outros²³⁹. São casos que devem ser excluídos do domínio

²³¹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 526 e rodapé n.º 1. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 557 e rodapé n.º 1. Incêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 331-333. Na jurisprudência nacional, veja TRC, acórdão de 19 de dezembro de 2012, Processo n.º 298/10.6TBAGN.C1 (relatora Regina Rosa).

²³² No direito anglo-saxónico, a responsabilidade civil (*tort of negligence*) de profissionais de saúde exige pressupostos semelhantes aos da responsabilidade civil que o ordenamento jurídico português exige, como os seguintes: (1) a existência de um dever de cuidado; (2) a violação do dever de cuidado por parte dos profissionais de saúde; e (3) o nexo de causalidade entre a violação do dever de cuidado e o dano. Relativamente a uma análise profunda sobre estes pressupostos, cfr. Jonathan HERRING. *Medical Law*. Oxford University Press, 2011, pp. 45-57. Jonathan MONTGOMERY. *Health Care Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2003, pp. 166-187.

²³³ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 219.

²³⁴ Jorge F. Sinde MONTEIRO. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, *op. cit.*, p. 8, rodapé n.º 3. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 527-528. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 558-560. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, pp. 24-25.

²³⁵ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 219.

²³⁶ Estas duas expressões vêm de Heinrich Ewald HÖRSTER e de Eva Sónia Moreira da SILVA, *ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Neste sentido, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 529, e

²³⁹ Mais exemplos encontram-se em Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 219.

da responsabilidade civil.

No âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, os danos podem ser causados tanto por ação como por omissão, mas existem aspetos específicos a apontar, nomeadamente quanto ao facto praticado pela equipa médica²⁴⁰: (1) em caso de um contrato celebrado com um certo cirurgião, é este responsável pelos atos praticados por outros profissionais de saúde que escolheu para a sua realização, ao abrigo do artigo 800.º, n.º 1, do CC; (2) caso contrário – isto é, caso não haja um vínculo contratual com um dos profissionais de saúde –, são todos os profissionais de saúde responsáveis pelos atos lesivos, em função do grau da sua intervenção no processo de tratamento²⁴¹.

No campo da MTC, como sucede na medicina convencional, os atos profissionais da MTC podem consistir numa ação ou numa omissão, dominável ou controlável pela sua vontade, sob pena de não se encontrar preenchido este pressuposto. É de referir que o facto de existir a prática de um facto voluntário (por exemplo, a prescrição de material herbal) cujas consequências não sejam previsíveis (por exemplo, a imprevisibilidade de certos efeitos adversos), não faz com que este deixe de ser um facto voluntário, uma vez que os profissionais da MTC que o pratiquem podiam tê-lo praticado ou não. A imprevisibilidade dessas consequências serve para excluir o pressuposto da culpa ou do nexo de causalidade e não para qualificar o facto como involuntário.

4.2. Illicitude²⁴²

A ilicitude consiste na “antijuridicidade ou contrariedade ao direito”²⁴³, ou, especificamente quanto aos atos praticados pelos profissionais de saúde, na “violação das *leges artis*”²⁴⁴. Para este último aspeto, sem prejuízo da sua função relativa à determinação da ilicitude no Direito Penal, as *leges artis* servem também para demarcar o que é um ato ilícito praticado pelos

²⁴⁰ Uma análise detalhada da responsabilidade civil nas equipas médicas, cfr. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues. “Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil nas Equipas Médicas”. *O Direito*, a publicar em junho/julho de 2022. Agradeço à professora Eva Sónia Moreira da SILVA o apoio de comunicação com o autor para que este me possa fornecer este texto. Agradeço também ao autor a autorização da citação do texto antes da sua publicação.

²⁴¹ Sobre estes aspetos, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 295.

²⁴² Na ilicitude, as formas mais comuns de incumprimento da obrigação de tratamento da MTC, como o erro do diagnóstico, a aplicação do método inadequado e a falha na execução de métodos, serão analisadas nos Capítulos IV, V e VI desta dissertação.

²⁴³ Esta expressão vem de Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 561-562.

²⁴⁴ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 45, sufragando a “existência da ilicitude quando se verifique uma violação das *leges artis*”. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., pp. 295-296, entendendo que “[u]ma vez que a obrigação de tratamento...exige o respeito pelas normas da ciência médica – *leges artis* –, pode dizer-se que não haverá, em regra, violação desta obrigação sem a violação das regras da arte.”.

profissionais de saúde no âmbito do Direito Civil²⁴⁵. Com vista ao melhor entendimento do que é ilicitude civil que resulta dos atos de cuidados de saúde, convém esclarecer o que se entende por “*leges artis*”. As *leges artis* – ou seja, as regras da arte – podem ser definidas como “um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico”²⁴⁶. “Estes princípios profissionais e complexo de regras, adotados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis à concreta situação individual, resultam de normas de orientação clínica, do Código Deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, guidelines, livros e revistas especializadas”²⁴⁷. Mesmo assim, é de realçar que a violação das *leges artis* nem sempre conduz à ilicitude, uma vez que o procedimento geralmente adotado pode ser repudiado atendendo à situação particular do paciente/utilizador de MTC, o que exige uma justificação rigorosa por parte do profissional de saúde²⁴⁸.

Ao entender que a ilicitude se refere à violação das *leges artes*, parece que a natureza ilícita seria presumida em caso da ocorrência da violação das *leges artis*²⁴⁹, mas este entendimento não deve ser adotado porque não tem qualquer fundamento jurídico nem se baseia em considerações de razoabilidade, quer para obrigações de meios quer para obrigações de resultado, pelo que a ilicitude nunca é presumida e deve ser provada pelo paciente/utilizador de MTC lesado²⁵⁰. Na jurisprudência nacional, sem prejuízo de determinada decisão judicial que se inclina para a presunção da ilicitude²⁵¹, entende-se que ao paciente/utilizador de MTC lesado cabe demonstrar e provar a existência do comportamento ilícito ou faltoso do lesante²⁵², o que implica que não é presumida a ilicitude.

²⁴⁵ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 45.

²⁴⁶ TRL, acórdão de 16 de dezembro de 2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 (relator Rui Gonçalves).

²⁴⁷ *Ibidem*. No mesmo sentido, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 45, e Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 296.

²⁴⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 45-46.

²⁴⁹ Como entendem Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 296, “...ocorrendo violação de norma de orientação clínica ou de protocolo clínico justifica-se estabelecer uma presunção de ilicitude, a qual pode, contudo, ser ilidida pelo clínico, a quem competirá demonstrar que o afastamento da norma se deveu a razões justificadas pelas *leges artis* e pela situação particular do doente”.

²⁵⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 48-49.

²⁵¹ Cfr. STJ, acórdão de 9 de maio de 2002, Processo n.º 02A4057 (relator Afonso Melo), que entende que “[s]e depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma *terapia inadequada ou negligente execução profissional*”.

²⁵² Veja, entre outros, os acórdãos seguintes: STJ, acórdão de 23 de março de 2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 (relator Tomé Gomes), defende que “[e]m sede de obrigações de meios, *incumbe ao credor lesado (paciente), provar a falta de cumprimento do dever objetivo de diligência ou de cuidado, nomeadamente o requerido pelas *leges artis*, como pressuposto de ilicitude*, recaindo, por seu turno, sobre o devedor o ônus de provar a inexigibilidade desse comportamento, a fim de ilidir a presunção da culpa, nos termos do artigo 799.º do CC” (itálico nosso); STJ, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relatora Silva Salazar), que tem a posição de que “os contratos de prestação de serviços médicos integram, como se referiu, uma obrigação de meios, não implicando, assim, a não obtenção do resultado final visado com os tratamentos e intervenções, a inadiplência contratual, *cabendo por isso ao paciente provar a falta de diligência do médico, a falta de utilização de meios adequados de harmonia com as *leges artis*, o defeito do cumprimento, ou que o médico não praticou todos os atos normalmente considerados necessários para alcançar a finalidade desejada: é essa*

No âmbito da ilicitude civil, costuma distinguir-se a ilicitude contratual da ilicitude extracontratual, porque são diferentes não apenas as disposições legais que sejam aplicáveis como também os direitos violados.

Quanto à responsabilidade extracontratual, ao abrigo do artigo 483.º, n.º 1, do CC, a ilicitude refere-se à violação de um direito absoluto – que corresponde a qualquer um dos direitos de personalidade²⁵³ no âmbito dos atos praticados pelos profissionais de saúde²⁵⁴ – ou à violação de qualquer norma legal com vista à proteção de interesses do paciente/utilizador de MTC sem que seja conferido qualquer dos direitos subjetivos²⁵⁵. Em regra, e na maioria dos casos, os atos praticados pelos profissionais de saúde, ao causarem culposamente danos ao paciente/utilizador de MTC, quer patrimoniais quer não patrimoniais, violam os direitos absolutos deste, nomeadamente os direitos da personalidade, como o direito à autodeterminação a exercer por via da prestação do consentimento informado²⁵⁶ e o direito à integridade física. Mesmo assim, tal não impede que haja normas que sejam qualificadas como normas de proteção dos interesses do paciente/utilizador de MTC – isto é, como “disposição legal destinada a proteger interesses alheios” que se prevê no artigo 483.º, n.º 1, do CC –, como as disposições legais constantes do CDOM que preveem deveres dos profissionais de saúde²⁵⁷ e, especificamente para os deveres dos profissionais da MTC, as disposições legais da Lei n.º 45/2003

falta que integra erro médico e constitui incumprimento ou cumprimento defeituoso. E só depois dessa prova funcionará, no domínio da responsabilidade contratual, a dita presunção de culpa” (itálico nosso); STJ, acórdão de 15 de outubro de 2010, Processo n.º 08B1800 (relator Rodrigues dos Santos), tem o entendimento seguinte: “III - Aplica-se à responsabilidade contratual médica a presunção de culpa contida no art. 799.º, n.º 1, do CC, presunção esta que fica ilidida com a demonstração pelo médico do cumprimento diligente das *leges artis*. IV - *Recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, da existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico*, dos danos (e sua extensão), donexo causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação, por parte do médico, ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento esclarecido” (itálico nosso); TRE, acórdão de 22 de novembro de 2018, Processo n.º 2063/15.5T8PTM.E1 (relator Paulo Amaral), entende que “...a inexecução da obrigação, da prestação devida, há-de ser ilícita, pressuposto este que não se confunde com o da culpa do devedor nessa inexecução. Não havendo confusão sobre estes dois elementos, temos que o ónus da prova de cada um deles é diferente. *É ao credor [paciente/utente] «que incumbe a prova do facto ilícito do não cumprimento»* (Antunes Varela, ob. cit., p. 97) cabendo ao devedor [profissional de saúde] provar que agiu sem culpa” (itálico nosso); TRL, acórdão de 7 de abril de 2011, Processo n.º 5239/07.5TVLSB.L1-2 (relator Jorge Leal), indica que “[n]as acções de responsabilidade civil contratual, por cumprimento defeituoso de obrigação médica, recai sobre o credor o ónus da prova de que o devedor não cumpriu as *leges artis* da sua profissão.”; TRL, acórdão de 28 de abril de 2020, Processo n.º 1765/12.2TVLSB.L1-1 (relator Rijo Ferreira), sufraga que “...nas obrigações de meios - nas quais o devedor promete desenvolver actividade ou conduta diligente que, geralmente, são de molde a trazer um resultado, que é o pretendido para satisfação do interesse primário do credor – a presunção de culpa tem um alcance mais limitado pois se refere estritamente à censurabilidade pessoal da culpa do agente (cuidado interior), *caíndo a existência do comportamento faltoso do devedor (cuidado exterior) no domínio da ilicitude, cuja demonstração continua a caber ao lesado*” (itálico nosso).

²⁵³ Sobre uma análise profunda e detalhada da (ir)renunciabilidade e da limitação voluntária dos direitos de personalidade, cfr. Benedita Mac CRORIE. “A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade”. in CRORIE, Benedita Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel (coord.). *Pessoa, Direito e Direitos. Colóquios 2014/2015*, Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 263-274.

²⁵⁴ Noutros âmbitos, a ilicitude consiste ainda na violação de direitos reais, de direitos de autor ou de direitos familiares patrimoniais. Cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., pp. 533-535. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. p. 562. Jorge Leite Areias Ribeiro de FÁRIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, op. cit., pp. 416-417.

²⁵⁵ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., pp. 533-536. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 562-563. Jorge Leite Areias Ribeiro de FÁRIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, op. cit., pp. 415-418. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 88-89. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 25.

²⁵⁶ Esta matéria, nomeadamente quanto à MTC, será tratada de forma detalhada no Capítulo III desta dissertação.

²⁵⁷ Sobre a qualificação das disposições legais do CDOM como normas de proteção dos interesses do paciente, que definem deveres de conduta dos médicos, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 89 e rodapé n.º 206.

(Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais). Para esta segunda modalidade da ilicitude, o direito a indemnização do paciente/utilizador de MTC lesado pressupõe ainda três requisitos: (1) que à lesão dos interesses do paciente/utilizador de MTC corresponda a ofensa ou violação de uma norma jurídica; (2) que os interesses sejam protegidos por essa norma; (3) que a lesão se concretiza no bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela²⁵⁸. Por conseguinte, a segunda modalidade da ilicitude não se verifica em situações em que os interesses do paciente/utilizador de MTC, mesmo sendo lesados, não são aqueles que a disposição legal visa proteger e, deste modo, não se está perante uma “disposição legal destinada a proteger interesses alheios” prevista pelo artigo 483.º, n.º 1, do CC.

Na esfera da responsabilidade contratual, a ilicitude consiste na “desconformidade entre a conduta devida (a prestação devida) e o comportamento observado”²⁵⁹ ou, especificamente para os atos dos profissionais de saúde, no “incumprimento de alguma das obrigações, que, para o médico, emergem do contrato, que celebrou com o doente”²⁶⁰. A obrigação que os profissionais de saúde assumem pode ser uma obrigação de meios (isto é, uma obrigação em que os profissionais de saúde têm de realizar, prudente e diligentemente, certa atividade para obter certo efeito, sem garantir que o mesmo seja alcançado²⁶¹) ou uma obrigação de resultado (isto é, uma obrigação em que os mesmos se vincularam a alcançar certo efeito²⁶²), conforme o caso.

A questão é a de saber em que situação se exige aos profissionais de saúde a obrigação de meios e não de resultado. Em princípio, a obrigação de tratamento cujo incumprimento gera a responsabilidade contratual corresponde à obrigação de meios e não à de resultado, sendo a natureza aleatória do resultado almejado considerada como um critério fundamental de distinção entre as duas modalidades de obrigações²⁶³, o que significa que os profissionais de saúde se sujeitam à obrigação de meios, e não à de resultado, em caso da aleatoriedade do resultado que se pretende alcançar. Deste modo, a (in)certeza que se move no resultado final pretendido é um elemento essencial que se deve analisar para determinar a modalidade da obrigação a que se sujeitam os profissionais de saúde. Caso um ato praticado pelos profissionais de saúde produza, por razões que não se relacionem com a sua

²⁵⁸ Sobre estes requisitos, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 539-542. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 563.

²⁵⁹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. II, 7.ª Edição, Almedina, janeiro de 2010, p. 94.

²⁶⁰ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, p. 89.

²⁶¹ Cfr. TRL, acórdão de 28 de junho de 2012, Processo n.º 2859/09.7TJLSB.L1-8 (relator Ilídio Sacarrão Martins).

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, pp. 89-94.

culpa²⁶⁴, um resultado menor do que se pretende alcançar, pode dizer-se que se obtém um resultado parcial e não o resultado final pretendido. Neste caso, a obrigação que os profissionais de saúde assumem é de meios e o que se exige aos mesmos é um comportamento “atento, cuidadoso e conforme às *leges artis*”²⁶⁵ e não o resultado final pretendido, ao contrário do que sucede com a obrigação de resultado.

Por conseguinte, como o encargo de provar o incumprimento de uma tal obrigação é do credor (paciente/utilizador de MTC)²⁶⁶, o que este deve mostrar é a desconformidade entre o comportamento conforme às *leges artis* e o comportamento que efetivamente foi adotado²⁶⁷, e não a falha de obtenção do resultado final pretendido, exceto nas situações em que se exige aos profissionais de saúde a obrigação de resultado.

4.3. Culpa

4.3.1. Significado e modalidades

Ao contrário do que ocorre na ilicitude – cujo juízo é o de desvalor objetivo, ou seja, o de verificar se a conduta é ou não censurável ao abrigo do ordenamento jurídico –, na culpa o juízo corresponde ao de desvalor subjetivo, ou seja, o de apreciar se a conduta é ou não reprovável²⁶⁸. A culpa implica a imputação do facto ao agente lesante, existindo um nexo psicológico entre o facto ilícito e a vontade do agente referido²⁶⁹. Entende-se que “[a]gir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito” e que “...a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se

²⁶⁴ Por exemplo, ou porque o resultado que o ato praticado pelos profissionais de saúde produz varia de um paciente para o outro por causa da variação de reações corporais de um e de outro, ou porque tal ato, dado o risco que se apresenta, não assegura o resultado final pretendido (como a recuperação total de saúde) de acordo com a ciência médica (ou com a ciência da MTC) atualmente existente.

²⁶⁵ Esta expressão vem de Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 119.

²⁶⁶ Cfr. TRL, acórdão de 28 de junho de 2012, Processo n.º 2859/09.7TJLSB.L1-8 (relator Ilídio Sacarrão Martins), que nos diz que “II - Mesmo nas obrigações de meios, o devedor está em melhores condições do que o credor para provar se usou ou não a diligência devida e, no caso negativo, se foi impedido por algum facto que lhe não seja imputável. Assim, cabendo ao credor provar que diligência deveria ter usado, em face da obrigação que assumiu (*trata-se da prova do conteúdo da obrigação, a qual compete ao credor*)” (itálico nosso).

²⁶⁷ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. II, op. cit.*, p. 94.

²⁶⁸ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 108-109. No entanto, a tarefa de distinção entre a culpa e a ilicitude não aparece assim tão fácil, uma vez que com a violação das *leges artis* se verificam não raramente as duas figuras. Sobre a dificuldade de distinção entre a ilicitude e a culpa, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 87-92.

²⁶⁹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 562, 566-567. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. p. 578.

concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo”²⁷⁰.

Embora a culpa revista duas modalidades diferentes – isto é, o dolo e a negligência ou mera culpa²⁷¹ –, os profissionais de saúde praticam, em princípio, atos de cuidados de saúde com negligência e não com dolo²⁷², uma vez que com uma atuação dolosa a situação se integra nos casos gerais e não apresenta qualquer especificidade na responsabilidade médica, exceto na situação de dolo eventual²⁷³. Mesmo sendo rara a ocorrência de atos com dolo direto²⁷⁴ ou dolo necessário²⁷⁵ no âmbito de cuidados de saúde, não se pode ignorar o seu enquadramento perfeito no dolo eventual²⁷⁶, o qual dificilmente se distingue, na prática, da negligência consciente, dada a sua aproximação com esta última figura, nomeadamente com a negligência grosseira²⁷⁷. Como bem entende Vera Lúcia Raposo, o dolo eventual refere-se aos “casos em que, embora o médico não pretenda lesar o paciente, ainda assim tem consciência de que essa possibilidade existe, e atua de qualquer forma, sem que se possa afirmar que age na convicção de que tal dano não se verificará”²⁷⁸, enquanto a negligência consciente se refere a “casos em que o agente não pretende causar o dano, mas tem consciência de que o mesmo pode ocorrer, embora atue na crença de que tal não sucederá”²⁷⁹, acrescentando a mesma autora que existe a negligência grosseira, figura muito próxima com o dolo eventual, “[q]uando essa convicção do agente não tenha qualquer sustento na realidade dos factos, e resulte antes de manifesta incúria na avaliação da possibilidade de ocorrência do risco”²⁸⁰. Ora, mesmo com as tentativas, quer pela doutrina quer pela jurisprudência nacional, de distinguir o dolo eventual da negligência consciente, na maioria das vezes é difícil ou até ambíguo identificar se um caso em concreto se encaixa numa ou

²⁷⁰ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 562.

²⁷¹ O dolo refere-se à “modalidade *mais grave* da culpa, aquela em que a conduta do agente, pela mais estreita identificação estabelecida entre a vontade deste e o facto, se torna mais fortemente censurável”, enquanto a negligência ou a mera culpa consiste na “*omissão da diligência exigível do agente*”. Sobre estas definições, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 569 e 573. Sobre estas modalidades da culpa, veja ainda Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* p. 582-584. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações, Vol. I, op. cit.*, pp. 457-465. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 347-350.

²⁷² Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, op. cit.*, pp. 125-126.

²⁷³ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 85.

²⁷⁴ Os casos de dolo direto consistem em “aqueles em que o agente *representa* ou *prefigura* no seu espírito determinado *efeito* da sua conduta e *quer* esse efeito como fim da sua actuação, apesar de conhecer a ilicitude dele”, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 570.

²⁷⁵ Os casos de dolo necessários são os “casos em que, não querendo directamente o facto ilícito, o agente todavia o previu como uma consequência *necessária, segura*, da sua conduta”, *ibidem*.

²⁷⁶ Mesmo assim, a expressão “culpa” que se utiliza em adiante refere-se, em regra, à negligência (consciente ou inconsciente), a não ser que haja menção específica em contrário.

²⁷⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.*, p. 86.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Ibidem*. Sobre a diferença entre o dolo eventual e a negligência consciente, veja ainda STJ, acórdão de 27 de novembro de 2011, Processo n.º 37/12.7JACBR.C1.S1 (relator Santos Cabral), que entende que “[o] dolo eventual integra-se pela vontade de realização concernente à acção típica (elemento volitivo), pela consideração séria do risco de produção resultado (factor intelectual), e, em terceiro lugar pela conformação do resultado típico como factor de culpa” e que “[a] negligência consciente significa que o autor reconheceu, na verdade, o perigo concreto, mas não o tomou seriamente em conta, porque em virtude de uma violação do cuidado devido em relação à valoração do grau de risco ou das suas próprias faculdades nega a concreta colocação em perigo do objecto da acção, ou, não obstante considerar seriamente tal possibilidade, confia também, de forma contrária ao dever, em que não se produzirá o resultado lesivo”.

noutra figura. Mesmo assim, ao contrário do que ocorre no direito criminal – em que a identificação de dolo eventual ou negligência consciente é muito importante porque é diferente a respetiva medida da pena e, em caso da negligência, determinados atos não se encaixam na pena –, no âmbito do direito civil essa importância aparece menos porque tal distinção apenas releva para efeitos previstos pelo artigo 494.º do CC, que prevê a fixação equitativa da indemnização no valor inferior ao dos danos causados²⁸¹.

4.3.2. Critério de aferição da culpa profissional

Nos termos do n.º 2 do artigo 487.º, para o qual remete o n.º 2 do artigo 799.º, ambos do CC, a apreciação da culpa do devedor é, na falta de outro critério legal, feita em abstrato, isto é, pela “diligência de um bom pai de família”, quer para a responsabilidade extracontratual quer para a contratual. Trata-se de um critério abstrato que se destina a apreciar se um dever de diligência²⁸² (ou *duty of care* no direito anglo-saxónico) é ou não cumprido e serve apenas para verificar a (in)existência de negligência, e não também de dolo²⁸³.

No âmbito específico dos atos de cuidados de saúde, não deixa de relevar a afirmação de Miguel Teixeira de SOUSA, que nos diz que “...o ponto de partida para qualquer ação de responsabilidade médica é assim o da desconformidade da concreta atuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que o médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes...”, acrescentando que “age com culpa ... o médico que viole os deveres objetivos de cuidado, agindo de tal forma que a sua conduta deva ser pessoalmente censurada e reprovada ... culpa a ser apreciada ... pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso”²⁸⁴. A culpa – em rigor, a mera culpa ou a negligência – dos profissionais de saúde é aferida pela “diligência exigida ao profissional normalmente diligente”²⁸⁵, isto é, pela “forma como um profissional médio teria agido quando colocado naquela concreta situação”²⁸⁶. Trata-se do “critério do profissional

²⁸¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 86.

²⁸² Ou um “nível eficiente de precaução”, como algum autor assim diz. Cfr. Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO. *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 62.

²⁸³ Alberto GONZÁLEZ. *Código Civil Anotado, Volume II*, op. cit., p. 180.

²⁸⁴ Miguel Teixeira de SOUSA. “Sobre o Ônus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”. *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996, p. 127.

²⁸⁵ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 299.

²⁸⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 80.

médio”²⁸⁷, através do qual se afere a existência da culpa dos profissionais de saúde. O que equivale a dizer que o profissional de saúde em concreto não tem culpa porque atuou como teria agido um profissional médio ou normalmente diligente para não violar o seu dever de diligência. Deste modo, a culpa existe quando o profissional de saúde viola um certo dever de diligência, quer o dever de zelo, quer o dever de fiscalização ou de vigilância, por causa de “imperícia (falta de habilitação), imprudência (fazer aquilo que não deve), desatenção, negligência *stricto sensu* (não fazer o que deve) ou inobservância dos regulamentos”²⁸⁸. No entanto, atendendo às características dos profissionais de saúde, a diligência exigida pode variar caso a caso – como a diferença de diligência exigida entre o médico generalista e o médico especialista, entre o médico com condições precárias (isto é, não tendo acesso a informações nem a tecnologias novas) e o médico com condições melhores (isto é, tendo acesso à tecnologia mais avançada), entre o médico recém-licenciado e o médico com mais experiência²⁸⁹ –, pelo que se entende que, de acordo com o artigo 487.º, n.º 2, do CC, existe não só um modelo abstrato de aferição da culpa aplicável a todos os profissionais de saúde, mas sim vários modelos abstratos²⁹⁰, cada um dos quais equivale ao “bom profissional da mesma categoria do médico”²⁹¹. No entanto, esta posição não é unânime na doutrina, uma vez que existem autores que entendem de forma diferente. Por um lado, há quem entenda que a culpa não pode ser apreciada atendendo aos aspetos que se relacionem com o profissional de saúde em concreto, contrariando completamente a posição acima mencionada²⁹². Esta posição vem de Pedro Romano Martinez, que entende que “na apreciação da culpa não se pode atender a aspectos relacionados com o médico em concreto, como o facto de ser jovem ou idoso, experiente ou inexperiente; assentando no critério abstracto da lei impõe-se um comportamento médio independentemente da situação particular do médico em concreto”²⁹³. Por outro lado, outros autores sufragam que, mesmo contrariando parte da posição acima referida, ao entenderem que a idade e a experiência não podem ser fatores de desculpa, o nível de competência profissional pode ser variável conforme o seu grau de especialização (por exemplo, o médico generalista ou o médico especialista)²⁹⁴.

²⁸⁷ Sobre esta expressão e a sua análise profunda, cfr. *Idem.*, pp. 93-96.

²⁸⁸ *Idem.*, p. 87.

²⁸⁹ Sobre estes exemplos, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 128. Veja também Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 94.

²⁹⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 94.

²⁹¹ Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 127-129.

²⁹² Pedro Romano MARTINEZ. “Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico”, op. cit., p. 481.

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 299, sufragando “não ser de considerar como desculpa ou diminuição do padrão de exigência o facto de o profissional em causa ser mais ou menos experiente. Uma vez habilitado para o exercício da medicina, espera-se que o médico domine a arte médica, independentemente da sua idade” e, no entanto, defendendo que “o nível de competência exigível ao

No entanto, esses modelos abstratos têm de ser aplicados atendendo-se à situação particular em que os profissionais de saúde se colocam, como se prevê o artigo 487.º, n.º 2, para o qual o artigo 799.º, n.º 2, do CC remete, ao determinar a sua aplicação “em face das circunstâncias de cada caso”. A culpa dos profissionais de saúde é apreciada tendo em conta as circunstâncias do caso em concreto²⁹⁵. Dizendo de outra forma, os modelos abstratos, através dos quais se afere a culpa dos profissionais de saúde da mesma categoria profissional, devem ajustar-se conforme as circunstâncias de cada caso. Portanto, a diligência que genericamente se exige aos profissionais de saúde da mesma categoria profissional pode não ser exigível perante a particularidade ou especificidade das circunstâncias em que o profissional de saúde em concreto se integra. Essas circunstâncias podem ser variáveis e referem-se, já não às características dos profissionais de saúde, mas sim a qualquer fator que possa afetar a possibilidade do resultado que os atos profissionais se destinam a obter – ou seja, aos fatores exógenos que se relacionem com as condições técnicas, temporais e espaciais²⁹⁶ –, como o grau da dificuldade ou complexidade da intervenção, a recentidade da técnica, o grau da urgência da intervenção, a gravidade do estado de saúde do paciente, a quantidade e qualidade dos instrumentos e aparelhos, a cooperação possível de outros profissionais de saúde, o grau de risco da intervenção, a (in)existência de perigo sobre a vida do paciente²⁹⁷, etc. No entanto, tais fatores não podem ser apreciados da mesma forma. Por exemplo, quanto mais complexa seja a intervenção ou mais urgente seja a situação, a diligência exigida ao profissional de saúde em particular pode ser menos exigente; pelo contrário, quanto mais elevado o risco da intervenção, deve ser mais exigente a diligência exigida ao profissional de saúde, isto é, mais atenção e cuidado o mesmo deve ter na sua intervenção²⁹⁸.

De qualquer forma, a culpa não é exigível ao profissional de saúde que não disponha de condições necessárias para praticar atos que não lhe sejam alcançáveis, como a falta de meios apropriados por razões que ao mesmo não se podem imputar, situação essa em que se fala de

profissional possa variar em função do seu grau de especialização. Com efeitos, a extrema complexidade da medicina moderna não autoriza a aplicação de um critério uniformemente exigente para todos os médicos, uma vez que a preparação e o treino que receberam foi talhado para a apreensão de competência distintas. Por esta razão, não seria justo exigir a um médico generalista o mesmo grau de conhecimento de uma determinada patologia que o exigível a um médico especialista, que estudou – por dever de ofício – os contornos daquela patologia”.

²⁹⁵ *Idem*, p. 300.

²⁹⁶ Neste sentido, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 131-132 e 139-140.

²⁹⁷ Sobre estes exemplos, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 131-132. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 81 e 94.

²⁹⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 81, que entende que “se a intervenção for muito complexa poderão justificar-se pequenos descuidos. ... Por outro lado, uma situação de urgência para o doente pode tornar inexigível ao médico atuar de outra forma. Todavia, o facto de uma atividade envolver, pela sua natureza, um determinado risco, mesmo de nível elevado, pode ainda assim comportar a condenação do médico, caso se comprove que a concretização do risco se deveu a uma conduta culposa da sua parte. É que o risco acrescido exige desde logo especial atenção e cuidado com vista a evitar a sua ocorrência, pelo que na falta destas cautelas concluir-se-á pela culpa do agente”.

inexigibilidade, correspondente a uma causa de exclusão da culpa²⁹⁹. Deste modo, qualquer que seja a razão – quer sejam as características dos profissionais de saúde, quer sejam os fatores exógenos que se relacionem com as condições técnicas, temporais e espaciais –, o profissional de saúde em concreto, ao entender que o caso em apreço se integra num alcance que não consiga resolver (como a falta de recursos necessários para a intervenção proposta), deve explicar ao paciente/utilizador de MTC e terminar imediatamente a relação jurídica com o mesmo³⁰⁰ ou, exceto em situações de urgência em que a sua intervenção imediata é necessária, transmiti-lo para outra instituição de saúde com condições para um acompanhamento devido³⁰¹, de forma a não atrasar o seu tratamento e, deste modo, a não afetar a possibilidade de cura ou recuperação de saúde.

4.3.3. Presunção de culpa nas obrigações de meios

Na matéria da culpa, é essencial determinar a quem cabe o ónus da prova. Tal determinação é fundamental quer para o paciente/utilizador de MTC lesado quer para o profissional de saúde lesante, dado que provar a culpa não é uma tarefa fácil, especialmente no âmbito dos atos de cuidados de saúde, e a parte que não tem o ónus da prova encontra-se muito mais aliviada dos seus encargos perante o tribunal.

Em princípio, cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado provar os factos constitutivos do direito que invoca e ao profissional de saúde lesante, contra quem a invocação é feita, provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, ao abrigo do artigo 342.º, n.ºs 1 e 2, do CC. De acordo com esta regra geral, o paciente/utilizador de MTC lesado deve provar a ilicitude e a culpa do profissional de saúde lesante. Contudo, a aplicação desta regra geral não é absoluta, dado que existem situações excecionais em que se presume a culpa do profissional de saúde lesante, ao qual cabe ilidir, salvo a lei o proibir, essa presunção legal mediante prova em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do CC), isto é, mediante prova de que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não resulta da sua culpa (artigo 799.º, n.º 1, do CC). Neste caso, o paciente/utilizador de MTC, mesmo tendo ainda o ónus da prova da ilicitude, já não se encarrega de provar a culpa, porque com a inversão do ónus da prova (artigo 344.º do CC) incumbe ao profissional de saúde ilidir e afastar a presunção legal da culpa

²⁹⁹ *Idem.*, p. 83.

³⁰⁰ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 299.

³⁰¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 81 e 96.

por meio de prova em contrário.

Por conseguinte, perante uma presunção legal da culpa, cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado provar que o ato profissional praticado é ilícito e ao profissional de saúde lesante ilidir a presunção da culpa provando a não censurabilidade do seu comportamento nos termos do artigo 799.º do CC³⁰². Com a possibilidade de ilidir uma tal presunção legal, não se pode dizer que essa presunção corresponde à afirmação da culpa, porque esta confirmação implica a impossibilidade de explicação adicional³⁰³.

Parece que, na responsabilidade extracontratual, seria sempre aplicável a regra geral através da qual o paciente/utilizador de MTC lesado tem o ónus de provar a culpa do profissional de saúde, sem qualquer presunção legal de culpa deste, mas não é assim sempre. Nesta modalidade da responsabilidade civil, em regra cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado provar a culpa do profissional de saúde lesante, mas esta regra geral não impede a ocorrência de presunções legais de culpa (artigo 487.º, n.º 1, do CC), como as excecionalmente previstas nos artigos 491.º e 493.º do CC³⁰⁴ – por exemplo, na situação prevista no artigo 491.º do CC, o profissional de saúde/unidade de saúde tem o ónus de provar que cumpriu o dever de vigilância ou que os danos já causados no paciente/utilizador de MTC se teriam produzido mesmo que o tivesse cumprido; outro exemplo refere-se a situações em que, nos termos do artigo 493.º, n.º 2, do mesmo código, incumbe ao profissional de saúde provar que, durante a utilização de meios perigosos ou os procedimentos altamente arriscados, empregou todas as providências exigidas para prevenir a sua ocorrência – e as previstas no artigo 10.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (Responsabilidade Civil Extracontratual

³⁰² Neste sentido, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: STJ, acórdão de 23 de março de 2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 (relator Tomé Gomes), que nos diz o seguinte: “VII. Em sede de obrigações de meios, incumbe ao credor lesado (paciente), provar a falta de cumprimento do dever objetivo de diligência ou de cuidado, nomeadamente o requerido pelas *leges artis*, como pressuposto de ilicitude, recaindo, por seu turno, sobre o devedor o ónus de provar a inexigibilidade desse comportamento, a fim de ilidir a presunção da culpa, nos termos do artigo 799.º do CC. XI. Nessas circunstâncias, presumindo-se a culpa do médico operador, incumbirá ao devedor da prestação provar que tal ocorrência não lhe é imputável por falta de cuidado ou de imperícia, nos termos do artigo 799.º do CC”; TRG, acórdão de 14 de janeiro de 2021, Processo n.º 304/17.3T8BRG.G2 (relatora Cristina Cerdeira), que entende que “III- Em sede de responsabilidade civil médica, porque por regra a obrigação (contratual) do médico é de meios, que não de uma obrigação de resultado, incumbe ao paciente lesado o ónus de alegar e provar a existência do vínculo contratual e da verificação dos factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso das “*leges artis*” e da devida diligência por parte do médico, dos danos e sua extensão e do nexo causal entre a violação das regras da arte e tais danos. Ou seja, o paciente/lesado tem de demonstrar a inobservância de um dever específico de diligência e de cuidado por parte do médico, nomeadamente o requerido pelas “*leges artis*”. IV - Feita tal prova pelo paciente lesado, tem lugar a presunção de culpa do médico contida no art.º 799º, n.º 1 do Código Civil, podendo esta ser ilidida caso o médico demonstre que agiu correcta e diligentemente, por ter utilizado as técnicas e regras de arte adequadas”. TRP, acórdão de 27 de março de 2017, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1 (relator Jorge Seabra), que nos diz que “VI - Verificada a ilicitude, por força do preceituado no art. 799º, n.º 1 do Código Civil incumbe ao médico afastar a presunção de culpa, comprovando que os procedimentos adoptados eram os exigidos pelas «*legis artis*» aplicáveis ao caso ou que a lesão sobreveio por causa de força maior e/ou facto imputável ao lesado”.

³⁰³ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 96.

³⁰⁴ Sobre a presunção de culpa baseada na perigosidade dos meios ou da atividade (artigo 493.º, n.º 2, do CC), nomeadamente no que diz respeito aos procedimentos altamente arriscados e à utilização de instrumentos perigosos, vide Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 106-109.

do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público)³⁰⁵.

Por outro lado, nos termos da definição de René Demogue, na responsabilidade contratual costuma efetuar-se a distinção entre a obrigação de meios, na qual o devedor se sujeita a praticar, com a diligência devida, os seus atos sem assegurar a obtenção de certo resultado, e a obrigação de resultado, na qual o mesmo se vincula a adquirir o resultado esperado^{306/307}. No que concerne à obrigação de resultado, ninguém duvida que a regra aplicável é a da presunção legal de culpa, incumbindo ao profissional de saúde provar que “a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua” (artigo 799.º, n.º 1, do CC). Contudo, relativamente às obrigações de meios, a aplicação da presunção legal de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do CC não é unanimemente aceite na doutrina, que se tem dividido em duas posições opostas. Por um lado, certos autores sufragam que seria excluída a aplicação da presunção legal de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do CC, porque o ónus da prova do profissional de saúde assim envolveria uma tarefa quase impossível³⁰⁸ e a sua posição seria sobrecarregada³⁰⁹, sendo aplicável o regime da prova aplicável à responsabilidade extracontratual³¹⁰. Por outro lado, outros autores defendem que o facto de se tratar de uma obrigação de meios na responsabilidade contratual não obsta à aplicação da presunção de culpa consagrada no artigo 799.º, n.º 1, do CC, incumbindo ao profissional de saúde provar que atuou com a diligência e a perícia exigidas, porque o resultado que se exige na responsabilidade contratual é o tratamento devidamente realizado e não a recuperação da saúde³¹¹.

Parece-me mais adequada a última posição acima referida – a de que a presunção legal de culpa existe nas obrigações de meios –, uma vez que o resultado pelo qual o paciente/utilizador de MTC espera, nas obrigações de meios, é a realização de atos de cuidado de saúde com diligência e

³⁰⁵ De acordo com as disposições legais deste artigo, nomeadamente os seus n.º 2 e 3, a culpa só se presume quando se refere à culpa leve, o que quer dizer que, em caso de dolo ou culpa grave, tal presunção legal não existe. Esta conclusão também se retira do artigo 10.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, do qual consta a expressão “[s]em prejuízo da demonstração de dolo ou de culpa grave...”. Deste modo, incumbe ao paciente/utente lesado o encargo de provar a existência de dolo ou culpa grave da outra parte.

³⁰⁶ Sobre esta definição de René Demogue, vide Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 112.

³⁰⁷ Críticas sobre esta distinção, Carlos Ferreira de ALMEIDA. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, op. cit., pp. 110-112. Luis Filipe Pires de SOUSA. *O Ónus da Prova na Responsabilidade Cível Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação deste Tipo de Acções (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial)*, pp. 33-34.

³⁰⁸ João Álvaro DIAS. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 225.

³⁰⁹ Miguel Teixeira de SOUSA. “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Cível Médica”, op. cit., p. 127.

³¹⁰ *Idem.*, pp. 127, 140 e 141. Na jurisprudência, seguindo esta posição, cfr. STJ, acórdão de 22 de maio de 2003, Processo n.º 03P912 (relator Neves Ribeiro), entendendo que “[n]o fundo, também aqui estamos relegados para o padrão de avaliação de culpa jurídica, através do critério de referência estabelecido pelo artigo 487º-2, para a responsabilidade extracontratual, e acolhido no 799º-2, do Código Civil, para a responsabilidade contratual”.

³¹¹ Álvaro da Cunha RODRIGUES. “Reflexões em Torno da Responsabilidade Cível dos Médicos”. op. cit., pp. 182-183. Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”, op. cit., pp. 46. Carlos Ferreira de ALMEIDA. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, op. cit., pp. 117-118. André G. Dias PEREIRA. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 426. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 101-102. Manuel Rosário NUNES. *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Cível por Actos Médicos*, Almedina, junho de 2005, p. 61. Na jurisprudência, esta posição foi acolhida pelo STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2002, Processo n.º 02A4057 (relator Afonso Melo).

perícia adequadas, nomeadamente quando esses atos envolvem certo risco que afeta a obtenção do resultado (por exemplo, o sucesso da intervenção cirúrgica ou a recuperação de saúde), com vista a pelo menos não elevar o máximo do risco que o paciente/utilizador de MTC inicialmente aceitou. Deste modo, esta conclusão permite-me entender que a presunção de culpa existe não apenas na responsabilidade extracontratual como também na responsabilidade contratual e, no campo desta última modalidade, existe quer nas obrigações de meios quer nas de resultado.

4.3.4. Presunção de culpa nas obrigações de resultado³¹²

No domínio da responsabilidade contratual, os profissionais de saúde podem ser sujeitos, na execução de um contrato de prestação de serviços médicos, quer às obrigações de meios – embora a responsabilidade contratual derive, em regra e na maioria dos casos, destas obrigações³¹³ – quer às obrigações de resultado, mas, para saber se se sujeitam àquelas ou a estas obrigações, convém realizar-se uma análise casuística e atender à natureza e ao objetivo dos atos profissionais³¹⁴. Portanto, é relevante a ponderação casuística do objeto dos atos de cuidados de saúde para saber se, em determinado caso, se está perante uma obrigação de meios (que exige uma atuação prudente e diligente conforme as regras da arte) ou uma obrigação de resultado (que exige a afirmação de uma resposta definitiva e inquestionável)³¹⁵. Perante obrigações de resultado, que se traduzem na vinculação de obter certo resultado esperado, verifica-se a presunção legal de culpa (artigo 799.º, n.º 1, do CC) e, caso o resultado pretendido não seja adquirido, recai sobre o profissional de saúde o ónus de provar que, no exercício dos seus atos, utilizou a diligência e perícia devidas para não violar as *leges artis*,

³¹² Esta parte, nomeadamente as posições aceites pela doutrina e jurisprudência nacional, é muito importante para os atos praticados pelos profissionais da MTC – especialmente para as matérias que serão analisadas e desenvolvidas, como erro do diagnóstico (Capítulo V), aplicação de método inadequado (Capítulo VI) e falha na execução de métodos (Capítulo VII) –, porque permite aos profissionais da MTC confirmarem se os seus atos envolvem intervenções simples e, deste modo, serão sujeitos às obrigações de resultado.

³¹³ José António Esperança PINA. *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Edição, Editora *Lidel*, 2003, p. 116. *Idem*, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, Editora *Lidel*, março de 2003, p. 210.

³¹⁴ Neste sentido, cfr. STJ, acórdão de 15 de novembro de 2011, Processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1 (relator Gregório Silva Jesus), que expressa que “III - Se é inquestionável que a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, o corrente na prática é o acto médico envolver da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e ciência profissionais, a assunção de obrigação de meios. Em regra, o médico a só isto se obriga, apenas se compromete a proporcionar cuidados conforme as *leges artis* e os seus conhecimentos pessoais, somente se vincula a prestar assistência mediante uma série de cuidados ou tratamentos normalmente exigíveis com o intuito de curar. IV - Importa ponderar a natureza e objectivo do acto médico para, casuisticamente, saber se se está perante uma obrigação de meios ou perante uma obrigação de resultado”.

³¹⁵ STJ, acórdão de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183 (relator Fonseca Ramos), indicando que “II - A execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar para o médico uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, importando ponderar a natureza e objectivo do acto médico para não o catalogar a prioristicamente naquela dicotómica perspectiva. III - Deve atentar-se, casuisticamente, ao objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório, para saber se, neste ou naqueloutro caso, estamos perante uma obrigação de meios – a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte – ou perante uma obrigação de resultado com o que implica de afirmação de uma resposta peremptória, indúbia”.

afastando assim a presunção de culpa³¹⁶.

Existem vários atos de cuidados de saúde em que os profissionais de saúde assumem obrigações de resultado, como, entre outros, os seguintes³¹⁷:

- 1) dever de cumprir as condições de assepsia e de esterilização;
- 2) dever de realizar, numa data, estabelecida, atos de observação ou da operação;
- 3) dever de utilizar aparelhos e utensílios mecânicos (maquinismos) com bom funcionamento;
- 4) fabrico ou elaboração de próteses³¹⁸;
- 5) exames físicos, biológicos ou laboratoriais³¹⁹;
- 6) assunção, pelos profissionais de saúde, das obrigações de resultados³²⁰;
- 7) cirurgia estética de embelezamento (e não reconstrutiva)³²¹;
- 8) intervenções para mudar atividades biológicas de natureza sexual;
- 9) intervenções simples ou de fácil execução.

No que respeita especificamente às intervenções simples ou de fácil execução, é relevante

³¹⁶ Cfr. TRP, acórdão de 23 de março de 2020, Processo n.º 401/16.2T8PVZ.P1 (relatora Fátima Andrade), ao sufragar que “IV - Demonstrado que o resultado pretendido não foi alcançado, justifica-se recair sobre o mesmo médico o ónus de provar que usou de toda a diligência e cuidado, no respeito pelas leges artis, no exercício da sua atividade, como forma de afastar a culpa que se presume (artigo 799º do CC)”.

³¹⁷ Sobre estes exemplos, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 99-102. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 114-117.

³¹⁸ Diferentemente do que ocorre na aplicação de próteses, para a qual se exige uma obrigação de meios, dada a natureza incerta e incontrolável de reação do organismo humano. Neste sentido, cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 100. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 114.

³¹⁹ Como a realização de uma colonoscopia, isto é, de um exame médico sem finalidade curativa, cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo), quando nos diz que “[a] circunstância de vir provado que, entre as partes, foi firmado um contrato destinado à realização de um exame médico sem finalidade curativa, uma colonoscopia, e que ela foi realizada e dado a conhecer o respectivo resultado, inutiliza a caracterização da obrigação assumida pelo R. perante a A. como obrigação de meios ou de resultado; em abstracto trata-se de uma obrigação de resultado, pois pretende-se a observação e análise do cólon, e respectivo diagnóstico (obtenção dos dados clínicos do exame)”.

³²⁰ Cfr. STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2002, Revista n.º 4057/02 – 6.ª Seção (relator Manso de Melo), que defende que “[p]ode ... *garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado*; normalmente, isso acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento” (itálico nosso).

³²¹ Para este ato profissional, veja o que nos diz o STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRP.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor): “Nas cirurgias estéticas, que se destinam a corrigir um determinado defeito físico ou a melhorar a aparência ou a imagem de uma pessoa, a dimensão do resultado assume maior relevo nas obrigações contratuais dos médicos do que nas cirurgias curativas ou assistenciais, típicas obrigações de meios, sendo também densificados os requisitos de manifestação da vontade dos pacientes e os deveres de esclarecimento dos médicos”. Deste modo, a cirurgia estética reconstrutiva e as intervenções plásticas que, mesmo sendo também estéticas, assumem essencialmente natureza terapêutica, correspondem aos atos que se sujeitam às obrigações de meios. Sobre este sentido, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. pp. 115-116.

que se identifiquem as intervenções que possam ser qualificadas como tal. Esta identificação é muito importante para os profissionais de saúde porque, em regra, lhes permite saber se os seus atos de cuidados de saúde são sujeitos às obrigações de meios ou às de resultado e, no caso destas últimas obrigações, devem atingir um certo resultado esperado em vez de apenas assumir a diligência e perícia exigíveis. Diz-se aqui “em regra” porque existem situações em que os atos complexos ou de difícil execução podem conduzir às obrigações de resultado, como nas situações em que os profissionais de saúde assumem, *de per se*, essas obrigações. No entanto, sem uma tal assunção, por natureza das coisas os atos complexos ou de difícil execução, dados os riscos que acarretam, dirão respeito a obrigações de meios. Portanto, parece-me mais rigoroso dizer-se que, desde que não sejam assumidas pelos profissionais de saúde as obrigações de resultado, a distinção entre as obrigações de resultado e as obrigações de meios é feita conforme se está perante atos simples ou atos complexos.

Encontram-se vários atos profissionais que se qualificam como intervenções simples ou de fácil execução, como, entre outros, vasectomia, laqueação das trompas, intervenções relativamente simples (por exemplo, a remoção de um quisto sebáceo ou de uma apendicite), colocação de um aparelho de prótese dentária, análises sanguíneas para determinação do fator rhésus, de doseamento da ureia, de colesterol, de glicémia e de hemograma³²². Trata-se de atos profissionais que, como bem indica Vera Lúcia Raposo, se referem às “intervenções que se pautam por regras técnicas extremamente precisas”, às “intervenções rotineiras”³²³ e às “intervenções que acarretam uma percentagem muito diminuta de risco”³²⁴. Estes três grupos de intervenções servem como o critério de referência útil e importante para confirmar se um certo ato profissional pode qualificar-se como intervenção simples ou de fácil execução. Qualquer ato profissional que não se encaixe em qualquer um destes grupos de intervenções não deve ser qualificado como intervenção simples ou de fácil execução, porque existem situações em que os atos profissionais, mesmo sendo intervenções rotineiras e/ou que se pautam por regras técnicas muito precisas, acarretam uma percentagem não diminuta de

³²² Sobre estes exemplos, cfr. Luís Filipe Pires de SOUSA. “O ónus de prova na responsabilidade civil médica”. *Data Venia*, Ano 6, n.º 8, p. 23. José António Esperança PINA. *A Responsabilidade dos Médicos*, op. cit., p. 116. *Idem*, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, op. cit., p. 210.

³²³ Parece que o STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2002, Revista n.º 4057/02 – 6.ª Seção (relator Manso de Melo), também qualifica as intervenções rotineiras como intervenções simples, ao sufragar que “[f]lora das chamadas prestações rotineiras, o médico obriga-se apenas a tratar o paciente e não a curá-lo” (itálico nosso).

³²⁴ Sobre estes três tipos de intervenções simples, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 122.

No entanto, contra as últimas intervenções mencionadas – isto é, as intervenções que acarretam uma percentagem muito diminuta de risco –, cfr. TRL, acórdão de 23 de outubro de 2007, Processo n.º 6068/2007-7 (relatora Isabel Salgado), ao entender que “I- A prestação do médico é por norma uma obrigação de meios, não o responsabilizando pela obtenção de um resultado, mas, apenas na circunstância de usar inadequadamente meios impróprios nos serviços, exigindo-se que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente exige e, na não omissão de actos que a mesma impõe. II – A singularidade da situação da intervenção cirúrgica de laqueação de trompas, não se destinando propriamente a remover “um mal de saúde” da paciente, mas tendo como finalidade exclusiva no caso a alcançar um método anticoncepcional definitivo, que não se revelou eficaz, dele não resultou, porém, qualquer dano de saúde a mesma. III - *O risco de sucesso da laqueação não está clinicamente assegurado de sucesso de 100%, e, tal também não foi assegurado pela médica*” (itálico nosso).

risco, como a angioplastia transluminal percutânea (também designada por angioplastia por balão ou puramente angioplastia).

Ao contrário do que ocorre nas intervenções de difícil execução – em que cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado o ónus de provar a não idoneidade das técnicas utilizadas para executar a intervenção –, nas intervenções simples ou de fácil execução, a culpa do profissional de saúde é presumida (artigo 799.º, n.º 1, do CC) e, assim sendo, incumbe a este revelar que o insucesso de obter o resultado não é por causa da sua negligência ou imperícia³²⁵

4.4. Dano³²⁶

Entende-se por dano a “perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”³²⁷ ou, simplesmente, a “ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”³²⁸ ou a “lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido”³²⁹. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde, quer contratual quer extracontratual, pressupõe a existência de um dano – que, por um lado, pode ser tanto patrimonial como não patrimonial ou moral (artigo 496.º do CC), conforme o interesse lesado revista ou não natureza patrimonial, e, por outro lado, pode ser dano emergente ou lucro cessante, consoante se trata, à data da lesão, de um prejuízo causado nos bens ou direitos já existentes na titularidade do lesado ou de um benefício que este deixou de obter por causa da lesão (artigo 564.º, n.º 1, do CC)³³⁰ – e os profissionais de saúde com a obrigação de indemnização devem reparar o dano, isto é, “reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (artigo 562.º do CC)³³¹ ou, caso a reconstituição natural não seja possível,

³²⁵ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 716.

³²⁶ O que se discute mais pela doutrina e jurisprudência é a matéria da perda de *chance*, dadas a sua especificidade e complexidade. No entanto, para melhor organização da dissertação, esta parte será tratada de forma autónoma na Seção 5, Capítulo II.

³²⁷ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., p. 598. Seguindo esta definição, cfr. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, op. cit., pp. 480-481.

³²⁸ Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. p. 591.

³²⁹ Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 26.

³³⁰ Sobre estas distinções, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., pp. 598-599. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações*, Vol. I, op. cit., pp. 481-487. Inocência Galvão TELLES. *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 376-387. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 592-594 e 596-597. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 145-146. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 26.

Para além dos danos mencionados, refere-se ainda o dano biológico a que a doutrina e a jurisprudência recorrem. Na doutrina, cfr. Maria da Graça TRIGO. *Responsabilidade Civil: Temas Especiais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, março de 2017, pp. 69-87. Armando BRAGA. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2005.

³³¹ No mesmo sentido, cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relatora Moreira do Carmo), que nos diz que

proceder à indemnização em dinheiro (artigo 566.º, n.º 1, do CC). Neste sentido, o dano é determinado por meio de ponderação da relação entre a situação atual e o estado anterior em que o paciente/utilizador de MTC se encontrava³³².

4.5. Nexo de causalidade

Para que o dano seja indemnizável, pressupõe-se ainda o nexos de causalidade entre o facto e o dano, como prevê o artigo 563.º do CC, nos termos do qual “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Esta disposição legal consagra a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa³³³. Nos termos desta teoria, o facto é uma causa adequada de produzir o dano, enquanto consequência típica ou normal do facto³³⁴. Por conseguinte, o artigo 563.º do CC prevê o recurso ao prognóstico objetivo, o que quer dizer que o facto deve ser uma condição objetiva, e não concreta, para produzir o dano³³⁵.

No âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, e conforme o que se expôs acima, ao existir um dano (quer patrimonial quer não patrimonial) no paciente/utilizador de MTC convém analisar se existe uma relação de causalidade objetiva entre o ato profissional e o dano causado, nos termos da teoria da causalidade adequada. A objetividade da causalidade ou condicionalidade apenas pode ser determinada de forma casuística, segundo as regras da experiência comum e o curso normal das coisas³³⁶. Tal determinação é feita pelo paciente/utilizador de MTC, ao qual cabe o ónus de provar o nexos causal entre o facto faltoso e o dano, e não entre esse facto e uma hipótese de sobrevivência ou de recuperação de saúde, porque os tribunais não podem fundar-se em

“[e]fetivamente pressuposto da responsabilidade civil é ainda a verificação de um dano ou prejuízo, que consiste numa ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. A obrigação de indemnizar pressupõe assim que tenham sido causados danos devendo, nos termos do art. 562º do Código Civil, o lesante reconstituir a situação que existiria sem a ocorrência do evento danoso. O dano é outro pressuposto da responsabilidade civil, que consiste “em todo o prejuízo, desvantagem ou perda que é causado nos bens jurídicos de carácter patrimonial ou não” ”.

³³² José António Esperança PINA. *A Responsabilidade dos Médicos*, op. cit., p. 126. *Idem*, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, op. cit. p. 220.

³³³ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., pp. 900-901. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., pp. 26-27.

³³⁴ Cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relatora Moreira do Carmo), que nos diz que “[d]e acordo com a teoria da causalidade adequada consagrada no art. 563º do Código Civil, o facto é causa adequada do dano sempre que apareça como uma consequência típica ou normal daquele”.

³³⁵ Como bem indica João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, op. cit., p. 900, “não basta a relação de condicionalidade concreta entre o facto e o dano. É preciso ainda que, em abstracto, o facto seja uma causa adequada (hoc sensu) desse dano”.

³³⁶ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 294, ao entenderem que “[f]azendo aplicação da teoria da causalidade adequada, são de considerar os danos que, de acordo com o curso normal das coisas, segundo as regras da experiência comum, se produziram em resultado da atuação do agente”.

hipóteses³³⁷.

5. Perda de *chance*

5.1. Definição e requisitos

A perda de *chance* é uma figura que se desenvolve a partir de uma decisão da *Cour de Cassation* francesa de 1889, em que se discutiu a perda de oportunidade de prosseguir um processo judicial e adquirir nele o ganho, condenando o funcionário judicial que tinha impedido o avanço do processo judicial que, se não fosse o seu comportamento, poderia ter concluído a favor do autor³³⁸. Trata-se de um caso remoto que incidia em atos de mandato judicial ou forense³³⁹, mas tal não implica que a perda de *chance* seja aplicável apenas a este tipo de hipóteses. As hipóteses, às quais é aplicável a figura da perda de *chance*, podem ser classificadas em termos do contexto em que se produzem (por exemplo, os casos de jogos de sorte ou azar, de competições desportivas, de processos judiciais, de procedimentos administrativos, de concursos privados, de cura ou de sobrevivência) ou em termos da natureza do dano final (por exemplo, a oportunidade económica e a oportunidade pessoal, a oportunidade de captação de lucro e a oportunidade de evitar um dano, a oportunidade direta ou indireta, ou a oportunidade passada e a oportunidade futura)³⁴⁰.

A perda de *chance* é definida como uma perda da possibilidade de obter uma vantagem

³³⁷ José António Esperança PINA. *A Responsabilidade dos Médicos*, op. cit., p. 126. *Idem*, *Ética, Deontologia e Direito Médico*, op. cit., p. 221.

³³⁸ Sobre a origem da perda de *chance*, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 145. Vera Lúcia RAPOSO. "Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)". *Revista do Ministério Público*, 138 (abril-junho de 2014), p. 9.

³³⁹ Sobre a aplicação da perda de *chance* relativa ao mandato forense na jurisprudência portuguesa, cfr. Isabel Maria Fernandes BRANCO. *A ideia de "perda de chance" e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial*. VerboJurídico, janeiro de 2015, pp. 19-25. Disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/isabelbranco_perdachance_mandatojudicial.pdf (acesso em 28 de julho de 2021). Veja ainda STJ, acórdão de 29 de abril de 2010, Processo n.º 2622/07.OTBPNF.P1.S1 (relator Sebastião Póvoas), STJ, acórdão de 14 de março de 2013, Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), STJ, acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1 (relator Fonseca Ramos) e STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPRP.P1.S1 (relator Fonseca Ramos).

Mais análise sobre a aplicação da perda de *chance* processual, cfr. Hugo Luz dos SANTOS. "O Direito da União Europeia e o princípio da efetividade – sua leitura à luz do princípio da proibição do *déficé* e da responsabilidade extracontratual do estado-juiz por violação do direito da união europeia – a "perda de chance" como direito?: (ainda) o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014". *Revista JULGAR*, online, setembro de 2016, pp. 33-37. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/09/20160908-ARTIGO-JULGAR-O-direito-da-UE-e-o-princ%C3%ADpio-da-efetividade-Hugo-Luz-dos-Santos.pdf> (acesso em 29 de julho de 2021).

³⁴⁰ Patrícia Helena Leal Cordeiro da COSTA. *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*. VerboJurídico, 30 de abril de 2010, pp. 29-37. Disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacoosta_danoperdachance.pdf (acesso em 29 de julho de 2021). Sobre as hipóteses da primeira classificação, cfr. STJ, acórdão de 26 de outubro de 2010, Processo n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1 (relator Azevedo Ramos). Veja também Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 187-192. Vera Lúcia RAPOSO. "Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)", op. cit., p. 10. Thomas Kadner GRAZIANO. "Loss of a chance in European Private Law – "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation". *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º 6 (2008), pp. 1013-1016. Este último autor aponta no seu texto que a figura da perda de *chance* pode ser classificada em, pelo menos, quatro categorias seguintes: (1) responsabilidade profissional dos advogados; (2) responsabilidade por negligência médica; (3) casos de competição; (4) jogos de azar.

ou de evitar um prejuízo num momento futuro³⁴¹. A *chance* ou a oportunidade constitui um bem e pode ser entendida como um conceito oposto ao de risco³⁴². No entanto, a ideia da *chance* enfrenta duas objeções. A primeira objeção refere-se ao argumento de que a ideia da *chance* é apenas uma ilusão porque não se envolve nenhuma ação humana³⁴³, enquanto a segunda objeção defende que no nosso mundo não existem coisas como *chances*³⁴⁴. Quanto à ideia da perda, é fundamental distinguir os casos da perda da *chance* dos casos semelhantes, como os casos de mera exposição ao risco ou aumento do risco³⁴⁵, porque apenas a perda de *chance* pode ser entendida como um dano, pelo qual é responsável o lesante, ao contrário da exposição ao risco ou aumento do risco, da qual não pode ser responsável, porque não é destruída a *chance* e esta ainda existe, embora esta possa ter uma percentagem reduzida³⁴⁶.

Para além das ideias acima expostas, nem todas as perdas de oportunidade se encaixam nesta figura, porque a sua verificação pressupõe o preenchimento dos requisitos seguintes: (1) uma perda atual e certa de uma possibilidade; (2) uma possibilidade favorável real, séria e credível³⁴⁷. Estes requisitos merecem esclarecimento adicional no sentido de explicar em que termos se verificam a perda e a possibilidade com as respetivas naturezas exigidas. Em primeiro lugar, a perda tem de ser atual e não futura, pelo que a perda futura, mesmo sendo previsível, não é admissível no contexto desta figura. Em segundo lugar, a perda tem de ser certa ou definitiva, não podendo ser possível ou duvidosa, o que implica que o objetivo não pode ser atingido de outro modo³⁴⁸. Ao contrário do que se refere à *chance* cuja dimensão é incerta entre a possibilidade máxima e a possibilidade mínima, a perda tem de ser certa ou definitiva³⁴⁹. O que implica que é certa ou definitiva a perda, mas é incerta a dimensão da oportunidade ou *chance* perdida. Em terceiro lugar, a possibilidade ou oportunidade perdida tem de ser favorável – isto é, visa obter uma vantagem ou evitar um prejuízo no futuro –, não devendo ser produtora de um prejuízo no futuro. Por fim, a possibilidade, mesmo havendo certa dúvida sobre se o

³⁴¹ Armando BRAGA. *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*. Almedina, 2005, p. 125. Vera Lúcia RAPOSO. “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”, *op. cit.*, p. 10. No mesmo sentido, veja também STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1 (relator Fonseca Ramos), entendendo que “[a] perda de chance [se relaciona] com a circunstância de alguém poder ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura ou de impedir um dano, por facto de terceiro”.

³⁴² Nils JANSEN. “The Idea of a Lost Chance”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º 2 (1999), p. 279.

³⁴³ Helen REECE. “Losses of Chances in the Law”. *MLR*, Vol. 59, n.º 2 (1996), pp. 192 e ss.

³⁴⁴ Timothy HILL. “A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords”. *MLR*, Vol. 54, n.º 4 (1991), pp. 514 e 518.

³⁴⁵ Nils JANSEN. “The Idea of a Lost Chance”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º 2 (1999), p. 281.

³⁴⁶ *Idem*, pp. 295-296.

³⁴⁷ Vera Lúcia RAPOSO. “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”, *op. cit.*, p. 10. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 145. Sobre a natureza credível, cfr. STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1 (relator Fonseca Ramos).

³⁴⁸ Vera Lúcia RAPOSO. “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”, *op. cit.*, p. 24.

³⁴⁹ *Idem*, p. 11.

dano final foi causado pelo ato do agente ou por qualquer outra causa³⁵⁰, tem de ser real, séria e credível, o que implica que “...não pode ser a mera existência de uma probabilidade, mas sim a densidade dessa probabilidade”³⁵¹ e que “...a regra da proporcionalidade no cômputo da indemnização só valerá a partir de certo grau de densidade e concretização da probabilidade perdida, de tal forma que esta possa ser considerada uma possibilidade firme e séria”³⁵². Dizendo de outras palavras, a possibilidade perdida tem a natureza séria, real e credível quando “...se pode afirmar, no caso concreto, que o lesado tinha uma chance ... de, não fora a actuação que a frustrou, obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse, e/ou que a actuação omitida, se não tivesse ocorrido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão desfavorável como o que ocorreu”³⁵³. Portanto, é de refutar a atribuição de indemnização em caso de uma probabilidade diminuta.

5.2. Reconhecimento e aplicabilidade de doutrina da perda de *chance*

Mesmo sendo uma figura nascida da jurisprudência francesa e desenvolvida pela doutrina nacional e internacional, a perda de *chance* não deixa de ser reconhecida, nomeadamente nos instrumentos de direito privado internacional e do direito europeu³⁵⁴.

No âmbito do direito internacional, a perda de *chance* consta do artigo 7.4.3, alínea (2), dos Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT^{355/356}, onde se lê que “[a] perda de chance pode ser reparada na medida da probabilidade da sua ocorrência”. Encontram-se vários casos em que se aplica esta norma, como as decisões de *ICC International Court of Arbitration, Paris* (abril de 1994), de *ICC International Court of Arbitration, Barranquilla, Colombia* (dezembro de 2000), de *Ad hoc Arbitration, San José, Costa Rica (30 de abril de 2001)*, de *ICC International Court of*

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

³⁵¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 151.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1 (relator Fonseca Ramos).

³⁵⁴ Sobre uma apresentação breve das legislações da perda de *chance* no direito internacional e no direito europeu, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”, op. cit., p. 11. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 196-198.

³⁵⁵ “ARTICLE 7.4.3 (Certainty of harm)

(1) Compensation is due only for harm, including future harm that is established with a reasonable degree of certainty.

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court”

Este diploma legal foi aprovado em 1994 e alterado respetivamente em 2004, em 2010 e em 2016. Disponível em <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁵⁶ Atente-se que estes princípios não são normas legais (não são vinculativos, não emanam de uma autoridade pública, não são uma convenção internacional a que os Estados se tenham vinculado, etc.), visto que são *soft law*, ou seja, “são aplicáveis sempre que as partes acordem em submeter-lhes o seu contrato, ou determinem que se lhe aplicam os «Princípios gerais de direito», a «*lex mercatoria*», ou outra fórmula equivalente”. Não são aplicáveis a menos que as partes acordem na sua aplicação. Cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A Responsabilidade Pré-contratual em Alguns Instrumentos de Regulamentação do Direito Privado Internacional”. *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, n.º 329 (2012), pp. 423-424.

Arbitration (outubro de 2001), de *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center, Geneva* (25 de janeiro de 2007), de *Ad hoc Arbitration, The Hague* (30 de março de 2010), de *Permanente Court of Arbitration* (10 de janeiro de 2019), de *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (2 casos, respetivamente em 28 de março de 2011 e em 18 de abril de 2017) e de *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil* (16 de maio de 2007)³⁵⁷. São casos relevantes onde se encontram fundamentações essenciais da aplicação da perda de *chance*.

Por outro lado, o direito europeu também consagra a perda de *chance*. Esta figura é prevista no artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992³⁵⁸ – relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações –, onde se prevê que “[q]uando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”. Para além deste diploma legal, os Princípios Europeus de Direito Contratual^{359/360}, embora não prevejam expressamente a perda de *chance*, consagram no seu artigo 9:501 (2) (b) que “[a] perda pela qual os danos são recuperáveis inclui: ... (b) perda futura que é razoavelmente provável ocorrer”, princípio este que é também seguido pelo Projeto de Quadro Comum de Referência (em inglês, “*Draft Common Frame of Reference*”)^{361/362}, no artigo III-3:701 (2). Os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil³⁶³, mesmo não regulando expressamente a perda de *chance*, poderiam conduzir à compensação parcial em muitos casos em que se aplica a perda de *chance*³⁶⁴.

³⁵⁷ Mais informações sobre estes casos, nomeadamente o seu texto completo, cfr. http://unilex.info/principles/cases/article/211/issue/960#issue_960 (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁵⁸ Este diploma legal e os seus documentos relacionados encontram-se disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0013&from=PT> (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁵⁹ Sobre o conteúdo deste diploma legal, disponível em https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_145 (acesso em 6 de agosto de 2021).

³⁶⁰ Estes princípios também não são normas legais, porque “não foram determinados para ser directamente direito vigente, mas apenas quando as partes optem por os fazer aplicar”. Cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A Responsabilidade Pré-contratual em Alguns Instrumentos de Regulamentação do Direito Privado Internacional”, *op. cit.*, p. 432.

³⁶¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Online Edition*, Editora Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, p. 250. Disponível em https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (acesso em 6 de agosto de 2021).

³⁶² Embora o *Draft Common Frame of Reference* tenha por objetivo criar um futuro *Common Frame of Reference*, este não deixa de ser *soft law*. Cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A Responsabilidade Pré-contratual em Alguns Instrumentos de Regulamentação do Direito Privado Internacional”, *op. cit.*, p. 437.

³⁶³ Sobre o seu conteúdo, disponível em <http://www.egtl.org/PETLPortuguese.html> (acesso em 6 de agosto de 2021).

³⁶⁴ Neste sentido, cfr. Thomas Kadner GRAZIANO. “Loss of a chance in European Private Law – “All or nothing” or partial liability in cases of uncertain

Encontram-se várias decisões judiciais no âmbito europeu que analisam e aplicam a figura da perda de *chance*, como, entre outras, as seguintes:

- 1) o Acórdão de 14 de maio de 1974, Comptoir national technique agricole (CNTA) SA contra Comissão das Comunidades Europeias, 74/74, EU:C:1975:59³⁶⁵;
- 2) o Acórdão de 18 de maio de 1995, Wafer Zoo Srl contra Comissão das Comunidades Europeias, T-478/93, EU:T:1995:92³⁶⁶;
- 3) o Acórdão de 21 de março de 1996, Frederick Farrugia contra Comissão das Comunidades Europeias, T230/94, EU:T:1996:40³⁶⁷;
- 4) o Acórdão de 21 de maio de 2008, Belfass SPRL contra Conselho da União Europeia, T- 495/04, EU:T:2008:160³⁶⁸;
- 5) o Acórdão de 20 de setembro de 2011, Evropaïki Dynamiki contra Banco Europeu de Investimento, T- 461/08, EU:T:2011:494³⁶⁹;
- 6) o Acórdão de 20 de março de 2014, Jean-François Giordano contra Comissão Europeia, C- 611/12, EU:C:2014:195³⁷⁰;
- 7) o Acórdão de 27 de abril de 2016, European Dynamics Luxembourg SA e o contra Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, T-556/11, EU:T:2016:248³⁷¹;
- 8) o Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, Vakakis kai Synergates contra Comissão Europeia, T- 292/15, EU:T:2018:103³⁷².

causation", *op. cit.*, p. 1029.

³⁶⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61974CJ0074&qid=1627711945711&from=PT> (acesso em 31 de julho de 2021).

³⁶⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61993TJ0478&qid=1628231292354&from=PT> (acesso em 6 de agosto de 2021).

³⁶⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994TJ0230&qid=1628230981542&from=PT> (acesso em 6 de agosto de 2021).

³⁶⁸ No seu parágrafo 124, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0495&from=PT> (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁶⁹ No seu parágrafo 210, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008TJ0461&from=PT> (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁷⁰ Nos seus parágrafos 42 a 48, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CC0611&qid=1627710372458&from=EN> (acesso em 31 de julho de 2021).

³⁷¹ No seu parágrafo 270, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011TJ0556&from=PT> (acesso em 30 de julho de 2021).

³⁷² Nos seus Parágrafos 175 a 224, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015TJ0292&from=PT> (acesso em 30 de julho de 2021).

No entanto, mesmo havendo consagração legal no âmbito europeu, a figura da perda de *chance* não é aceite por todos os países europeus. Alguns países (como a Alemanha, a Áustria, Suíça e Grécia) rejeitam a perda de *chance* ou não têm indício através do qual se afirma se a rejeitam, enquanto outros países a adotam em várias situações (como a França e os Países Baixos) ou em certas categorias de situações (como na Inglaterra e na Escócia)³⁷³.

Embora a perda de *chance* não seja conceptualizada e reconhecida na lei portuguesa, esta figura tem se desenvolvido, *de per se*, quer na jurisprudência, quer na doutrina nacional, nomeadamente no campo da responsabilidade contratual ou extracontratual.

Sem prejuízo do papel que a doutrina nacional³⁷⁴ desempenha para o desenvolvimento gradual da perda de *chance*, a jurisprudência nacional, nomeadamente a do STJ, não deixa de ser importante para o mesmo efeito, embora a maioria das decisões judiciais diga respeito à aplicação da perda de *chance* processual^{375/376}. Mesmo assim, dessas decisões judiciais podem retirar-se os princípios essenciais sobre a aplicação da figura da perda de *chance* nas práticas jurisprudenciais, como os seguintes:

- 1) a perda de *chance* é um dano autónomo, atual e emergente que consiste na perda de probabilidade de obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo futuro, não visando indemnizar a perda do resultado final pretendido, mas apenas

³⁷³ Thomas Kadner GRAZIANO. "Loss of a chance in European Private Law – "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation", *op. cit.*, pp. 1022-1027.

³⁷⁴ Veja, entre outros, Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, pp. 179 e ss. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* pp. 145 e ss. Vera Lúcia RAPOSO. "Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)". *Revista do Ministério Público*, 138 (abril-junho de 2014). Patrícia Helena Leal Cordeiro da COSTA. *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, *op. cit.* Rui Cardona FERREIRA. "A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)". *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73 (outubro/dezembro de 2013), pp. 1301-1329. Rui Cardona FERREIRA. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, Na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, outubro de 2011. Nuno Santos ROCHA. *A "Perda de Chance" como uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, Coimbra, 2014.

Mesmo assim, a aplicação desta figura não é consensualmente aceite na doutrina nacional, veja, entre outros, Júlio Vieira GOMES. "Sobre o Dano da Perda de Chance". *Direito e Justiça*, Vol. XIX (2005), pp. 9-47, embora este autor venha a rever e amenizar um pouco a sua posição, cfr. Júlio Vieira GOMES. "Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance". *Caderno de Direito Privado*, Vol. II (2012), pp. 17-29; Paulo Mota PINTO. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra Editora, 2008, p. 1103.

³⁷⁵ A conclusão de que a perda de *chance* tem sido aplicada, na maioria dos casos, às situações de mandato judicial forense é feita através das pesquisas em www.dgsi.pt, nomeadamente através da sua função "por Descritor" em que se transcreve o termo "perda de chance" em várias instâncias de tribunais.

³⁷⁶ Encontra-se a expressão "perda de *chance* processual" em várias decisões judiciais, como STJ, acórdão de 9 de julho de 2015, Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 (relator Tomé Gomes) e STJ, acórdão de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora Rosa Tching). Mais análise sobre a perda de *chance* processual, cfr. Paulo Mota PINTO. "Perda de chance processual". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3997 (março-abril de 2016), pp. 174-201. Paulo Mota PINTO. "Perda de chance processual". *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, Vol. II, pp. 1283-1323.

Ao contrário do que ocorre na doutrina nacional, a jurisprudência nacional, nomeadamente as decisões do STJ, tem sido mais aberta sobre a indemnização da perda de *chance*. Sobre este ponto, cfr. TRC, acórdão de 27 de setembro de 2016, Processo n.º 51/14.8TBVIS.C1 (relatora Maria Domingas Simões), que entende que "[n]ão obstante a grande dose de cepticismo com que a doutrina tem encarado a figura, as decisões do STJ, no que se refere especificamente à perda de *chance* processual por violação, por parte de mandatário, dos deveres no exercício do mandato forense, têm evoluído no sentido de uma maior abertura à indemnização, não deixando, todavia, de fazer depender a correspondente indemnização por danos patrimoniais de estarmos perante uma chance credível, correspondendo-lhe uma possibilidade real de êxito no processo" (itálico nosso).

a oportunidade perdida enquanto um direito violado com um ato ilícito³⁷⁷;

- 2) para fundamentar uma pretensão indemnizatória, a perda de *chance* só tem virtualidade jurídico-positiva atendendo a situações pontuais ou residuais (por exemplo, perda de um bilhete de lotaria, afastamento ilícito de um concurso ou atraso de um diagnóstico médico), pelo que a mera perda de *chance* não releva³⁷⁸;
- 3) a perda de *chance* só releva quando se respeitam o princípio da certeza dos danos e a teoria da causalidade adequada³⁷⁹, o que vale por dizer que tal perda, enquanto dano, deve ser definitiva ou certa³⁸⁰ e que se exige um nexo de causalidade adequada entre a conduta ativa ou omissiva (por exemplo, a falta de propositura de uma ação judicial) e o dano (isto é, a perda de *chance* ou de oportunidade)³⁸¹;

³⁷⁷ STJ, acórdão de 26 de outubro de 2010, Processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1 (relator Azevedo Ramos). STJ, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 6720/14.5T8LRS.L2.S2 (relatora Rosa Tching). STJ, acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1 (relator Fonseca Ramos). STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1 (relator Sebastião Póvoas). STJ, acórdão de 17 de novembro de 2020, Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1 (relator Pedro de Lima Gonçalves). STJ, acórdão de 5 de maio de 2015, Processo n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1 (relatora Silva Salazar).

Sobre o reconhecimento da perda de *chance* como um dano (autónomo), veja também STJ, acórdão de 30 de março de 2017, Processo n.º 12617/11.3T2SNT.L1.S1.S1 (relator Olindo Geraldes). STJ, acórdão de 10 de setembro de 2019, Processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1 (relatora Graça Amaral). STJ, acórdão de 30 de abril de 2015, Processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza). STJ, acórdão de 11 de janeiro de 2017, Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 (relator Alexandre Reis). STJ, acórdão de 16 de dezembro de 2020, Processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching).

Sobre o seu reconhecimento como um dano autónomo, atual e emergente, cfr. STJ, acórdão de 23 de abril de 2020, Processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2 (relatora Maria da Graça Trigo), dizendo-nos que “III - De acordo com a jurisprudência consolidada deste STJ, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num *dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente*, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado; e, no que à perda de chance processual respeita, importa saber se o hipotético sucesso do desfecho processual (...) assume um padrão de consistência e de seriedade que (...) se revela suficientemente provável para o reconhecimento do dano” (itálico nosso). STJ, acórdão de 9 de julho de 2015, Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 (relator Tomé Gomes), referindo que “4. Nessa linha, uma vantagem perdida por decorrência de um evento lesivo, desde que consistente e séria, deve ser qualificada como um dano autónomo, não obstante a impossibilidade absoluta do resultado tido em vista, reconduzindo-se a um *dano autónomo existente à data da lesão, portanto qualificável como dano emergente*, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado” (itálico nosso). STJ, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo), mencionando que “III. No caso de perdas de chances processuais é “razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num *dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente*, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado” (cfr. acórdão do STJ 30/11/2017, proc. n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1)” (itálico nosso).

Mesmo assim, existe decisão judicial que sufraga que a perda de *chance* não se enquadra nos conceitos de dano emergente e de lucro cessante, cfr. STJ, acórdão de 26 de março de 2019, Processo n.º 877/18.3YRLSB.S1 (relatora Fátima Gomes), indicando que “II - A perda de chance não se enquadra, nem no conceito de lucro cessante, que assenta na demonstração de verosimilhança ou probabilidade dessa perda, nem no dano emergente, tal como é entendido em Portugal”.

³⁷⁸ STJ, acórdão de 26 de outubro de 2010, Processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1 (relator Azevedo Ramos). STJ, acórdão de 18 de outubro de 2012, Processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1 (relatora Serra Baptista). STJ, acórdão de 11 de janeiro de 2017, Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 (relator Alexandre Reis).

³⁷⁹ STJ, acórdão de 26 de outubro de 2010, Processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1 (relator Azevedo Ramos). STJ, acórdão de 18 de outubro de 2012, Processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1 (relatora Serra Baptista).

³⁸⁰ STJ, acórdão de 6 de março de 2014, Processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1 (relator Pinto de Almeida), entendendo que “[é] admitida a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade, que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, que *elimine de forma definitiva* a possibilidade de esse resultado se vir a produzir” (itálico nosso).

³⁸¹ STJ, acórdão de 30 de março de 2017, Processo n.º 12617/11.3T2SNT.L1.S1.S1 (relator Olindo Geraldes).

Sobre a causalidade, cfr. STJ, acórdão de 19 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPRP.P1.S1 (relator Fonseca Ramos), indicando que “III. Estando em causa uma obrigação de meios e não de resultado, como é o caso do contrato de mandato forense – art. 1157º do Código Civil – a omissão da diligência postulada por essa obrigação, evidencia de forma mais clara, que a perda de chance se deve colocar mais no campo da causalidade e não do dano, *devendo ponderar-se se a omissão do procedimento postulado pelas leges artis inerentes foi determinante para a perda de chance*, sendo esta real,

- 4) como sendo um facto constitutivo que é da obrigação de indemnizar (artigo 342.º, n.º 1, do CC), o autor (lesado) tem o ónus de provar a probabilidade consistente e séria³⁸² – isto é, o “elevado grau de probabilidade ou de verosimilhança”³⁸³ ou “elevado índice de probabilidade”³⁸⁴, mesmo sendo de verificação incerta³⁸⁵ – de obter uma vantagem/benefício ou de evitar um prejuízo não fora a *chance* perdida, devendo o grau de probabilidade ser auferido casuisticamente³⁸⁶;

séria e não uma mera eventualidade, suposição ou desejo, capaz de proporcionar a vantagem que o lesado prosseguia” (italico nosso). STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1 (relator Sebastião Póvoas), sufragando que “[d]eve estar demonstrado – como matéria de facto da exclusiva competência das instâncias – a *causalidade naturalística entre a conduta - activa ou omissiva – e a perda de chance de vencimento*” (italico nosso).

³⁸² STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2020, Processo n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 11 de janeiro de 2017, Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 (relator Alexandre Reis). STJ, acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1 (relator Fonseca Ramos). STJ, acórdão de 17 de novembro de 2020, Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1 (relator Pedro de Lima Gonçalves). STJ, acórdão de 23 de abril de 2020, Processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2 (relatora Maria da Graça Trigo). STJ, acórdão de 6 de dezembro de 2018, Processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1 (relator Ilídio Sacarrão Martins). STJ, acórdão de 30 de novembro de 2017, Processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 19 de maio de 2016, Processo n.º 6473/03.2TVPRT.P1.S1 (relator António da Silva Gonçalves). STJ, acórdão de 9 de julho de 2015, Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 5 de maio de 2015, Processo n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1 (relatora Silva Salazar). STJ, acórdão de 30 de maio de 2013, Processo n.º 2531/05.7TBBRG.G1.S1 (relatora Serra Baptista). STJ, acórdão de 17 de junho de 2021, Processo n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching). STJ, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).

Para além disso, o autor (lesado) também tem o ónus de demonstrar que manditou o seu ex-advogado antes de terminar o prazo para contestar, cfr. STJ, acórdão de 19 de dezembro de 2018, Processo n.º 233/14.2T8BRG.G1.S2 (relatora Maira Olinda Garcia).

³⁸³ STJ, acórdão de 5 de maio de 2020, Processo n.º 27354/15.1T8LSB.L1.S2 (relator António Magalhães), entendendo que “[o] dano resultante da perda de chance processual só releva se se tratar de uma chance consistente, designadamente se se puder concluir, «*com elevado grau de probabilidade ou de verosimilhança*» que o lesado obteria certo benefício não fora a chance processual perdida” (italico nosso). STJ, acórdão de 14 de março de 2019, Processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1 (relator Helder Almeida), sufragando que “III - Para que a indemnização do dano de perda de chance processual tenha lugar não basta que, em abstracto, os termos da pretensão se apresentem com condições de viabilidade, mas antes, e bem diferentemente, que, passando por idóneo suporte probatório, se evidencie o *elevado grau de probabilidade ou verosimilhança* de tal pretensão; de que não fora a *chance* perdida e o patrocinado muito provavelmente obteria – ao menos em certa medida – a procedência dessa mesma pretensão” (italico nosso). STJ, acórdão de 17 de maio de 2018, Processo n.º 236/14.7TBLMG.C1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo), dizendo que “II. A reparabilidade do dano de perda de chance encontra suporte doutrinário e jurisprudencial, mormente na jurisprudência do STJ, que, em matéria de chance processual, tem seguido a orientação de que o dano daí resultante é indemnizável se se tratar de uma chance consistente, designadamente, se se puder concluir «*com elevado grau de probabilidade ou verosimilhança*» que o lesado obteria certo benefício não fora a chance processual perdida” (italico nosso).

³⁸⁴ STJ, acórdão de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora Rosa Tching). No mesmo sentido, cfr. STJ, acórdão de 24 de março de 2017, Processo n.º 389/14.4T8EVR.E1.S1 (relator Salazar Casanova), dizendo-nos que “[a] indemnização a atribuir com base em perda de chance não dispensa um julgamento dentro do julgamento, ou seja, não basta verificar-se falta grave obstativa por si do desfecho jurídico favorável, importa ainda ponderar a *probabilidade elevada* de que tal desfecho favorável pudesse ter-se verificado” (italico nosso). STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2020, Processo n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1 (relator Tomé Gomes), indicando que “I. No caso de perda de chances processuais, importa fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento” no sentido da solução jurídica *altamente provável* que o tribunal da ação em que a parte ficou prejudicada viesse a adotar” (italico nosso). STJ, acórdão de 30 de abril de 2015, Processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), sufragando que “IV - Numa acção movida contra mandatário forense, com fundamento em não ter proposto, no prazo legal, acção de reparação de danos decorrentes de defeitos num imóvel, independentemente da divergência relativamente ao prazo de caducidade aplicável, a perda de oportunidade só poderia fundamentar uma indemnização se, para além da verificação dos demais pressupostos da responsabilidade civil, pudesse reconhecer-se uma *elevada probabilidade* de vir a ser declarada a caducidade do direito à reparação dos defeitos e, simultaneamente, uma *elevada probabilidade* de procedência da acção correspondente se tivesse sido instaurada a tempo” (italico nosso). STJ, acórdão de 7 de outubro de 2020, Processo n.º 2036/17.3T8VRL.G1.S1 (relator Bernardo Domingos) e STJ, acórdão de 26 de janeiro de 2021, Processo n.º 6122/17.1T8FNC.L1.S1 (relator José Rainho), entendendo que “IV - Para que se possa falar em indemnização por perda de chance é necessário que o lesado mostre que detinha na sua esfera jurídica a oportunidade de (*com grande probabilidade*, pois tudo gira ao redor de factos evitados de um certo grau de aleatoriedade, de incerteza) alcançar certo efeito que lhe seria vantajoso, mas que acaba por não ser alcançado devido a facto do autor da lesão” (italico nosso). STJ, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 22174/15.6T8PRT.P1.S1 (relator Tomé Gomes), mencionando que “...cabe ao autor da presente ação demonstrar a *alta probabilidade* de a sua entidade patronal não lograr produzir aquela prova” (italico nosso). STJ, acórdão de 14 de março de 2013, Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), dizendo-nos que “7. O dano da perda de oportunidade de ganhar uma acção não pode ser desligado de uma *probabilidade consistente* de a vencer. Para haver indemnização, a *probabilidade de ganho há-de elevada*” (italico nosso).

³⁸⁵ STJ, acórdão de 6 de março de 2014, Processo n.º 23/05.3T8GRD.C1.S1 (relator Pinto de Almeida). STJ, acórdão de 30 de setembro de 2014, Processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (relator Mário Mendes). STJ, acórdão de 17 de junho de 2021, Processo n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching).

³⁸⁶ STJ, acórdão de 10 de setembro de 2019, Processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1 (relatora Graça Amaral), entendendo que “IV - A verificação do dano por perda de chance exige a demonstração da consistência e seriedade da perda da oportunidade de obter uma vantagem (ou de evitar um prejuízo) segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, que terá de ser aferido casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados. V – Nessa apreciação casuística impõe-se ao tribunal realizar uma apreciação/representação que, em termos de probabilidade,

- 5) havendo uma probabilidade consistente e séria, e reunidos todos os demais pressupostos da responsabilidade civil (isto é, facto ilícito e culposo e o nexo causal entre a conduta ilícita e a perda de *chance*), procede-se à apreciação do *quantum* indemnizatório devido, nos termos do critério da teoria da diferença (artigo 566.º, n.º 2, do CC) ou, em *ultima ratio*, o critério da equidade (artigo 566.º, n.º 3, do CC)³⁸⁷;
- 6) o *quantum* indemnizatório deve ser medido em relação à *chance* perdida, não podendo ser superior ou igual à quantia que seria dada ao lesado caso se verificasse o nexo de causalidade entre o facto e o dano final³⁸⁸;
- 7) a perda de *chance* pode gerar danos não patrimoniais indemnizáveis, ao abrigo do

permita perspectivar o que teria sido decidido no processo (critério do julgamento dentro do julgamento)". STJ, acórdão de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora Rosa Tching), expressando que "II. A perda de oportunidade ou "perda de chance" de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilitada definitivamente por um ato ilícito, traduz-se num dano autónomo desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido, casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados em cada caso concreto".

³⁸⁷ STJ, acórdão de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora Rosa Tching), STJ, acórdão de 16 de dezembro de 2020, Processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching) e STJ, acórdão de 21 de janeiro de 2021, Processo n.º 1314/17.6T8 PVZ.P1.S1 (relator Ilídio Sacarrão Martins), entendendo da mesma forma: "[p]ara fazer operar a responsabilidade civil contratual por perda de chance processual, impõe-se, perante cada hipótese concreta, num primeiro momento, averiguar, da existência, ou não, de uma probabilidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício (o sucesso da ação ou do recurso) não fora a chance perdida, importando, para tanto, fazer o chamado "julgamento dentro do julgamento", atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa. E, num segundo momento, *caso se conclua afirmativamente pela existência de uma perda de chance processual consistente e séria e pela verificação de todos os demais pressupostos da responsabilidade contratual* (ocorrência do facto ilícito e culposo e imputação da perda de chance à conduta lesiva, segundo as regras da causalidade adequada), *proceder à apreciação do quantum indemnizatório devido, segundo o critério da teoria da diferença, nos termos prescritos no art. 566.º, n.º 2, do C. Civil, lançando-se mão, em última instância, do critério da equidade ao abrigo do n.º 3 deste mesmo artigo*" (itálico nosso). No sentido semelhante, cfr. STJ, acórdão de 5 de maio de 2020, Processo n.º 27354/15.1T8LSB.L1.S2 (relator António Magalhães), defendendo que "I - O dano resultante da perda de chance processual só releva se se tratar de uma chance consistente, designadamente se se puder concluir, «com elevado grau de probabilidade ou de verosimilhança» que o lesado obteria certo benefício não fora a chance processual perdida. IV - Para o cálculo do dano da perda de chance, deve fazer-se uma dupla avaliação: em primeiro lugar, a avaliação do dano final para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se deverá aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda de chance. V - *Só não sendo possível fixar a probabilidade da chance, o tribunal julgará com recurso à equidade em conformidade com o disposto no art. 566.º, n.º 3, do CC*" (itálico nosso). STJ, acórdão de 14 de março de 2013, Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), dizendo-nos que "8. No caso presente, a chance de vencimento é suficiente para que a consistência da oportunidade perdida justifique uma indemnização, a calcular segundo a equidade" (itálico nosso).

Para além disso, existe decisão judicial que entende que, em caso de não se poder saber do grau de probabilidade de ocorrer procedência ou improcedência, total ou parcial, este grau será fixado em 50% para cada uma das partes. Sobre este entendimento, cfr. STJ, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 6720/14.5T8LRS.L2.S2 (relatora Rosa Tching), seguindo o entendimento de que "IV. Não tendo o réu deduzido defesa numa ação nem tendo sido produzida qualquer prova, não é possível saber-se qual o grau de probabilidade da procedência ou improcedência dessa ação, caso a contestação tivesse sido apresentada, já que tal dependeria da factualidade que, após audiência, viesse a ser fixada, pelo que será de fixar o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência – total ou parcial) em 50% para cada uma das partes". No entanto, parece-me que este entendimento não deve ser de acolher, uma vez que, na falta de provas sobre a existência de uma probabilidade consistente e séria e sobre o grau de probabilidade, verifica-se apenas uma mera perda de *chance* e não uma perda de *chance* consistente e séria, enquanto um dano juridicamente relevante, o que vale por dizer que "não há base jurídica para a fixação de uma indemnização a título de perda de *chance*", cfr. STJ, acórdão de 26 de janeiro de 2021, Processo n.º 6122/17.1T8FNC.L1.S1 (relator José Rainho). STJ, acórdão de 21 de março de 2018, Processo n.º 917/11.7TAGMR. G1.S1 (relator Pires da Graça), sufragando que "VI - A doutrina de perda de *chance* acolhida no acórdão (da Relação) recorrido ao considerar a probabilidade de sobrevivência da utente às 19h. do dia 30-08-2010 fixada em 50%, na fixação do montante de valor indemnizatório de € 294 510, não afronta o entendimento que vem sendo seguido sobre a matéria, nem torna tal quantitativo desproporcional para o Recorrido pois que é legítimo concluir que as duas situações clínicas possíveis e admissíveis nos autos – uma situação clínica estável, e uma situação clínica de instabilidade hemodinâmica de alto risco de mortalidade – implicariam uma probabilidade de sobrevivência de 50%".

³⁸⁸ STJ, acórdão de 5 de fevereiro de 2013, Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1 (relator Helder Roque).

disposto no artigo 496.º do CC³⁸⁹;

- 8) é possível a indemnização do dano da perda de *chance* quer na responsabilidade contratual quer na responsabilidade extracontratual³⁹⁰;
- 9) a perda de *chance* não se confunde com a perda de expectativa, porque naquela existe uma esperança de direito com forte probabilidade³⁹¹;

Um resumo destes princípios é importante porque pode, em certa medida, servir de pedra angular para a aplicação da perda de *chance* aos atos de outras profissões, como aos atos de profissionais de saúde. Diz-se “em certa medida” porque entendo que os princípios referidos podem não ser completamente aplicáveis aos atos de outras profissões. Por outro lado, não podemos deixar de reconhecer que a jurisprudência nacional só aceita a doutrina da perda de *chance* em situações muito particulares, como no caso da perda de *chance* processual. Portanto, podemos dizer que, embora os princípios da perda de *chance* processual possam, em certo grau, servir de referência, a jurisprudência nacional poderá não aceitar a aplicação da perda de *chance* relativamente aos atos de profissionais de saúde ou, mesmo aplicando-a, aplicar apenas alguns dos princípios desenvolvidos na perda de *chance* processual ou até desenvolver outros princípios que sejam apropriadamente aplicáveis aos mesmos atos, desde que as suas decisões judiciais sejam mais abertas à indemnização da figura da perda de *chance* no âmbito da prestação de cuidados de saúde, ao contrário do que ocorre neste momento na doutrina nacional, em que se verifica a divergência sobre a sua aceitação. Com isto, creio que, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, os princípios acima referidos, pelo menos, podem ter algum valor de referência para a aplicação da perda de *chance* aos atos de cuidados de saúde.

Por fim, convém ainda mostrar os casos em que a jurisprudência nacional analisa a aplicação da perda de *chance* aos atos de cuidados de saúde, embora sejam poucos os casos. Veja-se a este respeito uma decisão do STJ, de 2 de novembro de 2017³⁹². Trata-se de um caso em que a autora, militar da força aérea, se sujeitou, em 10 de outubro de 2008, a uma cirurgia de extração de um siso incluso realizado numa clínica dentária (1.ª ré) por um médico estomatologia (2.º réu), por conta desta e seu sócio-gerente, mas este médico não a informou de que a extração do siso incluso,

³⁸⁹ STJ, acórdão de 10 de março de 2011, Processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1 (relatora Távora Victor).

³⁹⁰ STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1 (relator Sebastião Póvoas). STJ, acórdão de 30 de setembro de 2014, Processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (relator Mário Mendes).

³⁹¹ STJ, acórdão de 29 de abril de 2010, Processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1 (relator Sebastião Póvoas).

³⁹² STJ, acórdão de 2 de novembro de 2017, Processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).

embora realizada de acordo com todas as *leges artis*, podia causar a lesão do nervo lingual e quais as consequências possíveis dessa lesão. O tribunal entendeu que a perda de oportunidade de decidir correr o risco da lesão neural e das suas consequências, enquanto dano causado pela falta de informação devida, pode ser indemnizada, “tendo a sua protecção como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, da CRP e art. 70.º, n.º 1, do CC), incluindo-se no seu conteúdo, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que agressões à sua integridade física consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (cfr. n.º 2 do art. 70.º e art. 81.º do CC)”³⁹³. Como os réus não informaram a autora da existência de risco na cirurgia a realizar nem da complicação especial desta cirurgia, verifica-se, na perspectiva do tribunal, o concreto nexo de causalidade naturalístico e, deste modo, o requisito da causalidade adequada (artigo 563.º do CC). Atendendo às dores, encortiçamento da hemilíngua direita e limitações da vida habitual de que a autora sofria por causa da lesão do nervo lingual, e tendo em conta o critério de aferição da indemnização equitativa (isto é, o da gravidade do dano) nos termos do artigo 496.º, n.º 1, do CC, o tribunal manteve, a título de dano não patrimonial, o valor de 18 000 euros, calculado pela Relação.

Outra decisão judicial, agora do TRL, de 5 de julho de 2018³⁹⁴, refere-se ao caso em que, em 23 de novembro de 2009, o paciente foi internado no Hospital CUF Infante Santo, para ser submetido no dia seguinte a uma cirurgia destinada a retirar a banda gástrica que tinha instalada no estômago e ser subordinado a uma gastrectomia vertical. A cirurgia foi efetivamente realizada e, passadas mais de 48 horas, o paciente não foi submetido a radiografias de avaliação do estômago. O paciente defendeu a atribuição de uma indemnização por perda de *chance* com base na recusa de ato médico e de deteção e tratamento apropriado da fistula para evitar o agravamento do seu estado de saúde. O tribunal entendeu que, se a gastrografia tivesse sido devidamente realizada, existiriam possibilidades sérias (*chances* reais) de evitar o agravamento do estado de saúde do paciente, porque se verificaria a deteção imediata da fistula, o que evitaria extravasamento da gastrografia do estômago para a cavidade peritoneal. Mesmo assim, o tribunal entendeu que no caso em apreço não foi possível a concessão de indemnização por perda de *chance*, uma vez que “não se pode determinar o nexo causal entre o facto e o dano, i. é, por um lado, qual o provável resultado do exame efectuado no dia apuzado (26/11), mormente, se o exame corroboraria ou não a existência da fistula, já que estas

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ TRL, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 487/12.9TVLSB.L1-8 (relatora Carla Mendes).

podem surgir de imediato, alguns dias após a cirurgia ou muito depois e, por outro, a ausência/adiamento de tratamento imediato (nesse dia 26/11), com os danos consequentes”³⁹⁵.

³⁹⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO III - Questões Preliminares

1. Terapêuticas não convencionais e figuras afins

Antes de analisar as questões que dizem respeito à MTC, convém esclarecer algumas designações existentes quer em Portugal quer nos países estrangeiros, que se relacionam com as chamadas “terapêuticas não convencionais”, como a “medicina tradicional”, a “medicina complementar”, a “medicina alternativa”, a “medicina complementar e alternativa”, a “medicina tradicional e complementar” e, por fim, a “medicina integrativa”.

A medicina tradicional é definida pela OMS como “a soma total de conhecimentos, habilidades e práticas com base nas teorias, crenças e experiências indígenas para diferentes culturas, explicáveis ou não, utilizadas na manutenção da saúde, bem como na prevenção, diagnóstico, melhoria ou tratamento de doenças físicas e mentais”³⁹⁶, incluindo não apenas os sistemas da medicina tradicional (como a MTC, a ayurveda indiana e a medicina unani árabe) como também várias formas de medicina indígena³⁹⁷. Por outro lado, a medicina complementar (também designada por “medicina alternativa”³⁹⁸ ou “medicina complementar e alternativa”) define-se pela mesma organização internacional como “um amplo conjunto de práticas de cuidado de saúde que não fazem parte da tradição do próprio país ou da medicina convencional e não estão totalmente integradas ao sistema de saúde dominante”³⁹⁹. A combinação entre os dois conceitos – a medicina tradicional e a medicina complementar – configura a medicina tradicional e complementar, que engloba “produtos, práticas e profissionais”⁴⁰⁰.

Mesmo que sejam adotadas pela OMS as designações acima mencionadas, nem todos os países as adotam, como sucede em Portugal, cujo ordenamento jurídico recorre à expressão

³⁹⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, Geneva, Switzerland, 2013, p. 15. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090_eng.pdf;jsessionid=EEDBD4CECOD4B20104618873A79649DB?sequence=1 (acesso em 07 de janeiro de 2021). WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Traditional and Complementary Medicine in Primary Health Care*, Geneva, Switzerland, 2018, p. 1. Disponível em <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1241145/retrieve> (acesso em 21 de maio de 2021).

³⁹⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2002-2005*, Geneva, Switzerland, 2002, p. 1. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67163/WHO_EDM_TRM_2002.1.pdf?sequence=1 (acesso em 10 de junho de 2021).

³⁹⁸ Mas os dois termos – a medicina complementar e a medicina alternativa – podem ser diferentes quando se referem “às práticas não convencionais utilizadas junto com a medicina convencional” e “às práticas não convencionais utilizadas em vez da medicina convencional”. Cfr. Denise MILLSTINE. *Visão geral da medicina integrativa, complementar e alternativa*, em Manual MSD Versão para Profissionais de Saúde, 2018. Disponível em <https://www.msmanuals.com/pt/profissional/%C3%B3picos-especiais/medicina-integrativa-complementar-e-alternativa/vis%C3%A3o-geral-da-medicina-integrativa-complementar-e-alternativa> (acesso em 22 de julho de 2021).

³⁹⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, op. cit., p. 15. World Health Organization. *Traditional and Complementary Medicine in Primary Health Care*, op. cit., p. 1.

⁴⁰⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, op. cit., p. 15.

“terapêuticas não convencionais”, em vez da “medicina não convencional”.

Em Portugal, as chamadas terapêuticas não convencionais são legalmente definidas como “aquelas que partam de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplicam processos específicos de diagnósticos e terapêuticas próprias”, nos termos artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais). Desta definição legal retira-se que os atos de cuidados de saúde que não se integrem em práticas da medicina convencional correspondem às terapêuticas não convencionais. Parece que essa definição legal inclui o que se entende por “medicina tradicional” definida pela OMS e não se relaciona com a chamada “medicina complementar/alternativa”, porque não nos diz expressamente se as terapêuticas não convencionais servem como métodos terapêuticos complementares ou alternativos à medicina convencional em Portugal. Mesmo assim, tal não significa que não possa ser assim, porque atualmente as terapêuticas não convencionais não são, na comunidade portuguesa, reconhecidas como práticas principais da prestação de cuidados de saúde e, no entanto, podem servir como terapêuticas complementares ou alternativas à medicina convencional. Contudo, esta conclusão não impede que as mesmas sirvam como intervenções próprias e autónomas de cuidados de saúde, sem qualquer intervenção da medicina convencional, como ocorre na MTC.

Por fim, é ainda relevante esclarecer o conceito da “medicina integrativa”, mas não existe um conceito unanimemente adotado. Encontra-se divergência sobre o âmbito da medicina integrativa: alguns autores entendem que a medicina integrativa corresponde à combinação da medicina convencional e da medicina alternativa e complementar, enquanto outros autores seguem o entendimento de que a medicina integrativa tem um âmbito mais abrangente, incluindo alcance que não se relaciona apenas com a combinação simples de várias modalidades de tratamentos⁴⁰¹. Não obstante, para melhor organização desta dissertação, optamos pela primeira posição sem intervir nessa divergência, uma vez que não nos é relevante discutir aqui se o âmbito restrito ou o mais abrangente do conceito é mais adequado. Logo, sem prejuízo do seu alcance mais abrangente, a medicina integrativa refere-se ao “atendimento de saúde que utiliza todas as abordagens terapêuticas apropriadas — convencionais e não convencionais — em um sistema de referência que se concentra na saúde, no relacionamento terapêutico e na pessoa como um todo”⁴⁰². O esclarecimento deste conceito

⁴⁰¹ Sobre estas duas posições e os respetivos seguidores, cfr. Márcia Aparecida Padovan OTANI; Nelson Filice de BARROS. “A Medicina Integrativa e a construção de um novo modelo na saúde”. *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, n.º 3 (2011), pp. 1805-1811.

⁴⁰² Denise MILLSTINE. *Visão geral da medicina integrativa, complementar e alternativa, op. cit.* Seguindo um conceito semelhante, cfr. Victoria MAIZES; David RAKEL; Catherine NIEMIEC. “Integrative Medicine and Patient-Centered Care”. *Explore*, Vol. 5, n.º 5 (setembro-outubro de 2009), p. 227.

é fundamental porque no sistema de saúde português poderá haver terapias integradas com a MTC e com a medicina convencional⁴⁰³.

2. Legislação sobre as terapêuticas não convencionais

Em Portugal, as terapêuticas não convencionais foram legalizadas a partir da entrada em vigor da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais), que regulamenta o seu objeto e os princípios (artigos 1.º a 4.º), a qualificação e o estatuto profissional (artigos 5.º a 12.º), os direitos de utilizadores de MTC (artigos 13.º a 16.º) e a fiscalização e as infrações (artigos 17.º e 18.º). Trata-se de uma lei muito importante e decisiva para o reconhecimento das atividades terapêuticas não convencionais em Portugal. A partir desse momento, a acupuntura, a homeopatia, a osteopatia, a naturopatia, a fitoterapia e a quiropraxia têm sido reconhecidas como terapêuticas não convencionais em Portugal (Artigo 3.º, n.º 2, da mesma lei).

Foi com o n.º 1 do artigo 8.º e o artigo 9.º da lei citada que surgiram o Despacho Conjunto n.º 327/2004 dos Ministérios da Educação, da Ciência e do Ensino Superior e da Saúde e o Despacho Conjunto n.º 261/2005 dos Ministérios da Educação, da Ciência, Inovação e Ensino Superior e da Saúde, para determinar a composição e o regulamento da comissão técnica consultiva das terapêuticas não convencionais, designando os respetivos membros.

A Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro⁴⁰⁴, veio regular “o acesso às profissões no âmbito das terapêuticas não convencionais, e o seu exercício, no setor público ou privado, com ou sem fins lucrativos” (artigo 1.º da lei referida). A partir daí, foram publicados, para efeitos de enquadramento do desenvolvimento das terapêuticas não convencionais, os diplomas legais seguintes:

- 1) Portaria n.º 25/2014, de 3 de fevereiro, do Ministério da Saúde – que estabelece as competências e regras de funcionamento do Conselho Consultivo para as Terapêuticas não Convencionais;
- 2) Despacho n.º 12337/2014, de 7 de outubro, do Ministérios da Saúde, da Educação e Ciência e da Solidariedade, Emprego e Segurança Social - Gabinetes dos

⁴⁰³ Esta matéria será tratada em diante na Seção 3, Capítulo III.

⁴⁰⁴ Esta lei foi alterada pela Lei n.º 1/2017, de 16 de janeiro, e pela Lei n.º 109/2019, de 9 de setembro.

Secretários de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, do Ensino Superior e do Emprego – que designa os elementos que integram o Conselho Consultivo para as Terapêuticas não Convencionais;

- 3) Portaria n.º 181/2014, de 12 de setembro, do Ministério da Saúde – que cria, no âmbito da Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., o Grupo de Trabalho de Avaliação Curricular dos Profissionais das Terapêuticas não Convencionais;
- 4) Portaria n.º 182/2014, de 12 de setembro, do Ministério da Saúde – que estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para o exercício da atividade das terapêuticas não convencionais;
- 5) Portaria n.º 182-A/2014, de 12 de setembro, dos Ministérios das Finanças e da Saúde – que fixa o montante das taxas a pagar pelo registo profissional e emissão da cédula profissional para o exercício das profissões no âmbito das terapêuticas não convencionais;
- 6) Portaria n.º 182-B/2014, de 12 de setembro, do Ministério da Saúde – que aprova as regras a aplicar no requerimento e emissão da cédula profissional para o exercício das profissões no âmbito das terapêuticas não convencionais;
- 7) Portaria n.º 200/2014, de 3 de outubro, do Ministério da Saúde – que fixa o valor mínimo obrigatório e estabelece as condições do seguro de responsabilidade civil a celebrar pelos profissionais das terapêuticas não convencionais;
- 8) Portaria n.º 207-F/2014, de 8 de outubro, dos Ministérios da Saúde e da Educação e Ciência – que fixa a caracterização e o conteúdo funcional da profissão de acupuntor;
- 9) Portaria n.º 172-B/2015, de 6 de junho, dos Ministérios da Saúde e da Educação e Ciência – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Fitoterapia;
- 10) Portaria n.º 172-C/2015, de 6 de junho, dos Ministérios da Saúde e da Educação e

Ciência – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Acupuntura;

- 11) Portaria n.º 172-D/2015, de 6 de junho, dos Ministérios da Saúde e da Educação e Ciência – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Quiropraxia;
- 12) Portaria n.º 172-E/2015, de 6 de junho, dos Ministérios da Saúde e da Educação e Ciência – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Osteopatia;
- 13) Portaria n.º 172-F/2015, de 6 de junho, dos Ministérios da Saúde e da Educação e Ciência – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Naturopatia;
- 14) Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro, da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e Saúde – que regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Medicina Tradicional Chinesa.

Na Região Autónoma da Madeira, entrou em vigor o Decreto Legislativo Regional n.º 3/2015/M, de 10 de fevereiro, que estabelece o direito de opção dos cidadãos quanto às terapêuticas não convencionais nessa região. O âmbito de aplicação desse diploma legal é “o estabelecido na Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, e na Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro, como na demais legislação conexas” (artigo 2.º). O que quer dizer que a partir daí os profissionais das terapêuticas não convencionais são sujeitos a ter cédula profissional na área em que exercem as suas atividades, sob pena de a sua atividade ser punível com coima de 10 a 37 unidades, por violação dos artigos 6.º e 7.º, nos termos da alínea f) do n.º 2 do artigo 12.º e artigo 13.º, todos da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro.

Para a Região Autónoma dos Açores, o único diploma legal que regulava as atividades das terapêuticas não convencionais era o Decreto Legislativo Regional n.º 17/2013/A, de 14 de outubro (Estabelece o regime jurídico da abertura, modificação e funcionamento das unidades privadas de saúde com ou sem fins lucrativos, qualquer que seja a sua denominação, natureza jurídica ou entidade titular da exploração, na Região Autónoma dos Açores). A partir da entrada em vigor desse diploma

legal, as unidades privadas de saúde das terapêuticas não convencionais, nomeadamente sobre a sua abertura, modificação e funcionamento, eram reguladas em conjunto com as unidades privadas de saúde da medicina convencional. No entanto, aos profissionais das terapêuticas não convencionais que exerciam as suas atividades não se exigia legalmente qualquer cédula profissional. Tal situação de não regularização terminou com a emissão da Circular Informativa n.º DRS-CINF/2020/2⁴⁰⁵ (Regime de atribuição de cédulas profissionais, aos profissionais que se dediquem ao exercício de terapêuticas não convencionais em locais de prestação de terapêuticas não convencionais) da Direção Regional da Saúde, que entrou em vigor a partir de 16 de janeiro de 2020. Essa Circular tem por objetivo clarificar os procedimentos que devem ser adotados pelos profissionais que exerçam as atividades das terapêuticas não convencionais sem a cédula profissional (veja II da Circular referida). A partir da sua entrada em vigor, os profissionais das terapêuticas não convencionais que ainda não tenham a cédula profissional devida, sujeitam-se a requerê-la no prazo de 30 dias úteis, sob pena de a sua atividade ser punível com coima de 10 a 37 unidades, por violação dos artigos 6.º e 7.º, nos termos da alínea f) do n.º 2 do artigo 12.º e do artigo 13.º, todos da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (veja o n.º 3 e o n.º 4 da Circular referida), como ocorre na Região Autónoma da Madeira.

3. Possibilidade da medicina integrativa em Portugal?

Entende-se que a MTC e a medicina convencional devem ser iguais e complementares uma com a outra: sendo dois sistemas de saúde, cada um dos quais não deve ser substituído pelo outro⁴⁰⁶. Por conseguinte, independentemente da qualificação de uma forma de medicina, a MTC pode desempenhar um papel que complementa as intervenções ou tratamentos da medicina convencional⁴⁰⁷, para além do seu papel autónomo na prevenção e/ou cura de doença. Como a MTC pode, em certa medida, auxiliar a medicina convencional, convém analisar se poderá ser reconhecida aos profissionais de saúde a aplicação da medicina integrativa, isto é a aplicação de terapias que se integrem, em conjunto, com os métodos terapêuticos da MTC e com os da medicina convencional. Em caso afirmativo, importa saber se existe alguma implicação jurídica a que se deve prestar atenção.

⁴⁰⁵ Sobre este diploma legal, disponível em http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/B17987C0-5701-4155-BBA8-6C9CACA8B9A4/1120765/CI02_signed2.pdf (acesso em 16 de maio de 2021).

⁴⁰⁶ Q. JIA. *Traditional Chinese Medicine Could Make 'Health for One' True*, WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2005, document no. 18, p. 19. Disponível em <https://www.who.int/intellectualproperty/studies/Jia.pdf> (acesso em 28 de setembro de 2021). Este autor entende que “TCM and western (modern) medicine should be equal and complementary each other. They are two human health care systems, which shouldn't replace each other”.

⁴⁰⁷ Sobre esta afirmação, cfr. Yeh Ching LINN. “Evidence-based Medicine for Traditional Chinese Medicine: Exploring the Evidence from a Western Medicine Perspective”, *op. cit.*, p. 12

É evidente que tal integração seria irrelevante quando as terapias assim combinadas não tivessem mais eficácia do que a produzida pelas intervenções ou tratamentos da medicina convencional que sejam isoladamente aplicados. No entanto, não o é sempre assim. Na verdade, existem várias terapias assim combinadas que podem produzir efeitos positivos ou até possuir mais eficácia do que a da aplicação autónoma de intervenções ou tratamentos da medicina convencional, como, entre outros, reduzir efeitos colaterais da medicina convencional, aumentar a eficácia ou reduzir a dosagem da MTC e derrotar a resistência de bactérias⁴⁰⁸. Tomando como exemplos, vejam-se, entre outras, as terapias seguintes:

- i. Terapia em que se integram a decocção da MTC e a quimioterapia da medicina convencional para o tratamento de tuberculose pulmonar secundária ou reativada, o que pode melhorar a taxa de cura e reduzir os efeitos adversos associados à quimioterapia da medicina ocidental⁴⁰⁹;
- ii. Terapia integrada com os princípios de “Jun-Chen-Zou-Shi” (em inglês, “sovereign-minister-assistant-courier” e em chinês, “君臣佐使”)⁴¹⁰ da MTC e com a medicina convencional a fim de prevenir efeitos adversos⁴¹¹;
- iii. Terapia em que se integram a fórmula terapêutica da MTC e a medicina convencional para pacientes gravemente infetados com COVID-19, o que pode fortalecer a resistência do corpo e eliminar fatores patogênicos⁴¹²;
- iv. Terapia integrada com a MTC e a medicina convencional para tratamentos de pacientes com problemas ortopédicos⁴¹³;
- v. Terapia integrada com a MTC e a medicina convencional para tratamentos de síndrome respiratória aguda grave (SARS), com os efeitos positivos de aliviar a

⁴⁰⁸ Deli LI; Shanshan QIAO; Duozhi SHI; et. al. “The Combination of Traditional Chinese Medicine with Western Medicine”, *op. cit.*

⁴⁰⁹ Xiangwen LI; Xinghui LI; Qiling LIU; et. al. “Traditional Chinese medicine combined with western medicine for the treatment of secondary pulmonary tuberculosis: A PRISMA-compliant meta-analysis”. *Medicine*, Vol. 99, n.º 16, e19567 (2020), pp. 1-10.

⁴¹⁰ Trata-se dos princípios de prescrições da MTC. O “Jun” trata a causa principal ou os sintomas primários de uma doença; o “Chen” serve para ampliar os efeitos do “Jun” e para aliviar os sintomas secundários; o “Zou” modula os efeitos de “Jun” e “Chen”; o “Shi” ajuda todas as ervas componentes a atingir o resultado pretendido. Cfr. CAMWELL ONCOLOGY CARE. *An Overview of the TCM Basics*. Disponível em <https://ourcamwell.com/resource-library/herbal-compatibility/> (acesso em 29 de junho de 2021).

⁴¹¹ C. CAO; B. BROWN. “Understanding Chinese medicine and western medicine to reach the maximum treatment benefit”. *Journal of Translational Science*, Vol. 5 (2019), p. 2. Samineh JAFARI; Mohammad ABDOLLAHI; Soodabeh SAEIDNIA. “Personalized medicine: a confluence of traditional and contemporary medicine”. *Alternative Therapies in Health & Medicine*, Vol. 20, n.º 5 (2014), pp. 31-40.

⁴¹² Kui ZHANG; Maolu TIAN; Yang ZANG; et. al. “The combined therapy of a traditional Chinese medicine formula and Western medicine for a critically ill case infected with COVID-19”. *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 52, 102473 (2020), pp. 1-4.

⁴¹³ James A. SCHNELL. “The Merging of Traditional Chinese Medicine and Western Medicine in China: Old Ideas Cross-Culturally Communicated Through New Perspectives”. *Explorations in Ethnic Studies*, Vol. 12, n.º 1 (janeiro de 1999), p. 43.

inflamação pulmonar causada pela SARS, melhorar o nível de saturação de oxigênio no sangue, aliviar os sintomas de hipodinâmica, taquipneia e falta de ar, reduzir a dose necessária de medicamentos ocidentais⁴¹⁴, acelerar a resolução do infiltrado pulmonar e reduzir o tempo de defervescência⁴¹⁵.

Mesmo assim, pode haver consequências negativas caso uma tal combinação seja irracional, como alguns autores afirmam⁴¹⁶. A irracionalidade de combinação de terapias pode configurar a violação das *leges artis*, desde que os estudos científicos tenham demonstrado os eventuais efeitos negativos dessa combinação e a sua irracionalidade. Neste contexto, a violação das *leges artis* pode implicar ilicitude e culpa. Por um lado, são ilícitos os atos profissionais assim praticados quando violam um direito absoluto dos utilizadores de MTC na responsabilidade extracontratual (artigo 477.º, n.º 1 do CC) – como a integridade física ou o património – ou se verifica a desconformidade entre os atos devidos e os atos indevidamente adotados na responsabilidade contratual. Por outro lado, os atos profissionais serão culposos quando outros profissionais de saúde com a habilitação necessária e devida para aplicar uma terapia assim combinada, ao colocarem-se na mesma situação, não iriam combinar irracionalmente os métodos terapêuticos da MTC e da medicina convencional.

Parece-me vantajoso e aconselhável que aos profissionais de saúde seja legalmente reconhecida a possibilidade de aplicação de terapias que integrem os métodos terapêuticos da MTC e da medicina convencional, desde que haja provas cientificamente confiáveis da sua segurança e eficácia. Nesta situação, as *leges artis* poderão ser violadas quando a sua integração seja irracional – por exemplo, integração que não se baseie em provas científicas – ou, mesmo sendo racional a sua integração, a aplicação das terapias assim integradas não é adequada para a situação clínica do paciente em particular.

Parece-me que um tal reconhecimento legal pressupõe a regulação jurídica de certos aspetos, nomeadamente no que respeita à capacidade profissional e aos requisitos técnicos de

⁴¹⁴ Sobre estes efeitos, cfr. Baoyan LIU; Weiliang WENG; Yanming XIE; et. al. "Report 2: Clinical Efficacy of the treatment of SARS with integrated Traditional Chinese medicine and Western medicine: an analysis of 524 cases". *Clinical trials on treatment using a combination of Traditional Chinese medicine and Western medicine: report of the WHO International Expert Meeting to review and analyse clinical reports on combination treatment for SARS*, WORLD HEALTH ORGANIZATION, Geneva, 2004, pp. 31-52.

⁴¹⁵ Sobre os últimos dois efeitos, cfr. Yan CHEN; Jeff J. GUO; Daniel P. HEALY; Siyan ZHAN. "Effect of integrated traditional Chinese medicine and western medicine on the treatment of severe acute respiratory syndrome: A meta-analysis". *Pharmacy Practice*, Vol. 5, n.º 1 (2007), pp. 1-9. Ming-Ming ZHANG; Xue-Mei LIU; Lin HE. "Effect of integrated traditional Chinese and Western medicine on SARS: A review of clinical evidence". *World Journal of Gastroenterology*, Vol. 10, n.º 23 (2004), pp. 3500-3505.

⁴¹⁶ Deli LI; Shanshan QIAO; Duozhi SHI; et. al. "The Combination of Traditional Chinese Medicine with Western Medicine", *op. cit.*

funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (por exemplo, as clínicas ou os consultórios) que prestem as terapias integradas da MTC com a medicina convencional. Caso esses aspetos não sejam regulados de forma devida, a aplicação de terapias integrativas poderá ter riscos à saúde de utilizadores de MTC.

Relativamente à capacidade profissional, a sua regulação legal é necessária para os profissionais de saúde que pretendem aplicar terapias assim integradas (por exemplo, exigência de duplas habilitações que se obtêm com os cursos superiores da MTC e da medicina convencional ou, se houver, com um curso superior específico que contenha as disciplinas essenciais da MTC e da medicina convencional).

No que concerne aos requisitos técnicos de funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, é relevante a sua regulação através da portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde, dado que o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 127/2014, de 22 de agosto (Estabelece o regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde) prevê que “[a] abertura e funcionamento de um estabelecimento prestador de cuidados de saúde dependem da verificação dos requisitos técnicos de funcionamento aplicáveis a cada uma das tipologias, definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde”.

O que se expôs acima relaciona-se com a situação em que um profissional de saúde, como tendo as habilitações devidas, aplica terapias integradas com os métodos terapêuticos da MTC e da medicina convencional, e com as respetivas implicações jurídicas. Todavia, não se deve ignorar outra situação em que vários profissionais de saúde – pelo menos um profissional da MTC e um médico – aplicam as terapias assim integradas. Nesta situação, e sem prejuízo da necessidade de regulação jurídica dos aspetos acima referidos (isto é, a capacidade profissional e os requisitos técnicos de funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde), é necessário afirmar quem tem responsabilidade civil pelos danos causados no paciente em caso de uma falta ou negligência profissional.

Antes de tudo, importa afirmar se esses profissionais de saúde constituem uma equipa médica. A equipa médica pode ser entendida em sentido próprio ou amplo: em sentido próprio refere-se a vários profissionais de saúde que intervêm de modo simultâneo, enquanto em sentido

amplo envolve os profissionais de saúde que intervêm de modo sucessivo num mesmo paciente⁴¹⁷. Logo, a equipa profissional⁴¹⁸ constituída pelos profissionais de saúde da MTC e da medicina convencional também pode ser entendida da mesma forma, porque pode haver situações em que os mesmos intervêm simultaneamente (equipa profissional em sentido próprio) ou sucessivamente (equipa profissional em sentido amplo).

Constituindo uma equipa profissional, quer em sentido próprio quer em sentido amplo, integrada com os profissionais de saúde da MTC e da medicina convencional, e em caso de atos negligentes praticados pelo profissional da MTC, é relevante analisar, por um lado, o regime jurídico que se deve usar para atribuir a responsabilidade civil pelos danos causados no paciente e, por outro lado, a modalidade (solidária ou conjunta) da responsabilidade.

Antes de analisar os dois aspetos acima referidos, convém conhecer, por um lado, o regime jurídico a que a doutrina e a jurisprudência recorrem para atribuir a responsabilidade civil pelos atos negligentes praticados por qualquer um dos membros da equipa médica e, por outro lado, a modalidade (solidária ou conjunta) da responsabilidade.

Costuma recorrer-se ao regime da responsabilidade por atos de outrem, quer extracontratual (artigo 500.º do CC), quer contratual (artigo 800.º do CC), para a regulação da responsabilidade civil em equipa médica⁴¹⁹. O artigo 500.º e o artigo 800.º do CC regulam os casos da responsabilidade objetiva, isto é, os casos em que não é necessário apreciar a culpa do comitente ou preponente e o chefe de equipa médica é o responsável pelos atos efetuados pelos seus comissários ou auxiliares que utilize⁴²⁰.

Nos termos do artigo 500.º do CC, o médico-cirurgião responde, independentemente da sua culpa, pelos danos causados por atos negligentes das pessoas que utilize para efeitos de tratamentos médicos (os comissários, com os quais tem de ter uma relação de comissão, ou seja, uma relação de subordinação jurídica), desde que tais atos danosos sejam praticados no exercício das funções que lhes foram confiadas. Sem prejuízo dos outros pressupostos exigidos no artigo 500.º do

⁴¹⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 297. Sónia FIDALGO. *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 98-99.

⁴¹⁸ Usa-se aqui a expressão “equipa profissional” em vez da “equipa médica” porque é constituída por, pelo menos, um profissional da MTC, a não ser que no futuro este seja reconhecido como um médico no ordenamento jurídico português.

⁴¹⁹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 297.

⁴²⁰ *Idem*, p. 298. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues. “Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil nas Equipas Médicas”, op. cit., p. 33. Uma análise dos artigos 500.º e 800.º do CC no âmbito da equipa médica e a diferença entre estes artigos, cfr. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues. “Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil nas Equipas Médicas”, op. cit., pp. 32-35.

CC – isto é, provocação de dano a terceiro e a obrigação de indemnização do comissário⁴²¹ –, a comissão exigida tem um “sentido amplo de *serviço* ou *actividade* realizada *por conta e sob a direcção* de outrem”⁴²², exigindo “uma *relação de dependência* ... entre o comitente e o comissário, que autorize aquele a dar ordens ou instruções a este ...”⁴²³. Com este sentido, o artigo 500.º do CC não se aplica quando os elementos da equipa médica não realizam atos por conta e sob a direção do médico-cirurgião e, deste modo, não recebem ordens ou instruções deste. Este é um ponto importante para distinguir a situação em que o médico-cirurgião é responsável pelos atos negligentemente praticados por qualquer dos membros da equipa médica (por exemplo, os enfermeiros, os médicos-estagiários ou qualquer outro pessoal auxiliar que receba ordens ou instruções do médico-cirurgião) da situação em que este último é responsável pelos atos por si praticados (por exemplo, o anestesiolgista e outros médicos que não recebam ordens ou instruções do médico-cirurgião)⁴²⁴. Nesta última situação, a responsabilidade autónoma de membros da equipa médica verifica-se desde que estes se sujeitem apenas às *leges artis* da sua especialidade e não às ordens ou instruções do médico-cirurgião⁴²⁵. Por conseguinte, a sua responsabilidade autónoma impede a sua qualificação como comissários previstos no artigo 500.º do CC⁴²⁶. Caso haja mais do que um responsável (por exemplo, o médico-cirurgião e um dos membros da equipa médica, ou mais do que um dos membros dessa equipa) pelo dano causado, todos respondem de forma solidária e o direito de regresso existe entre eles na medida das respetivas culpas e das consequências produzidas nos termos do artigo 497.º do CC⁴²⁷. Para além desta situação, na primeira situação mencionada – isto é, na situação em que se verifica a relação de comissão nos termos do artigo 500.º do CC – o paciente

⁴²¹ Sobre o segundo pressuposto (a obrigação de indemnização do comissário), na doutrina existem posições distintas quanto à existência da culpa do comissário. A doutrina maioritária entende que, além dos outros pressupostos da responsabilidade civil, se exige a culpa do comissário (João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 644; Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p.299), enquanto a doutrina minoritária sufragava que a culpa não é necessária por a responsabilidade civil do comissário poder ser pelo risco ou por factos lícitos, para além de ser por factos ilícitos (Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 88, e a respetiva nota de rodapé). Parece-me que esta posição minoritária tem a sua razão de ser porque o facto de recair sobre o comissário a obrigação de indemnizar não implica sempre que esta obrigação resulte da responsabilidade por factos ilícitos (em que se exige a culpa), como também da responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos (em que não se exige a culpa).

Na jurisprudência, a favor da posição maioritária, cfr. TRL, acórdão de 24 de abril de 2007, Processo n.º 10328/2006-1 (relator Rui Vouga), expressando que “[d]elitalmente, existe também uma responsabilidade estrita do comitente, desde que o comissário tenha agido com culpa e sob a autoridade daquele (artigo 500º CCivil)” (italico nosso).

⁴²² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 640.

⁴²³ *Ibidem*. Seguindo este entendimento, cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “*E-Health*. Desafios e Problemas da Telemedicina”, Luis Couto GONÇALVES/Cristina DIAS/Eva Sónia Moreira da SILVA/Flávia LOUREIRO (coord.), *Direito e Pessoa no Mundo Digital – Algumas Questões*, Braga, EDUM/JusGov, 2019, p. 90.

⁴²⁴ Sobre esta distinção, veja Eva Sónia Moreira da SILVA. “Considerations About Medical Liability in the Era of E-Health”, *op. cit.*, p. 32. Na jurisprudência, veja TRL, acórdão de 24 de abril de 2007, Processo n.º 10328/2006-1 (relator Rui Vouga), expressando que “[p]or força do disposto no art. 800º, nº 1, do Código Civil, o médico é responsável pelos actos das pessoas que utilizou no cumprimento das suas obrigações como se fossem praticados por si próprio. Daí que se um doente contratar com certo cirurgião a realização de determinada intervenção este é contratualmente responsável pelos actos de todos os elementos da equipa” e que “[d]elitalmente, existe também uma responsabilidade estrita do comitente, desde que o comissário tenha agido com culpa e sob a autoridade daquele (artigo 500º CCivil)”.

⁴²⁵ Filipe de Albuquerque MATOS. “Responsabilidade Médica e relação de comissão”, *op. cit.*, pp. 14-19. Seguindo este entendimento, cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “*E-Health*. Desafios e Problemas da Telemedicina”, *op. cit.*, p. 90.

⁴²⁶ Filipe de Albuquerque MATOS. “Responsabilidade Médica e relação de comissão”, *op. cit.*, p. 38.

⁴²⁷ Eva Sónia Moreira da SILVA. “*E-Health*. Desafios e Problemas da Telemedicina”, *op. cit.*, p. 90.

também pode pedir a totalidade da indemnização civil quer ao médico-cirurgião (comitente) quer ao membro da equipa médica que lhe tenha causado dano (comissário), uma vez que qualquer deles se sujeita à responsabilidade solidária (artigo 500.º, n.º 3, artigo 497.º, artigos 512.º e 519.º, do CC)⁴²⁸. Caso o paciente peça o valor total da indemnização civil ao médico-cirurgião, este tem o direito de regresso contra o seu comissário culposo (artigo 500.º, n.º 3, do CC)⁴²⁹.

Ao abrigo do artigo 800.º do CC, o médico-cirurgião responde, quer com culpa quer não, pelos atos negligentes das pessoas que utilize para cumprir a sua obrigação (isto é, a obrigação de realizar de forma adequada as intervenções ou os tratamentos médicos), independentemente de ser no exercício das funções que lhes foram confiadas, como se tais atos danosos fossem por si praticados⁴³⁰. A este respeito não se exige a existência de uma relação de subordinação jurídica ou de comissão e, caso o paciente tenha celebrado o contrato apenas com o médico-cirurgião, este é o único contratualmente responsável pelos danos causados por qualquer dos membros da equipa médica ou por auxiliares que utilize para a realização de intervenções médicas⁴³¹. Com isto, na responsabilidade contratual não há responsabilidade solidária. Mesmo sendo o único responsável pelos danos causados por membros da equipa médica ou auxiliares que utilize, o médico-cirurgião não tem o direito de regresso porque, como já defendemos acima (*vide* Seção 3.2 do Capítulo II), na responsabilidade contratual não se prevê esse direito, ao contrário do que ocorre na responsabilidade extracontratual.

Sem prejuízo do regime da responsabilidade por atos de outrem (artigos 500.º e 800.º do CC), aplicável à responsabilidade civil objetiva em equipa médica, não podemos ignorar ainda a responsabilidade civil subjetiva – isto é, responsabilidade por factos ilícitos, baseada na conduta culposa – do chefe da equipa médica que tem a culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo*, cuja existência implica a violação do “dever de não delegar funções em pessoas que não tenham capacidade para as desempenhar”⁴³², do “dever de não deixar sem vigilância o desempenho de pessoas nessas condições”⁴³³ ou do dever de dar instruções apropriadas. O que vale por dizer que o chefe da equipa médica pode ter a responsabilidade civil objetiva pelos atos negligentes praticados por

⁴²⁸ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 89. Eva Sónia Moreira da SILVA. “Considerations About Medical Liability in the Era of E-Health”, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴²⁹ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 89.

⁴³⁰ No mesmo sentido, cfr. STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo), dizendo-nos que “[q]uanto à responsabilidade civil do médico-cirurgião, os pressupostos aferem-se pela sua conduta pessoal, assim como pela conduta daqueles que sejam auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes, da sua prestação, i.e. enfermeiros e outro pessoal auxiliar da equipa cirúrgica, por aplicação do art. 800.º, n.º 1, do CC”.

⁴³¹ Neste sentido, cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “Considerations About Medical Liability in the Era of E-Health”, *op. cit.*, p. 32.

⁴³² Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* pp. 297-298.

⁴³³ *Ibidem*.

qualquer dos membros da equipa médica, independentemente da sua culpa, e ao mesmo tempo a responsabilidade civil subjetiva porque pode existir culpa por não eleger um pessoal auxiliar adequado (culpa *in eligendo*), por não vigiar adequadamente os atos praticados por qualquer dos seus auxiliares (culpa *in vigilando*)⁴³⁴ ou por dar instruções que sejam deficientes (culpa *in instruendo*)⁴³⁵.

É ainda relevante falar das especificidades que a responsabilidade do anestesiológista⁴³⁶ assume no âmbito do direito civil. Sem prejuízo da posição que a doutrina minoritária sufraga – isto é, a de que o médico-cirurgião responde sempre pelos atos praticados por todos os membros da equipa médica, incluindo o anestesiológista⁴³⁷ – a posição maioritária segue o entendimento de que o anestesiológista, mesmo sendo um dos membros da equipa médica, tem uma responsabilidade pessoal pelo seu ato que tenha causado danos no paciente porque por via de regra tem um contacto individual e direto com este⁴³⁸. Seguindo a posição maioritária, Vera Lúcia Raposo entende que a responsabilidade do anestesiológista deve ser avaliada de forma autónoma porque os seus atos não se praticam apenas durante a sala operatória, como também nos momentos pré-operatório e pós-operatório, sendo a sua responsabilidade completamente delimitada⁴³⁹. A mesma autora entende ainda que o anestesiológista não pratica os seus atos sob a direção e ordens do médico-cirurgião e nem este nem aquele se sujeita a controlar os atos do outro⁴⁴⁰. Mesmo assim, a posição maioritária não é absoluta, uma vez que pode haver situações excecionais em que o médico-cirurgião responde pela conduta do anestesiológista quando este último atua, no caso em concreto, como um auxiliar, mesmo sendo independente, de cumprimento das obrigações a que aquele se sujeita⁴⁴¹. Não tendo prova de ser um auxiliar da equipa médica, o anestesiológista tem uma responsabilidade pessoal ou autónoma e,

⁴³⁴ Sobre a culpa *in vigilando*, cfr. STJ, acórdão de 16 de junho de 2015, Processo n.º 218/11.OTCGMR.G1.S1 (relatora Ana Paula Boularot), explicando que “II. A obrigação de indemnizar que recai sobre estas pessoas alicerça-se em facto próprio dessas mesmas pessoas, porquanto a lei presume que elas omitiram aquela vigilância que era adequada na situação concreta (culpa *in vigilando*). III. O dever de vigilância deve ser interpretado casuisticamente, tendo ainda em conta as concepções dominantes e os costumes, não se podendo ser demasiado severo a tal respeito, tanto mais que as pessoas com dever de vigilância têm, em regra, outras ocupações, não podendo considerar-se culpado a tal título quem, de acordo com tais concepções ou costumes, deixe certa liberdade às pessoas cuja vigilância lhe cabe”.

⁴³⁵ Cfr. TRG, acórdão de 16 de março de 2017, Processo n.º 1958/10.7TBVNF.G1 (relator Cavalho Guerra), entendendo que “I- O comitente responde perante terceiro havendo culpa do comissário, podendo, contudo, responder independentemente de culpa do comissário se tiver procedido com culpa (culpa *in eligendo*, *in instruendo*, *in vigilando*, etc, situação em que já não haverá responsabilidade objectiva, mas responsabilidade por factos ilícitos, baseada na conduta culposa do comitente”. II- Tais deveres de diligência começam na escolha do colaborador, passando por se assegurar de que ele tem um mínimo de formação profissional e, não o tendo, assegurar-lha, proporcionar condições objectivas de segurança do local em que a comissão é exercida e dar as instruções adequadas ao desempenho das suas funções de forma segura”.

⁴³⁶ Uma análise sobre as competências de anestesiológistas, cfr. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues. “Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil nas Equipas Médicas”, *op. cit.*, pp. 10-15.

⁴³⁷ Jorge de Figueiredo DIAS; Jorge Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”, *op. cit.*, p. 51. Seguindo esta posição, cfr. TRL, acórdão de 24 de abril de 2007, Processo n.º 10328/2006-1 (relator Rui Vouga).

⁴³⁸ João Álvaro DIAS. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, *op. cit.*, pp. 243-244.

⁴³⁹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 314.

⁴⁴⁰ *Idem*, pp. 314-315.

⁴⁴¹ STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).

deste modo, o médico-cirúrgico não é responsável pelos atos por aquele praticados⁴⁴².

O que quer dizer que só se pode confirmar, caso a caso, se o anestesiológista atua como um auxiliar, isto é, aquele que ajude o devedor (médico-cirurgião) a cumprir um contrato, não sendo parte deste contrato. Em caso afirmativo, aplica-se o artigo 800.º do CC; em caso negativo, como a sua responsabilidade civil assume especificidades e deve ser avaliada autonomamente, o artigo 500.º do CC não se aplica, aplicando-se assim o regime da responsabilidade conjunta, o que implica que cada um deles (o médico-cirurgião e o anestesiológista) responde apenas pelos atos por si praticados⁴⁴³.

Voltando para os dois aspetos inicialmente mencionados cuja análise é relevante – isto é, por um lado, o regime jurídico que se deve usar para atribuir a responsabilidade civil pelos danos causados por atos negligentes praticados pelo profissional da MTC e, por outro lado, a modalidade (solidária ou conjunta) da responsabilidade –, parece-me fundamental verificar, caso a caso, se o profissional da MTC atua como um auxiliar na equipa profissional. Em caso afirmativo⁴⁴⁴, é evidente que se aplica o regime previsto no artigo 800.º, não havendo responsabilidade solidária nem direito de regresso. Em caso negativo⁴⁴⁵, a sua responsabilidade civil assume especificidades como se fosse um anestesiológista pessoalmente responsável e deve ser avaliada autonomamente, aplicando-se o regime da responsabilidade conjunta. A solução deste último caso justifica-se por duas razões. Por um lado, não se pode dizer que o profissional da MTC seja subordinado ao médico ou receba instruções ou ordens deste nem vice-versa, porque cada um deles desempenha a sua função própria e específica para, em conjunto, obter a eficácia da terapia integrada que as provas científicas demonstram⁴⁴⁶. Por outro lado, o médico, mesmo sendo o chefe da equipa profissional, não tem capacidade de controlar o eventual risco que os métodos terapêuticos da MTC podem ter por falta de conhecimentos das filosofias teórica e prática da MTC.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Sobre este último ponto, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 314.

⁴⁴⁴ Por exemplo, o papel que o profissional da MTC desempenha na equipa profissional tem por objetivo reduzir efeitos colaterais da medicina convencional, auxiliando a intervenção ou tratamento essencial que o médico efetua.

⁴⁴⁵ Por exemplo, o profissional da MTC não é auxiliar nem é subordinado a qualquer membro da equipa profissional nem atua sob a direção ou ordens deste, tendo a sua função específica e independente para efeitos de cura ou recuperação do paciente em particular.

⁴⁴⁶ Como, por exemplo, a terapia integrada com a MTC e com a medicina convencional para tratamentos de SARS, que tem por objetivo aliviar, entre outros, a inflamação pulmonar causada pela SARS, melhorar o nível de saturação de oxigénio no sangue, aliviar os sintomas de hipodinâmica, taquipneia e falta de ar, reduzir a dose necessária de medicamentos ocidentais. Cfr. Baoyan LIU; Weiliang WENG; Yanming XIE; et. al. "Report 2: Clinical Efficacy of the treatment of SARS with integrated Traditional Chinese medicine and Western medicine: an analysis of 524 cases", op. cit., pp. 31-52.

4. *Leges artis* na Medicina Tradicional Chinesa

No campo da MTC, convém analisar as questões que dizem respeito às *leges artis*, nomeadamente as seguintes: o que são as *leges artis* na MTC? Quais são os requisitos cujo preenchimento implica a não violação das *leges artis*? As *leges artis* correspondem ao padrão de cuidados exigível? Aplica-se o padrão de cuidados pertencente à medicina convencional ou um padrão de cuidados exclusivo da MTC? As *leges artis* na MTC resultam de fontes jurídicas ou de fontes éticas?

Pelas *leges artis* – também designadas por “leis da arte” ou “regras da conduta” – entende-se “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”⁴⁴⁷. O TRL, de 16 de Dezembro de 2015, também as define de forma semelhante, entendendo-as como “um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente”⁴⁴⁸. Deste conceito retira-se que o seu cumprimento depende da verificação dos requisitos seguintes: (1) as regras científicas e técnicas e os princípios profissionais são adotados genericamente pela ciência médica; (2) os mesmos são adotados num determinado momento histórico; (3) os mesmos são para casos semelhantes, ajustáveis à concreta situação individual; (4) os mesmos resultam das normas de orientação clínica, do Código Deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, *guidelines*, livros e revistas especializadas⁴⁴⁹. Com o preenchimento destes requisitos, os atos médicos conformam-se com as *leges artis*, mesmo que não atinjam o resultado pretendido ou até causem danos em pacientes.

Caso se entenda que as *leges artis* correspondem a “um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico”⁴⁵⁰, pode afirmar-se que faz parte das *leges artis* o padrão de cuidados/conduta exigível, isto é, o grau de cuidado e habilidade dos profissionais de saúde médios que praticam a especialidade do profissional de saúde em causa, levando em consideração o conhecimento médico que está disponível para este⁴⁵¹. Neste sentido, às *leges artis* cabe determinar-se

⁴⁴⁷ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES. “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *op. cit.*, p. 17. Este autor, na sua obra anterior, definiu as *leges artis* de forma semelhante, ou seja, como um “[c]onjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”. Cfr. Álvaro da Cunha RODRIGUES. “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”, *op. cit.*, p. 201.

⁴⁴⁸ TRL, acórdão de 16 de dezembro de 2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 (relator Rui Gonçalves).

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, *op. cit.*, p.184. Sobre a variação

a diligência (também designada por “padrão” ou “*standard*”), pela qual se avalia a conduta positiva ou negativa do médico⁴⁵².

Embora o conceito das *leges artis* acima mencionado envolva as expressões “médicos” e “ciência médica”, tal não implica que as *leges artis* sejam aplicáveis apenas aos médicos e não a outros profissionais de saúde. Na verdade, o conceito das *leges artis* e os respetivos requisitos cujo não preenchimento implica a sua violação devem ser aplicáveis a qualquer dos profissionais de saúde. Logo, os profissionais da MTC podem violar as *leges artis* quando não se verificam cumulativamente os quatro requisitos acima indicados.

Não obstante, parece-me importante delimitar, na comunidade portuguesa, o âmbito do padrão de cuidados exigível na MTC, uma vez que a sua delimitação é benéfica quer para os profissionais da MTC quer para os utilizadores de MTC. Por um lado, uma tal delimitação é benéfica para os profissionais da MTC, uma vez que lhes permite confirmar se os atos que irão praticar se encaixam no âmbito desse padrão e, em caso negativo, deixarem de praticá-los para evitar a violação das *leges artis*, o que pode prevenir eventuais litígios com os seus utilizadores ou, em caso da morte destes, com os seus familiares. Por outro lado, os utilizadores de MTC colhem benefício da delimitação referida, dado que os atos da MTC integrados no âmbito do padrão de cuidados permitem melhor protegê-los. Contudo, uma tal delimitação não é fácil porque se coloca a questão de saber se os profissionais da MTC devem adotar o padrão de cuidados da medicina convencional ou um padrão de cuidados específico e próprio da MTC. A resposta dessa questão é crucial para saber a base pela qual se avaliam os comportamentos dos profissionais da MTC.

Na verdade, trata-se de uma questão para a qual não se encontra um entendimento unânime: por um lado, existe a posição de que os profissionais das terapêuticas não convencionais se sujeitam não apenas aos padrões de cuidados exclusivos do seu círculo profissional, como também ao da medicina convencional; por outro lado, encontra-se outra posição que sufraga a aplicação dos padrões de cuidados próprios e específicos das terapêuticas não convencionais, sem qualquer aplicação do padrão de cuidados exigível na medicina convencional⁴⁵³.

histórica da definição do padrão de cuidados conforme o desenvolvimento da teoria jurídica, cfr. Petter MOFFETT; Gregory MOORE. “The Standard of Care: Legal History and Definition: the Bad and Good News”. *Western Journal of Emergency Medicine*, Vol. XII, n.º 1 (fevereiro de 2011), pp. 109-112.

⁴⁵² Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA. *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 73.

⁴⁵³ Sobre a apresentação destas duas posições, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, op. cit., pp.184-185.

A primeira posição, mesmo protegendo melhor os utilizadores de MTC por ser mais exigente aos profissionais das terapêuticas não convencionais no âmbito de cuidados de saúde, não deve ser por nós adotada, uma vez que a sua adoção pode criar vários problemas. Em primeiro lugar, a sua adoção afeta o desenvolvimento gradual e saudável das terapêuticas não convencionais na comunidade portuguesa, porque as pessoas, que pretendam ser profissionais de saúde, preferem ser os médicos e não os profissionais das terapêuticas não convencionais quando, com a sujeição aos dois padrões de cuidados e não apenas ao padrão de cuidados próprio e exclusivo, é previsível que seja mais fácil a verificação da violação das *leges artis* e, deste modo, da responsabilidade civil. Em segundo lugar, a sua adoção é injusta para os profissionais das terapêuticas não convencionais porque a violação das *leges artis* existe até na situação em que os seus atos profissionais, mesmo conformando-se com o seu padrão de cuidados exclusivo, não cumprem o padrão de cuidados da medicina convencional. Em terceiro lugar, como sendo obrigados a ter um seguro de responsabilidade civil no âmbito da sua atividade profissional (artigo 12.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto), os profissionais das terapêuticas não convencionais podem sujeitar-se a um custo mais elevado de seguro por ser mais fácil do que outros profissionais de saúde a verificação de responsabilidade civil. Em quarto lugar, pode verificar-se a medicina defensiva⁴⁵⁴, nomeadamente na sua vertente positiva, porque os profissionais da MTC, para evitar a sujeição à responsabilidade civil, envidam todos os esforços para confirmar o estado de saúde de utilizadores de MTC ou a essência da doença de que padecem, mesmo praticando atos inúteis⁴⁵⁵. Por fim, como defendemos anteriormente que a eficácia e a segurança dos métodos terapêuticos das terapêuticas não convencionais não devem ser testadas e demonstradas através dos métodos e padrões da medicina baseada em evidências (como os da revisão sistemática, da meta-análise e do estudo clínico randomizado controlado)⁴⁵⁶, é erróneo que seja imposto aos profissionais das terapêuticas não convencionais um padrão de cuidados que se defina conforme os métodos e padrões da medicina baseada em evidência e não o padrão de cuidados próprio e exclusivo de qualquer das terapêuticas não convencionais.

Por conseguinte, parece-me ser de seguir, como vários autores nacionais e internacionais

⁴⁵⁴ A medicina defensiva ocorre quando o médico ordena testes, procedimentos ou consultas (medicina defensiva positiva), ou quando evita pacientes ou procedimentos de alto risco (medicina defensiva negativa), essencialmente para reduzir a sua exposição à responsabilidade por negligência médica. Sobre estas duas modalidades da medicina defensiva, cfr. U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT. *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington, U.S. Government Printing Office, julho de 1994, p. 21. Disponível em <https://ota.fas.org/reports/9405.pdf> (acesso em 20 de julho de 2021). Jorge Rosas de CASTRO. "Consentimento Informado e Medicina Defensiva". *Julgar*, Número Especial (2014), p. 207.

⁴⁵⁵ No entanto, a medicina defensiva pode configurar a violação das *leges artis*, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 249.

⁴⁵⁶ Veja o Capítulo I.

seguem⁴⁵⁷, o entendimento sufragado pela segunda posição acima referida, isto é, a posição que defende a aplicação do padrão de cuidados que pertence exclusivamente a qualquer das terapêuticas não convencionais. O seguimento deste entendimento tem a sua razão de ser. Por um lado, o padrão de cuidados próprio e exclusivo inclui regras e princípios que se conformem com a educação, o treino e a expectativa de pares das respetivas profissões⁴⁵⁸, sem qualquer relação com regras e princípios resultantes do padrão de cuidados exigível na medicina convencional. Por outro lado, tais regras e princípios podem resultar de vários diplomas – como os códigos deontológicos, as legislações, as regulações, as diretrizes, etc. – que sejam exclusivos em qualquer das profissões das terapêuticas não convencionais e emitidos por entidades reguladoras ou por respetivas associações profissionais⁴⁵⁹. Por fim, a aplicação do padrão de cuidados exclusivo de qualquer das terapêuticas não convencionais não ignora a opção consciente de utilizadores de MTC por consultarem apenas os profissionais de saúde do respetivo círculo profissional e por utilizarem os métodos de diagnóstico e/ou os métodos terapêuticos que não sejam da medicina convencional⁴⁶⁰.

É exatamente com a adoção desta posição que se deve entender que o conteúdo das *leges artis* varia de uma profissão de saúde para outra, porque podem existir algumas regras científicas e técnicas e princípios profissionais diferentes entre os círculos das profissões de saúde (por exemplo, a medicina convencional, a enfermagem, a MTC, a acupuntura, a homeopatia, entre outros) ou entre as especialidades do mesmo círculo profissional (por exemplo, no âmbito da medicina convencional as *leges artis* da obstetria e ginecologia podem ser diferentes das da dermatologia). O que implica que cada círculo profissional pode ter as suas *leges artis* próprias e específicas e, mesmo no mesmo círculo profissional, cada especialidade também pode ter as suas *leges artis* próprias e exclusivas, sem prejuízo de cumulação de algumas regras científicas e técnicas e princípios profissionais entre os

⁴⁵⁷ Vera Lúcia RAPOSO. "Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care", *op. cit.*, p. 185. Margaret FORDHAM. "The Standard of Care Applicable to Practitioners of Alternative Medicine", *op. cit.*, p. 9. Joan GILMOUR; Christine HARRISON; Leyla ASADI; et. al. "Complementary and Alternative Medicine Practitioners' Standard of Care: Responsibilities to Patients and Parents". *Pediatrics (Official Journal of the American Academy of Pediatrics)*, Vol. 128, Supplement 4 (novembro de 2011), p. S201. Christine C. KUNG. "Defining a Standard of Care in the Practice of Acupuncture". *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 31 (2005), p. 127.

Os tribunais dos Estados Unidos da América também seguem a mesma posição. Cfr. David M. STUDDERT; David M. EISENBERG; Frances H. MILLER; et al. "Medical Malpractice Implications of Alternative Medicine". *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 280, n.º 18 (novembro de 1998), pp. 1610-1615. Michael H. COHEN; David M. EISENBERG. "Potential Physician Malpractice Liability Associated with Complementary and Integrative Medical Therapies". *Annals of Internal Medicine*, Vol. 136, n.º 8 (16 de abril de 2002), p. 596.

⁴⁵⁸ Joan GILMOUR; Christine HARRISON; Leyla ASADI; et. al. "Complementary and Alternative Medicine Practitioners' Standard of Care: Responsibilities to Patients and Parents", *op. cit.*, p. S201.

⁴⁵⁹ Michael H. COHEN. "Malpractice in complementary and alternative medicine: practical implications for risk managers". *Integrating Complementary Medicine Into Health Systems (Nancy Faass Ed.)*, Editora Aspen, 2001, pp. 226-234. Angela CAMPBELL; Kathleen Cranley GLASS. "The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research". *McGill Law Journal*, Vol. 46, n.º 2 (2001), pp. 475-476. Conselho de Enfermagem da Ordem dos Enfermeiros. *Padrões de Qualidade dos Cuidados de Enfermagem: Enquadramento Conceptual Enunciados Descritivos*, dezembro de 2001, p. 5. Disponível em <https://www.ordemenfermeiros.pt/media/8903/divulgar-padroes-de-qualidade-dos-cuidados.pdf> (acesso em 10 de julho de 2021).

⁴⁶⁰ Sobre este argumento, cfr. Margaret FORDHAM. "The Standard of Care Applicable to Practitioners of Alternative Medicine", *op. cit.*, p. 9.

círculos de profissões de saúde ou entre as especificidades do mesmo círculo profissional, como, por exemplo, o dever de obter o consentimento informado, esclarecido e livre⁴⁶¹.

Convém ainda realçar que as regras e os princípios resultantes das *leges artis* de qualquer círculo profissional podem ser regulados de forma jurídica ou não jurídica. Quanto à sua regulação jurídica⁴⁶², no âmbito da MTC encontram-se, por exemplo, os princípios orientadores da MTC e o dever de obter consentimento informado de utilizadores de MTC, regulados pelos artigos 4.º e 13.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais), bem como os deveres de reservar os processos clínicos e de prestar informação aos utilizadores de MTC, consagrados pelo artigo 9, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (Regulamenta a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, relativamente ao exercício profissional das atividades de aplicação de terapêuticas não convencionais). No que respeita à regulação ética ou não jurídica, as regras e os princípios resultam do que se chama “*soft law*”, que inclui fontes não legislativas ou não regulamentares, como declarações de política de ética, código e diretrizes de órgãos profissionais ou quase-governamentais⁴⁶³. É evidente que na MTC se encontram várias regras e princípios de fontes não legislativas ou não regulamentares. Parece que neste momento a regulação ética da MTC não tem, na comunidade portuguesa, a mesma maturidade que existe em outros países asiáticos – nomeadamente na China, no Japão e na Coreia do Sul –, mas este fenómeno não impede que seja aplicada a regulação ética que resulte destes países.

Caso um dos princípios orientadores das terapêuticas não convencionais seja “[a] promoção da investigação científica nas diferentes áreas das terapêuticas não convencionais, visando alcançar elevados padrões de qualidade, eficácia e efectividade” (artigo 4.º, n.º 5, da Lei n.º 45/2003 – Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais), as *leges artis* em qualquer das terapêuticas não convencionais podem incluir padrão de cuidado ou conduta que resulte dessa investigação científica. O que vale por dizer que as *leges artis* de qualquer das terapêuticas não convencionais podem incluir regras e princípios baseados em investigação científica que visa obter os

⁴⁶¹ Neste sentido, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁶² No âmbito da medicina convencional, encontram-se regras ou princípios juridicamente exigidos, como o artigo 4.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, o artigo 150.º do CP, o artigo 135.º, n.ºs 1, 8 e 10, do Estatuto da Ordem dos Médicos, os artigos 4.º, 5.º, 8.º e 10.º do Regulamento de Deontologia Médica, entre outros. Cfr. Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA. *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, (I) Materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p.71.

Alguns países também regulam o padrão de cuidados de forma jurídica, como o Canadá. Sobre a avaliação profunda do padrão de cuidados que as leis canadenses impõem aos médicos, cfr. Irvin SHERMAN. “The Standard of Care in Malpractice Cases”. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 4, n.º 2 (setembro de 1966), pp. 222-242.

⁴⁶³ Sobre a “*soft law*” e o seu conteúdo, cfr. Angela CAMPBELL; Kathleen Cranley GLASS. “The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research”, *op. cit.*, p. 476.

devidos padrões de qualidade, eficácia e efetividade. Como já se defendeu⁴⁶⁴, a investigação científica de que aqui se trata deve ser feita através de métodos ou padrões compatíveis com as filosofias teórica e prática das terapêuticas não convencionais, em vez de métodos ou padrões da medicina baseada em evidência, salvo se estes últimos estendem o seu âmbito para serem compatíveis com aquelas filosofias.

O que se expôs refere-se à situação em que um profissional da MTC pratica atos do seu círculo profissional, respeitando as *leges artis* ou o padrão de cuidados exigível do mesmo círculo. Para além disso, pode haver situações em que o profissional da MTC é também registado na Ordem dos Médicos como um médico, isto é, situações em que um profissional de saúde é simultaneamente um profissional da MTC e um médico (por exemplo, o profissional de saúde obteve também o curso superior para ser médico, além do curso superior para ser um profissional da MTC). Nesta situação, o profissional de saúde, mesmo praticando apenas os atos da MTC, deve sujeitar-se a ambos os padrões de cuidado⁴⁶⁵ – isto é, os da medicina convencional e da MTC –, porque só assim pode proteger melhor os utilizadores de MTC através do conhecimento e experiência profissional que tem na MTC e na medicina convencional. O que significa que o profissional de saúde com dupla qualificação profissional, mesmo praticando apenas atos de uma profissão de saúde, se sujeita às regras científicas e técnicas e princípios profissionais resultantes dos padrões de cuidados exigíveis em ambos os círculos profissionais. A sujeição ao dever de diligência mais abrangente – isto é, resultante de ambos os padrões de cuidados –, pode evitar que o profissional de saúde ignore os deveres cujo cumprimento é fundamental para a proteção de interesses relevantes que pertençam aos utilizadores de MTC. Por exemplo, o profissional de saúde, mesmo realizando apenas os métodos de diagnóstico da MTC, deve cumprir os deveres de diligência cujo cumprimento se exige no âmbito da medicina convencional, como o dever de informar o utilizador de MTC de que, pela experiência profissional que tem na medicina convencional, existe indício forte de sofrer de certa doença para a qual é necessário um tratamento ou intervenção imediata no âmbito da medicina convencional. Neste caso, o profissional de saúde, como tendo um dever de diligência mais abrangente, deve cumprir um tal dever de informar, atuando como se fosse um médico e não um profissional da MTC. De outra forma, o profissional de saúde poderia não cumprir o dever de informar, caso este não lhe fosse exigível no âmbito da MTC apenas por não ter

⁴⁶⁴ Veja o Capítulo I.

⁴⁶⁵ Posição sufragada por Vera Lúcia RAPOSO. "Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care", *op. cit.*, p.185, entendendo que "...this paper sustains that the standard of care that applies to conventional physicians should not apply to CAM [Complementary and Alternative Medicine] practitioners, who must be judged according to the standard of care recognized within the field in which they are licensed...This solution applies to practitioners that are not licensed to practice conventional medicine. If that is not the case and the CAM doctor is authorized to provide conventional treatments both standards of care – the one of CAM and the one of conventional medicine – will apply".

praticado qualquer ato da medicina convencional, o que poderia causar aos utilizadores de MTC danos, nomeadamente o da perda de *chance*, consistente e séria, de recuperação ou de cura se não fosse o não cumprimento do dever de informar.

Delimitado o âmbito das *leges artis* na MTC, convém ainda analisar se a violação das *leges artis* configura a ilicitude ou a culpa, ou pode configurar ambas. Na verdade, não é uma tarefa fácil determinar se os atos praticados, quando violam as *leges artis*, se materializam na ilicitude ou na culpa⁴⁶⁶. A dificuldade de uma tal determinação deve-se à afinidade entre o juízo de ilicitude e o de culpa quando os dois requisitos da responsabilidade civil podem coincidir com a violação das *leges artis*.

Na realidade são distintos os juízos de ilicitude e de culpa, embora sejam semelhantes, confundíveis e às vezes difíceis de distinguir⁴⁶⁷. Sem prejuízo das duas variantes essenciais pelas quais se aprecia a natureza ilícita na responsabilidade extracontratual (artigo 483, n.º 1, do CC)⁴⁶⁸, a ilicitude, no campo da responsabilidade contratual, caracteriza-se pela desconformidade entre a conduta devida e a conduta realizada ou, dizendo de outra forma, entre a conduta que se deve adotar e a conduta que efetivamente se adotou⁴⁶⁹, sem atender aos elementos intelectual/emocional e volitivo dos profissionais da MTC. Portanto, a ilicitude traduz-se na violação ou no desrespeito de uma regra de conduta que conste das *leges artis*⁴⁷⁰. Quanto à culpa, o que se analisa não se relaciona com a desconformidade acima referida, mas sim o discernimento (capacidade intelectual e emocional) e a liberdade de determinação (capacidade volitiva) no que diz respeito à conduta que na realidade se adotou, de forma a afirmar se os profissionais da MTC estavam incapacitados de entender ou querer⁴⁷¹. Portanto, a culpa relaciona-se com o juízo de censura ou de reprovação da sua conduta, baseado no “reconhecimento,

⁴⁶⁶ Sobre o reconhecimento desta tarefa difícil, cfr. Isabel Mousinho de FIGUEIREDO. *Responsabilidade do Supervisor: Indemnização Devida por Fiscais e Auditores*, Almedina, 2021, p. 386.

⁴⁶⁷ Encontram-se, na jurisprudência portuguesa, várias decisões judiciais que reconhecem esta dificuldade e, no entanto, afirmam a sua diferenciação entre os juízos da ilicitude e da culpa, como as seguintes: STJ, acórdão de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P L.S1 (relator Bettencourt de Faria), sufragando que “[é] forçoso reconhecer, como bem notou o acórdão recorrido, que, por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar. Nomeadamente, como no caso da actividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. Tal infracção é – objectivamente - ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar – subjectivamente - um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico. Mas os conceitos permanecem diferenciados”; TRG, acórdão de 27 de setembro de 2012, Processo n.º 330/09.6TBPTL.G1 (relatora Rita Romeira), dizendo-nos que “[é] sabido que, por vezes, a fronteira entre ilicitude e culpa é difícil de determinar, nomeadamente, como no caso da actividade médica, em que a ilicitude pode consistir numa infracção aos procedimentos adequados. A infracção é, objectivamente, ilícita na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar, subjectivamente, um menor zelo ou a negligência na prática do acto médico. Tudo isto sem que haja qualquer confusão a nível dos conceitos”; TRP, acórdão de 10 de fevereiro de 2015, Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1 (relator Rodrigues Pires), entendendo que “III - Embora na actividade médica a fronteira entre ilicitude e culpa seja difícil de determinar, estes dois conceitos permanecem diferenciados, atendendo a que uma coisa é saber o que houve de errado na actuação do médico e outra saber se esse erro deve ser-lhe assacado a título de culpa”.

⁴⁶⁸ Sobre a análise destas variantes, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 533-542.

⁴⁶⁹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. II, *op. cit.*, p. 94. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁷⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 88.

⁴⁷¹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 563.

perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia, como podia ter agido de outro modo”⁴⁷². É exatamente com isto que se entende culposa a conduta adotada quando a regra de conduta violada, constante das *leges artis*, era do conhecimento do autor e podia ser por este cumprida caso não violasse o dever de diligência ou o dever de cuidado que lhe cabia⁴⁷³.

Sem prejuízo do que se expôs acima, parece-me que o âmbito das *leges artis* da MTC não é fixo, variando conforme o desenvolvimento da MTC que se alimenta pelos estudos científicos. O âmbito amplia com o avanço científico. O que quer dizer que quanto maior o desenvolvimento da MTC mais deveres profissionais constam das *leges artis* do respetivo círculo profissional. Por conseguinte, a conduta profissional da MTC, que hoje em dia é lícita e/ou não culposa por causa da imprevisibilidade de riscos, pode não o ser assim no futuro, nomeadamente quando estes riscos se tornem previsíveis. Com isto, será mais fácil a violação das *leges artis* – ou, dizendo de outra forma, será mais difícil o seu cumprimento – quando no âmbito destas se integrem quantitativamente mais deveres de cuidado ou padrão de prática exigível. Para além disso, existem dificuldades adicionais no cumprimento das *leges artis* quando se verifica um conflito com outros princípios, como a autonomia, da qual resulta o consentimento informado, nomeadamente quando os utilizadores de MTC recusam o tratamento proposto⁴⁷⁴. Nesta situação, obviamente os profissionais da MTC devem respeitar a autonomia dos seus utilizadores, embora a decisão destes não implique um resultado *pro vitae*.

⁴⁷² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. II, op. cit.*, p. 97.

⁴⁷³ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 88.

⁴⁷⁴ Sobre este ponto, cfr. Kurt KRAETSCHMER. “‘Lege artis’ – an outdated concept in modern medicine?”. *European Journal of Health Law*, Vol. 21, n.º 2 (abril de 2014), p. 120. Este autor dá-nos um exemplo seguinte: “[i]n the case of dysphagia, for example, a feeding tube might be the only therapeutic option, but if the patient refuses it and insists on alimentation per os, he runs the risks of aspiration, ensuing pneumonia and even death”, entendendo que “[t]he healthcare providers in charge of such a patient and confronted with the dilemma of *lege artis* therapy on the one hand and opposing patient autonomy on the other”. *Ibidem*.

CAPÍTULO IV - Consentimento Informado e Medicina Tradicional China

1. Justificação e enquadramento legal

O consentimento informado é um conceito que surgiu no âmbito da medicina convencional e se tem desenvolvido nas últimas décadas. Trata-se de um conceito criado em 1957 em virtude do caso de *Salgo* (*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*)⁴⁷⁵, no qual o médico realizou uma aortografia translombar no paciente *Martin Salgo* e lhe causou paralisia permanente, entendendo o tribunal americano que o médico deveria informar “quaisquer factos que sejam necessários para formar a base de um consentimento informado pelo paciente relativamente ao tratamento proposto”⁴⁷⁶. Neste caso, o que o tribunal entendeu relevante não foi um consentimento prestado relativamente a uma intervenção medicamente proposta, mas sim o esclarecimento efetivo do consentimento, criando, a partir de então o conceito do consentimento informado com a invocação do direito à autodeterminação⁴⁷⁷.

Por outro lado, a MTC tem sido praticada na China há mais de dois mil anos⁴⁷⁸, o que quer dizer que a MTC tem uma história mais longa e antiga do que a do consentimento informado. Assim, levanta-se a questão de saber se um conceito tão recente deve ser aplicável a atividades efetuadas pelos profissionais da MTC. A resposta tem de ser positiva. Embora o consentimento informado seja um conceito que surgiu no seio da medicina convencional, tal não implica que essa figura só se aplique nesta medicina. Caso se entenda que o respeito pelo direito à autonomia, entendido como a capacidade de decidir eticamente a forma de vida, é uma das razões da existência do consentimento informado⁴⁷⁹, tal respeito existe, e deve existir indubitavelmente, em qualquer medicina, quer convencional quer não convencional. O respeito pela autodeterminação de pacientes deve ser um valor ética e legalmente existente em qualquer círculo profissional, independentemente de ser medicina convencional. Seria inaceitável que apenas aos pacientes da medicina convencional fosse concedido o

⁴⁷⁵ *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Ct. App. 1957). Disponível em <https://www.courtlistener.com/opinion/2619445/salgo-v-leland-stanford-etc-bd-trustees/> (acesso em 2 de fevereiro de 2020).

⁴⁷⁶ Ruth R. FADEN; Tom L. BEAUCHAMP; Nancy M. P. KING. *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986, p. 125, cuja redação original é a seguinte: “any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment”.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 126.

⁴⁷⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Benchmarks for training in traditional/complementary and alternative medicine: benchmarks for training in traditional Chinese medicine*, Geneva, Switzerland, 2010, p. 3. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44353/9789241599634_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 14 de novembro de 2019).

⁴⁷⁹ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, Maio de 2009, pp. 4-5. Disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf (acesso em 14 de novembro de 2019).

direito à autodeterminação relativamente a diagnóstico ou intervenção médica, enquanto os utilizadores de MTC da MTC, ou de qualquer das outras terapêuticas não convencionais, não o tivessem. Caso este entendimento fosse aceite, os utilizadores de MTC da MTC seriam prejudicados em detrimento dos pacientes da medicina convencional, violando-se o princípio da igualdade e o direito ao desenvolvimento da personalidade daqueles, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (Artigos 13.º e 26.º, n.º 1, da CRP).

Vários diplomas legais, quer internos quer externos, preveem a existência do direito ao consentimento informado, mas alguns dos mesmos, nomeadamente aqueles que nada têm a ver com a medicina não convencional, podem não ser aplicáveis às terapêuticas não convencionais porque as mesmas – como a sua designação mostra e em que a MTC se encaixa – não são uma forma de medicina. A Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais), parte do pressuposto de que as terapêuticas não convencionais não são uma forma de medicina, porque “partem de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplicam processos específicos de diagnóstico e terapêuticas próprias” (Artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto). Mesmo assim, adiante serão analisados esses diplomas legais um a um, uma vez que defendemos (*vide* Capítulo I) que a MTC deveria ser autonomizada das terapêuticas não convencionais e qualificada como uma forma de medicina, o que dá fundamento à aplicação desses diplomas legais às atividades efetuadas pelos profissionais da MTC.

Na esfera internacional⁴⁸⁰, importa mencionar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 11 de novembro de 1997, que prevê que “[e]m qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo” [Artigo 5, alínea b)]. Esta norma, ao exigir a obtenção do consentimento prévio, livre e esclarecido em qualquer caso, prevê a sua existência quer na medicina convencional quer na medicina não convencional.

Convém referir ainda a Declaração sobre Normas Universais em Bioética, de 19 de outubro de 2005, que também visa promover a autodeterminação, quer na medicina convencional quer na medicina não convencional – “A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser

⁴⁸⁰ Aqui só se mencionam os diplomas internacionais que, a meu ver, podem ter âmbito de aplicação no consentimento informado da MTC.

respeitada...” (Artigo 5.º - Autonomia) e “Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada...” (Artigo 6.º - Consentimento). Esta última norma reforça a aplicação deste diploma legal à MTC, uma vez que esta envolve, na maioria dos casos, intervenção de carácter preventivo.

No âmbito europeu, pode encontrar-se a exigência do direito ao consentimento informado na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aprovada em 1996, em Oviedo, porque prevê que “[q]ualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efectuada depois de a pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida” (Artigo 5.º, n.º 1) e que “[a] esta pessoa deverá ser dada previamente uma informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e os seus riscos” (Artigo 5.º, n.º 2). A expressão “qualquer intervenção no domínio da saúde” engloba, a nosso ver, não apenas a medicina convencional, como também a medicina não convencional. Ademais, verifica-se a existência do mesmo direito na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao exigir que “[n]o domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, ...” (Artigo 3.º, n.º 2). É evidente que os documentos referidos nasceram sob a égide da cultura ocidental e os seus conceitos devem ser interpretados conforme esta cultura, em que a “medicina”, em regra, significa a medicina convencional. Mesmo assim, tal não impede que se faça uma interpretação extensiva do conceito de “medicina” nessas normas, que inclui não apenas a medicina convencional, como também qualquer das terapêuticas não convencionais. Defendemos assim porque o consentimento informado tem de se aplicar às terapêuticas não convencionais, atendendo aos princípios fundamentais da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana.

No campo constitucional, a CRP consagra a dignidade da pessoa humana como base da República soberana (Artigo 1.º). Como bem ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”⁴⁸¹, pelo que a realização da intervenção ou tratamento médico sem obter o consentimento informado do paciente corresponde à violação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de violação de outros direitos fundamentais consagrados pela CRP, como os corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito à integridade física e moral das pessoas, o direito à autodeterminação e o direito ao

⁴⁸¹ José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 198.

desenvolvimento da personalidade⁴⁸². É entre nós incontestável que a CRP, ao prever o direito à integridade física e moral das pessoas (Artigo 25.º), enquanto bem jurídico relativo à autodeterminação e livre manifestação de vontade de cada pessoa⁴⁸³, confira o direito à autodeterminação, de que resulta o direito ao consentimento informado, a todas as pessoas, incluindo as que tenham acesso aos serviços médicos, quer da medicina convencional, quer da medicina não convencional⁴⁸⁴. O direito à autodeterminação também é tutelado pelo artigo 26.º da CRP, por força do direito ao desenvolvimento da personalidade⁴⁸⁵.

No âmbito do Direito Penal, também se encontra a fonte normativa do direito ao consentimento informado, nomeadamente no artigo 156.º, n.º 1, do CP – “[a]s pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, cuja inclusão no âmbito dos crimes contra a liberdade pessoal é significativa porque dá fundamento à consagração do direito ao consentimento informado⁴⁸⁶. Entende-se que o consentimento informado, consagrado no artigo 156.º, n.º 1, do CP, que remete para o artigo 150.º, n.º 1, do mesmo código, é uma causa de exclusão da tipicidade, sendo um consentimento-acordo⁴⁸⁷, ao contrário do que ocorre no âmbito do Direito Civil.

No âmbito do Direito Civil, não se pode deixar de mencionar os artigos 70.º e 340.º do CC, que preveem uma tutela geral da personalidade e um consentimento do lesado⁴⁸⁸. O direito geral de personalidade previsto no artigo 70.º do CC inclui os direitos que não sejam os direitos de personalidade especiais previstos nos artigos 71.º a 80.º do CC, como, entre outros, o direito à integridade física e moral⁴⁸⁹. É com base nisso que se entende que, se o direito geral de personalidade é previsto no artigo 70.º, n.º 1, do CC, nesta norma se encontra também o direito especial de

⁴⁸² Mara Sofia da Silva FERREIRA. *Da Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado*. Tese de Mestrado em Direito dos Contratos e Empresa, sob a orientação de Eva Sónia Moreira da Silva, janeiro de 2015, Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 13-14.

⁴⁸³ TC, Acórdão n.º 418/2013, Processo n.º 120/11, de 15 de julho de 2013 (relatora Catarina Sarmento e Castro).

⁴⁸⁴ No que concerne a ligação entre o direito à integridade física e moral das pessoas e a necessidade do consentimento informado, cfr. Pedro Garcia MARQUES, *Anotação ao artigo 25.º*, in Jorge MIRANDA; Rui MEDEIROS. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

⁴⁸⁵ Sobre a tutela do direito à autodeterminação pelos artigos 25.º e 26.º da CRP, Carolina TELES; André G. Dias PEREIRA. “Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão”. *Lex Medicinæ*, Ano 17, n.º 33 (2020), p. 4. Cfr. Joaquim Correia GOMES. “Constituição e Consentimento Informado: Portugal”. *JULGAR*, Número Especial (2014), p. 93. Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., p. 65.

⁴⁸⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*. Almedina, Coimbra, fevereiro, 2014, p. 270.

⁴⁸⁷ Vera Lúcia RAPOSO. “Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal Português”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26 (2013), pp. 322-323.

⁴⁸⁸ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., pp. 68-69. Sobre o artigo 70.º, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2014, p. 270. Sobre o artigo 340.º do CC como fonte normativa do direito ao consentimento informado, veja também Carolina TELES; André G. Dias PEREIRA. “Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão”, op. cit., p. 4.

⁴⁸⁹ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 276-277.

personalidade, isto é, o direito à integridade física e moral, que se relaciona com o direito à liberdade de vontade e a autodeterminação, nos quais se fundamenta o consentimento informado⁴⁹⁰. No entanto, o direito à integridade física e moral não é absolutamente inviolável, existindo situações em que tal direito pode ser limitado⁴⁹¹. Em princípio, a limitação voluntária ao exercício de qualquer dos direitos de personalidade – como do direito à integridade física e moral – é nula caso seja contrária aos princípios da ordem pública, à lei e aos bons costumes (artigo 81.º, n.º 1, interpretado de acordo com o artigo 280.º do CC)⁴⁹². Portanto, essa limitação voluntária, desde que seja legal, não é nula. A legalidade da limitação voluntária do direito à integridade física e moral – como de qualquer de outros direitos de personalidade – encontra-se com o consentimento que o respetivo titular presta validamente, ao abrigo do artigo 340.º do CC⁴⁹³. Para ser válido, este consentimento deve ser informado, esclarecido e livre. Dizendo de outra forma, e seguindo o entendimento de Heinrich Ewald Hörster e de Eva Sónia Moreira da Silva, o consentimento “deve ser consciente, isto é, resultante de uma vontade esclarecida, livre (de qualquer tipo de coacção), devidamente ponderado e concreto, tendo em vista situações determinadas...”⁴⁹⁴. Com isto, o consentimento imposto pelo artigo 340.º pode excluir a ilicitude das intervenções médicas que afetem a integridade física e moral de pacientes⁴⁹⁵, desde que sejam previamente cumpridos os deveres de informar e esclarecer. Neste sentido, o consentimento informado consagrado nos artigos 70.º e 340.º do CC, ao abrigo do primado da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação, aparece como uma causa de exclusão da ilicitude da intervenção médica no âmbito civil⁴⁹⁶. É evidente que os dois artigos – os artigos 70.º e 340.º do CC – se aplicam indistintamente a todas as situações e protegem todos os indivíduos, incluindo os utilizadores de MTC da medicina não convencional.

⁴⁹⁰ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, p. 69.

⁴⁹¹ Como bem entende Pedro Pais de VASCONCELOS, “...o titular do direito de personalidade pode auto-vincular-se à limitação ou à compressão do seu direito”, cfr. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, novembro de 2006, p.153.

⁴⁹² *Idem*, p. 155. Veja também Pedro Pais de VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Lisboa, 5.ª Edição, 2008, p. 15.

⁴⁹³ Neste sentido, veja Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 287.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 288.

⁴⁹⁵ Cfr. TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo). Este acórdão citou o artigo 340.º, n.º 1, do CC como fonte legal da exclusão da ilicitude das intervenções médicas por meio do consentimento informado ao referir que “a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar a ilicitude, uma vez que uma lesão da integridade física do paciente, não exigida pelo cumprimento do contrato, implica a sua verificação (ilicitude do resultado), caso em que haverá que ponderar da exclusão da ilicitude pelo consentimento informado daquele quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia (cfr. art. 340.º, n.º 1, do CC)”.

⁴⁹⁶ TRP, acórdão de 1 de abril de 2014, Processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1 (relator Rui Moreira). STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor). STJ, acórdão de 9 de outubro de 2014, Processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1 (relator João Bernardo).

A doutrina dominante entende que o consentimento, enquanto causa de exclusão da ilicitude, constitui um facto impeditivo cuja prova cabe aos profissionais de saúde, baseando-se no princípio do equilíbrio processual, na impossibilidade de prova do facto negativo e na facilidade relativa da prova para o médico (enquanto perito) comparando com o paciente (enquanto leigo). Cfr. Orlando CARVALHO. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 193 e ss. Figueiredo DIAS/Sinde MONTEIRO. “Responsabilidade médica em Portugal”. *BMJ*, n.º 332 (janeiro de 1984), pp. 39-40. Capelo de SOUSA. *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 221. André Gonçalo Dias PEREIRA. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, pp. 18-19.

Já no plano específico do Direito da Saúde, a Lei de Base da Saúde (Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro) atribui a todas as pessoas, incluindo deste modo os utilizadores de MTC da medicina não convencional, o direito “[a] ser informad[os] de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar” e “[a] decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excepcionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde” [Base 2, n.º 1, alíneas e) e f)].

A Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais) é o diploma essencial que fundamenta a equiparação acima referida. Sem este diploma legal a equiparação não seria efetuada ou, mesmo podendo ser feita, tal equiparação não resultaria da ordem natural das coisas. Existe essa equiparação porque deste diploma constam expressões que exigem o consentimento informado na medicina não convencional, como as seguintes: “[o]s profissionais das terapêuticas não convencionais...ficam obrigados a prestar informação, sempre que as circunstâncias o justificarem, acerca do prognóstico e duração do tratamento” (Artigo 10.º, n.º 4); “...será afixada a informação onde conste a identificação dos profissionais que neles exerçam actividade e os preços praticados” (Artigo 11.º, n.º 2); “[o]s profissionais das terapêuticas não convencionais só podem praticar actos com o consentimento informado do utilizador” (Artigo 13.º, n.º 2). Poderá colocar-se a questão de saber se o regime do consentimento informado constante deste diploma legal não seria aplicável à MTC até à entrada em vigor da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (que regulamenta a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, relativamente ao exercício profissional das atividades de aplicação de terapêuticas não convencionais), porque aquele diploma legal não prevê expressamente a MTC como uma terapêutica não convencional ao regular que “são reconhecidas como terapêuticas não convencionais as praticadas pela acupunctura, homeopatia, osteopatia, naturopatia, fitoterapia e quiropraxia” (Artigo 3.º, n.º 2). Portanto, parece que naquele período existiria apenas um dos ramos da MTC, ou seja, a acupunctura e a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, só começaria a regular a MTC quando a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro, ao acrescentar a MTC como uma nova terapêutica não convencional [Artigo 2.º, alínea d), da Lei n.º 71/2013], a regulamentaria, ampliando o âmbito de aplicação da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto. No entanto, não podemos entender assim porque uma lei regulamentadora (isto é, a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro) não pode alargar o âmbito de aplicação da lei que visa regulamentar (isto é, a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto). O que

devemos entender é que as terapêuticas não convencionais que a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, prevê expressamente no artigo 3.º, n.º 2, são meramente exemplificativas e a MTC é entendida como uma terapêutica não convencional a partir daí porque também parte “de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplica[...] processos específicos de diagnóstico e terapêuticas próprias” (Artigo 3.º, n.º 1).

Mais se acrescenta que a Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro, exige o consentimento informado na medicina não convencional, porque determina que “[o]s profissionais das terapêuticas não convencionais devem prestar aos utilizadores informação correta e inteligível acerca do prognóstico, tratamento e duração do mesmo, devendo o consentimento do utilizador ser expressado através de meio adequado em função das boas práticas vigentes na profissão” (Artigo 9.º, n.º 2).

Ademais, a Portaria n.º 182/2014, de 12 de setembro (que estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para o exercício da atividade das terapêuticas não convencionais), exige o fornecimento de determinadas informações, quando prevê que “[d]eve ser colocado em local bem visível do público o horário de funcionamento, a identificação do responsável pela direção clínica, os procedimentos a adotar em situações de emergência e os direitos e deveres dos utentes, devendo ainda estar disponível para consulta a tabela de preços”⁴⁹⁷ (Artigo 5.º). Os direitos a que se refere esta norma correspondem aos direitos conferidos pela Base XIV, n.º 1, da Lei de Base de Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro), devendo incluir, entre outros, o direito ao consentimento informado – como bem se mostra na letra da lei, o direito a “[d]ecidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei” e o direito a “[s]er informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado” [Base XIV, n.º 1, b) e e)]. Estes direitos, que exprimem os princípios do consentimento necessário⁴⁹⁸ e do consentimento informado, resultam do direito fundamental à integridade pessoal, previsto no artigo 25.º, n.º 1, da CRP⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Entendo que algumas das informações referidas nesta norma (que designo como “*informações de pré-consulta*”) são relevantes, para certos utilizadores de MTC, no sentido de aceitar ou recusar determinados diagnósticos ou tratamentos da MTC. Por exemplo, a tabela de preços, que pode variar de clínica para clínica, é importante relativamente aos utilizadores de MTC que tenham mais em consideração a sua capacidade económica.

⁴⁹⁸ Este princípio significa “a liberdade do doente como pessoa humana em face das propostas de intervenção sobre o seu próprio organismo que recebe da Administração pública. Em regra, a vontade do doente deverá ser respeitada mesmo quando for no sentido de recusa de se deixar tratar”. Cf. Sêrvulo CORREIA. *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 53.

⁴⁹⁹ Miguel Nogueira de BRITO. *Direitos e Deveres dos Utesentes do Serviço Nacional de Saúde*. Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, novembro de 2008, pp. 9-10. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/615-922.pdf> (acesso em 14 de

Do que se expôs podemos retirar que o consentimento informado na MTC é também um conceito composto por três componentes essenciais: o dever de informar, o dever de esclarecer e o dever de obter um consentimento livre⁵⁰⁰. A falta de qualquer um dos mesmos implica a invalidade ou a inexistência do consentimento informado por o consentimento apenas ser válido se for livre e esclarecido – isto é, “se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou”⁵⁰¹ – e, deste modo, tem como consequência a violação do direito à autodeterminação dos utilizadores de MTC⁵⁰².

Em vista disso, e para evitar qualquer responsabilidade civil pelos danos causados pela violação do consentimento informado, é fundamental que exista um consentimento informado, esclarecido e livre. Isto é, os profissionais da MTC transmitem de forma correta aos seus utilizadores as informações relevantes, garantem o entendimento completo – e não parcial – dos utilizadores de MTC relativamente às informações transmitidas, e, por fim, asseguram um consentimento isento de qualquer coação, ameaça ou pressão de terceiros.

2. Dever de informar

2.1. Determinação do critério aplicável

A informação de saúde – que a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde) define como “todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar” (Artigo 2.º) – é elemento relevante de que dependem as decisões de utilizadores de MTC no sentido de aceitar ou recusar determinada intervenção ou tratamento medicamente proposto. Em princípio, os profissionais de saúde devem transmitir informações de saúde suficientes e corretas com vista a um cumprimento completo do seu dever de informar (ou, dizendo de outra forma, com vista ao respeito do direito a saber dos utilizadores de MTC). Mesmo assim, sobre o

janeiro de 2021).

⁵⁰⁰ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, p.3. Veja também Rob HEYWOOD; Ann MACASKILL; Kevin WILLIAMS. “Informed Consent in Hospital Practice: Health Professionals’ Perspectives and Legal Reflections”. *Medical Law Review*, Vol. 18, n.º 2 (2010), p. 152.

⁵⁰¹ STJ, acórdão de 18 de março de 2010, Processo n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1 (relator Pires de Rosa).

⁵⁰² STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor). STJ. Acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).

âmbito de informações que se devem transmitir pelos profissionais de saúde, o que podemos encontrar na lei portuguesa é apenas o conteúdo exemplificativo do que se deve transmitir aos utilizadores de MTC e não um critério sobre o que se deve transmitir. Tal conteúdo exemplificativo pode ser variável de um diploma legal para um outro.

No âmbito específico da MTC, o que se depara na lei portuguesa é também um conjunto de informações exemplificativas, como as seguintes:

- Informação sobre a situação dos utilizadores de MTC, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do estado [Base 2, n.º 1, alíneas b), da Lei de Base da Saúde];
- Informação sobre o prognóstico e duração do tratamento, e sobre a identificação dos profissionais e os preços (Artigo 10.º, n.º 4 e Artigo 11.º, n.º 2, da Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais);
- Informação sobre o prognóstico, tratamento e duração do mesmo (Artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro);
- Informação sobre o horário de funcionamento, a identificação do responsável pela direção clínica, os procedimentos a adotar em situações de emergência, os direitos e deveres dos utilizadores de MTC e a tabela de preços (Artigo 5.º, da Portaria n.º 182/2014, de 12 de setembro)⁵⁰³.

Para demarcar as informações que se devem transmitir aos utilizadores de MTC, convém determinar o critério aplicável ao dever de informar. Para este efeito, encontram-se na doutrina, quer internacional quer interna, os critérios seguintes: o critério do “médico razoável”, o critério do “paciente razoável”, o critério subjetivo do “paciente concreto” e o critério híbrido dos três critérios mencionados⁵⁰⁴.

O critério do “médico razoável” determina que as informações a transmitir são as que um

⁵⁰³ Mesmo sendo informações que os profissionais da MTC devem transmitir, convém distinguir as informações relevantes a transmitir das informações não relevantes. Parece-nos que o horário de funcionamento, a identificação do responsável pela direção clínica e a tabela de preços não são informações cuja violação leva à violação do consentimento informado. A não colocação em local bem visível destas informações leva apenas à infração administrativa e, deste modo, afeta a continuação de funcionamento da clínica por falta de algum dos requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento para o exercício da atividade das terapêuticas não convencionais (Artigo 1.º da Portaria n.º 182/2014, de 12 de setembro).

⁵⁰⁴ J.L.J. YEK; A.K.Y. LEE; J.A.D. TAN; et. al. “Defining reasonable patient standard and preference for shared decision making among patients undergoing anaesthesia in Singapore”. *BMC Medical Ethics*, 18:6 (2017), p. 2.

médico típico entende adequadas; o critério do “paciente razoável” defende a transmissão das informações que um paciente típico necessita de saber para tomar uma decisão devida; o critério subjetivo do “paciente concreto” salienta a prestação de informações que um paciente em concreto precisa de saber para tomar a sua decisão⁵⁰⁵; por fim, o critério híbrido refere-se ao critério que mistura dois ou três dos critérios acima referidos.

Na China, mesmo sobre o critério aplicável ao dever de informar na medicina convencional, não se encontra uma posição ou entendimento unânime como ocorre em Portugal. Enquanto a jurisprudência chinesa adota o critério do “médico razoável”⁵⁰⁶, a doutrina chinesa discute este tema de uma forma muito viva e podemos encontrar autores chineses que defendem o critério híbrido – isto é, a combinação entre o critério subjetivo do “paciente concreto” e o critério do “médico razoável”⁵⁰⁷ e a combinação entre o critério subjetivo do “paciente concreto” e o critério do “paciente razoável”⁵⁰⁸. No entanto, parece-nos que o critério híbrido criado pelos autores chineses é funcionalmente inútil. Por um lado, quando a informação que um utilizador de MTC em particular precisa de saber é mais abrangente do que a informação que um médico razoável tem o dever de informar ou um utilizador de MTC razoável quer e necessita de saber para tomar uma decisão devida, é evidente que o critério subjetivo do “paciente concreto” consome o critério do “médico razoável” ou o critério do “paciente razoável”. Pelo contrário, quando a informação que um utilizador de MTC em concreto necessita de saber é menos abrangente do que a informação transmitida conforme os dois últimos critérios acima referidos, o médico diz mais do que o utilizador de MTC em particular quer ou precisa de saber. Deste modo, não se deveria defender, como alguns autores chineses defendem, um critério em que se integram dois dos critérios tradicionais.

Embora não haja muitas decisões judiciais sobre este tema no âmbito da MTC, alguns autores chineses entendem que o direito a saber na MTC se refere ao direito de um utilizador de MTC em particular ter conhecimento de informação relevante sobre determinada intervenção da MTC,

⁵⁰⁵ Sobre estes três critérios tradicionais, Jessica de BORD. *Informed Consent*. Disponível em <https://depts.washington.edu/bhdept/ethics-medicine/bioethics-topics/detail/67> (acesso em 19 de abril de 2022). Lin WANG, “Ethics Research on Physician’s Obligation of Informing – the Reflection on a Case of Medical Dispute”. *Chinese Medical Ethics*, Vol. 29, n.º 5 (outubro 2016), pp. 765-766.

⁵⁰⁶ In Bin ZHU. “Research on Tortious Liability of Patient’s Right of Informed Consent”. *Journal of Hubei University of Economics*, Vol. 10, n.º 6 (novembro de 2012), p. 108.

⁵⁰⁷ Lin WANG. “Ethics Research on Physician’s Obligation of Informing – the Reflection on a Case of Medical Dispute”, *Op. cit.*, p. 766. Xi-ju ZHAO. “Informed Consent: the Construction of Composing Elements and the Optimum of the Procedure”. *Chinese Journal of Medical Ethics*, Vol. 18, n.º 3 (junho de 2005), p. 14.

⁵⁰⁸ Xiao-jiao ZHANG. “论医师的说明义务” (Discussão sobre o Dever de Informar de Médico). *Theory Research*, n.º 26 (2015), p. 59-60 e Chun-zhi YANG. “On the Standards for Doctors’ Duty of Disclosure”. *Journal of Fujian Medical University (social Science Edition)*, Vol. 12, n.º 3 (Setembro 2011), p. 20.

abrangendo informação antes, durante e após o tratamento⁵⁰⁹. Por outras palavras, esses autores chineses entendem que a informação que se deve transmitir é a que um utilizador de MTC em concreto entende relevante, e não a que um utilizador de MTC razoável ou um profissional da MTC razoável entende relevante. O que implica que esses autores chineses entendem que se deve adotar o critério subjetivo do “paciente concreto” relativamente ao dever de informar dos profissionais da MTC. Esta posição pode ser diferente daquelas que existem na China face à medicina convencional porque neste momento ainda não há um critério que seja unanimemente adotado na doutrina chinesa⁵¹⁰.

Em Portugal, o critério que costuma exigir-se, quer pela doutrina⁵¹¹ quer pela jurisprudência portuguesa⁵¹², é o critério subjetivo do “paciente concreto”. Este critério consiste em “dar as informações que aquele concreto paciente precisa de saber ou desejaria conhecer para tomar a sua decisão, com a sua personalidade e capacidade cognitiva”⁵¹³. Com este critério, exige-se o fornecimento de um conjunto de informações pelas quais um utilizador de MTC em particular decide se consente ou não em determinada intervenção médica⁵¹⁴. A aplicação desse critério implica que as informações a transmitir aos utilizadores de MTC podem não ser as mesmas para todos os casos e variam caso a caso. Por outras palavras, as informações prestadas a um utilizador de MTC podem não ser as mesmas que um outro utilizador de MTC precisa e necessita de saber. Trata-se de um critério que tem sido aplicado na medicina convencional⁵¹⁵.

No entanto, atendendo às diferenças de teorias e modos de tratamentos entre a MTC e a medicina convencional (como a teoria de *Yin* e *Yang*⁵¹⁶ e cinco movimentos⁵¹⁷ vs. ciência moderna

⁵⁰⁹ Li-xin YANG; Ling-fang WANG. “On Traditional Chinese Doctor’s Report Duty and Liability for Transgressing”. *Journal of Gansu Institute of Political Science and Law*, n.º 95 (Novembro de 2007), p. 14.

⁵¹⁰ Pei WANG; Yufeng LIU; Yingqi HE; Min ZHAO. “On the Exercise and Perfection of Doctors’ Special Intervention Right”. *Medicine and Jurisprudence*, Vol. 11, n.º 4 (2019), p. 36. Yi-yi DENG. “The Judging Criteria of Medical Disclosure Obligation”. *Medicine & Philosophy*, Vol. 33, n.º 10A (outubro de 2012), p. 64.

⁵¹¹ André G. Dias PEREIRA e Guilherme de OLIVEIRA, *Consentimento Informado*. Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, p. 31; ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., p. 22.

⁵¹² STA, acórdão de 04/26/2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).

⁵¹³ André G. Dias PEREIRA e Guilherme de OLIVEIRA, *Consentimento Informado*, op. cit., p. 31; ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., p. 22.

⁵¹⁴ Guilherme de OLIVEIRA. “Nota sobre a Informação para o Consentimento (A Propósito do AC. do STJ de 09.10.2014)”. *Lex Medicinæ*, Ano 12, n.º 23-24 (2015), p. 150.

⁵¹⁵ STA, acórdão de 26/04/2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).

⁵¹⁶ *Yin* e *Yang* “representam a verdadeira essência da vida, traduzindo a dualidade de tudo o que existe na natureza e no próprio Universo”, cfr. João Luís Cruz BUCHO. “Relação entre Yin-Yang e a Criatividade”. *PSILOGIA.PT (O Portal dos Psicólogos)*, 2016, p. 2, disponível em <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0971.pdf> (acesso em 7 de junho de 2021). Por outras palavras, *Yin* e *Yang* implica, “segundo a filosofia chinesa, conjunto de duas forças essenciais da natureza ou princípios complementares e opostos que estão presentes em todos os fenómenos da vida, representado por um símbolo de formato circular nas cores preta e branca”, cfr. Dicionário Infopédia, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/yin-yang> (acesso em 7 de junho de 2021). Para melhor entendimento sobre *Yin* e *Yang*, convém compreender os sentidos de *Yin* e de *Yang*. *Yang* refere-se a “luz do sol ou o que pertence a luz do sol e luz”, enquanto *Yin* se refere a “a ausência de luz do sol, ou seja, sombra ou escuridão”, cfr. Xinyan JIANG. “Chinese Dialectical Thinking – the Yin Yang Model”. *Philosophy Compass*, Vol. 8, n.º 5 (2013), p. 438.

Mais explicação sobre esta figura, cfr. Xin-yang SONG; Li-yun CHEN; Shi-yun YAN. “Discussion on relationship between yin-yang, neutralization and traditional Chinese medicine”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 32, n.º 6 (Junho de 2017), pp. 2433-2434.

básica; sistema funcional da “Caixa Preta”⁵¹⁸ vs. anatomia humana; síntese geral⁵¹⁹ vs. análise concreta; experiência de pensamento vs. experiência científica)⁵²⁰, pode levantar-se a questão de saber se é conveniente aplicar-se a atividades da MTC um critério diferente do critério subjetivo do “paciente concreto”. Quer na doutrina quer na jurisprudência portuguesa, não se encontra, por ora, nenhuma decisão judicial ou material específico quanto ao consentimento informado no âmbito da MTC, nomeadamente quanto ao critério aplicável ao dever de informar. Mesmo assim, entendo que as diferenças *supra* referidas não dão origem à aplicação de um critério diferente e deve defender-se também o critério subjetivo do “paciente concreto” na MTC, como ocorre na medicina convencional. Isto porque, por um lado, o critério do “paciente razoável” e o critério do “médico razoável” não têm em conta o que um utilizador de MTC em concreto quer e necessita de saber, podendo correr-se o risco de se transmitir menos informações do que se deveria. Por outro lado, o consentimento prestado por um utilizador de MTC, com base nas informações transmitidas conforme o critério do “paciente razoável” e o critério do “médico razoável”, pode representar uma decisão contrária à sua vontade, caso não sejam transmitidas informações que o mesmo quer ou precisa de saber, o que afeta a sua autodeterminação. Por fim, as diferenças das teorias e dos modos de tratamentos entre a medicina convencional e a MTC implicam apenas a transmissão de conteúdo diferente aos seus utilizadores, o que não afeta a aplicação à MTC do critério que tem sido aplicado na medicina convencional – critério subjetivo do “paciente concreto. Portanto, no que diz respeito ao dever de informar, entendo que, como alguns autores chineses assim defendem⁵²¹, se deve adotar, na MTC, o critério subjetivo do “paciente concreto”, mantendo-se também a ideia de que um utilizador de MTC em concreto quer e necessita de saber a informação que ele próprio entende relevante ou importante para tomar uma decisão adequada. Este entendimento justifica-se porque um utilizador de MTC em concreto tem, e precisa de ter, o direito

⁵¹⁷ Os cinco movimentos (ou designados por “cinco elementos” ou “cinco fases”) são água, fogo, madeira, ouro e terra, cada um dos quais representa material diferente de vários âmbitos. Por exemplo, no âmbito de órgãos de corpo humano, cada elemento representa um órgão diferente conforme se está perante *Yin* ou *Yang*. Nos órgãos de *Yin*, água, fogo, madeira, ouro e terra representam respetivamente o rim, o coração, o fígado, os pulmões e o baço, enquanto nos órgãos de *Yang*, os mesmos representam a bexiga, o intestino delgado, a vesícula biliar, o intestino grosso e o estômago. Cfr. Ted. J. KAPTCHUK. *The Web That Has No Weaver: Understanding Chinese Medicine*, 2^a Edition, McGraw-Hill, 2000, p. 484 (Table 30 Five Phases Correspondences). Sobre os cinco elementos, veja também Jiu-cheng JIN; et. al. “Study on new modelo of five elements’ generation and restriction”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 27, n.º 8 (agosto de 2012), pp. 1998-1999.

⁵¹⁸ A “Caixa Preta” na MTC é um método que classifica a estrutura do corpo humano através das funções experientes e não se importa com os detalhes no interior do corpo humano, ao contrário do que ocorre na medicina convencional. Por exemplo, o rim é a origem de 5 vísceras e 6 intestinos, e a raiz de 11 canais e vasos de rede, sendo assim o centro que ajusta todas as vísceras e intestinos humanos. Trata-se de um entendimento muito diferente do da anatomia humana da medicina convencional, porque nesta medicina o sistema de canais e vasos de rede não pode ser equiparado ao conceito de sistema nervoso. Sobre estas explicações, cfr. Tao LI. “Philosophic Perspective: A Comparative Study of Traditional Chinese Medicine and Western Medicine”. *Asian Social Science*, Vol 7, n.º 2 (Fevereiro 2011), p. 199. Cfr. Ding ZHAO; et. al. “Analysis of Black Box Theory and Traditional Chinese Medicine”. *Journal of Sichuan of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 37, n.º 6 (2019), pp. 13-15.

⁵¹⁹ A MTC trata o ser humano como um todo orgânico e visa o ajustamento e equilíbrio do todo corpo humano, ao contrário do que ocorre na medicina convencional, que procura analisar apenas parte do corpo humano. Cfr. Tao LI. “Philosophic Perspective: A Comparative Study of Traditional Chinese Medicine and Western Medicine”, *op. cit.*, p. 199.

⁵²⁰ Sobre todas estas diferenças, *idem*, pp. 198-200.

⁵²¹ Li-xin YANG; Ling-fang WANG. “On Traditional Chinese Doctor’s Report Duty and Liability for Transgressing”, *op. cit.*, p. 14.

de saber as informações que pessoalmente entende importantes ou necessárias e que possam influenciar a sua decisão própria, em vez de lhe serem transmitidas as informações que um utilizador de MTC razoável ou médico razoável entende relevantes. A determinação de um tal critério é crucial para os profissionais de saúde na MTC porque serve da pedra angular do cumprimento do seu dever de informar.

Aqui, convém discutir se é necessário determinar legalmente o critério aplicável ao dever de informar, ainda que a doutrina portuguesa tenha defendido o critério subjetivo do “paciente concreto”⁵²² e a jurisprudência aplique o mesmo critério⁵²³. A questão é a de saber se deve existir no ordenamento jurídico português um critério legalmente previsto, em vez de existir apenas um critério doutrinário. Poderia entender-se que um critério legalmente previsto não seria relevante quando não existe contradição na comunidade portuguesa sobre o critério que tem sido aplicado e defendido. Eu não entendo assim, defendendo um critério que a lei expressamente determinará, por três razões. Por um lado, assim os profissionais de saúde poderiam saber, sem dúvida, que teriam um dever de informar legalmente previsto, tendo de transmitir a informação de que um paciente em concreto necessita numa determinada situação. Por outro lado, os profissionais de saúde não duvidariam se seria suficiente apenas transmitir informação que a lei elenca de forma exemplificativa ou ainda teriam de transmitir informação que um paciente em concreto precisa de saber, embora esta informação não seja exemplificativamente prevista pela lei. Por fim, um critério legalmente previsto evitará, com certeza, a possibilidade de os tribunais portugueses aplicarem critério diferente do que tem sido defendido e aplicado pela doutrina e jurisprudência.

2.2. Âmbito de informação a transmitir

Tendo determinado o critério que se deve aplicar ao dever de informar, facilmente se determina o âmbito de informação a transmitir ao paciente em concreto. Mesmo assim, sobre este âmbito resta ainda analisar as questões seguintes: será que a informação que deve ser transmitida abrange qualquer informação, mesmo que não seja de saúde? Para além disso, a informação engloba apenas aquela que deve ser dada durante a consulta ou tratamento médico, ou ainda toda a

⁵²² André G. Dias PEREIRA e Guilherme de OLIVEIRA, *Consentimento Informado*. Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, p. 31; ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, *op. cit.*, p. 22.

⁵²³ STA, acórdão de 04/26/2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).

informação antes, durante e depois do tratamento médico?

Ninguém duvida que deve ser transmitida ao paciente em particular a informação de saúde – por exemplo, a situação clínica dos utilizadores de MTC, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas, a evolução provável do estado, etc. –, desde que seja relevante para o mesmo, porque pode influenciar a sua decisão no sentido de aceitar ou não certa intervenção ou tratamento medicamente proposto⁵²⁴. Parece que a informação a transmitir apenas se referiria à informação de saúde e não à informação que não seja de saúde porque algumas normas legais preveem apenas o dever de transmitir informação de saúde, como o artigo 157.º do CP e o artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 12/2005 (Informação genética pessoal e informação de saúde)⁵²⁵. Poderia parecer que não faria nenhum sentido que os profissionais de saúde, para obter o consentimento de pacientes, transmitissem informações que em nada se relacionassem com a saúde. No entanto, não entendo assim, defendendo que certa informação, como os direitos e deveres de utilizadores de MTC, a lista de preços de serviços e identificação de profissionais da MTC, mesmo não tendo nenhuma relação com a saúde de pacientes, também deve ser transmitida, desde que seja decisiva para a sua autodeterminação. Por exemplo, a experiência profissional e a identificação dos profissionais da MTC são, designemos assim, “informações de pré-consulta” que nada têm a ver com a saúde de utilizadores de MTC, mas podem influenciar a sua decisão no sentido de aceitar ou não o plano de tratamento proposto, especialmente na China, uma vez que a maioria dos utilizadores de MTC entendem que o conhecimento dessa informação permite escolher um profissional da MTC mais experiente e ter cuidados de saúde com mais qualidade. Esta é a razão pela qual os utilizadores de MTC, nomeadamente na China, gostam de procurar os profissionais da MTC famosos e veteranos⁵²⁶. Outro exemplo que pode reforçar a importância da informação que nada tem a ver com a saúde refere-se à lista de preço de serviços, porque um utilizador de MTC, julgando certo tratamento da MTC muito barato, poderia não consentir o seu exercício quando tivesse conhecido do preço verdadeiro de serviço⁵²⁷.

⁵²⁴ Sobre esta ideia, cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, p. 76.

⁵²⁵ O artigo 157.º do CP só atribui eficácia ao consentimento “...quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a indole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento...” e o artigo 3.º/2 da Lei n.º 12/2005 prevê que o paciente apenas “...tem direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito...”. Trata-se, nestas normas legais, do dever de transmitir “informação de saúde”.

⁵²⁶ Os profissionais da MTC famosos e veteranos têm mais experiência clínica do que outros porque são formados através da prática médica de longo prazo e são a principal força na resolução de doenças difíceis. Cfr. Yinghui WANG; et. al. “An Idea about Study of Clinical Experience of Famous Veteran Doctors in Traditional Chinese Medicine on the Basis of Information and Data Mining Technology”. *World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica*, Vol. 7, n.º 1 (2005), p. 98.

⁵²⁷ Há quem defenda que, para proteger os pacientes, o chamado “consentimento financeiro informado” (*informed financial consent*) – mecanismo que

Por conseguinte, entendo que a informação, mesmo que não seja de saúde, precisa de ser transmitida ao paciente, desde que lhe seja relevante para tomar uma decisão adequada. Deste entendimento pode retirar-se ainda que a informação engloba, não apenas a informação relacionada com a consulta ou tratamento médico, como ainda a de pré-consulta.

Resta saber se existe informação que se deve transmitir após a intervenção ou tratamento médico. Caso a informação transmitida se destine a permitir a garantia de uma decisão devida, é evidente que uma tal transmissão ocorre antes do consentimento e da intervenção ou tratamento médico, o que quer dizer que o dever de informar existe antes da intervenção ou tratamento médico. Parece que os profissionais de saúde não teriam qualquer dever de informar após intervenção ou tratamento médico. Todavia, devem tomar-se em conta situações em que o dever de informar é necessário, não para garantir uma decisão devida ou obter um consentimento, mas sim para outra finalidade. Trata-se, na verdade, de situações em que um dever de informar deve ser cumprido após a intervenção ou tratamento médico. No meu entendimento, existe um tal dever quando desaparecem as causas que determinem as situações excepcionais ao dever de informar, que *infra* serão analisadas em detalhe, nomeadamente em situações de urgência e no direito a não saber. Por exemplo, o dever de informar que foi dispensado nas situações urgentes deve voltar a exigir-se depois da intervenção ou tratamento médico, quando o paciente em concreto, agora com consciência e capacidade para receber e entender a informação transmitida, quer saber do que se passou no seu corpo; o dever de informar, isento no exercício do direito a não saber, também deve voltar a ser exigível após a intervenção ou tratamento médico quando o paciente em particular se arrepende e agora quer tomar conhecimento do que ocorreu no seu corpo. Para além das situações excepcionais referidas, há outras situações em que o dever de informar pode ocorrer após a intervenção ou tratamento médico. Por exemplo, o médico tem o dever de informar o paciente sobre os cuidados após qualquer operação cirúrgica para garantir a sua completa recuperação, a não ser que já o tenha feito antes da sua intervenção para que o paciente pudesse decidir se queria ou não fazer a referida intervenção. Outro exemplo refere-se à situação em que haja complicações durante o procedimento de intervenção e que haja agora novos cuidados a tomar. Nestas situações, o médico que não tenha cumprido o dever de informar viola as *leges artis* porque aqui se trata do direito à integridade física do paciente, em vez do seu direito à

exige informar os pacientes do custo de tratamentos médicos – deve ser integrado no procedimento do consentimento informado. Cfr. Elizabeth Ann Glass GELTMAN. *Cost Needs to Be Part of the Medical Informed Consent Process* (8 de December de 2016). Disponível em https://www.huffpost.com/entry/cost-needs-to-be-part-of-the-medical-informed-consent-process_b_8742926 (acesso em 24 de janeiro de 2021). Estabelecer o consentimento financeiro informado como um elemento essencial da prática médica iria cumprir o compromisso ético da profissão com a autonomia do paciente e fornecer uma contra força para a elevação de preços. Cfr. Barak D. RICHMAN; Mark A. HALL; Kevin A. SCHULMAN. “Overbilling and Informed Financial Consent - A Contractual Solution”. *New England Journal of Medicine*, Vol. 367, n.º 5 (Agosto de 2012), p. 397.

autodeterminação.

Mesmo assim, aqui há dois pontos a realçar. Por um lado, o dever de informar após a intervenção ou tratamento médico já não resulta do consentimento informado, mas sim do direito de acesso ao processo clínico de pacientes, porque um tal dever já não se destina a obter um consentimento, mas sim a respeitar o seu direito à informação, nomeadamente informação relativamente aos seus dados pessoais de saúde, a que os utilizadores de MTC podem ter acesso em qualquer momento e sem qualquer limitação por ser informação que lhes diz respeito. Por outro lado, é um dever cumprido pelos profissionais de saúde responsáveis, nos termos do disposto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (Regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos) e no artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde). A determinação do sujeito que tenha um tal dever é muito importante para confirmar quem tem responsabilidade civil em caso da sua violação.

2.3. Os riscos

As informações no que diz respeito aos riscos têm sido discutidas na maior parte da doutrina portuguesa. Defende-se tradicionalmente o dever de informar os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”, mas recentemente a doutrina e a jurisprudência sufragam o dever de informar os riscos “significativos”, ou seja, “aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”⁵²⁸. O risco é considerado significativo em razão da necessidade terapêutica da intervenção, da sua frequência (estatística), da sua gravidade e do comportamento do paciente⁵²⁹. A posição recente exige um dever de informar mais abrangente do que o da posição tradicional. Deste modo, é de realçar, e vale a pena resumir, os riscos significativos que neste momento a doutrina portuguesa reconhece⁵³⁰: (1) os riscos resultantes das intervenções não terapêuticas (como o caso da intervenção estética); (2) os riscos derivados das intervenções menos necessárias, mais perigosas, mais recentes ou de finalidade diagnóstica; (3) os

⁵²⁸ André G. Dias PEREIRA. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, op. cit., pp. 11-12.

⁵²⁹ *Idem*, pp. 11-16.

⁵³⁰ *Idem*, pp. 11-17. Alguns dos riscos *infra* referidos, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 225-230, e Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 274.

riscos frequentes, mesmo menos graves; (4) os riscos graves, mesmo raros ou não frequentes⁵³¹; (5) os riscos atendendo aos fatores pessoais do paciente, como a sua capacidade profissional, o seu interesse em saber, os seus antecedentes familiares, a sua saúde individual, a sua personalidade, etc.; (6) os riscos de não intervenções⁵³².

No âmbito da MTC, a discussão dos riscos a comunicar é importante, de modo a permitir aos profissionais da MTC confirmarem se devem ou não informar os seus pacientes dos mesmos, sem ficarem preocupados com a violação do seu dever de informar. Hoje em dia, há uma tendência de as pessoas recorrerem à medicina alternativa em vez da medicina convencional, porque esta última não lhes traz resultados satisfatórios⁵³³. A MTC, a título de uma medicina alternativa, é uma terapêutica não convencional que cada vez mais pessoas procuram, porque é baseada em práticas e experiência profissional com mais de 2500 anos – ou seja, tem uma história mais longa do que a medicina convencional e mesmo do que as outras terapêuticas não convencionais – e muitas pessoas entendem que a MTC procede a tratamentos naturais, não usando medicamentos químicos, nomeadamente no caso de uso de materiais herbais para equilibrar os órgãos internos do corpo humano. Os fatores, como efeitos colaterais menores e maior eficácia em alguns pacientes que não respondam bem à medicina convencional, levam ao aumento da demanda por MTC⁵³⁴. No entanto, os métodos terapêuticos da MTC são apenas relativamente – e não completamente – seguros, podendo ocorrer eventos adversos, embora poucos⁵³⁵. Mesmo aplicando tratamentos naturais, a MTC não deixa de ter riscos na sua aplicação, pelo que os profissionais da MTC ainda precisam de informar os seus utilizadores de MTC dos riscos previsíveis e significativos, sob pena de violação do consentimento informado destes por falta de cumprimento pleno do dever de informar.

Por outro lado, os profissionais da MTC devem prestar atenção no que diz respeito à comunicação dos riscos, porque no mundo ocidental em geral a maioria das pessoas ainda não conhece bem os métodos terapêuticos da MTC, nomeadamente o respetivo funcionamento e eventos

⁵³¹ Na França e na Alemanha, também se defende o dever de informar destes riscos, embora com algumas desvantagens. Cfr. André G. Dias PEREIRA. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ônus da prova e nexos de causalidade*, op. cit., pp. 14-16.

⁵³² Estes últimos riscos, bem como os riscos frequentes e graves, são exigidos pela Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013.

⁵³³ Mohammad SIAHPUSH. "Postmodern values, dissatisfaction with conventional medicine and popularity of alternative therapies". *Journal of Sociology*, vol. 34, n.º 1 (março de 1998), p. 59.

⁵³⁴ Ricardo CONSENTINO; et. al. "Bibliometric Analysis of Traditional Chinese Medicine Scientific Production between 1982 and 2016 Indexed in PubMed". *Medicines*, Vol 5, n.º 41 (2018), pp. 1-8.

⁵³⁵ Debbie SHAW. "Toxicological Risks of Chinese Herbs". *Planta Medic*, vol. 76 (2010), p. 2017.

Mesmo na China, é pouco o número de eventos adversos reportado ao governo depois do uso de decoções de ervas. Q. WANG; H. LI; Z. ZHANG. "Causes and countermeasures about adverse reactions of traditional Chinese medicine". *Zhong Yao Cai*, vol. 24 (2001), pp. 430-433. W. SONG. "Adverse reactions of Chinese medicine". *Chin J Basic Med Tradit Chin Med*, vol. 9 (2000), pp. 66-68. Zhi-Ping ZENG; Jian-Guo JIANG. "Analysis of the adverse reactions induced by natural product-derived drugs". *British Journal Pharmacology*, vol. 159 (2010), pp. 1374-1391.

adversos que possam surgir⁵³⁶. Quando um utilizador de MTC entende erradamente que os tratamentos envolventes da MTC não teriam nenhum risco ou teriam riscos que poderia ignorar, os profissionais da MTC devem ter o cuidado de comunicar os riscos previsíveis e significativos, nomeadamente quando estes são graves (embora raros) ou frequentes (embora não graves). Tal cuidado pode ser reduzido quando o utilizador de MTC em particular fica gradualmente familiarizado com o funcionamento do método terapêutico em causa e com os respetivos riscos eventuais (por exemplo, após várias vezes da aplicação da acupuntura, o utilizador de MTC já toma conhecimento suficiente dos riscos significativos que podem aparecer, tendo os profissionais da MTC apenas necessidade de dizer que os riscos são os mesmos como explicados anteriormente e enfatizar os riscos que possam aparecer frequentemente no seu corpo). Por conseguinte, quanto menos familiarizado é o utilizador de MTC no que concerne a um método terapêutico da MTC, mais atenção os profissionais da MTC precisam de ter para o cumprimento do seu dever de informar.

Entendo que os profissionais da MTC devem cumprir o dever de informar quer de forma quantitativa quer de forma qualitativa. O cumprimento quantitativo do dever de informar é feito quando os profissionais da MTC, nas consultas iniciais em que ainda não conhecem bem as reações corporais dos utilizadores de MTC depois de um método terapêutico aplicado (por exemplo, depois da aplicação da acupuntura), transmitem a estes todos os riscos previsíveis e significativos que sabem ou deveriam saber que são importantes e essenciais para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias dos utilizadores de MTC. Por sua vez, o cumprimento qualitativo do dever de informar é levado a cabo quando os profissionais da MTC, após certas consultas que lhes permitam conhecer bem as reações corporais dos utilizadores de MTC sobre a aplicação do mesmo método terapêutico, transmitem ou até enfatizam, entre os riscos acima mencionados, aqueles que apareçam mais ou sempre para os utilizadores de MTC em concreto. A repetição ou ênfase dos riscos ajuda os utilizadores de MTC a conhecerem melhor as reações que o seu corpo apresenta no que diz respeito a certo método terapêutico da MTC⁵³⁷. Esta solução é, a meu ver, adequada para a comunidade portuguesa porque a

⁵³⁶ Um estudo demonstra que a população portuguesa não possui um conhecimento bem definido sobre a MTC – isto é, a comunidade portuguesa não sabe a extensão da utilização da MTC, não recorreu à MTC como meio de diagnóstico e tratamento, e não conhece devidamente o conceito da MTC –, embora se encontre recetiva a recorrer à MTC. Cfr. Nádya Alexandra da Fonseca SOUSA. *Conceito Medicina Tradicional Chinesa – Conhecimento de uma Comunidade Portuguesa que Frequenta Serviços de Saúde Locais. Estudo Preliminar*. Tese de Mestrado em Medicina Tradicional Chinesa, sob as orientações de Henry Johannes GRETEN, Jorge MACHADO e Liliana de SOUSA, 2013, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar da Universidade do Porto, p. 43.

⁵³⁷ Esta solução é inferida da outra pela qual os enfermeiros, aquando na passagem de turno, repetem ou releem a informação importante e complexa para que os enfermeiros recetores confirmem e obtenham informação que necessitam, com vista à proteção da segurança de pacientes, cfr. Alexandra Margarida Salvador e SOUSA. *A Segurança do Paciente: Contributo da Comunicação na Passagem de Turno para a Qualidade dos Cuidados*, Tese de Mestrado da Gestão em Enfermagem, sob a orientação de Pedro Bernardes LUCAS, 2013, Escola Superior de Enfermagem de Lisboa, p. 43. Cfr. Diogo Filipe Martins NUNES; Sofia Isabel Gouveia ALVES. *Passagem de Turno: Impacto na Qualidade dos Cuidados*, Documento realizado no contexto do Ensino Clínico da Área Opcional de Enfermagem Fundamental – Gestão do Autocuidado Terapêutico - do Curso de Licenciatura em Enfermagem, a decorrer no

maioria dos portugueses ainda não está familiarizada com os métodos terapêuticos da MTC⁵³⁸.

Como os métodos terapêuticos da MTC mais aplicados são a acupunctura e o uso de materiais herbais, é importante analisar os riscos que em princípio devem ser transmitidos aos utilizadores de MTC. No que diz respeito à aplicação da acupunctura, os eventos adversos, quer frequentes (embora menos graves) quer graves (embora raros), englobam desmaio durante o tratamento, náusea ou vômito, aumento de dor, pneumotórax, infeção da pele, perturbação psiquiátrica, convulsões, dores de cabeça, diarreia, suor, tontura, asma grave e mal estar⁵³⁹. Mesmo assim, nem todos os utilizadores de MTC têm todos estes efeitos adversos e, mesmo havendo alguns deles, estes apenas acontecem para algum(s) utilizador(es) de MTC. Quanto ao uso da medicina herbal, é de enfatizar que esta é relativamente segura e, mesmo havendo efeitos adversos, estes são causados pelo seu uso indevido ou abuso⁵⁴⁰. O uso indevido da medicina herbal e o respetivo abuso pode resultar quer dos profissionais da MTC quer dos seus utilizadores. No primeiro caso, é evidente que os profissionais da MTC incorrem em eventual responsabilidade civil por terem causado danos na saúde dos utilizadores de MTC; no segundo caso, os danos causados na saúde dos utilizadores de MTC não resultam da culpa dos profissionais da MTC, mas sim dos próprios utilizadores de MTC, porque são estes que indevidamente usam ou abusam da medicina herbal sem seguirem as instruções dadas por aqueles. Neste último caso, para evitar qualquer dano na saúde de utilizadores de MTC, os profissionais da MTC devem informar que o uso indevido ou abuso da medicina herbal poderá causar eventos adversos como sintomas gastrointestinais graves, reação cutânea significativa, desmaio ou tontura, e eventos adversos graves como efeitos do sistema nervoso central, hepatotoxicidade, toxicidade renal ou morte⁵⁴¹, sob pena de violação do consentimento informado de utilizadores de MTC.

2.4. Exceções ao dever de informar

O que se tem exposto não implica que o cumprimento do dever de informar seja absoluto,

Serviço de Cirurgia A do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra – Hospitais da Universidade de Coimbra, sob orientação pedagógica de Manuela FREDERICO, p. 50.

⁵³⁸ Nádía Alexandra da Fonseca SOUSA. *Conceito Medicina Tradicional Chinesa – Conhecimento de uma Comunidade Portuguesa que Frequenta Serviços de Saúde Locais. Estudo Preliminar*, *op. cit.*, p. 43.

⁵³⁹ Sobre estes eventos adversos, Alan BENSOUSSAN; Stephen P. MYERS; Anne-Louise CARLTON. "Risks Associated With the Practice of Traditional Chinese Medicine: An Australian Study". *Arch Fam Med*, vol. 9 (novembro/dezembro de 2000), p. 1074.

⁵⁴⁰ Debbie SHAW. "Toxicological Risks of Chinese Herbs", *op. cit.*, p. 2012.

⁵⁴¹ Sobre estes eventos adversos, Alan BENSOUSSAN; Stephen P. MYERS; Anne-Louise CARLTON. "Risks Associated With the Practice of Traditional Chinese Medicine: An Australian Study", *op. cit.*, p. 1075.

porque existem situações excepcionais em que o mesmo não se verifica. As exceções ao dever de informar são situações em que os profissionais da MTC, mesmo tendo o dever de informar, são dispensados de o cumprir. Entendo que essas situações excepcionais devem incluir: (1) situações urgentes; (2) privilégio terapêutico; (3) direito a não saber. Para além disso, ainda se analisará se pode ser dispensado o dever de informar no tratamento compulsivo e em situações ou riscos imprevisíveis.

A análise destas exceções é muito importante porque permite aos profissionais da MTC o conhecimento das situações em que o seu dever de informar é dispensado, reduzindo a sua preocupação sobre a incerteza do seu não cumprimento.

2.4.1. Situações urgentes

Em situações urgentes, quando o adiamento de obter o consentimento do paciente implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde e não existe nenhum indício seguro de que o mesmo recusaria a intervenção ou o tratamento médico se pudesse manifestar a sua vontade, os profissionais de saúde devem presumir o seu consentimento, realizando o tratamento médico de acordo com o princípio *in dubio pro vitae*, isto é, em benefício da sua saúde ou vida (artigo 22.º do Regulamento de Deontologia Médica, artigo 156.º, n.º 2, do CP, e artigo 8.º da Convenção de Oviedo)⁵⁴². Nessas situações, não é necessário o cumprimento do dever de informar nem é possível fazê-lo quando o paciente, estando inconsciente, não tem capacidade de ouvir nem compreender a informação transmitida.

Portanto, exige-se, nessas situações, assumir um consentimento presumido⁵⁴³ – que se refere à “vontade que o paciente provavelmente manifestaria se estivesse consciente ou tivesse capacidade de discernimento”⁵⁴⁴ – previsto no artigo 39.º, n.º 2, do CP e no artigo 340.º, n.º 3, do CC, a não ser que haja “circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado” (artigo 156.º, n.º 2, *in fine*, do CP). O consentimento presumido é um instituto que “constitui

⁵⁴² Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. *Parecer n.º 46/CNECV/05*, p. 3. Disponível em <http://www.chmt.min-saude.pt/wp-content/uploads/sites/27/2020/01/CNECV-objecao-ao-uso-de-sangue-e-derivados-por-motivos-religiosos.pdf> (acesso em 30 de janeiro de 2021). Cfr. Guilherme de OLIVEIRA; André G. Dias PEREIRA. *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, pp. 67-70. Disponível em https://www.centrodereitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/ConsInfLivroPratico_0.pdf (acesso em 30 de janeiro de 2021).

⁵⁴³ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 290. Estes autores indicam-nos que o consentimento presumido deve ser aplicado “nos casos em que as circunstâncias objectivas não o permitam (p. ex., estado de inconsciência) ou em que o doente possa ficar psicologicamente afectado”, cfr. *Ibidem*.

⁵⁴⁴ Guilherme de OLIVEIRA; André G. Dias PEREIRA. *Consentimento Informado*, *op. cit.*, p. 59.

uma causa de justificação autónoma, distinta do consentimento”⁵⁴⁵ e é relevante sempre que o paciente em causa não tem capacidade de se pronunciar no sentido de aceitar ou recusar o tratamento. No entanto, o consentimento presumido não deve ser abusado⁵⁴⁶ e, para evitar o seu abuso, a sua aplicação deve respeitar certos pressupostos⁵⁴⁷. Em primeiro lugar, o consentimento presumido apenas é aplicado nas duas situações referidas no artigo 156.º, n.º 2, do CP, isto é, situação de urgência e situação em que outra intervenção médica é exigida de acordo com o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. Em segundo lugar, em qualquer destas duas situações exige-se que não haja vontade subjetiva (e não objetiva) de paciente no sentido de recusar a intervenção ou tratamento médico caso tivesse consciência de expressar⁵⁴⁸, isto é, na letra da lei, que não haja “circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado” (artigo 156.º, n.º 2, *in fine*, do CP). Em terceiro lugar, não basta uma prova de “supor razoavelmente que o consentimento seria recusado”, mas sim uma prova com segurança de recusa e, em caso de dúvida, deve decidir-se *in dubio pro vita*⁵⁴⁹.

É evidente que, caso o paciente esteja consciente nas situações urgentes, a informação relevante poderá ser-lhe facultada por ainda ter capacidade de ouvir e compreender a informação transmitida, mas pode ser menos rigoroso no que diz respeito à informação a expor ao paciente⁵⁵⁰. Nesta última situação, se o esclarecimento levar ao adiamento de intervenção ou tratamento médico que possa causar prejuízo à vida ou à integridade física de paciente, os profissionais de saúde devem realizar em primeiro lugar o tratamento médico adequado, deixando o esclarecimento para depois de ter desaparecido o perigo à vida ou à integridade física. A isenção do dever de informar e, deste modo, do dever de obter o consentimento em situações urgentes é de um entendimento geralmente aceite, quer pela doutrina⁵⁵¹ quer pela jurisprudência portuguesa⁵⁵², no âmbito da medicina convencional.

⁵⁴⁵ André G. Dias PEREIRA. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 647.

⁵⁴⁶ Guilherme de OLIVEIRA; André G. Dias PEREIRA. *Consentimento Informado*, op. cit., p. 59.

⁵⁴⁷ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 290.

⁵⁴⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 172.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ André Gonçalo Dias PEREIRA. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, op. cit., p. 12.

⁵⁵¹ Guilherme de OLIVEIRA; André G. Dias PEREIRA. *Consentimento Informado*, op. cit., pp. 67-70. André G. Dias PEREIRA. *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, op. cit., p. 12. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., pp. 40-41.

Em 3 de outubro de 2013, a Direção-Geral da Saúde emitiu, ao abrigo da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26 de Janeiro, a Norma n.º 015/2013 – que foi atualizada em 4 de novembro de 2015 – sobre o Consentimento Informado, Esclarecido e Livre Dado por Escrito, cujo texto de apoio demonstra que “[o] consentimento presumido é importante nos casos em que a pessoa está inconsciente ou não está legalmente representada e há risco sério para a saúde ou vida dessa pessoa em se adiar o ato para a obtenção do seu consentimento expresso. Assim, deve prevalecer o dever de agir decorrente do princípio da beneficência consagrado na ética da saúde”. O que implica que prevalece o dever *pro vitae* quando a pessoa está inconsciente e existe risco sério para a sua saúde ou vida, isto é, existe situação de urência. Cfr. DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. Texto de Apoio na Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013 (Consentimento Informado, Esclarecido e Livre Dado por Escrito). Disponível em <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013-pdf.aspx> (acesso em 21 de janeiro de 2020).

⁵⁵² TRP, acórdão de 17 de junho de 2014, Processo n.º 11279/09.2TBVNG.P1 (relator M. Pintos dos Santos). TRP, acórdão de 10 de fevereiro de 2015,

Portanto, os profissionais de saúde, nestas situações, podem proceder a tratamentos ou intervenções necessárias em favor de pacientes sem transmitir informação relevante, confirmar o seu entendimento e obter o seu consentimento. Importa referir que, como as situações de urgência, ao prescindir da prestação do consentimento informado, visam salvar a vida de pacientes, as intervenções desnecessárias e irrelevantes não podem ser nelas realizadas sem o consentimento informado⁵⁵³.

Ao contrário do que ocorre na medicina convencional, a situação na MTC pode ser diferente. Para realçar uma tal diferença, convém que sejam levantadas as questões seguintes: (1) podem ocorrer efetivamente situações de urgência ao utilizar os métodos terapêuticos da MTC? (2) em caso afirmativo, devem os profissionais da MTC efetuar intervenção ou tratamento médico ou, ao invés, reencaminhar o utilizador de MTC em causa para um hospital de medicina convencional com condições adequadas para efeitos de acompanhamento ulterior? (3) é possível que um utilizador de MTC em situação urgente seja reencaminhado para um consultório ou clínica da MTC?

No que diz respeito à primeira questão – isto é, podem ocorrer situações urgentes durante a utilização dos métodos terapêuticos da MTC? –, a lei portuguesa prevê que os métodos terapêuticos da MTC englobam acupuntura e moxabustão⁵⁵⁴, fitoterapia⁵⁵⁵, dietética⁵⁵⁶, massagem *tuina*⁵⁵⁷, exercícios energéticos (*chi kung*⁵⁵⁸ e *tai chi*⁵⁵⁹), farmacognosia⁵⁶⁰ e dispensário⁵⁶¹, traumatologia⁵⁶² e, por fim,

Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1 (relator Rodrigues Pires). TRP, acórdão de 26 de janeiro de 2016, Processo n.º 5152/10.9TBVNG.P1 (relator José Igreja Matos). TRP, acórdão de 12 de novembro de 2019, Processo n.º 289/12.2TVPR.T.P1 (relator Rodrigues Pires).

⁵⁵³ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, p. 41.

⁵⁵⁴ Acupuntura e moxabustão são um termo coletivo que se refere a um ramo da MTC que envolve essencialmente a teoria dos meridianos, localização, uso, indicações e combinações de pontos de acupuntura, manipulações de agulhas e aplicação de moxa no tratamento de doenças por meio da regulação de *qi*, sangue e funções viscerais. Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO International Standard Terminologies on Traditional Medicine in the Western Pacific Region*, Geneva, Switzerland, 2007, p. 233. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/206952/9789290612487_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 30 de janeiro de 2021).

A acupuntura implica a inserção de agulhas em humanos ou animais para fins curativos ou seus métodos. Cfr. *Ibidem*.

A Moxabustão é um método que usa o calor gerado pela queima de preparações de ervas contendo *Artemisia vulgaris* para estimular os pontos de acupuntura. Cfr. Myeong Soo LEE; et. al. "Moxibustion for cancer care: a systematic review and meta-analysis". *BMC Cancer*, Vol. 10, n.º 130 (2010), p. 1.

⁵⁵⁵ A fitoterapia é um campo da medicina que usa plantas para tratar doenças ou é considerado como agentes promotores da saúde. Cfr. Charles C. FOLZON; Anna BALABANOVA. "Phytotherapy: An Introduction to Herbal Medicine". *Prim Care*, Vol. 44, n.º 2 (junho de 2017), p. 217.

⁵⁵⁶ A dietética é um método terapêutico da MTC que visa manter uma nutrição equilibrada por meio da dieta. Cfr. Qunli WU; Xiaochun LIANG. "Food therapy and medical diet therapy to Traditional Chinese Medicine". *Clinical Nutrition Experimental*, Vol. 18, (1 de abril de 2018), p. 1. Cfr. Ute ENGELHARDT. "Dietetics in Tang China and the first extant works of materia dietetica", in Elisabeth Hsü (ed.), *Innovation in Chinese Medicine*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 173.

⁵⁵⁷ A massagem *tuina* é o ramo da MTC que envolve os princípios e uso clínico da terapia *tuina* (massagem). Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO International Standard Terminologies on Traditional Medicine in the Western Pacific Region, op. cit.*, p. 10.

É definida como um tratamento terapêutico que utiliza as mãos e/ou instrumentos, no local da dor, ou à distância, via meridianos, para o tratamento e controlo das dores e lesões. Cfr. Dejan, ILIĆ; Aleksandar DJUROVIĆ; Zorica BRDARESKI; et. al. "The position of Chinese massage (Tuina) in clinical medicine". *Vojnosanitetski Pregled*, Vol. 69, n.º 11 (2012), p. 999.

⁵⁵⁸ *Chi kung* é mais antigo na origem do que o *taeifeitosi chi*, e é a disciplina abrangente e mais original que incorpora práticas amplamente diversas destinadas a cultivar a integridade funcional e a valorização da essência da vida que os chineses chamam de *Qi*. Cfr. Roger JAHNKE; et. al. "A Comprehensive Review of Health Benefits of QiGong and Tai Chi". *American journal of health promotion*, Vol. 24, n.º 6 (julho de 2010), p. e2.

⁵⁵⁹ *Tai chi* é um exercício para a mente e o corpo que fornece uma base sólida para todos os movimentos funcionais. Cfr. Kristine M. HALLISY. "Health benefits of tai chi: potential mechanisms of action". *International Journal of Family & Community Medicine*, Vol. 2, n.º 5 (2018), p. 261.

Tai chi é um exercício de baixa velocidade e baixo impacto. Durante a prática, a respiração diafragmática é coordenada com movimentos graciosos para alcançar a tranquilidade da mente. Cfr. Ching LAN; Jin-Shin LAI. "Tai chi chun". *Sports Medicine*, Vol. 32, n.º 4 (Abril de 2002), p. 217.

⁵⁶⁰ A farmacognosia ou medicina herbal – ou em inglês "Chinese herbal medicine" ou "The traditional Chinese *materia medica*" – um método terapêutico que usa minerais e partes de animais, bem como ervas. Cfr. Kevin ERGIL. "Chinese herbal medicines". *Western Journal of Medicine*, Vol. 176 (Setembro de

técnicas de manipulação⁵⁶³ [artigo 8.º, alínea d), da Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro]. Na verdade, existem, entre os métodos terapêuticos referidos, alguns que podem causar efeitos adversos, conduzindo à incapacidade de prestar o consentimento informado e sendo necessária uma intervenção médica imediata e urgente, como o desmaio, acidente vascular cerebral, paragem cardíaca e psicoplepsia durante e/ou após um tratamento da acupuntura⁵⁶⁴. Pode também ocorrer intoxicação aguda ao utilizar-se de forma inadequada a medicina herbal (o que pode causar a cardioplegia) e desmaio ao efetuar impropriamente a traumatologia⁵⁶⁵. Mesmo existindo os riscos referidos, entende-se que os mesmos são muito raros porque se trata de uma medicina sem efeitos colaterais e com baixa toxicidade⁵⁶⁶. No entanto, a natureza rara dos riscos referidos na MTC não significa que não haja nenhuma possibilidade de ocorrer situação urgente. Portanto, sobre a questão colocada, podem suceder efetivamente situações de urgência durante a intervenção ou tratamento da MTC, embora os riscos de que possam causar eventos adversos durante a sua intervenção sejam muito mais raros do que os na medicina convencional.

É ainda pertinente falar dos riscos oriundos de interações negativas entre a MTC e a medicina convencional para os casos em que o paciente recorre à terapia integrada com os métodos terapêuticos dos dois círculos profissionais. Há quem entenda que tal integração deve ser entendida como uma complementação, sendo classificadas as situações seguintes: (1) na consulta médica realiza-se o tratamento com a MTC como base e a medicina convencional como suplemento; (2) na Unidade de Cuidados Intensivos efetua-se o tratamento com a medicina convencional como base e a MTC como suplemento; (3) o tratamento de doenças difíceis e complicadas na medicina ocidental é procedido pela MTC; (4) para os pacientes hospitalizados com doença grave e recuperação prolongada

2002), p. 275.

⁵⁶¹ O dispensário é um estabelecimento de beneficência, para tratamento de doentes com dificuldades económicas, dando-lhes acesso a consultas e medicamentos gratuitos. Cfr. Dicionário Infopédia. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa-ao/dispens%C3%A1rio> (acesso em 1 de fevereiro de 2021).

⁵⁶² A traumatologia, em conjunto com a ortopedia, é um método terapêutico da MTC que implica prevenção e tratamento das lesões e doenças osteoarticulares e periarticulares dos tecidos moles, sendo as doenças tratadas nesta área classificadas em traumatologia e osteopatia, tais como fraturas, luxações, lesões de músculos e tendões, síndromes traumáticas internas e osteoarticulares bi-síndromes, doenças degenerativas osteoarticulares, etc. Cfr. The Hong Kong Polytechnic University. *Orthopedics & Traumatology in Chinese Medicine*. Disponível em <https://www.polyu.edu.hk/uhs/en/ourservices/chinese-medical/know-more-about-chinese-medicine/11-ourservices/66-bone-setting/> (acesso em 1 de fevereiro de 2021).

⁵⁶³ As técnicas de manipulação são um dos métodos de tratamento em ortopedia e traumatologia da MTC que promove a circulação sanguínea, reduz o inchaço e a dor, alivia espasmos musculares e conecta fraturas. As técnicas de manipulação de lesões são frequentemente usadas para tratar traumas locais, como fraturas, luxações e tendões. Cfr. Chinese Medicine Regulatory Office of Department of Health of the Government of the Hong Kong Special Administrative Region, *小冊子 - 常見的中醫療法 (Livreto - Métodos Terapêuticos Comuns da MTC)*. Disponível em https://www.cmro.gov.hk/html/b5/health_info/pamphlet/Health_35780_Booklet_r3.html (acesso em 7 de dezembro de 2019).

⁵⁶⁴ Junhua ZHANG et al. "Acupuncture-related adverse events: a systematic review of the Chinese literature". *Bull World Health Organ*, n.º 88 (2010), p. 919.

⁵⁶⁵ Sobre estes eventos adversos, Chinese Medicine Regulatory Office of Department of Health of the Government of the Hong Kong Special Administrative Region, *小冊子 - 常見的中醫療法 (Livreto - Métodos Terapêuticos Comuns da MTC)*.

⁵⁶⁶ Estas são umas das razões pelas quais muitos chineses preferem os métodos terapêuticos da MTC do que os da medicina convencional, não obstante os seus efeitos lentos. Sobre as vantagens e desvantagens dos métodos terapêuticos da MTC, cfr. Qian JIA. *Traditional medicine could make "Health for One" true*, op. cit., p. 23.

e difícil, sugere-se o tratamento da medicina convencional, complementado pelo tratamento de reabilitação da MTC⁵⁶⁷. Embora vários autores reconheçam os efeitos positivos existentes dessa integração⁵⁶⁸, tal integração não deixa de produzir efeitos adversos que conduzam à incapacidade de paciente e a uma intervenção medicamente urgente para salvar a sua vida, porque quer a aplicação da medicina convencional ou da MTC, quer a aplicação simultânea de ambas em qualquer das quatro situações acima referidas, pode causar situações de urgência em que o paciente fica incapaz e precisa de uma intervenção urgente.

Relativamente à segunda questão colocada – isto é, a de saber se em caso de ocorrer situação urgente, os profissionais da MTC devem efetuar intervenção ou tratamento ou reencaminhar o seu utilizador para um hospital com condições adequadas –, a resposta depende de saber se existe um método terapêutico da MTC que possa resolver, *de per se*, esses efeitos adversos no caso concreto. Em caso afirmativo, os profissionais da MTC devem, com todos os esforços, salvar a vida do utilizador de MTC; caso contrário, é óbvio que devem transferir imediatamente o utilizador de MTC em causa para um hospital de medicina convencional, sob pena de incorrer em eventual responsabilidade civil pelos danos causados pelo atraso dessa transferência nos termos dos artigos 483.º e ss. do CC. Há quem afirme que a MTC não é adequada para emergências⁵⁶⁹, razão pela qual alguns autores evidenciam que a MTC apenas pode desempenhar um papel de assistência nas situações urgentes⁵⁷⁰; por essa razão, hoje em dia os métodos terapêuticos da MTC ainda não poderiam resolver, *de per se*, qualquer situação de urgência resultante das respetivas intervenções médicas. A entender-se assim, os profissionais de saúde, ao depararem com qualquer situação urgente, devem transferir logo o seu utilizador para um hospital de forma a evitar qualquer responsabilidade civil pelos danos causados pelo atraso desta transferência⁵⁷¹. No meu entendimento, esta posição tem a sua razão de ser, mas não deve ser absoluta, nomeadamente quando, com o avanço dos métodos terapêuticos da MTC no futuro, estes forem capazes de tratar, *de per se*, as situações urgentes de que aqui se trata, isto é, as situações urgentes em que se verifica a inconsciência de utilizador de MTC e, deste modo, se recorre ao seu

⁵⁶⁷ Yue ZHANG. "Discussion on the Integration of Chinese and Western Medicine". *World Journal of Integrated Traditional and Western Medicine*, Vol. 11, n.º 5 (2016), p. 722.

⁵⁶⁸ Por exemplo, a combinação do medicamento convencional e da MTC reduzirá a falha do tratamento, o tempo até a estabilidade clínica, o tempo de internação hospitalar e a mortalidade intra-hospitalar e melhorará a qualidade de vida dos pacientes com a pneumonia grave adquirida na comunidade. Cfr. Haifeng WANG; et. al. "Integrated traditional Chinese and conventional medicine in treatment of severe community-acquired pneumonia: study protocol for a randomized placebo-controlled trial". *Trials*, Vol. 19, n.º 620 (2018), pp. 6-7.

⁵⁶⁹ Qian JIA. *Traditional medicine could make "Health for One" true*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁷⁰ Jun HE; Xiang-yu HOU. "The potential contributions of traditional Chinese medicina to emergency medicine". *World J Emerg Med*, Vol. 4, n.º 2 (2013), pp. 92-97.

⁵⁷¹ Em Macau e na China, a transferência de doentes para um hospital é uma prática adequada em caso de ocorrerem situações de urgência durante o uso de métodos terapêuticos da MTC.

consentimento presumido para uma intervenção ou tratamento urgente *pro vitae*. Neste momento, não se encontra nenhum método terapêutico da MTC capaz de tratar as necessidades prementes que possam surgir nessas situações urgentes, pelo menos para o utilizador de MTC em causa estar fora de perigo ou risco de vida o mais rápido possível. Os efeitos clínicos que os métodos terapêuticos da MTC podem produzir nessas situações urgentes são complementares e não principais, nomeadamente antes de o utilizador de MTC ter sido transferido para um hospital da medicina convencional⁵⁷².

Convém realçar que a posição referida deve ser adotada apenas nas situações urgentes em discussão – isto é, as situações urgentes em que se verifica a inconsciência do utilizador de MTC e, deste modo, se recorre ao seu consentimento presumido para uma intervenção ou tratamento urgente *pro vitae* –, não em outras situações urgentes, em que o utilizador de MTC tem consciência e discernimento para entender o sentido do seu consentimento. Nestas situações, existem métodos terapêuticos da MTC que podem tratar, *de per se*, certas situações urgentes que eventualmente surjam, como a acupuntura, a fitoterapia e a massagem tuíná⁵⁷³. Portanto, não se recorre ao consentimento presumido, mas sim ao consentimento informado, esclarecido e livre do utilizador de MTC. O que vale por dizer que, em vez de transferir o seu utilizador a um hospital de medicina convencional, os profissionais da MTC devem pedir-lhe um consentimento informado, esclarecido e livre, levando a cabo os métodos terapêuticos do seu círculo profissional adequados.

Quanto à terceira questão – isto é, a de saber se é possível que um utilizador de MTC em situação urgente seja reencaminhado para um consultório ou clínica da MTC –, como as situações urgentes implicam a necessidade de tratamentos médicos iminentes, muito dificilmente um utilizador de MTC nessas situações será transferido de fora para um consultório ou clínica da MTC, em virtude da lentidão de efeitos que os métodos terapêuticos da MTC podem produzir e da sua técnica inadequada para situações de urgência na maioria dos casos⁵⁷⁴. Mas mesmo que, por qualquer razão, o utilizador

⁵⁷² Por exemplo, os idosos com acidente vascular cerebral, antes de serem transferidos para um hospital de medicina convencional, podem efetivamente reduzir os danos nos nervos, ajudar a controlar os danos endoteliais vasculares e aliviar o grau de coma quando se usam as técnicas de agulhamento da MTC. Cfr. Hong ZHOU (周虹); Ji-yong TAN. "Effects of TCM acupuncture first aid technique on neurological function and vascular endothelial injury in stroke patients" (中医针刺急救技术对脑卒中患者神经功能及血管内皮损伤的影响). *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 39, n.º 22 (november de 2019), pp. 5440-5443. Outro exemplo refere-se ao caso de convulsão febril pediátrica, para o qual a acupuntura pode efetivamente prevenir danos cerebrais convulsivos, reduzir complicações e melhorar a taxa de cura de convulsões febris em crianças, antes de estas serem transferidas para um hospital de medicina convencional. Cfr. Jing LU; Li-li WANG; Jing BAI. "Pre-hospital first aid and traditional Chinese medicine nursing of children with febrile seizures" (小儿热性惊厥的院前急救和中医护理). *China's Naturopathy*, Vol. 18, n.º 2 (fevereiro de 2020), pp. 58-59.

⁵⁷³ De-xiu ZHANG (张德修); Yu-mei LU (卢玉梅). "TCM Treatment of emergencies" (中医治疗急症). *China Modern Doctor*, vol. 46, n.º 5 (fevereiro de 2008), p. 99.

⁵⁷⁴ No entanto, há certos casos, especialmente no tempo recente, em que a MTC pode produzir efeitos mais rápidos e eficientes do que os da medicina convencional, como a medicina herbal para o novo coronavírus (COVID-19) que surgiu em *Wuhan*, China. No tempo em que ainda não havia qualquer vacina para esta doença nova, a China utilizava uma fórmula de medicina herbal chinesa para o seu tratamento porque tem efeitos mais rápidos e eficientes do que os da medicina convencional. Cfr. Hui LUO, et al. "Can Chinese Medicine Be Used for Prevention of Corona Virus Disease 2019

de MTC em situação urgente seja transferido para um consultório ou clínica da MTC, os profissionais da MTC têm a obrigação de, por sua vez, reencaminhá-lo sem qualquer demora para um hospital de medicina convencional que contenha condições técnicas e ambientais para o acompanhamento devido, sob pena de incorrer em responsabilidade civil por qualquer dano causado pelo atraso de transferência.

Por fim, mais se acrescenta que, durante a espera pela transferência de utilizador de MTC em situação urgente (por exemplo, a espera pela ambulância depois da intervenção falhada), os profissionais da MTC, mesmo não sendo obrigados a tomar os cuidados próprios da sua profissão e adequados aos seus conhecimentos específicos para reduzir ou impedir os eventuais danos ou riscos, devem ainda tomar os cuidados gerais que qualquer pessoa poderia tomar (como por exemplo, a compressão de uma ferida). É evidente que, em qualquer situação de urgência, os seus deveres de informar, de esclarecer e de obter consentimento quanto às diligências aplicadas também devem ser dispensados.

Com a exposição acima feita, conclui-se que os profissionais da MTC, nas situações de urgência, têm deveres diferentes a cumprir, comparando com os deveres que os profissionais da medicina convencional têm. Em vez de procederem a intervenção ou tratamento médico como ocorre na medicina convencional, os profissionais da MTC devem transferir, sem qualquer atraso, os seus utilizadores para uma instituição hospitalar com condições adequadas para o devido acompanhamento, sob pena de eventual responsabilidade civil pelos danos causados pelo atraso da transferência.

2.4.2. Privilégio terapêutico

O privilégio terapêutico é uma das exceções em que os profissionais de saúde devem omitir as informações que possam trazer danos graves à saúde ou à vida de pacientes^{575/576/577}. Para que

(COVID-19)? A Review of Historical Classics, Research Evidence and Current Prevention Programs.”. *Chinese Journal of Integrative Medicine*, p. 7.

Porém, este exemplo não implica que os pacientes que sofram de COVID-19 devam ser transmitidos para consultório ou clínica da MTC. O papel que a MTC desempenha é apenas complementar para a recuperação de pacientes, cabendo ainda à medicina convencional o tratamento essencial da COVID-19.

⁵⁷⁵ Por exemplo, um paciente sofre de depressão, estado de saúde inadequado a enfrentar sofrimento de uma doença incurável que, sendo por si conhecido, poderia causar-lhe o suicídio.

⁵⁷⁶ Diferentemente do que ocorre em Portugal, a doutrina chinesa entende que o termo “privilégio terapêutico”, no sentido amplo, corresponde a todas as exceções ao dever de informar (ou ao consentimento informado), incluindo as situações urgentes, as chamadas “medidas médicas protetivas”, as intervenções baseadas em razões jurídicas, as situações em que o paciente recusa irracionalmente os tratamentos necessários, entre outras. Cfr. Hong-jing WANG. “On Therapeutic Privileges in Medical Activities in China” (论我国医疗活动中的医疗特权). *Soft Science of Health*, Vol. 26, n.º 9 (setembro de 2012), pp. 757-758. Yue WANG. “The Therapeutic Privilege of Doctors in Emergency”. *Chinese Journal of Forensic Sciences*, n.º 4 (2011), pp. 52-53. Em sentido restrito, esta figura engloba apenas as situações de urgência. Cfr. Yue WANG. “The Therapeutic Privilege of Doctors in Emergency”. *Chinese Journal of Forensic Sciences*, n.º 4 (2011), pp. 53-54. No que respeita especificamente às medidas médicas protetivas (isto é, o privilégio terapêutico que

se possa exercer o privilégio terapêutico, pressupõe-se a existência de “circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica” (artigo 157.º do CP).

Desde logo, convém analisar em detalhe os pressupostos do exercício do privilégio terapêutico, que devem incluir os seguintes: (1) gravidade do prejuízo (artigo 157.º, *in fine*, do CP); (2) previsibilidade inequívoca de ocorrência (artigo 157.º, *in fine*, do CP)⁵⁷⁸; (3) registo justificativo e validado por outros profissionais de saúde⁵⁷⁹. Só com o preenchimento destes pressupostos cumulativos se verifica o privilégio terapêutico.

Em primeiro lugar, o artigo 157.º do CP limita o exercício do privilégio terapêutico ao âmbito em que ocorre apenas o perigo para a vida ou a possibilidade do dano grave à saúde física ou psíquica, o que quer dizer que esta figura não se verifica caso a comunicação de informação possa causar um dano não grave ou tão-só leve para a saúde física ou psíquica⁵⁸⁰. Portanto, trata-se de um pressuposto que, para o exercício do privilégio terapêutico, exige determinada gravidade de prejuízo que a comunicação de informação poderá causar ao corpo do paciente.

Em segundo lugar, exige-se a previsibilidade de que o conhecimento ou a comunicação de informação poderá causar perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica⁵⁸¹. Atente-se que não é necessário ocorrer um dano efetivo à saúde física ou psíquica, o que se exige é apenas a previsibilidade de pôr em risco a vida ou causar dano à saúde física ou psíquica. Mesmo assim, não se permite direito à mentira dos profissionais de saúde⁵⁸², nem se pode adivinhar a existência da gravidade

se aplica em Portugal), o fundamento legal encontra-se no artigo 26.º da *Law on Practicing Doctors of the People's Republic of China (2009 Amendment)* – “Os médicos devem informar os pacientes ou seus familiares sobre as condições dos pacientes com veracidade. *No entanto, cuidados devem ser tomados para evitar impacto adverso sobre os pacientes*” (itálico nosso) – e no artigo 11.º da Regulation on the Handling of Medical Accidents – “Nas atividades de tratamento médico, as instituições médicas e seus funcionários devem informar os pacientes com veracidade do estado de doença, medidas de tratamento médico, riscos médicos, etc., e responder às suas perguntas em tempo hábil, *a menos que consequências desfavoráveis possam acontecer ao paciente em questão*” (itálico nosso). Mesmo existindo fundamento legal sobre as medidas médicas protetivas, a lei chinesa não regula como se exercem as mesmas (por exemplo, sobre os seus pressupostos). Cfr. Yi WEI; Jia HE; Shao-hua QIU. “Research on the Related Problems of the Medical Privilege in Medical Emergency Legislation”. *Chinese Hospital Management*, Vol. 31, n.º 6 (junho de 2011), p. 31.

⁵⁷⁷ No Reino Unido, existe uma relutância geral, por parte dos profissionais de saúde, de não fornecer informação aos seus pacientes e, na maioria dos casos, o privilégio terapêutico não é por eles reconhecido, porque têm dificuldades em procurar situações que justifiquem a não divulgação. Cfr. Rob HEYWOOD; Ann MACASKILL; Kevin WILLIAMS. “Informed Consent in Hospital Practice: Health Professionals' Perspectives and Legal Reflections”, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁷⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁷⁹ DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. *Texto de Apoio na Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013 (Consentimento Informado, Esclarecido e Livre Dado por Escrito)*, *op. cit.*

⁵⁸⁰ Por exemplo, o paciente, após ter tomado conhecimento do sofrimento de um cancro terminal, bebe álcool para aliviar o sentimento que tem sobre o resto da vida. Neste caso, beber álcool provavelmente não causa nenhum dano à sua saúde física ou psíquica ou causa apenas um dano não grave ou apenas leve à sua saúde física, conforme o volume que bebe.

⁵⁸¹ A palavra “previsibilidade” vem de Vera Lúcia RAPOSO, fraseando que “...o privilégio terapêutico permite ao médico omitir informações ao paciente, quando seja *previsível* que o conhecimento de determinados dados sobre a saúde vá agravar o respetivo estado clínico...” (itálico nosso). Cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁸² ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, *op. cit.*, p. 28.

de prejuízo ou dizer que existe certa possibilidade da sua existência. A natureza inequívoca da previsibilidade permite-nos entender que esta deve ser apreciada de forma objetiva e não subjetiva pelo profissional de saúde responsável que tem acompanhado o paciente. Portanto, parece-me que este pressuposto não existe quando um profissional de saúde entenda subjetivamente a existência da previsibilidade inequívoca, mas contra o entendimento objetivo de qualquer outro profissional de saúde.

Por último, ainda se pressupõe a existência de um “registo justificativo e validado por outros profissionais no processo clínico”⁵⁸³. Cabe a outros profissionais de saúde justificarem e validarem, no processo clínico, a existência dos dois pressupostos acima referidos, ou seja, a gravidade de prejuízo e a previsibilidade inequívoca. No que diz respeito à validação, parece-me que devem existir assinaturas de, pelo menos, outros dois profissionais de saúde, de forma a confirmar e validar a admissibilidade do exercício do privilégio terapêutico. Uma tal validação permite confirmar se a apreciação efetuada pelo profissional de saúde responsável é efetivamente objetiva quanto à existência do privilégio terapêutico. Tal confirmação pode evitar incumprimento doloso ou negligente do dever de informar por parte do profissional de saúde responsável. Por outras palavras, por um lado, pode evitar a situação em que o profissional de saúde responsável não cumpra o seu dever de informar apenas porque o paciente recusará a intervenção médica que lhe é benéfica; por outro lado, impede uma apreciação errónea cujo resultado é contrário ao da apreciação objetiva. Por exemplo, o profissional de saúde responsável entende que o dever de informar não deve ser efetuado por existir o privilégio terapêutico, mas outros profissionais de saúde, ao realizarem a validação, verificam que o entendimento daquele é obviamente erróneo porque não é previsível a ocorrência de severidade de prejuízo. No entanto, numa situação contrária, ou seja, na situação em que o profissional de saúde responsável entende que a comunicação de informação deve ser feita e não existe o privilégio terapêutico, aqui já não há validação por outros profissionais de saúde para confirmar se a apreciação daquele é ou não errónea. Portanto, entendo que a legislação futura deve pensar nessa possibilidade para evitar uma apreciação errónea e, deste modo, um perigo para a vida ou a possibilidade do dano grave à saúde física ou psíquica de paciente. No meu entendimento, este problema resolve-se com pelo menos dois profissionais de saúde responsáveis, caso o recurso do sistema de saúde assim permita.

É de realçar que, embora aqui a informação comunicada ao paciente envolva, na maioria das vezes, uma doença incurável ou irreversível (por exemplo, um cancro terminal), entendo que tal

⁵⁸³ Esta expressão vem da DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. *Texto de Apoio na Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013 (Consentimento Informado, Esclarecido e Livre Dado por Escrito)*, op. cit.

informação pode envolver qualquer doença, mesmo não sendo incurável ou irreversível, desde que seja uma informação relevante para o paciente em particular – o que corresponde ao que se entende por “má notícia em saúde”, isto é, notícia que corresponde a qualquer das “situações que constituem uma ameaça à vida, ao bem-estar pessoal, familiar e social, pelas repercussões físicas, sociais, e emocionais que acarretam”⁵⁸⁴ – que possa afetar de forma negativa o seu estado mental e seja inequivocamente previsível que a sua comunicação possa causar-lhe perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica⁵⁸⁵. Portanto, o critério é ver, caso a caso, se a informação a transmitir é ou não uma má notícia em saúde que possa influenciar negativamente o estado mental do paciente em concreto, cuja comunicação poderá inequivocamente causar perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica do paciente, porque uma informação, que para um paciente é de má notícia em saúde que afete negativamente o seu estado mental, para outros pode ser relativamente irrelevante e mesmo tolerável⁵⁸⁶. Caso se entenda que o privilégio terapêutico acontece quando o paciente em concreto é “possuidor de uma personalidade frágil, impressionável, ou padece de uma doença grave irreversível (ou quase), a tal ponto de, posto ao corrente do mal de que padece e da natureza e extensão dos actos que lhe seriam propostos para realização no seu corpo, vir a sofrer perigo de vida ou grave ofensa na sua saúde física ou psíquica”⁵⁸⁷, certo é que os profissionais de saúde devem evitar transmitir informação que, por causa da personalidade frágil ou impressionável do paciente em causa, se trate de uma má notícia que possa afetar de forma negativa o seu estado mental, mesmo que não se trate de uma doença grave irreversível ou quase irreversível. Na verdade, a variação da informação a transmitir conforme o estado físico e psíquico do paciente tem suporte doutrinal. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE sufraga que “a determinação concreta do conteúdo do esclarecimento depende do estado físico e psíquico do doente”, acrescentando que “a susceptibilidade do dano para a saúde física ou psíquica depende do estado em que a pessoa se encontra”⁵⁸⁸.

Mais se acrescenta que no privilégio terapêutico a informação a não transmitir ao paciente

⁵⁸⁴ Maria Aurora Gonçalves PEREIRA. “Má Notícia em Saúde: Um Olhar sobre as Representações dos Profissionais de Saúde e Cuidados”. *Texto & Contexto Enfermagem*, Vol. 14, n.º 1 (janeiro-março de 2005), p. 37.

⁵⁸⁵ Por exemplo, o profissional de saúde responsável, a meu ver, não deve informar o paciente (violista famoso) do distúrbio de mobilidade nos dedos de mão no resto da vida causado pela infeção bacteriana – obviamente, aqui não se trata de qualquer doença grave ou incurável, mas pode ser uma informação negativa e relevante para ele –, porque é previsível que tal informação o leve a suicidar-se.

⁵⁸⁶ Mesmo sendo uma notícia tolerável para o paciente em concreto, parece-me importante que os profissionais de saúde utilizem técnicas de comunicação, como as técnicas para dar más notícias em saúde, para transmitir essa notícia tolerável, sob pena de haver efeito oposto (por exemplo, tornar-se-á uma má notícia em saúde). Sobre as técnicas para dar más notícias, cfr. Fátima LEAL. “Transmissão de más notícias”. *Revista Portuguesa de Clínica Geral*, Vol. 19, n.º 1 (2003), pp. 41-42.

⁵⁸⁷ Manual LEAL-HENRIQUES. *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial) Volume III Crimes contra a Pessoa (Artigos 128.º a 195.º)*. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, artigo 151.º (correspondente ao artigo 157.º do CP de Portugal).

⁵⁸⁸ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE. *Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Editora Universidade Católica, 2021, artigo 157.º.

deve ser limitada ou reduzida ao necessário, evitando transmitir apenas a informação que possa causar o perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica, o que implica que outra informação, que não cause estas consequências, deve ser obrigatoriamente transmitida pelos profissionais de saúde⁵⁸⁹. No entanto, o dever de transmitir de que aqui se trata destina-se a obter o consentimento para outra intervenção ou tratamento colateral, em vez de obter o consentimento para a intervenção ou tratamento principal⁵⁹⁰.

Ademais, há quem entenda que deveria ser abolido o privilégio terapêutico, porque entre informar e não informar existem técnicas de comunicação lenta e progressiva das más notícias que permitem ao paciente ter tempo e condições de reagir⁵⁹¹. Este entendimento defende que não deveria existir o privilégio terapêutico e o dever de informar tem de ser sempre cumprido quando o paciente, com o decorrer do tempo, consegue aceitar as más notícias sobre a sua saúde. É evidente que o dever de informar deve ser cumprido quando, passando o tempo, existe condição do seu cumprimento⁵⁹², mas tal não significa que não se verifique o exercício do privilégio terapêutico, nomeadamente no período em que a comunicação das más notícias em saúde que possam afetar negativamente o estado mental de utilizadores de MTC pode causar perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica de paciente. É exatamente neste período de espera pela condição do cumprimento do dever de informar que se exerce o privilégio terapêutico, evitando comunicar ao paciente a informação que lhe possa causar perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica. Portanto, parece-me fraco o fundamento desse entendimento para defender a abolição do privilégio terapêutico.

Tudo o que se tem exposto não é completamente aplicável à MTC em Portugal, onde a MTC ainda não é entendida como uma forma de medicina. Existe uma tal aplicabilidade apenas quando a lei assim a estipula.

⁵⁸⁹ Por exemplo, um paciente, mesmo não tomando conhecimento do sofrimento de um cancro que afete a função de engolir por ser previsível que o seu conhecimento causará suicídio, ainda precisa de ser comunicado da informação que lhe é relevante, como da necessidade de uso de sonda nasogástrica para efeitos de nutrição, dos seus efeitos adversos (*v.g.*, distensão gasosa), dos riscos (*v.g.*, asfixia, lesão pulmonar por inalação), etc.

⁵⁹⁰ Usando o exemplo na nota anterior, o dever de transmitir destina-se a obter consentimento para uso de sonda nasogástrica, em vez de obter o consentimento para tratamento do cancro.

⁵⁹¹ Maria do Céu Patrão NEVES. *Declaração (CNECV)*, p. 3. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273053861_P057_Declaracao_MCPNEVES.pdf (acesso em 24 de janeiro de 2020). Esta autora entende que "...em relação a este tema a questão fundamental radica na comunicação ou, mais especificamente, no desenvolvimento dos procedimentos adequados para a transmissão da informação, sobretudo das "más notícias". A opção não se reduz ao dizer imediatamente toda a verdade ou ao simplesmente não prestar qualquer informação. Existem técnicas de desvendamento lento e progressivo das "más notícias" que concedem à pessoa doente tempo e condições para ir reagindo à informação e assim evidenciando se tem efectivo desejo de saber e capacidade no momento para assimilar o que lhe vai sendo transmitido".

⁵⁹² Como alguns autores chineses defendem, o exercício do privilégio terapêutico não deve ser absoluto e, para que não sejam ofendidos os direitos de paciente, nomeadamente o seu consentimento informado, os profissionais de saúde devem cumprir o dever de informar por forma adequada e em momento adequado. Cfr. Li-xin YANG; Xue-shi YUAN. "On the Medical Organization's Tort Liability of Violating the Obligation of Informed-consent". *Hebei Law Science*, Vol. 24, n.º 12 (dezembro de 2006), p. 46.

Mesmo assim, caso venha a surgir uma lei que preveja a aplicabilidade do privilégio terapêutico à MTC, convém realçar algumas diferenças entre a medicina convencional e a MTC, especialmente no âmbito de diagnóstico de doença cuja comunicação ao paciente poderá causar-lhe perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica.

Como ocorre na medicina convencional, os profissionais da MTC podem obter, quer pelas conversas com a família de utilizador de MTC quer pelas técnicas próprias de diagnóstico da MTC, a informação de saúde que, sendo conhecida pelo utilizador de MTC, poderá ser-lhe prejudicial, caso seja previsível que assim o seja. O dever de informação é dispensado quando, pelas conversas com a sua família, os profissionais da MTC obtêm más notícias em saúde que possa influenciar o estado mental do utilizador de MTC em concreto cuja comunicação poderá causar-lhe prejuízo grave⁵⁹³.

No entanto, diferentemente do que ocorre na medicina convencional, que tem apoio de equipamentos tecnológicos como raios-x, *MRI* e *CT* para confirmar o sofrimento de doenças, as técnicas próprias de diagnóstico da MTC (nomeadamente a entrevista, a observação, o exame áudio-olfativo, a palpação e a diferenciação de síndromas⁵⁹⁴), na maioria das vezes, não são viáveis para detetar a existência de certas doenças que a medicina convencional facilmente confirma, nomeadamente as doenças terminais, incuráveis ou graves⁵⁹⁵. Portanto, o que as técnicas de diagnóstico da MTC podem detetar em alguns casos é, no máximo, a possibilidade da existência de uma doença ou de uma má notícia que possa afetar negativamente o estado mental do utilizador de MTC em particular, em vez de confirmar a sua existência. Neste caso, e como acontece sempre na China, os profissionais da MTC pedem sempre aos utilizadores de MTC para confirmarem a existência de certa doença num hospital onde existem condições devidas para a sua deteção. Neste contexto, podem ter dúvidas sobre a necessidade do dever de informar quando a comunicação da incerteza ou possibilidade relativamente à existência de uma doença poderá ser-lhe prejudicial⁵⁹⁶. A questão reside em saber se o dever de informar é também dispensado quando é incerta ou duvidosa a existência de uma doença ou de uma má notícia em saúde que tenha influência sobre o estado mental do utilizador

⁵⁹³ Por exemplo, notícias essas que a família adquiriu da medicina convencional e fala com os profissionais da MTC para evitar a sua comunicação eventual ao utente em concreto.

⁵⁹⁴ Estes métodos de diagnóstico são previstos no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de agosto (Fixa a caracterização e o conteúdo funcional da profissão de especialista de medicina tradicional chinesa). Para além disso, a Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro, no seu artigo 8.º, alínea b), prevê de forma semelhante os métodos de diagnóstico da MTC: (1) interrogatório-história; (2) observação; (3) exame físico, áudio-olfativo, da língua, do pulso, dos meridianos e pontos, das áreas reflexas e palpação; (4) diferenciação de síndromas.

⁵⁹⁵ Embora haja estudo recente que sugere diagnóstico através de língua como um método potencial para examinar cancro e o seu diagnóstico precoce, cfr. Shuwen HAN; Xi YANG; Quan Qi, et al. "Potential screening and early diagnosis method for cancer: Tongue diagnosis". *International Journal of Oncology*, n.º 48 (2016), p. 2258.

⁵⁹⁶ Os profissionais de saúde da medicina convencional podem ter as mesmas dúvidas quando, esgotados todos os métodos, apenas têm a possibilidade de existência de uma doença.

de MTC em concreto que, sendo conhecida pelo utilizador de MTC uma tal incerteza ou dúvida, poderá causar-lhe perigo para a sua vida ou dano grave à saúde física ou psíquica. Relativamente a esta questão, inclino-me para a solução de que, independentemente da existência incerta ou duvidosa de uma doença, o dever de informar deve ser dispensado desde que sejam cumpridos os três pressupostos acima mencionados, isto é, desde que o conhecimento de uma tal incerteza ou dúvida pelo utilizador de MTC cause perigo para a sua vida ou dano grave à sua saúde física ou psíquica e seja previsível que assim os causa⁵⁹⁷, para além do registo justificativo e validado por outros profissionais da MTC. Entendo que a incerteza ou dúvida sobre a existência de uma doença não constitui qualquer razão para evitar o exercício do privilégio terapêutico, porque o essencial é analisar se a comunicação da má notícia em saúde, independentemente da probabilidade da sua existência, é suscetível de afetar o estado mental dos utilizadores de MTC, de lhes ser prejudicial, sendo previsível que os coloque em risco.

Pode discutir-se aqui se o exercício do privilégio terapêutico não poderá conduzir à morte do paciente/utilizador de MTC, quer perante a certeza da existência de uma doença quer perante a incerteza da sua existência. No âmbito da medicina convencional, o exercício do privilégio terapêutico pode verificar-se desde que haja os três pressupostos acima referidos, mesmo que a doença seja terminal ou irreversível que poderá conduzir à morte de paciente. Aqui parece-me que, ao prever a existência do exercício do privilégio terapêutico no ordenamento jurídico de Portugal, o legislador quis fazer prevalecer a premência de evitar “circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica” (artigo 157.º, *in fine*, do CP) sobre a necessidade de tratamento de doença. Esta prevalência é óbvia quando, cumpridos os pressupostos, o privilégio terapêutico pode ser exercido, mesmo que a doença seja agressiva e de desenvolvimento rápido. Parece-me que este entendimento vale quer se esteja perante a certeza da existência de uma doença terminal ou irreversível que seja agressiva e de desenvolvimento rápido e que poderá conduzir à morte de paciente/utilizador de MTC quer se esteja perante a incerteza ou a possibilidade da sua existência. Entendo assim porque é relevante verificar-se se existe a prevalência de uma tal premência sobre a necessidade de tratamento de doença, independentemente da probabilidade da existência desta. Dito isto, quer na medicina convencional quer, se houver uma lei que assim preveja, na MTC, desde que haja a prevalência da premência referida

⁵⁹⁷ Por exemplo, existem pacientes ou utilizadores de MTC que não consigam aguentar o conhecimento de qualquer má notícia má que possa afetar negativamente o seu estado mental, embora se trate apenas de uma incerteza ou possibilidade.

sobre a necessidade de tratamento de doença, existe razão de ser do exercício do privilégio terapêutico, embora esta doença seja agressiva e de desenvolvimento rápido e possa conduzir à morte de paciente.

2.4.3. Direito a não saber⁵⁹⁸

Por sua vez, o direito a não saber consiste num direito de o paciente, requerendo, não ser informado de determinada informação sobre o seu estado clínico. Há uma exceção assim quando, por exemplo, o paciente é um profissional de saúde e sabe tudo sobre a sua situação clínica pelos seus conhecimentos clínicos, ou tem receio de saber o seu estado de saúde. Encontra-se o fundamento legal deste direito na Convenção de Oviedo, artigo 10.º, n.º 2, que prevê que “[q]ualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”.

Entende-se que a renúncia à informação pode ser expressa ou tácita e, sendo tácita, deve ser clara e inequívoca⁵⁹⁹. É de salientar que, quer a renúncia expressa quer a tácita, são decisões feitas, *de per se*, pelo paciente, sem qualquer intervenção de profissionais de saúde⁶⁰⁰. Neste sentido, uma tal renúncia não pode ser presumida e deve ser exercida apenas pelo paciente próprio, e não pelos profissionais de saúde⁶⁰¹. Portanto, a renúncia presumida não deve ser aceite no exercício do direito a não saber⁶⁰².

Para além disso, a renúncia à informação não deve ser respeitada de forma absoluta, podendo ser restringida quando está em causa a proteção da saúde pública (artigo 26.º, n.º 1, da Convenção de Oviedo), nomeadamente no caso de doenças contagiosas, como COVID-19 ou SIDA.

⁵⁹⁸ Existem vários autores que têm discutido o (não) respeito pelo direito a não saber no que concerne ao estado genético de uma pessoa. No entanto, não tratamos esta matéria nesta seção porque, ao contrário do que acontece na medicina convencional, a MTC não tem nenhuma ligação com esta matéria por não ter meios ou métodos de diagnóstico para detetar o estado genético de uma pessoa.

Mesmo assim, no que diz respeito a essa matéria em detalhe, cfr. C AYUSO; et al. “Informed consent for whole-genome sequencing studies in the clinical setting. Proposed recommendations on essential content and process”. *Eur J Hum Genet*, n.º 21 (2013), pp. 1054-1059. Anne TOWNSEND; et al. “Autonomy and the patient’s right ‘not to know’ in clinical whole-genomic sequencing”. *European Journal of Human Genetics*, n.º 22 (2014), p. 6. Roger BROWNSWORD; Jeff WALE. “The Right to Know and the Right Not to Know Revisited: Part One”. *Asian Bioethics Review*, Vol. 9, n.º 3 (2017), pp. 3-18. Juha RÄIKKÄ. “Freedom and a Right (not) to Know”. *Bioethics*, Vol 12, n.º 1 (1998), pp. 49-63.

⁵⁹⁹ ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, *op. cit.*, p. 28. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.*, p. 236. Roberto ANDORNO. “The right not to know: an autonomy based approach”. *J Med Ethics*, n.º 30 (2004), pp. 437-439.

⁶⁰⁰ Neste sentido, cfr. R. ANDORNO. “The right not to know: an autonomy based approach”. *J Med Ethics*, Vol. 30, n.º 5 (2004), p. 435, entendendo que “...the right not to know cannot be presumed, but must be “activated” by the individual’s explicit choice...”. Seguindo este entendimento, cfr. Anne TOWNSEND et al. “Autonomy and the patient’s right ‘not to know’ in clinical whole-genomic sequencing”. *European Journal of Human Genetics*, n.º 22 (2014), p. 6.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

⁶⁰² Anne TOWNSEND et al. “Autonomy and the patient’s right ‘not to know’ in clinical whole-genomic sequencing”, *op. cit.*, p. 6.

Uma tal restrição justifica-se uma vez que o interesse público (a saúde pública) pode prevalecer sobre o interesse individual (a autonomia de pacientes).

É ainda pertinente analisar se o direito à renúncia à informação pode ser restringido quando estejam envolvidos dois interesses pessoais do próprio paciente. Nesta situação, encontram-se dois direitos fundamentais em conflito: por um lado, a vida e a saúde; por outro, a autonomia. Serve de exemplo deste conflito a situação em que o paciente, após ter feito vários exames, tem receio de saber do resultado, que é um cancro terminal, pedindo ao profissional de saúde responsável que não lhe diga esse resultado. A este respeito entramos na discussão no que concerne aos dois entendimentos diferentes em matéria do princípio da dignidade humana: um defende a dignidade-proteção, entendendo a dignidade como proteção do indivíduo, enquanto o outro defende a dignidade-autonomia, considerando a dignidade como autonomia do indivíduo⁶⁰³. Este último entendimento justifica-se e deve aplicar-se no ordenamento jurídico português porque o valor intrínseco do indivíduo deve ser acatado e preservado contra todos os ataques, incluindo os oriundos do próprio indivíduo⁶⁰⁴. Com a consagração de um direito ao desenvolvimento da personalidade na CRP, o homem é entendido como “ser dotado de liberdade e auto-determinação”⁶⁰⁵. Tal entendimento é também sufragado pelo TC, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana postula um valor intrínseco de ser humano e assume uma capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética⁶⁰⁶.

Deste modo, e prevalecendo a autonomia do indivíduo sobre a proteção da sua vida ou saúde, a renúncia à informação não deve ser restringida quando está em causa o conflito entre os interesses pessoais do próprio paciente, porque este tem a sua autonomia de decidir não ser

⁶⁰³ Vera Lúcia RAPOSO. “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida”. *Revista do Ministério Público* (Janeiro/Março 2011), p. 208. *Idem*, “The right to say yes and the right to say no”. *Book of Proceedings of the Sino-French Symposium on Health Law and Bioethics* (2014), Guangzhou, China, p. 8.

⁶⁰⁴ *Idem*. “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida”, *op. cit.* p. 208. A propósito da dignidade da pessoa humana, nomeadamente sobre a gestão de substituição, veja, entre outros, TC, acórdão de 7 de maio de 2018, Processo n.º n.º 95/17 (relator Conselheiro Pedro Machete) e TC, acórdão de 18 de outubro de 2019, Processo n.º 829/2019 (em Plenário).

No entanto, há decisão judicial que não adota esta solução, cfr. STJ, acórdão de 17 de junho de 2015, Processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1 (relator Mário Mendes), entendendo que “a norma [o artigo 156.º do CP] visa proteger o direito à integridade física e moral sendo este o bem, constitucionalmente protegido, verdadeiramente tutelado pela norma”.

⁶⁰⁵ Benedita MAC CRORIE. “O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2003, p. 173.

⁶⁰⁶ TC, acórdão n.º 225/2018, Processo n.º 95/17, de 7 de maio de 2018 (relator Pedro Machete), entendendo que “...uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana também postula um valor intrínseco de cada ser humano, assumindo a sua integridade e uma capacidade de autodeterminação em razão da autonomia ética, não se pode excluir a relevância do consentimento livre e esclarecido de quem, relativamente a atuações ou situações que, sendo impostas e não consentidas, atentariam contra a dignidade do sujeito. Com efeito, mesmo reconhecendo poder haver exceções, o consentimento em causa, desde que temporário e não irremediavelmente lesivo da autodeterminação futura do sujeito, constitui, ele próprio, um modo legítimo de afirmação da dignidade humana. E esta vertente da dignidade humana — que também pode estar presente no quadro das relações entre os particulares e os poderes públicos — é fundamental para enquadrar as relações horizontais fundadas na autonomia dos sujeitos e frequentemente regidas por normas de caráter permissivo”. Seguindo o mesmo sentido, cfr. TC, acórdão n.º 465/2019, Processo n.º 829/2019, de 18 de outubro de 2019.

informado⁶⁰⁷, desde que essa renúncia seja esclarecida, nomeadamente sobre o risco ou consequência de não saber a informação⁶⁰⁸. O paciente que decida o exercício do direito a não saber é o único responsável pelo eventual resultado que possa causar na sua vida e saúde, como se não quisesse ir à consulta médica ou ter intervenção médica.

No âmbito da MTC, a renúncia à informação, desde que seja informada, também deve ser respeitada, a não ser que se trate de um interesse público, situação em que é restringido o seu direito a não saber. No âmbito da restrição do direito a não saber, poderia parecer não haver qualquer diferença entre a MTC e a medicina convencional. Mesmo assim, entendo que existe uma diferença porque na MTC não existem métodos ou técnicas de diagnóstico como os que existem na medicina convencional, de forma a confirmar a existência de uma doença que possa influenciar a saúde pública (por exemplo, a SIDA, a influenza de tipo A ou o COVID-19). O que, em certas situações, os profissionais da MTC podem saber, no máximo, é apenas a suspeita da sua existência, em vez da sua confirmação. Portanto, a questão reside em saber se o direito a não saber também deve ser restringido em caso de uma tal suspeita na MTC. Sobre esta questão, parece-me ser de seguir uma resposta positiva. Nesta situação, os profissionais da MTC têm dois deveres a cumprir: por um lado, o dever de restringir o direito a não saber do utilizador de MTC, permitindo-lhe saber da suspeita da existência de determinada doença; por outro lado, o dever de comunicar à autoridade de saúde para transferir o utilizador de MTC para o hospital com condições adequadas para proceder a uma vigilância epidemiológica, que inclui verificação e deteção, avaliação do risco e gravidade, e a monitorização de epidemia⁶⁰⁹, com vista a evitar ou limitar a possível transmissão comunitária, como no caso de COVID-19. Por exemplo, uma pessoa que teve contacto com um paciente infetado com COVID-19 é suspeita de ter sido contagiada pelo mesmo vírus, devendo a mesma, mesmo querendo exercer o seu direito a não saber, ser informada de tal suspeita e transferida para uma instituição hospitalar onde existem condições adequadas para confirmar a existência da contaminação, restringindo o seu direito a não saber. Portanto, o utilizador de MTC não pode exercer o seu direito a não saber nessas circunstâncias e deve ser informado pelos profissionais da MTC da suspeita de uma doença contagiosa

⁶⁰⁷ Sobre a afirmação de que o direito a não saber é uma expressão de autonomia, veja Roberto ANDORNO. "The right not to know: an autonomy based approach", *op. cit.*, pp. 436-437.

⁶⁰⁸ Por exemplo, é necessário informar o utente de que a renúncia à informação sobre o método de cozer a erva *Prepared Aconite Root* (ou *Prepared Common Monkshood Daughter Root*) conduz ao risco de morte ou ao dano na sua saúde, porque é necessário cozer esse material herbal com água pelo menos uma hora para reduzir a sua toxicidade existente. Sobre o método de cozer e os respetivos efeitos positivos dessa erva, veja <https://www.meandqi.com/herb-database/prepared-aconite> (acesso em 27 de janeiro de 2019) ou <https://tcmwiki.com/wiki/prepared-common-monkshood-daughter-root> (acesso em 27 de janeiro de 2019).

⁶⁰⁹ Sobre a vigilância epidemiológica, veja DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. *Plano Nacional de Preparação e Resposta à Doença por novo coronavírus (COVID-19)*, 2020, p. 9.

que possa afetar a saúde pública. No entanto, o utilizador de MTC deve voltar a poder exercer o seu direito a não saber quando não existe qualquer risco de influência relativamente à saúde pública, como, por exemplo, quando esteja num isolamento preventivo. O que quer dizer que a restrição do direito a não saber deve ser limitada ao necessário.

2.4.4. Tratamento compulsivo?

Em Portugal, as autoridades de saúde são competentes para “[d]esencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas que, de outro modo, constituam perigo para a saúde pública” [Base 34, n.º 2, alínea b), da Lei de Bases da Saúde e do artigo 5.º, n.º 3, alínea c), do Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril]. Deste conteúdo retiramos que o desencadeamento do internamento compulsivo ou do tratamento compulsivo (ou na letra da lei, da “prestação compulsiva de cuidados de saúde”) é legalmente reconhecido como competência das autoridades de saúde, com vista à proteção de saúde pública, embora o internamento compulsivo apenas esteja previsto na Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de julho) e não seja permitido em caso de doenças infeto-contagiosas nos termos da alínea h) do n.º 3 do artigo 27 da CRP.

No entanto, não apenas com a intervenção das autoridades de saúde pode desencadear-se o internamento compulsivo ou o tratamento compulsivo, exigindo-se ainda a intervenção do tribunal. Como o internamento compulsivo ou o tratamento compulsivo envolve a restrição da liberdade (isto é, a restrição de um direito fundamental consagrado no artigo 27.º da CRP), pressupõe-se a intervenção do tribunal para a sua aplicação – como se fosse a aplicação de uma pena privativa de liberdade –, para além da intervenção médica na avaliação clínico-psiquiátrica. O que vale por dizer que o internamento compulsivo ou o tratamento compulsivo depende sempre das intervenções de profissionais de saúde e juizes. A intervenção de juizes é fundamental não só para formalizar ou legitimar o processo de internamento compulsivo, como também para garantir o respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo nos termos da CRP⁶¹⁰.

Embora a Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de julho) consagre o direito de

⁶¹⁰ Miguel XAVIER; Álvaro de CARVALHO. *Internamento Compulsivo em Portugal – Contexto e Procedimentos*, p. 3. Disponível em https://www.dgs.pt/accao-de-saude-para-criancas-e-jovens-em-risco/ficheiros-externos/anexo_07_internamento_compulsivo-pdf.aspx (acesso em 22 de março de 2020).

decidir receber ou recusar as intervenções medicamente propostas, um tal direito cede quando esteja em causa o internamento compulsivo ou situação de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros [artigo 5.º, n.º 1, alínea c) da Lei de Saúde Mental]. Deste modo, o direito a consentir não existe nos casos de internamento compulsivo ou de situação de urgência. Trata-se de um tratamento compulsivo nestes casos e o paciente é neles obrigado a aceitar intervenções medicamente propostas.

Embora não esteja consagrado um direito a consentir no tratamento compulsivo, coloca-se a questão de saber se o paciente ainda tem nele o direito a ser informado e esclarecido. Ou, dizendo de outra forma, os profissionais de saúde ainda têm o dever de informar e esclarecer o paciente em caso de tratamento compulsivo? O levantamento desta questão é pertinente porque os profissionais de saúde podem ter dúvidas sobre a (in)existência de um tal dever no tratamento compulsivo. Em princípio, o paciente no internamento compulsivo por razões de doença mental pode não ter discernimento suficiente para entender qualquer informação prestada pelos profissionais de saúde⁴¹¹. Neste caso, os profissionais de saúde não têm os deveres de informar e esclarecer para efetuar a intervenção ou tratamento compulsivo. Mesmo assim, sendo o internamento compulsivo substituído por tratamento em regime ambulatorio sempre que possível (artigo 8.º, n.º 3, da Lei 36/98, de 24 de julho), o paciente deve voltar a ter os direitos de saber e entender o que já passou no seu corpo quando as causas que determinam o internamento compulsivo desapareçam e o paciente passe a ter discernimento suficiente para entender a informação prestada (por exemplo, a doença mental, que era muito grave, agora é tão leve que não cria nenhum risco para o próprio e terceiros e o paciente é capaz de entender a informação que lhe diz respeito). No entanto, o cumprimento dos deveres de informar e esclarecer obviamente não se destina a respeitar a autodeterminação de paciente porque tais deveres são cumpridos depois do tratamento compulsivo, em que não se exige o consentimento. Os deveres referidos são cumpridos de forma a respeitar o direito de acesso à informação de saúde, cuja violação não afeta a autonomia de paciente, porque tal direito resulta da liberdade de informação inerente ao direito fundamental à liberdade de expressão (Artigo 37.º da CRP). Deste modo, o não respeito dos direitos de saber e entender leva à violação do direito de acesso à informação de saúde que resulta do direito fundamental à liberdade de expressão consagrado na CRP.

⁴¹¹ Coloca-se aqui a expressão “em princípio” porque pode haver outras doenças com as quais o paciente tem discernimento suficiente para entender a informação prestada pelos profissionais de saúde, como o caso da doença bipolar. Neste caso, o paciente, mesmo não conseguindo controlar-se em certa fase, tem consciência e entende a informação dada pelos profissionais de saúde, nomeadamente após ter sido medicado.

Ora, cingindo-se ao âmbito da MTC, é de enfatizar que não é possível suceder um internamento compulsivo ou tratamento compulsivo, por duas razões. Por um lado, o tratamento compulsivo ocorre tendencialmente em hospitais gerais onde não existe neste momento nenhuma aplicação de atividades da MTC, aplicação essa que só é possível quando a MTC for integrada em hospitais gerais, como tem ocorrido na China⁶¹². Por outro lado, mesmo com a integração da MTC em hospitais gerais, sendo o tratamento compulsivo estritamente restringido para o necessário, as técnicas ou os métodos terapêuticos da MTC não são considerados os necessários, por causa da sua inadequação à cura eficiente de doença, como a doença de saúde mental ou doença infecciosa. O papel que a MTC desempenha é, no máximo, complementar e não principal. Por estas razões, o internamento compulsivo ou tratamento compulsivo na prática não ocorre por ora na MTC, pelo que não merece qualquer discussão sobre a (in)existência do dever de informar.

2.4.5. Situações ou riscos imprevisíveis?

Entende-se que a responsabilidade civil pressupõe, entre outros (isto é, a ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade), um facto controlável pela vontade do homem, isto é, o facto voluntário do lesante, porque só com um tal facto é capaz de produzir a ilicitude, a culpa e a obrigação de reparar o dano⁶¹³. O que vale por dizer que o facto que não se pode controlar pela vontade do homem (isto é, situações ou riscos imprevisíveis) não conduz a qualquer obrigação indemnizatória no âmbito da responsabilidade civil. Esta ideia justifica-se e deve ser aplicada também aos atos médicos, porque há situações ou riscos que a ciência médica de nível atual ainda não consegue prever. A exigência do dever de informar em situações ou riscos imprevisíveis seria absurda e impraticável, criando pânico para os profissionais de saúde porque não saberiam em que momento estariam a incumprir um tal dever. Portanto, os profissionais de saúde, quer da medicina convencional quer das terapêuticas não convencionais, por não serem capazes de prever as situações ou riscos imprevisíveis, não têm nenhuma condição de cumprir o seu dever de informar e, por esta razão, não devem ser sujeitos a este dever. Neste sentido, parece-me que as situações ou riscos imprevisíveis devem ser considerados como

⁶¹² Como o caso do *Kwong Wah Hospital* em Hong Kong, sobre a informação relativa a integração da MTC na medicina convencional deste hospital, veja <https://www3.ha.org.hk/kwh/main/en/service-integrative.asp> (acesso em 22 de março de 2020).

⁶¹³ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I*, 10.ª Edição, Almedina, julho de 2009, pp. 526-527. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* p. 557 e rodapé n.º 1. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 331-333. Na jurisprudência nacional, veja TRC, acórdão de 19 de dezembro de 2012, Processo n.º 298/10.6TBAGN.C1 (relatora Regina Rosa).

uma das exceções ao dever de informar⁶¹⁴.

3. Dever de esclarecer

Para além do dever de informar, outro dos elementos essenciais do consentimento informado é o dever de esclarecer a informação transmitida. A exigência deste elemento justifica-se porque o dever de informar perde a sua utilidade prática em caso de não esclarecimento, como se fosse efetuada uma comunicação à pessoa incapaz de entender. O dever de esclarecimento encontra o seu fundamento legal no Regulamento n.º 707/2016 (Regulamento de Deontologia Médica), cujo artigo 19.º prevê que “[o] esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente” (n.º 3) e “...deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural” (n.º 4).

Na verdade, ao mencionar este elemento do consentimento informado não deixa de ser importante analisar a literacia em saúde, entendida como “as competências e os conhecimentos dos indivíduos necessários para acederem, compreenderem, avaliarem e utilizarem informação sobre saúde, que lhes permita tomar decisões sobre cuidados de saúde, prevenção da doença e modos de promoção de uma vida saudável”^{615/616}. Desta definição tiram-se quatro formas de lidar com informação de saúde relevante: (1) a capacidade de aceder à informação; (2) a capacidade de compreender a informação; (3) a capacidade de interpretação e avaliação da informação; (4) a sua aplicação ou utilização em situações diversas⁶¹⁷. Podemos entender que o elemento do consentimento informado que nos ocupa aqui, isto é, o esclarecimento da informação de saúde transmitida, corresponde à segunda forma acima mencionada, tendo ainda uma ligação muito forte com a terceira por ser um pressuposto da compreensão de informação. Deste modo, o nível da literacia em saúde de uma pessoa tem uma influência decisiva na capacidade de conhecer, entender ou compreender a informação de saúde transmitida, sendo que uma tal capacidade é proporcionalmente associada com a

⁶¹⁴ No mesmo sentido, cfr. Bin ZHU. “Research on Tortious Liability of Patient’s Right of Informed Consent”, *op. cit.*, p. 110.

⁶¹⁵ Rita ESPANHA; Patrícia ÁVILA; Rita VELOSO MENDES. *Literacia em saúde em Portugal*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016, p. 5.

⁶¹⁶ Trata-se do que se diz nos Estados Unidos da América “health literacy”, isto é, “the degree to which individuals have the capacity to obtain, process, and understand basic health information and services needed to make appropriate health decisions”. Cfr. Scott C RATZAN; Rute M PARKER; Catherine R SELDEN; Marcia ZORN. “National Library of Medicine Current Bibliographies in Medicine: Health Literacy”, p. vi.

⁶¹⁷ Rita ESPANHA; Patrícia ÁVILA; Rita VELOSO MENDES. *Literacia em saúde em Portugal*, *op. cit.* p. 6.

literacia em saúde de uma pessoa⁶¹⁸.

O Governo português tem reforçado a sua atenção à literacia em saúde dos seus cidadãos e a realçar a sua relevância porque integra a sua promoção no Plano Nacional de Saúde até 2020⁶¹⁹ e no Programa Nacional de Educação para a Saúde, Literacia e Autocuidados⁶²⁰. Mesmo assim, alguns estudos demonstram uma percentagem significativa de pacientes em Portugal que tiveram entendimento fraco ou não satisfatório relativamente à informação que lhes foi explicada ou transmitida, isto é, três quartos dos portugueses têm uma literacia em saúde limitada⁶²¹. Esta é uma situação que ocorre não só em Portugal, como também em outros países⁶²².

Existem vários fatores que podem afetar o esclarecimento da informação de saúde transmitida. Esses fatores podem resultar dos profissionais de saúde, das instituições de saúde e/ou dos pacientes. Por um lado, os profissionais de saúde às vezes transmitem informação de uma forma técnica por não conhecerem os métodos de comunicação que facilitam o entendimento dos pacientes e, mesmo conhecendo tais métodos, prestam pouca atenção ao esclarecimento da informação relevante ou dedicam pouco tempo a dar explicações suficientes aos seus pacientes⁶²³. Por outro lado, a limitação de tempo de atendimento na consulta é um fator que tanto pode resultar dos profissionais de saúde como das instituições de saúde onde os mesmos trabalham, influenciando o esclarecimento da informação transmitida⁶²⁴. Mais se acrescenta que os pacientes podem não ter capacidade ou até paciência suficiente para entender de forma completa a informação transmitida pelos seus profissionais de saúde.

⁶¹⁸ Man Teng IONG. "Literacia em Saúde e Consentimento Informado: Responsabilidade Civil Médica na Falta de Compreensão da Informação de Saúde", *Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019*, julho de 2020, p. 115.

⁶¹⁹ MINISTÉRIO DE SAÚDE DO GOVERNO DE PORTUGAL. *Plano Nacional de Saúde: Revisão e Extensão a 2020*, Maio de 2015, p. 14.

⁶²⁰ GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO ADJUNTO E DA SAÚDE DO GOVERNO DE PORTUGAL. *Despacho n.º 3618-A/2016*. Diário da República, Lisboa, 2016.

⁶²¹ Dagmara PAIVA; Susana SILVA; Milton SEVERO; Nuno LUNET. "Limited Health Literacy in Portugal Assessed with the Newest Vital Sign". *Acta Med Port*, Vol 30, n.º 12 (Dezembro de 2017), p. 867.

⁶²² Por exemplo, há autores que fizeram estudos que revelam que, relativamente à informação transmitida, 17 por cento de 582 pacientes indianos tiveram entendimento fraco, enquanto 33 por cento dos mesmos tiveram entendimento não satisfatório. *Vide.*, Singh ABHISHEK et al. "A cross-sectional study of the patient's awareness and understanding toward legal nature of informed consent in a dental hospital in rural Haryana". *Journal of Education and Ethics in Dentistry*, Vol. 2, N.º 1 (January-June 2012), p. 26.

Outros autores fizeram estudos semelhantes, provando que 17 por cento de 555 pacientes indianos tiveram entendimento fraco, enquanto 33 por cento dos mesmos tiveram entendimento não satisfatório. *Vide.*, Dr RAJESH; Singh ABHISHEK; Chopra MUKUL, et al.. "Patient's Awareness, Attitude, Understanding and Perceptions towards Legal Nature of Informed Consent". *J Indian Acad Forensic Med*, Vol. 35, No. 1 (Jan-March 2013), p. 41.

⁶²³ Por exemplo, tendo realizado diagnóstico, os profissionais da MTC podem transmitir a informação com palavras ou expressões técnicas relativamente a reações de corpo ou órgãos humanos que um leigo tem dificuldade de entender ou perceber, como a caloridade (em chinês "上火"), a deficiência de energia vital (em chinês, "气虚"), deficiência de Qi e sangue (em chinês "气血不足"), vento-frio e vento-calor (em chinês "风寒" e "风热"), verão-calor e umidade (em chinês "暑湿"), secura do vento (em chinês "风燥"), etc. Existe uma situação assim porque os profissionais da MTC podem não conhecer os métodos de transmitir a informação de uma forma não técnica, nem sabem a margem de aceitabilidade de paciente sobre a informação transmitida.

⁶²⁴ Sucede uma situação assim porque, por exemplo, os profissionais de saúde são tão famosos em certa especialidade que não podem dar mais tempo de atendimento para o esclarecimento de informação, porque tantos pacientes esperam sempre na sala de espera. Esta é uma situação existente na China e em Macau.

Os pacientes, especialmente aqueles que não sejam familiarizados com a MTC, podem ter mais dificuldades em entender as expressões técnicas ou funcionamento de diagnóstico e tratamento que dizem respeito à MTC, comparando com aqueles que tenham origem chinesa⁶²⁵. Podemos dizer que a garantia de um entendimento completo sobre a informação de saúde é um desafio que os profissionais da MTC portugueses enfrentam, porque não existe um ambiente tão familiar relativamente à MTC como existe em certos países asiáticos (por exemplo, na China, no Japão ou na Coreia). Deste modo, a comunidade portuguesa, sem um tal ambiente, é menos capaz de entender a informação de saúde que resulte da MTC.

No âmbito de ensaios clínicos, para efeitos de um melhor entendimento sobre a informação transmitida, há autores que sugerem métodos como, entre outros, ficha técnica com marcadores (*bulleted fact sheet*) conjugada com algumas perguntas abertas de conversação⁶²⁶, ensino de volta (*teach-back method*)⁶²⁷, mais tempo de conversa individual⁶²⁸, ajudas educacionais na sala de espera ou na consulta⁶²⁹. Na verdade, podemos tomar estes métodos como referências para a obtenção de um entendimento completo sobre a informação de saúde da MTC. Os profissionais da MTC devem usar os métodos que, quer um quer outro, não apenas sejam convenientes para a transmissão de informação, como também convenientes para o entendimento de pacientes. Sugerimos que prestem mais tempo de conversa individual com os seus utilizadores, usando imagens ou vídeos, em vez de apenas palavras ou textos, para explicarem os termos ou conceções mais difíceis, o funcionamento e efeitos colaterais de tratamentos médicos (por exemplo, como se processa no corpo humano a acupuntura e quais são os eventuais efeitos colaterais), etc.

Por conseguinte, para garantir um entendimento completo, os profissionais da MTC em Portugal devem transmitir as palavras ou expressões técnicas aos seus utilizadores de uma forma pela qual estes possam facilmente entendê-las, atendendo especialmente ao seu nível de capacidade de

⁶²⁵ Os chineses têm menos dificuldade de entendimento porque muitos deles são familiarizados com a MTC. Esta situação é natural porque os chineses normalmente crescem num ambiente onde se circulam os conhecimentos, embora superficiais, da MTC.

⁶²⁶ Nancy E. KASS; Holly A. TAYLOR; Joseph ALI; Kristina HALLEZ; Lelia CHAISSON. "A pilot study of simple interventions to improve informed consent in clinical research: Feasibility, approach, and results". *Clinical Trials*, Vol 12, N.º 1 (2015), pp. 54-66.

⁶²⁷ Judith Lowenburg FORMAN; Sandra Knowlton-SOHO. "Giving research participants their voice: assessing comprehension in the informed consent process". *Clin. Invest. (Lond.)*, Vol 5, N.º 2 (2015), pp. 113-115. Estas autoras ensinam-nos que, caso os pacientes não sejam capazes de explicar de volta o que foi transmitido ou explicado pelos profissionais de saúde, o processo de "teach-back method" é repetido até obter o entendimento.

No mesmo sentido, cfr. Allison R. BAER; Marge GOOD; Lidia SCHAPIRA. "A New Look at Informed Consent for Cancer Clinical Trials". *Journal of Oncology Practice*, Vol. 7, N.º 4 (2011), pp. 267-270. O que entendo útil na MTC é, como ensinam estes autores, fazer perguntas como: "Diga-me, por favor, o que lhe disse?". Este é um bom método para confirmar se o paciente entendeu toda a informação transmitida caso o mesmo consiga *teach-back*, isto é, ensine de volta explicando aos seus profissionais de saúde o que entendeu.

⁶²⁸ James FLORY; Ezekiel EMANUEL. "Interventions to Improve Research Participants' Understanding in Informed Consent for Research: A systematic review". *JAMA*, Vol. 292, N.º 13 (2004), pp. 1593-1601.

⁶²⁹ Lesley Jean BURGESS; Berna GERBER; Kathleen COETZEE; Marli TERBLANCHE; Gareth AGAR; Theunis JwW KOTZE. "An evaluation of informed consent comprehension by adult trial participants in South Africa at the time of providing consent for clinical trial participation and a review of the literature". *Open Access Journal of Clinical Trials*, Vol. 11 (2019), p. 30.

entendimento sobre a informação que resulte da MTC. Para estes efeitos, os profissionais da MTC podem proceder a três procedimentos seguintes: por um lado, apreciar o nível de literacia de saúde do utilizador de MTC em particular, para ver a capacidade que este tem de entender a informação de saúde da MTC, porque esse nível varia de um utilizador de MTC para outro; por outro lado, transmitir-lhe essa informação, com mais tempo de conversa individual e através de uma linguagem acessível e perceptível conjugada com imagens e/ou vídeos, conforme a sua capacidade de entendimento; por fim, pedir ao utilizador de MTC *teach-back*, isto é, pedir-lhe que relate o que lhe foi dito, com as palavras que lhe forem convenientes, para explicar de volta o que tenha entendido.

É evidente que assim se usa mais tempo para cada consulta médica, mas não podemos ignorar que, quanto mais difícil é o entendimento de um utilizador de MTC em particular sobre a informação, mais tempo é preciso para o seu entendimento completo. Para além disso, os profissionais da MTC devem ainda usar os métodos que mais facilitam o entendimento completo de um utilizador de MTC em concreto, sem perder tempo com o uso de métodos que para o mesmo sejam inúteis ou não apresentem efeitos esperados⁶³⁰. Estes dois pontos conduzem-nos a entender que o critério subjetivo do “paciente concreto”, que se aplica ao dever de informar, por analogia é também aplicável ao dever de esclarecimento, uma vez que os profissionais de saúde devem esclarecer caso a caso, analisando se um paciente em concreto entende a informação transmitida, em vez de analisar se os pacientes em geral colocados na mesma situação entendem a informação transmitida.

Os profissionais da MTC, ao fazerem o que podem fazer para efeitos de esclarecimento, devem deixar de proceder a qualquer intervenção ou tratamento médico caso a garantia de um entendimento completo não seja viável, porque sem este não existe o consentimento informado. Sem o respeito pelo direito ao consentimento informado por falta de um entendimento completo de utilizador de MTC, viola-se o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do qual resulta a autonomia ou a liberdade de autodeterminação pessoal⁶³¹. No entanto, os profissionais da MTC não se sujeitam a qualquer responsabilidade quando, por culpa de utilizadores de MTC *de per se*, não conseguem garantir um entendimento completo (por exemplo, se os utilizadores de MTC mentiram aos seus profissionais da MTC, dizendo que tinham entendido tudo).

⁶³⁰ Por exemplo, os profissionais de saúde devem evitar usar palavras ou textos, mesmo sendo fáceis, para utentes que tenham dificuldade de leitura.

⁶³¹ Sobre a tutela do direito à autodeterminação pelo artigo 26.º da CRP, bem como os artigos 25 e 27.º, cfr. Carolina TELES; André G. Dias PEREIRA. “Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão”. *Lex Medicinæ*, Ano 17, n.º 33 (2020), p. 4. Cfr. Joaquim Correia GOMES. “Constituição e Consentimento Informado: Portugal”. *JULGAR*, Número Especial (2014), p. 93. Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final*, op. cit., p. 65.

4. Consentimento livre

4.1. Capacidade

Para além dos deveres de informar e de esclarecer, ainda se exige o dever de obter um consentimento livre. Trata-se de uma matéria em que se analisa em geral se é substantivamente viável o consentimento prestado, isto é, se um paciente em concreto tem a capacidade para consentir ou se sofre de coação ou de qualquer outra influência que afete a sua vontade. É a capacidade para consentir que essencialmente nos ocupa nesta subsecção.

Na doutrina em geral, distingue-se a capacidade de gozo (também chamada “capacidade de direito” ou “capacidade de aquisição”) da capacidade de exercício (também chamada “capacidade de facto”). A primeira incide sobre “a susceptibilidade de ser titular de direitos, de situações jurídicas”⁶³², enquanto a segunda significa “a susceptibilidade que a pessoa tem de exercer pessoal e livremente os direitos e cumprir as obrigações que estão na sua titularidade, sem intermediação de um representante legal ou o consentimento de um assistente”⁶³³. Destas figuras podemos entender que pode existir a capacidade de gozo sem a capacidade de exercício, mas o contrário já não é possível, porque este último pressupõe a existência da titularidade de direito ou de situações jurídicas de forma a poder exercer os direitos e cumprir as obrigações de forma pessoal e livre. A capacidade de gozo adquire-se com o começo da personalidade, isto é, “no momento do nascimento completo e com a vida” (Artigo 66.º do CC), mas a aquisição da capacidade de exercício é muito posterior a esse momento, porque as pessoas podem ser, por exemplo, menores (Artigos 122.º e ss. do CC), maiores acompanhados (Artigos 138.º e ss. do CC) ou adultos incapazes (Artigo 257.º do CC). Deste modo, entendemos que, no âmbito do consentimento informado, todos os pacientes possuem capacidade de gozo, mas nem todos eles têm a capacidade de exercício quando são, por exemplo, menores, maiores acompanhados ou adultos incapazes. Em caso da incapacidade de exercício, o representante legal desempenha um papel muito importante para exercer os direitos ou cumprir as obrigações em nome dos pacientes incapazes.

Portanto, é relevante analisar quem deve ser o representante legal em concreto para, durante as atividades da MTC, exercer o direito ao consentimento informado em representação dos

⁶³² Sobre estas noções, Pedro Pais de VASCONCELOS. *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 91.

⁶³³ *Ibidem*.

incapazes, isto é, dos menores, maiores acompanhados e adultos incapazes, de acordo com os institutos existentes no CC como meios de suprimento da incapacidade de exercício.

4.1.1. Menores

Nos termos dos artigos 122.º e seguintes do CC, é menor quem ainda não tiver 18 anos de idade. Portanto, o ordenamento jurídico português determina uma linha divisória entre a maioridade e a menoridade, sendo que para esta última são menores aqueles que não tenham completado 18 anos de idade. Em princípio, os menores não têm capacidade de exercício de direitos (artigo 123.º, 2.ª parte, do CC) e a sua incapacidade é suprida pelas responsabilidades parentais (artigo 124.º do CC)⁶³⁴ e, subsidiariamente, pela tutela, salvo as exceções previstas pela lei, ao abrigo dos artigos 123.º e 124.º do mesmo código⁶³⁵. Quanto às exceções referidas, além das que a lei prevê noutro lugar, podemos encontrar algumas no artigo 127.º do mesmo código.

Parece que, de acordo com o CC, os menores teriam apenas capacidade de exercício para determinados atos patrimoniais e não para os atos tão pessoalíssimos como o consentimento informado⁶³⁶. Todavia, não é nada assim. Embora o CC não preveja capacidade dos menores para exercer o seu direito ao consentimento informado, e atendendo à unidade do sistema jurídico, devemos recorrer para o regime existente no CP, isto é, para o n.º 3 do artigo 38.º⁶³⁷ – “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Portanto, a solução que o ordenamento jurídico português consagra no âmbito da capacidade para consentir – nomeadamente nos atos como

⁶³⁴ Apesar de o artigo 124.º do CC não ter sido alvo de correção, de “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, pelo artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (Altera o regime jurídico do divórcio) – “A expressão «poder paternal» deve ser substituída por «responsabilidades parentais» em todas as disposições da secção ii do capítulo ii do título iii do livro iv do Código Civil” –, entende-se que o artigo 124.º do CC deve ser interpretado de acordo com a nova designação legal. Cfr. Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 349-350. Sobre a necessidade de uma interpretação extensiva do artigo 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, cfr. Helena Gomes MELO; João Vasconcelos RAPOSO; Luis Baptista CARVALHO; et al. *Poder Paternal e Responsabilidade Parentais*, Quid Juris, 2009, pp. 8-13.

⁶³⁵ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 349-350. Guilherme de OLIVEIRA; Francisco Pereira COELHO. *Curso de Direito da Família, Volume I: Introdução Direito Matrimonial*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 266.

⁶³⁶ Embora os menores de 16 anos de idade possam praticar determinados atos pessoais, como ato de contrair casamento (artigo 1601.º do CC), ato de perfilhar (artigo 1850.º do CC), ato de escolher a religião com liberdade (artigo 1886.º do CC, *a contrario*, e artigo 11.º, n.º 2, da Lei da Liberdade Religiosa – Lei n.º 16/2001, de 22 de junho), etc. Sobre estes e outros atos pessoais praticados pelos menores de 16 anos de idade, cfr. Geraldo Rocha RIBEIRO. “Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos”. *Lex Medicinæ*, n.º 7 (2010), Coimbra Editora, p. 115-117. Eva Sónia Moreira da SILVA. “Menores: Incapacidade Versus Autonomia”. In MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Marta Clara; PEREIRA, Maria Assunção do Vale; GONÇALVES, Anabela (coord.). *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos fundamentais e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 430-432.

⁶³⁷ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 338-339. Orlando de CARVALHO. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pp. 205-206. Capelo de SOUSA. *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 412. Guilherme de OLIVEIRA. “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, in Temas de Direito de Medicina, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 227-230. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”. *Anuário dos Direitos Humanos*, n.º 0 (2017), pp. 156-158.

as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previstos no artigo 156.º do CP – é a de que apenas são capazes para consentir os menores que, por um lado, tiverem completado 16 anos de idade e, por outro lado, tenham o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento. Com uma tal solução, entende-se que, *a contrario*, não têm capacidade para consentir os menores que ainda não tiverem completado 16 anos de idade ou, mesmo com esta idade, não tenham discernimento necessário para os efeitos referidos⁶³⁸.

Parece que o legislador português, ao determinar os 16 anos de idade como linha divisória, entendeu que os menores com esta idade já teriam – ou na maioria das vezes poderiam ter – discernimento necessário para prestar consentimento sobre os atos médicos, pelo que determinou essa idade como um dos requisitos da capacidade para consentir. No entanto, entendo que este raciocínio é criticável. Hoje em dia, as crianças são cada vez mais precoces e, mesmo não tendo 16 anos de idade, em certas situações podem possuir discernimento suficiente e necessário para efetuar a avaliação do sentido e alcance do seu consentimento prestado.

Por exemplo, os menores com 14 anos de idade ou mesmo com uma idade inferior a esta, às vezes, podem possuir discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento face aos atos médicos de pequena importância, como prescrição medicamentosa para gripe, febre, dores na cabeça, etc. Mais um outro exemplo, os menores com 12 anos de idade, que tenham sofrido de uma doença crónica com tempo longo e com experiência de várias consultas médicas ou intervenções médicas sobre a mesma doença, podem ter discernimento necessário sobre o sentido e alcance do seu consentimento, até podem ter um discernimento muito superior ao daqueles com 16 anos de idade ou mesmo com mais de 18 anos que pela primeira vez sofram da mesma doença.

Na doutrina portuguesa, alguns autores sustentam que os menores de qualquer idade podem consentir os atos médicos de pequena importância aplicando de forma analógica a alínea b) do n.º 1 do artigo 127.º do CC⁶³⁹. Esta posição, ao meu ver, tem a sua razão de ser, porque, uma vez que o ordenamento jurídico português reconhece legalmente aos menores a capacidade para dispor

⁶³⁸ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., pp. 338-339. Eva Sónia Moreira da SILVA. "A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa", op. cit., p. 156.

⁶³⁹ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 339. Guilherme de OLIVEIRA. "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", op. cit., p. 245. André Teixeira dos SANTOS. "Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos". *Revista do Ministério Público* (Abril/Junho, de 2009), pp. 123-155. Eva Sónia Moreira da SILVA. "Menores: Incapacidade Versus Autonomia", op. cit., p. 433.

livremente dos seus bens patrimoniais de pequena importância, desde que o negócio jurídico em causa esteja ao alcance da sua capacidade natural, não vemos qual a razão de recusar a sua capacidade para consentir relativamente aos atos médicos de pequena importância quando os mesmos têm o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento.

Aliás, a autonomia dos menores sem qualquer limite da idade também se encontra consagrada na lei portuguesa. Por exemplo, o n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril (Colheita e Transplante de Órgãos), ao exigir o consentimento (ou “concordância”, na letra desta norma) dos menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade para a dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células, determina que basta a capacidade natural dos mesmos para a finalidade referida, sem qualquer limite etário⁶⁴⁰; o artigo 263.º do CC, ao determinar que “[o] procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar”, exige apenas a capacidade natural dos menores para serem procuradores, independentemente de emancipação⁶⁴¹; o artigo 495.º do CPC, ao estabelecer que a capacidade para depor como testemunha corresponde à capacidade natural das pessoas, também não estabelece qualquer limite de idade para depor⁶⁴².

É evidente que os menores com 3 anos de idade não têm maturidade suficiente para entender a informação relevante prestada pelos profissionais de saúde nem têm discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento. Mesmo assim, entendo que a idade não deveria ser um requisito relevante para determinar se as pessoas teriam ou não capacidade para consentir ou recusar os atos médicos. O único requisito deveria ser o da capacidade natural, que devia ser avaliada pelos profissionais de saúde caso a caso, ou seja, estes deveriam verificar se um paciente em particular, quer menor quer maior, tem discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento prestado⁶⁴³. Este entendimento é semelhante ao que se prevê no artigo 495.º do CPC. Em caso de dúvidas sobre a existência de um tal discernimento, seria mais razoável presumir que a pessoa em causa não teria discernimento necessário e que ao representante legal coubesse exercer o direito ao consentimento informado em nome do paciente incapaz. Com este entendimento, discordo

⁶⁴⁰ Neste sentido, cfr. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”, *op. cit.*, pp. 146-147. Trata-se de “um verdadeiro direito de veto” dos menores. Esta expressão vem de Eva Sónia Moreira da SILVA. “Menores: Incapacidade Versus Autonomia”, *op. cit.*, p. 432, ao entender que “[a] lei [Lei n.º 12/93, de 22 de abril] reconhece ao menor – sem qualquer limite etário! – um verdadeiro direito de veto”.

⁶⁴¹ No mesmo sentido, *idem*, “A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”, *op. cit.*, pp. 146-147.

⁶⁴² *Idem*, “A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁴³ No mesmo sentido, cfr. Rosalvo ALMEIDA. “Consentimento e discernimento”. *Nascer e Crescer (Revista do hospital de criança maria pia)*, Vol. XXI, n.º 2 (2012), p. 94.

da opção legal e proponho que seja eliminado o requisito da idade mínima de 16 anos *de iure condendo*.

De iure constituto, caso não se verificarem os requisitos devidos (isto é, a idade e o discernimento necessário), os profissionais de saúde devem considerar os menores como incapazes para consentir os atos médicos, sendo uma tal incapacidade suprida pelas responsabilidades parentais, subsidiariamente, pela tutela, nos termos do artigo 124.º do CC.

4.1.2. Maiores Acompanhados⁶⁴⁴

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, entendia-se em geral que os interditos por anomalia psíquica não tinham capacidade para consentir, sendo uma tal incapacidade suprida pelo representante legal, e que os inabilitados tinham capacidade para consentir porque eram apenas incapazes de praticar atos de conteúdo patrimonial, e não de conteúdo pessoal⁶⁴⁵.

No entanto, com as alterações introduzidas no CC pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que entrou em vigor a partir de 11 de fevereiro de 2019 – porque a mesma lei, no artigo 25.º, prevê a sua entrada em vigor 180 dias depois da sua publicação –, os regimes de interdição e de inabilitação foram revogados e substituídos pelo regime do maior acompanhado. Passou-se, a partir daí, de um regime *dualista* e *rígido* de interdição ou inabilitação para um regime *monista* e *flexível* de maior acompanhado⁶⁴⁶, o que alterou, como é evidente, os pensamentos doutrinário e jurisprudencial relativamente à capacidade de adultos, incluindo a capacidade para consentir. Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, “...há uma inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade”⁶⁴⁷. O que significa que, quando os interditos e inabilitados eram considerados *incapazes* de exercer direitos ou cumprir deveres, os maiores acompanhados são *capazes*, mas *impossibilitados* de exercer os seus direitos ou de cumprir os seus deveres de forma plena, pessoal e consciente por razões

⁶⁴⁴ Sobre este regime novo em geral, António Menezes CORDEIRO; António Pinto MONTEIRO. “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, pp. 1-176. Disponível em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf (acesso em 4 de maio de 2022).

⁶⁴⁵ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, pp. 272-273. Maria dos Prazeres BELEZA. “Brevíssimas Notas sobre a Criação dos Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”. *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Jurídicos, pp. 16-17.

⁶⁴⁶ Maria dos Prazeres BELEZA. “Brevíssimas Notas sobre a Criação dos Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, *op. cit.*, p. 15. António Pinto MONTEIRO. “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado – Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”. *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Jurídicos, p. 38.

⁶⁴⁷ Mafalda Miranda BARBOSA. “Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores”. *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Jurídicos, p. 63.

de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento.

O novo regime parte do princípio de que todos os maiores são, em princípio, capazes para o exercício de direitos ou o cumprimento de deveres, mas podem ser *impossibilitados*, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os direitos e de cumprir os deveres (Artigo 138.º do CC)⁶⁴⁸, nomeadamente quando o tribunal assim o determina (Artigo 139.º, n.º 1, do CC). Com efeito, as medidas de acompanhamento são aquelas definidas pelo tribunal (Artigo 139.º, n.º 1, do CC) para as situações em que o maior, mesmo tendo capacidade de gozo e de exercício, precisa ainda da intervenção de um acompanhante porque, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, tem limitação da possibilidade de exercício pleno, pessoal e consciente dos direitos ou de cumprimento dos deveres (Artigo 138.º do CC). Trata-se de um “instituto próximo da inabilitação”, nomeadamente sobre a “definição do âmbito da incapacidade e da forma de suprimento”⁶⁴⁹, pelo que as soluções do regime jurídico do maior acompanhado são “flexíveis e susceptíveis de serem adequadas às situações”⁶⁵⁰. Neste sentido, o instituto do maior acompanhado pode incluir mais situações do que aquelas em que se aplicavam os institutos da interdição ou da inabilitação, necessitando, no entanto, de uma materialização ou concretização caso a caso⁶⁵¹. Portanto, para além das situações a que tradicionalmente se aplicavam os institutos de interdição e de inabilitação – como anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira em caso de interdição, e prodigalidade, alcoolismo e toxicod dependência em caso de inabilitação –, o instituto do maior acompanhado pode abranger ainda mais outras situações, nas quais se traduz a impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, como, por exemplo, a “dependência de jogos de vídeo” ou outro tipo de comportamentos aditivos que impliquem dependência, a “adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio” ou a “radicalização político-militar”⁶⁵².

Quanto ao consentimento informado, este é um direito pessoalíssimo e, deste modo, apenas pode ser exercido pelo próprio paciente ou, não tendo condição de o exercer, pelo seu representante legal. No instituto do maior acompanhado, prevê-se que “[s]ão pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e

⁶⁴⁸ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 372.

⁶⁴⁹ Estas duas expressões vêm de Maria dos Prazeres BELEZA. “Brevíssimas Notas sobre a Criação dos Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵⁰ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 371.

⁶⁵¹ Maria dos Prazeres BELEZA. “Brevíssimas Notas sobre a Criação dos Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵² Sobre todos estes exemplos, cfr. António Menezes CORDEIRO; António Pinto MONTEIRO. “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, p. 118. Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 373.

de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar” (Artigo 147.º, n.º 2, do CC). Embora não conste desta norma o consentimento informado, este direito pessoalíssimo deve ser nela incluído porque as situações referidas nela são meramente exemplificativas quando a norma referida utiliza a expressão “entre outros”⁶⁵³. Um entendimento contrário – isto é, o direito ao consentimento informado não seria incluído na norma acima referida – seria absurdo porque não faz nenhum sentido reconhecer a procriação, a perfilhação e a adoção como direitos pessoais e, no entanto, não reconhecer o consentimento informado como um direito pessoal, principalmente porque, como vimos, decorre do princípio mais geral da autodeterminação.

Em princípio, o exercício pelo acompanhado do direito ao consentimento informado é livre, salvo disposição legal ou decisão judicial em contrário (Artigo 147.º, n.º 1, do CC). O que implica que, em regra, o acompanhado é capaz e pode exercer livremente o direito ao consentimento informado, salvo a lei ou decisão judicial que determine o contrário. É óbvio que neste momento ainda não existe nenhuma disposição legal que impeça o exercício livre do direito ao consentimento informado pelo acompanhado. Portanto, apenas quando o tribunal assim o determinar, o acompanhado carece da capacidade e é *impossibilitado* de exercer livremente o seu direito ao consentimento informado. Convém realçar que, quando o tribunal tenha decretado o acompanhamento e estabelecido medida de representação legal para celebrar negócios jurídicos, tal não implica que sejam afetados os seus direitos pessoais. Para que os seus direitos pessoais sejam afetados, é necessário que o tribunal o diga assim expressamente. Ou seja, a sentença tem de dizer algo como, por exemplo, "fica impedido de consentir na prestação de atos médicos, devendo a necessária autorização para o efeito ser prestada pelo acompanhante"; ou "pode prestar o seu consentimento para a prática de atos médicos desde que seja assistido para o efeito pelo seu acompanhante; em caso de falta de acordo entre ambos, é a posição do acompanhante que prevalece".

No entanto, nem todas as decisões de natureza pessoal são tomadas pelo acompanhante quando, pela determinação do tribunal, o acompanhado não pode exercer livremente o seu direito ao consentimento informado. Este é o caso de internamento previsto no artigo 148.º do CC. Neste caso, cabe ao tribunal autorizar expressamente o internamento do acompanhado (artigo 148.º, n.º 1, do CC)

⁶⁵³ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 383. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado”. In Benedita Mac CRORIE; Miriam ROCHA; Eva Sónia Moreira da SILVA (coord.). *Temas de Direito e Bioética – Vol. I, Novas questões do Direito da Saúde*, DH-CII- Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, p. 241.

e, em caso de situação urgente, o internamento, solicitado pelo acompanhante, é ratificado pelo tribunal (artigo 148.º, n.º 2, do CC). Há autores que entendem que esta norma deve ser analogicamente aplicada, pelo menos, aos casos de situações graves sobre a saúde do acompanhado (beneficiário) em caso da falta da sua capacidade⁶⁵⁴. Esta posição tem a sua razão de ser. Se o artigo 148.º, n.º 2, do CC dá uma solução assim para o internamento do acompanhado em caso de situação urgente, não vejo a razão de recusar a sua aplicação analógica às situações graves sobre a sua saúde quando estas também correspondem às situações urgentes. Aqui pode discutir-se se o consentimento presumido é aplicável às situações graves sobre a saúde do acompanhado, quando este esteja inconsciente. Para esta questão, parece-me que se deve dividir em duas situações distintas, uma em que o acompanhado pode exercer livremente o seu direito ao consentimento informado e outra em que não o pode exercer livremente e o tribunal determina que cabe ao seu acompanhante exercê-lo. Na primeira situação, como o exercício do direito ao consentimento informado pelo acompanhado é livre, é óbvio que se aplica o consentimento presumido em caso da sua inconsciência. No que diz respeito à segunda situação, parece-me que é contraditório presumir o consentimento do acompanhado quando este, caso fosse consciente, não pudesse exercer livremente o seu consentimento informado. Mesmo assim, não podemos deixar morrer o maior acompanhado caso não seja possível pedir a autorização do acompanhante (por exemplo, numa situação de urgência em que não é possível entrar em contacto com ele). Portanto, sou de entendimento de que o consentimento presumido também deve ser aplicado, efetuando-se o tratamento *pro vitae*. Mas, na minha perspetiva, os profissionais de saúde devem presumir o consentimento presumido do maior acompanhado que possa exercer livremente o seu direito ao consentimento informado, em vez de presumir o consentimento presumido do maior acompanhado que não o possa exercer livremente. No entanto, na maioria das vezes os pacientes podem ficar numa situação de incapacidade de exercício por razão de doença, nomeadamente quando estejam inconscientes, ou por motivo similar, e ainda não há decisão judicial sobre as medidas, mesmo provisórias ou urgentes, de acompanhamento.

Parece que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina poderia resolver estas questões, ao dispor que as intervenções ou tratamentos médicos nos pacientes sem capacidade para consentir não podem ser efetuados sem a autorização do representante legal: “Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por

⁶⁵⁴ Heinrich Ewald HÖRSTER; Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, *op. cit.*, p. 384. Eva Sónia Moreira da SILVA. “A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado”, *op. cit.*, p. 242.

motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei” (Artigo 6.º, n.º 3). Todavia, esta solução apenas faz sentido quando há um representante, uma autoridade ou uma pessoa ou instância designada pela lei. O que implica que a aplicação desta norma exige que o maior tenha sido declarado incapaz de consentir nos termos da lei e, deste modo, um acompanhante tenha sido designado. Quando não há uma tal designação, esta norma não dá resposta à questão acima colocada.

Mesmo assim, podem aplicar-se as regras gerais que se aplicariam para qualquer pessoa capaz, que se encontrasse incapacitada de decidir no momento por causa da inconsciência. Ou seja, pode aplicar-se o consentimento presumido previsto no artigo 340.º, n.º 3, do CC. Com o consentimento presumido, os profissionais de saúde podem efetuar intervenções ou tratamentos médicos sem esperar pela nomeação de um representante legal, como no caso de situações urgentes, o que protege mais o interesse de pacientes porque a longa – ou mesmo curta – espera poderá causar danos na sua vida ou saúde. Portanto, o que devemos fazer é analisar se estamos perante uma situação de urgência em que não se deve esperar pela nomeação de um representante legal. Em caso afirmativo, os profissionais de saúde devem verificar se existe vontade presumida de pacientes com base nas informações existentes aplicando-se a causa de justificação do consentimento presumido (Artigo 39.º do CP e artigo 340.º, n.º 3, do CC) e, em caso afirmativo, agir de acordo com ela, efetuando as intervenções ou tratamentos médicos *pro vitae* sem esperar pela nomeação de um representante legal⁶⁵⁵. Em caso negativo – isto é, não se estando perante uma situação de urgência –, é óbvio que o tribunal é requerido a aplicar medidas de acompanhamento, designando um acompanhante para dar o consentimento informado em nome do paciente em causa (artigos 139.º do CC).

O exposto tem a sua aplicação apropriada na medicina convencional, mas a solução deve ser diferente na MTC. Como anteriormente foi defendido [*supra* a Seção 2.4.1 do Capítulo IV], os profissionais da MTC, em caso de situação de urgência, têm a obrigação de transmitir sem qualquer demora os seus utilizadores para um hospital de medicina convencional que contenha condições técnicas e ambientais para o acompanhamento devido, em vez de procederem a intervenções ou tratamentos médicos *pro vitae*. Deste modo, perante situações de urgência eles não devem verificar se

⁶⁵⁵ Este caminho é semelhante ao que nos ensina a ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit., p. 47.*

existe uma vontade presumida de utilizadores de MTC nem agem de acordo com ela. O que vale por dizer que o consentimento presumido não se verifica na MTC em caso de situação de urgência. O que existe é apenas um dever de transferência dos utilizadores de MTC para uma instituição hospitalar. Por conseguinte, o instituto do maior acompanhado mantém-se aplicável na MTC, exceto em situações de urgência.

Por outro lado, poderia perguntar-se se é possível existir representação legal na MTC para maior acompanhado. Parece que não faria sentido existir representação legal na MTC porque, por exemplo, o maior acompanhado, ao encontrar-se numa situação de urgência por qualquer razão, deve ser transferido para uma instituição hospitalar onde existem condições de tratamento urgente. Todavia, não podemos ignorar outras situações em que o maior acompanhado não tem condição de exercer o direito ao consentimento informado na MTC e, deste modo, precisa de um representante legal para o exercer em seu nome, como o caso da anomalia psíquica.

4.2. Forma escrita?

No que concerne à formalidade do consentimento na MTC, como ocorre na medicina convencional em geral, aplica-se a liberdade de forma (Artigo 219.º do CC) e, deste modo, basta o consentimento oral para a realização de diagnósticos ou métodos terapêuticos deste círculo profissional. Aliás, o consentimento oral pode ser expresso ou tácito, sendo que o consentimento tácito se deduz do facto ou comportamento que com toda a probabilidade o revelam (Artigo 217.º do CC). Em Portugal, os profissionais da MTC não usam a forma escrita porque a lei não exige tal forma⁶⁵⁶. O que podemos encontrar para a MTC é a forma escrita do consentimento informado que seja facultativamente usada numa clínica ou hospital, como a folha do consentimento informado criada pela Sociedade Portuguesa Médica de Acupunctura⁶⁵⁷. Mesmo assim, é relevante analisar se em certas situações convém exigir-se legalmente a forma escrita para certas intervenções médicas na MTC.

Mesmo na medicina convencional, não existe um critério geral que permita saber em que situação é exigida uma tal forma. O que se encontra é a exigência legal da forma escrita para situações

⁶⁵⁶ As leis da China e de Macau também não exigem a forma escrita para qualquer diagnóstico ou intervenção da MTC, pelo que a forma oral é a única forma do consentimento informado para a sua realização.

⁶⁵⁷ Sobre esta folha, disponível em <https://www.spma.pt/wp-content/uploads/2011/06/Folha-de-Consentimento-informado2.pdf> (acesso em 2 de agosto de 2020).

específicas, como:

- interrupção voluntária da gravidez [Artigo 142.º, n.º 4, alínea a), do CP];
- esterilização (Artigo 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março, relativa à educação sexual e planeamento familiar);
- electroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica [Artigo 5.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2 da Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho]⁶⁵⁸;
- prática de técnicas invasivas de diagnóstico pré-natal [Artigo 3.º, alínea c), do Despacho 5411/97, de 6 de agosto, e Circular Normativa n.º 16/DSMIA, de 5 de dezembro de 2001, da DGS]⁶⁵⁹;
- investigação sobre o genoma humano (Artigo 16.º, n.º 4, da Lei 12/2005, de 26 de janeiro)
- obtenção e utilização de material para um banco de produtos biológicos (Artigo 19.º, n.º 5, da Lei 12/2005, de 26 de janeiro);
- investigação científica nos domínios da biologia e da medicina [Artigo 16.º, alínea v), da Convenção de Oviedo];
- realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano [Artigo 2.º, alínea o), da Lei 46/2004, de 19 de agosto];
- utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (Artigo 14.º, n.º 1, da Lei da Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei 32/2006, de 26 de julho);
- colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (Artigo 8.º, n.º 6, da Lei n.º 12/93, de 22 de abril)⁶⁶⁰;
- entre outras⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Sobre as primeiras três situações, Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições. op. cit.*, pp. 274-275.

⁶⁵⁹ No entanto, esta norma não exige sempre a forma escrita pois usa a expressão “sempre que possível” – “As grávidas que pretendam realizar as técnicas invasivas devem dar o seu consentimento livre e esclarecido e, *sempre que possível, por escrito*”.

⁶⁶⁰ Sobre todas as situações referidas, ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, pp. 31-32. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.*, p. 240.

⁶⁶¹ Sobre as situações referidas e outras situações em que se exige legalmente a forma escrita, cfr. Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013, da DGS.

De todas as situações acima referidas podemos retirar, pelo menos, um critério de que a forma escrita é normalmente exigida para intervenção ou tratamento médico que determine um risco sério para a vida ou saúde de pacientes⁶⁶², o que implica a probabilidade, quer elevada quer não, de causar danos sérios na sua vida ou saúde. Este critério justifica-se porque com a forma escrita do consentimento informado se alerta o paciente em causa sobre a severidade, mesmo rara, de danos que possam ocorrer com a intervenção médica, o que permite ao paciente uma atenção e consideração mais consciente sobre a aceitação da intervenção ou tratamento médico que se aplicará no seu corpo.

Portanto, como não se encontra no ordenamento jurídico português qualquer norma que exija a forma escrita para certa intervenção ou tratamento da MTC, convém analisar se podemos encontrar algumas intervenções ou tratamentos às quais devia ser aplicável um tal critério. No meu entendimento, a forma escrita deveria ser legalmente exigida, pelo menos, nas intervenções ou tratamentos seguintes:

- uso de Trióxido de Arsênico (em chinês, “砒霜”) para tratamento de leucemia: porque, em casos graves, a sua toxicidade principal pode causar síndromes de diferenciação da leucemia como insuficiência respiratória, insuficiência renal e hemorragia pulmonar⁶⁶³;
- tratamento de acupuntura para utilizadores de MTC que sejam tratados pela primeira vez: porque pode causar reações adversas como, entre outras, desmaio (em chinês, “晕针”), que em situações graves poderá causar perda de consciência, nomeadamente nas situações em que os utilizadores de MTC estão nervosos, fracos, cansados ou com muita fome, ou que se verifica posicionamento desconfortável, manipulação excessivamente forte da agulha ou excesso de estimulação⁶⁶⁴;
- tratamento de acupuntura nos órgãos vitais: porque pode lesar os órgãos seguintes: (1) pulmão e pleura, o que causa, entre outras, pulmão colapsado (pneumotórax traumático); (2) fígado, baço e rim, o que origina, entre outras, choque devido à queda da pressão arterial; (3) sistema nervoso central, o que dá origem a convulsões, paralisia, coma ou perda de

⁶⁶² Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 240. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 275.

⁶⁶³ Sobre as referidas e outras síndromes que podem ser causadas por Trióxido de Arsênico, cfr. Kamran ALIMOGHADDAM. “A Review of Arsenic Trioxide and Acute Promyelocytic Leukemia”. *International Journal of Hematology-Oncology and Stem Cell Research*, Vol. 8, N.º 3 (2014), p. 47.

⁶⁶⁴ College of Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists of British Columbia, *Safety Program Handbook for Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists*, Dezembro de 2012, pp. 72-73.

sensação ou movimento⁶⁶⁵;

Para além da exigência da forma escrita para as intervenções médicas acima mencionadas, inclino-me para defender que cada uma delas deveria ter um formulário específico, uma vez que os riscos são diferentes de umas para outras e, mais importante do que isso, os utilizadores de MTC que vivem na comunidade portuguesa têm, na maioria das vezes, dificuldades em entender o que os profissionais da MTC dizem, especialmente no que diz respeito às expressões técnicas e ao funcionamento dos métodos terapêuticos da MTC. Com um formulário específico para cada intervenção referida, os utilizadores de MTC poderão prestar mais atenção aos riscos existentes quando leiam o respetivo formulário, o que facilitaria o cumprimento do dever de esclarecimento por parte dos profissionais da MTC. Pelo contrário, um formulário geral, que se pode usar para todas as intervenções da MTC, faz com que os utilizadores de MTC entendam o formulário como uma praxe, que não tem qualquer importância, para a intervenção a realizar.

É de realçar que a assinatura de um formulário assim não significa que os profissionais da MTC obtenham com sucesso o consentimento informado dos utilizadores de MTC, porque tal assinatura é apenas uma das formas através das quais se apresenta o consentimento, não implicando que obtenham um consentimento livre⁶⁶⁶ nem cumpram os deveres de informar e de esclarecer. Por conseguinte, a assinatura de um tal formulário não significa a existência de um consentimento informado, isto é, o cumprimento dos deveres de informar, de esclarecer e de obter um consentimento livre. Embora um tal formulário facilite a prova de que foi prestado um consentimento informado nos casos de responsabilidade médica⁶⁶⁷, essa prova poder ser ilidida quando outra(s) prova(s) demonstre(m) que, por exemplo, o utilizador de MTC em causa não recebeu efetivamente a informação de saúde suficiente ou relevante, não entendeu a informação prestada ou/e não prestou o seu consentimento livre. Deste modo, por mais seguro que seja, os profissionais da MTC devem substantivamente cumprir os deveres a que se sujeitam para obter o consentimento informado e formalmente cumprir a forma escrita para a sua obtenção se e quando a lei o vier a exigir. Existirão os mesmos riscos de violação do consentimento informado se os profissionais da MTC pensarem que a assinatura de um tal formulário os isenta de todos os seus deveres legalmente exigidos para a obtenção do consentimento informado.

⁶⁶⁵ *Idem*, pp. 74-75.

⁶⁶⁶ Porque o formulário pode ser assinado com coação ou sem capacidade, não implicando um consentimento livre ou válido.

⁶⁶⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 241.

É ainda pertinente analisar a consequência jurídica de os profissionais da MTC substantivamente cumprirem os deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre dos seus utilizadores de MTC, mas por qualquer razão não cumpram a forma escrita que a lei possa vir a exigir. É evidente que, por ora, a lei portuguesa não exige nenhuma forma escrita para qualquer intervenção ou tratamento da MTC, mas esta questão surgirá quando a lei assim o exigir, especialmente para os casos que defendi acima. Para responder a esta questão, creio ser importante tomar como referência os casos para os quais a lei portuguesa exige a forma escrita, como os casos de interrupção voluntária da gravidez, esterilização, electroconvulsivoterapia e intervenção psicocirúrgica, etc. Nestes casos, entendo que, sem a formalidade que a lei exige, o consentimento informado é inválido e inexistente, embora na prática tenham sido cumpridos os deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre⁶⁶⁸. Segundo o mesmo raciocínio, quando a lei portuguesa prever a forma escrita para determinadas intervenções ou tratamentos da MTC, o consentimento informado deverá ser inválido sem tal formalidade, mesmo tendo os profissionais da MTC cumprido os deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre.

4.3. Revogação do consentimento

No que diz respeito à revogação do consentimento na MTC, o disposto no Artigo 38.º, n.º 2, do CP prevê que “[o] consentimento...pode ser livremente revogado até à execução do facto”. Sobre a sua revogação, não se pode deixar de mencionar o fundamento legal no âmbito do Direito Civil, nomeadamente no Artigo 81.º, n.º 2, do CC, que consagra que “[a] limitação voluntária [dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável...”, porque existe uma ligação muito forte entre as duas normas referidas – isto é, ligação entre a revogação do consentimento (ou a sua limitação voluntária) e a autonomia, em que esta última é o fundamento da primeira. Portanto, a revogação do consentimento – oriundo da autonomia das pessoas que, por sua vez, resulta do direito de personalidade – não se sujeita a qualquer limitação antes da execução de intervenções ou tratamentos médicos. Os profissionais da MTC não devem, por qualquer meio, limitar a revogação do

⁶⁶⁸ Este raciocínio pode ser retirado dos seguintes exemplos da medicina convencional: (1) nos casos da interrupção voluntária da gravidez, a forma escrita é um dos requisitos para que a sua efetivação não seja punível, salvo tal efetivação se revestir de urgência (Artigo 142.º, n.º 4 e n.º 6, do CP), o que significa que sem tal forma escrita o consentimento informado é inválido e inexistente, levando à punibilidade da efetivação da interrupção voluntária da gravidez; (2) nos casos da esterilização voluntária, é proibida a sua prática caso não haja a forma escrita do consentimento informado, o que implica que sem a forma escrita o consentimento informado é inválido e inexistente (Artigo 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março); (3) nos casos da electroconvulsivoterapia e da intervenção psicocirúrgica, a forma escrita do consentimento informado é legalmente requerida para a sua realização, pelo que sem tal forma o consentimento informado é inválido ou inexistente; entre outros.

consentimento que os seus utilizadores anteriormente tenham prestado. Como bem apontam alguns autores, o carácter pessoalíssimo do direito à integridade física e pessoal e à autodeterminação são inconciliáveis com declarações de vontade irrevogáveis, pelo que se deve admitir que o paciente altere a sua posição⁶⁶⁹. Por outro lado, como a revogação do consentimento não é sujeita a qualquer limitação, basta a forma oral para sua revogação mesmo tendo dado o consentimento pela forma escrita. Deste modo, não se exige, nem deve exigir-se a forma equivalente à forma através da qual se tenha prestado o consentimento, caso esta última seja mais rigorosa.

5. Responsabilidade civil pela violação do consentimento informado

Todo o conteúdo que vem a ser exposto a partir do início do capítulo em apreço afirma que o consentimento informado é violado por falta de cumprimento de qualquer dos deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre, exceto nas situações em que os profissionais da MTC estão isentos de obter o consentimento informado, esclarecido e livre. Para afirmar a responsabilidade civil pela violação do consentimento, é necessário que sejam analisados os cinco requisitos ou pressupostos da responsabilidade civil, isto é, o facto, a licitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Quanto ao facto, entende-se que se trata do facto humano que seja dominável ou controlável pela vontade e pode consistir numa ação ou, em caso de existir um dever jurídico de agir, numa omissão⁶⁷⁰. É pertinente afirmar se a violação do consentimento informado é uma ação ou omissão. Entendo que na violação do consentimento informado pode tratar-se quer de uma omissão quer de uma ação. É uma omissão porque os profissionais da MTC – como qualquer profissional de saúde – têm o dever que a lei exige de obter o consentimento informado, esclarecido e livre de utilizadores de MTC e, no entanto, omitem o seu cumprimento. A fonte legal de um tal dever jurídico vem da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, ao prever que “[o]s profissionais das terapêuticas não convencionais só podem praticar actos com o consentimento informado do utilizador” (Artigo 13.º, n.º 2). Aliás, também se encontra consagração legal do dever de informar e do consentimento informado

⁶⁶⁹ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 276.

⁶⁷⁰ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 526-527. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* p. 557 e rodapé n.º 1. Inocêncio Galvão TELLES. *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 331-333. Na jurisprudência nacional, veja TRC, acórdão de 19 de dezembro de 2012, Processo n.º 298/10.6TBAGN.C1 (relatora Regina Rosa).

que são aplicáveis tanto na medicina convencional como nas terapêuticas não convencionais, como na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (publicada no DR 1ª Série de 3/1/2001), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 3.º), artigos 25.º e 26.º da CRP, artigo 70.º CC (Direito geral de personalidade), Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Artigos 44.º e 45.º), Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/99 de 24 de agosto, alterada pela Lei nº 27/2002, de 8 de novembro, e pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro)⁶⁷¹. Para além disso, a violação do consentimento informado pode ser uma ação quando se trata de um cumprimento defeituoso. Por exemplo, os profissionais da MTC não transmitem todas as informações relevantes ou, mesmo fazendo-o, não procedem ao esclarecimento das informações transmitidas ou não garantem o entendimento de utentes.

Sobre a ilicitude, convém distinguir se estamos no âmbito extracontratual ou no âmbito contratual⁶⁷². Na responsabilidade extracontratual, e ao abrigo do artigo 483.º do CC, a ilicitude baseia-se na violação do direito de outrem ou na violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios; na responsabilidade contratual, existe desconformidade entre a conduta devida e o comportamento efetuado, isto é, existe “falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei”⁶⁷³. Entende-se que na responsabilidade extracontratual o que se viola é um direito absoluto (Artigo 483.º, n.º 1, do CC)⁶⁷⁴, enquanto na responsabilidade contratual um direito relativo⁶⁷⁵. Deste modo, a violação do consentimento informado encaixa-se quer na responsabilidade extracontratual quer na responsabilidade contratual, porque, na primeira modalidade da responsabilidade civil, o mesmo representa a autonomia resultante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Artigo 26.º, n.º 1, da CRP), sendo um direito absoluto que deve ser respeitado por todas as pessoas e, na segunda modalidade, o consentimento informado, esclarecido e livre é um dever lateral de cuidado com a pessoa da contraparte, nascido do princípio da boa fé do artigo 762.º, n.º 2, do CC. Mesmo assim, estamos perante uma situação de concurso de responsabilidade civil extracontratual e contratual, “sendo orientação reiterada da jurisprudência do STJ a opção pelo regime da responsabilidade contratual tanto por ser mais conforme ao princípio geral da

⁶⁷¹ STJ, acórdão de 16 de junho de 2015, Processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1 (relator Mário Mendes).

⁶⁷² Sobre as suas diferenças, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 32-34.

⁶⁷³ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I*, op. cit., p. 519.

⁶⁷⁴ Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, 11.ª ed. Coimbra, Almedina, 2008, p. 504. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I*, op. cit., p. 520. Rui de ALARCÃO. *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983 (com a colaboração de J. Sousa RIBEIRO, J. Sinde MONTEIRO, Almeno de SÁ e J. C. Brandão PROENÇA), p. 208.

⁶⁷⁵ Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 539. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I*, op. cit., pp. 521-522. Rui de ALARCÃO. *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 206-207.

autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado⁶⁷⁶. Por outro lado, é de enfatizar que o mesmo facto – isto é, a intervenção médica sem consentimento informado – pode ser simultaneamente violador de dois direitos absolutos: a integridade física e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Acontece uma situação assim quando um tal facto causa danos na integridade física de utilizadores de MTC e viola a sua autodeterminação, existindo duas violações das *leges artis* e produzindo duas obrigações de indemnizar no que diz respeito a dois danos diferentes e com quantitativos distintos⁶⁷⁷.

No que concerne à culpa, esta configura-se como um juízo de censura – isto é, enquanto uma censurabilidade subjetiva –, sendo reprovável a conduta do lesante quando, pela sua capacidade e perante as circunstâncias concretas da situação, podia ou devia ter atuado de modo diferente⁶⁷⁸. A culpa pode revestir duas formas diferentes, o dolo ou a negligência, e, nos termos do artigo 487.º, n.º 2, do CC é apreciada pela diligência de um bom pai de família – critério do *bonus pater familias*, do homem razoável, prudente e diligente⁶⁷⁹. O que vale por dizer que a culpa deve ser apreciada em abstrato e a conduta do lesante deve ser avaliada conforme um modelo abstrato e objetivo⁶⁸⁰. Portanto, é reprovável a conduta dos profissionais da MTC quando podiam ou deviam ter obtido o consentimento informado dos seus utilizadores de MTC, mas por qualquer razão não o obtiveram dolosa ou negligentemente. Ou dizendo de outra forma, a conduta dos profissionais da MTC é reprovável porque um profissional da MTC razoável, prudente e diligente que seja colocado na mesma situação podia ter obtido o consentimento informado.

Quanto ao dano, por este entende-se lesão a um bem ou interesse que a lei protege, podendo revestir duas categorias, danos patrimoniais e não patrimoniais (Artigo 496.º do CC),

⁶⁷⁶ STJ, acórdão de 22 de março de 2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo). Seguindo a mesma posição, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: STJ, acórdão de 2 de dezembro de 2020, Processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 8 de setembro de 2020, Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1 (relatora Maria João Vaz Tomé); STJ, acórdão de 7 de março de 2017, Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1 (relator Gabriel Catarino); STJ, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar); STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo); STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P.L.S1 (relator Bettencourt de Faria); STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 220/13.8TTBCL.G1.S1 (relator Ferreira de Almeida); TRL, acórdão de 19 de abril de 2005, Processo n.º 10341/2004-7 (relator Pimental Marcos).

Mesmo assim, esta posição não é unânime na jurisprudência nacional e existem decisões judiciais que seguem a tese de cúmulo. Sobre estas decisões, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: TRC, acórdão de 4 de abril de 1995, Recurso n.º 995/94 (relator Francisco Lourenço), *in CJ*, Ano XX, Tomo II, 1995, pp. 31-35; STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 1364/05.5TBCL.G1 (relator Ferreira de Almeida); STJ, acórdão de 19 de junho de 2001, Processo n.º 01A1008 (relator Pinto Monteiro); STJ, acórdão de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183 (relator Fonseca Ramos); TRL, acórdão de 11 de setembro de 2007, Processo n.º 1360/2007-7 (relatora Rosa Ribeiro Coelho).

⁶⁷⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 214.

⁶⁷⁸ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 562.

⁶⁷⁹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 574-575. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, março de 2018, pp. 25-26.

⁶⁸⁰ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 574-575. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica, op. cit.*, pp. 25-26.

consoante o bem ou interesse lesado tenha ou não natureza patrimonial⁶⁸¹. A violação do consentimento informado causa danos morais ou não patrimoniais – que se entendem por “prejuízos ... que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bem nome) que não integram o património do lesado, apenas podem ser *compensados* com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma *satisfação (Geungtuung)* do que uma *indenização*”⁶⁸² –, que se refere à lesão de interesses ou bens de ordem espiritual ou moral juridicamente relevantes, isto é, lesão da autodeterminação do paciente, sendo um bem juridicamente protegido que obviamente tem natureza não patrimonial⁶⁸³, pelo que na fixação da indemnização devem ser atendidos tais danos nos termos do artigo 496.º do CC.

Por fim, e nos termos do artigo 563.º do CC – “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão” –, o nexo de causalidade implica que entre o facto e o dano exista uma relação de causa-resultado, em que o facto é uma causa que determina o resultado, ou seja, o dano⁶⁸⁴. Por conseguinte, recorrendo à teoria da causalidade adequada, caso a não obtenção de consentimento informado seja o facto que causa adequadamente danos à autodeterminação, existe a responsabilidade civil do lesante (profissional da MTC) e, deste modo, a obrigação de indemnização.

6. Directivas Antecipadas de Vontade e Medicina Tradicional Chinesa

Nos dias de hoje, o regime das DAVs – que se definem como “documento escrito através do qual uma pessoa maior e capaz dá instruções ou directivas sobre os tratamentos médicos que pretende ou não pretende receber; ou nomeia um “procurador de cuidados de saúde”, que tomará as decisões por conta do doente, tendo em vista as eventuais situações de incapacidade”⁶⁸⁵ – é reconhecido em vários países, quer pela modalidade de testamento vital quer pela modalidade de nomeação de procurador de cuidados de saúde. Os Estados Unidos da América são o país pioneiro que reconheceu legalmente as DAVs – com o diploma legal chamado *Natural Death Act* – em 1 de outubro

⁶⁸¹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 598-601. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica, op. cit.*, p. 26.

⁶⁸² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 601.

⁶⁸³ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.*, p. 216.

⁶⁸⁴ Sobre o conceito da causalidade adequada e os seus corolários úteis, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 893-898. Veja também Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica, op. cit.*, pp. 26-27.

⁶⁸⁵ Gilbert HOTTOIS; Marie-Hélène PARIZEAU. *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, 1998, p. 352, apud ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE. *Consentimento Informado – Relatório Final, op. cit.*, p. 48.

de 1976, atribuindo legalmente o direito de abstenção e suspensão de intervenção ou tratamento médico aos pacientes que se encontram em estado terminal de vida ou no estado iminente de morte⁶⁸⁶. Este regime foi posteriormente reconhecido por outros países, como os países anglo-saxónicos, os países do centro e norte da Europa, os países do Sul e latinos da Europa e os países asiáticos.

A legalização do regime das DAVs por parte dos países mencionados teve em consideração alguns valores éticos. O consentimento informado não pode ser obtido quando o paciente não tem nenhuma condição de manifestar a sua vontade, deixando o médico na iminência de ter de tomar uma decisão que possa afetar o resto da vida daquele e que possa não corresponder à sua vontade. Deste modo, as DAVs são utilizadas precisamente para este tipo de situações, sendo esta a razão de ser do reconhecimento legal deste regime⁶⁸⁷. O regime das DAVs atribui a pacientes que não tenham condições de expressar a sua vontade a qualidade da vida, em vez da quantidade da vida, para que possam, pelo menos, morrer de forma natural por meio de recusar intervenções ou tratamentos médicos que não querem. No entanto, as DAVs não servem apenas para recusar intervenções ou tratamentos médicos, como também para requerer determinadas intervenções ou tratamentos médicos, desde que estes sejam a favor das situações clínicas dos pacientes. O não respeito destes valores éticos leva-nos a questionar se ainda existe a vida humana digna, porque ao não incluir o direito de parar de viver, o direito à vida não é um direito, mas sim uma obrigação⁶⁸⁸. Por outro lado, o reconhecimento legal do regime das DAVs, nomeadamente no caso de recusa de tratamentos que suportem a vida, não implica uma tentativa de suicídio ou eutanásia direta ou indireta, uma vez que, ao contrário do que ocorre na tentativa de suicídio ou na eutanásia direta ou indireta⁶⁸⁹, tal recusa dá por resultado apenas a morte natural – o que corresponde à eutanásia passiva porque esta implica a eliminação de métodos que artificialmente suportem a vida humana⁶⁹⁰ –, em vez de lesões auto ou hétero-infligidas⁶⁹¹. Este tipo de solução legal permite, por um lado, aliviar as decisões tão pesadas, tomadas pelos profissionais de saúde, que possam envolver implicações morais e religiosas, e por outro lado, respeitar os direitos fundamentais dos pacientes, nomeadamente a liberdade religiosa, a integridade física e o direito à autodeterminação pessoal nos assuntos essenciais sobre a vida humana

⁶⁸⁶ Barbara A. BROWN. "The History of Advance Directives: A Literature Review", *Journal of Gerontological Nursing*, vol. 29, n.º 9 (setembro de 2003), p. 4. Vicki LENS. *Natural Death Acts*. Disponível em <http://www.deathreference.com/Me-Nu/Natural-Death-Acts.html> (acesso em 11 de dezembro de 2020).

⁶⁸⁷ Vera Lúcia RAPOSO. "Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões me fim da vida". *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18 (2012), p.119.

⁶⁸⁸ Vera Lúcia RAPOSO. "The right to say yes and the right to say no", *op. cit.*, pp. 1-2.

⁶⁸⁹ Sobre estas figuras, *idem*, pp. 5-7.

⁶⁹⁰ *Idem*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁹¹ Vera Lúcia RAPOSO. "Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida", *op. cit.*, pp. 174-175.

e a dignidade humana⁶⁹².

Em Portugal, é exatamente com base nestes valores que as DAVs foram legalmente reconhecidas em 2012 por meio da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade)⁶⁹³, que foi alterada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Encontram-se, neste regime, duas modalidades das DAVs, ou seja, o testamento vital e a procuração de cuidados de saúde. A primeira modalidade refere-se ao “documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (Artigo 2.º, n.º 1)⁶⁹⁴, enquanto a segunda modalidade implica o “documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade” (Artigo 12.º, n.º 1). Ao contrário do que ocorria antes da entrada em vigor deste regime – em que o documento das DAVs não tinha força vinculativa⁶⁹⁵ –, os profissionais de saúde são obrigados a respeitar o conteúdo das DAVs, para além de o registar nos processos clínicos (Artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3). Todavia, o regime das DAVs não prevê as devidas consequências jurídicas quando os profissionais de saúde não respeitem a vontade constante das DAVs vinculativas. Mesmo assim, entende-se que esta situação deve ser tratada como se os mesmos não respeitassem a vontade

⁶⁹² Vera Lúcia RAPOSO. “When life is not life (End of life Decisions in Doctor-Patient Relationships)”, *in* Book of Proceedings of the 3rd Annual International Conference on Law, Regulations and Public Policy, 2014, p. 4. Disponível em https://www.academia.edu/7885947/When_Life_is_not_Life (acesso em 14 de dezembro de 2020).

⁶⁹³ Antes da sua entrada em vigor, vários projetos de lei – o Projeto de Lei n.º 788/X (iniciativa do Partido Socialista), o Projeto de Lei n.º 413/XI (iniciativa do Partido Socialista), o Projeto de Lei n.º 414/XI (iniciativa do Bloco de Esquerda), o Projeto de Lei n.º 428/XI (iniciativa do Partido Social Democrata), o Projeto de Lei n.º 429/XI (iniciativa do Partido Popular Português), Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª (iniciativa do Bloco de Esquerda), Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª (iniciativa do Partido Socialista), o Projeto de Lei n.º 63/XII (iniciativa do Partido Social Democrata) e o Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª (iniciativa do Partido Popular Português) – tinham sido apresentados na Assembleia da República para efeitos de discussão e aprovação, incluindo não apenas matéria sobre o consentimento informado e o direito à informação, como também matéria das DAVs. O que demonstra a extensão e a longevidade do caminho legislativo sobre o regime das DAVs. Sobre os projetos em detalhe, cfr. Ana Isabel Dias de CASTRO NETO, *A Evolução Legislativa do Testamento Vital*, 2013, Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, sob a orientação do Professor Doutor Rui Nunes, 2013, pp. 39-72. Disponível em <https://hdl.handle.net/10216/70714> (acesso em 14 de dezembro de 2020).

⁶⁹⁴ A Lei que aprovou o regime do maior acompanhado (Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto) alterou também a lei das DAVs, mas esqueceu-se desta norma. Por uma questão de coerência, creio que deve interpretar-se esta norma de acordo com as alterações que foram feitas à lei das DAVs, ou seja, em vez de se ler “pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica”, deve ler-se “pessoa maior de idade que não esteja em situação de acompanhamento, caso a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar”.

⁶⁹⁵ Antes da entrada em vigor do regime das DAVs – a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho –, as DAVs não tinham valor vinculativo e apenas podiam ser consideradas como um dos vários elementos que permitiam presumir o consentimento do paciente nos termos do n.º 2 do artigo 156.º do CP. Dizendo de outra forma, as DAVs só tinham espaço de aplicação através do regime do consentimento presumido, sendo fácil a recusa da sua aplicação quando os profissionais de saúde entendiam que a vontade nelas expressa não seria atual ou não corresponderia à vontade real do paciente. Em caso da dúvida, os profissionais de saúde deveriam decidir a favor da vida do paciente (*in dubio pro vita*). Sobre a aplicação das DAVs antes da sua regulamentação expressa, Vera Lúcia RAPOSO. “Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões de fim da vida”. *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18 (2012), p.119. Vera Lúcia RAPOSO. “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida”, *op. cit.* pp. 196-201. Vera Lúcia RAPOSO. “Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal Português”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26 (2013), pp. 344-345.

expressa pelo paciente, aplicando-se o regime constante do artigo 156.º, n.º 1, do CP⁶⁹⁶. No que concerne à sua eficácia, o documento do testamento vital tem um prazo de cinco anos de eficácia a partir da sua assinatura (Artigo 7.º, n.º 1), enquanto a procuração de cuidados de saúde mantém a sua eficácia caso não tenha sido revogada pelo seu outorgante (Artigo 14.º, n.º 1). Mesmo sendo aprovado o modelo do testamento vital pela Portaria n.º 104/2014, de 15 de maio, o outorgante não é obrigado a utilizá-lo e pode utilizar a formatação que entenda conveniente, desde que sejam cumpridos os pressupostos que a lei comina – pressupostos como a forma escrita do documento das DAVs, assinado presencialmente junto de um funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou de um notário (Artigo 3.º, n.º 1), o conteúdo essencial que a lei exige, como a identificação do outorgante, o lugar, a data e a hora da assinatura, etc. (Artigo 3.º, n.º 1) e os requisitos de capacidade (Artigo 4.º) –, porque a lei prevê apenas a sua utilização facultativa (Artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, e Artigo 1.º, n.º 2, da Portaria n.º 104/2014, de 15 de maio). Quer seguindo ou não este modelo, o outorgante não deve elaborar o conteúdo de forma muito detalhada porque a situação descrita poderá não ocorrer na vida real, nem deve elaborar o conteúdo tão vago porque a vontade do paciente se tornará ambígua⁶⁹⁷.

Sem prejuízo da análise em geral e das eventuais críticas sobre o conteúdo da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho⁶⁹⁸, para o presente trabalho o mais importante é analisar em que medida relevaria o regime das DAVs na MTC. Antes de tudo, é óbvio que o outorgante raramente elabora um documento das DAVs do qual consta a recusa de métodos terapêuticos da MTC, porque hoje em dia estes métodos, mesmo não garantindo a qualidade de vida, não têm em vista prolongar a vida de paciente, ao contrário do que ocorre na medicina convencional, como a ligação da máquina de suporte vital e reanimação cardiorrespiratória. Parece que o regime das DAVs não relevaria na MTC. No entanto, o documento das DAVs não serve apenas para recusar intervenções ou tratamentos médicos, como também para os requerer, desde que os mesmos sejam a favor das situações clínicas dos pacientes. Por conseguinte, para responder à questão colocada, é relevante analisar se os métodos terapêuticos da MTC têm ou não efeitos clínicos (por exemplo, melhorar a sua situação clínica) na situação em que o paciente se encontra sem condição de manifestar a sua vontade (por exemplo, no estado vegetativo persistente), já que sem os mencionados efeitos clínicos o outorgante, quando consciente, não

⁶⁹⁶ Vera Lúcia RAPOSO. “Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal Português”, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁹⁷ Vera Lúcia RAPOSO. “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida”, *op. cit.* p. 176. Vera Lúcia RAPOSO. “To Act or Not to Act, That is the Question: Informed Consent in a Criminal Perspective”. *European Journal of Health Law*, vol. 19, n.º 4 (2012), p. 390. Vera Lúcia RAPOSO. “No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade)”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 24 (2013), p. 87.

⁶⁹⁸ Sobre a análise em geral deste regime e as suas críticas, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. “No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade)”, *op. cit.*, pp. 79-106.

manifestaria, através das DAVs, a sua vontade de utilizar os métodos terapêuticos da MTC para a situação em que se encontraria inconsciente. Hoje em dia, encontram-se estudos que demonstram os efeitos clínicos da MTC nessas situações, nomeadamente através da acupuntura⁶⁹⁹, como os exemplos seguintes: a acupuntura pode aumentar evidentemente a taxa de recuperação e a taxa de cura para a mente em estado vegetativo persistente⁷⁰⁰; a acupuntura restaurando a consciência (“*restoring consciousness acupuncture*”) pode ser utilizada para pacientes com distúrbios de consciência resultantes de várias causas, o que dá um resultado satisfatório, acelerando ou aumentando a eficácia de tratamento⁷⁰¹; a acupuntura tem efeitos para quem tenha lesões cerebrais adquiridas severas (“*severe acquired brain injuries*”), limitando lesões cerebrais secundárias e gerindo consequências como disfunção neuroendócrina e autonómica, espasticidade muscular e dor⁷⁰²; a acupuntura auricular tem efeitos na recuperação da consciência de pacientes com lesões cerebrais traumáticas severas (“*severe traumatic brain injuries*”)⁷⁰³.

Com todos os benefícios clínicos que a MTC eventualmente pode garantir, o outorgante poderá querer requerer, através das DAVs, os métodos terapêuticos da MTC num estado tão crítico, e muitas vezes terminal, da sua vida, mesmo com a ligação da máquina de suporte vital, procurando alguma recuperação. No entanto, o paciente (isto é, outorgante das DAVs) que tenha requerido, por meio das DAVs, os métodos terapêuticos da MTC não goza deste tipo de serviço clínico, quando o

⁶⁹⁹ A acupuntura é um dos métodos terapêuticos da MTC porque a Portaria n.º 45/2018, no seu artigo 8.º, prevê que é um dos componentes de formação em princípios da MTC.

⁷⁰⁰ Lu ZHENG. “Acupuncture treatment for persistent vegetative state after operation of acute subdural hematoma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 25, n.º 2 (China, 2005), pp. 82-84.

⁷⁰¹ Wen-Long WU; Yu-Chiang HUNG; Chih-Hao CHANG. “Acupuncture for Disorders of Consciousness – A Case Series and Review”, capítulo em *Acupuncture – Clinical Practice, Particular Techniques and Special Issues (Ed. Marcelo Saad)*, publicado pela InTech, 2011, pp. 3-28. J. DING; Y. GUO. “Effects of pricking blood at twelve Jing points of hand on state of consciousness in the patient of early stroke”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 24, n.º 10 (China, outubro de 2004), pp. 673-676. H.F. MA; et. al. “Effect of Acupuncture of Twelve Jing (Well)-points on Cerebral and Serum TNF- α Contents in Rats with Regional Cerebral Ischemia”. *Acupuncture Research*, vol. 31, n.º 1 (China, janeiro de 2006), pp. 35-37. Q. MA; et. al. “Acupuncture for restoring consciousness and inducing resuscitation in treating disturbance of consciousness due to acute stroke”. *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, vol. 10, n.º 11 (China, março de 2006), pp. 142-143. X.M. SHI. “Clinical Research on the Treatment of 9005 Cases of Apoplexy with the Acupuncture Method of Sharpening Mind and Inducing Consciousness”. *Hunan Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacology*, vol. 11, n.º 1 (China, janeiro de 2005), pp. 3-5. T. LI; et. al. “Clinical observation on effect of acupuncture on nervous functions of the patient after operation of hypertensive cerebral hemorrhage”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 26, n.º 4 (China, abril de 2006), pp. 247-249. F. PENG; et. al. “Clinical observation on continuous electroacupuncture at Neiguan (PC 6) for arousing consciousness of comatose patients with severe craniocerebral trauma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 30, n.º 6 (China, junho de 2010), pp. 465-468. Y.Y. FU; et. al. “Observation on electroacupuncture combined with routine western medicine therapy for promoting consciousness of the patient with coma caused by craniocerebral trauma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 129, n.º 12 (China, fevereiro de 2009), pp. 107-110. J.P. LIU; et. al. “Observation on therapeutic effect of electroacupuncture therapy for promoting consciousness of patients with coma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 130, n.º 13 (China, março de 2010), pp. 206-208. J.H. BI. “The wake-promoting effects of adjuvant acupuncture on comatose patients post brain injury”. *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, vol. 8, n.º 34 (China, dezembro de 2004), p. 7725. X.Y. CHEN; et. al. “Effect of strong stimulation of acupuncture at twelve Jing-well points as main for neurosurgery patients with disorder of consciousness”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 29, n.º 8 (China, agosto de 2009), pp. 619-622.

⁷⁰² Loredana CAVALLI; Lucia BRISCESE; Tiziana CAVALLI; Paolo ANDRE; Maria Chiara CARBONCINI. “Role of Acupuncture in the Management of Severe Acquired Brain Injuries (sABIs)”. *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine (Ed. Morry Silberstein)*, vol. 2018, Article ID 8107508, 10 pages, 2018. <https://doi.org/10.1155/2018/8107508> (acesso em 16 de dezembro de 2020).

⁷⁰³ Tong LIU; Jia-Ni YU; Wei-chuan KUANG; Xiao-yin WANG; Ye JIANG; Xi WEN; Xiao-jia QIU. “Effect of Electroacupuncture at Auricular Acupoints “Heart” and “Brainstem” in Improving the Consciousness of Patients after Traumatic Brain Injury: Study Protocol for a Randomized Controlled Trial”. *Research Square*. Preprint version (janeiro de 2019), pp 1-16. DOI: 10.21203/rs.2.209/v1.

hospital em que é internado não os presta. No presente, são poucos os hospitais em Portugal que prestam a pacientes intervenções ou tratamentos da MTC, como o Hospital de Loulé, o Hospital da Cruz Vermelha Portuguesa, o Hospital da Luz, o Hospital Particular de Almada, etc. O problema é o de que o hospital onde o paciente é internado pode não ser aquele que integre a MTC. É óbvio que os hospitais que não integram a MTC não têm nenhuma condição de respeitar a vontade constante das DAVs e, deste modo, o respetivo incumprimento não deve ser sujeito a qualquer responsabilidade civil. No entanto, inclino-me para defender que os profissionais de saúde nesses hospitais teriam um dever legalmente previsto de informar os familiares da alternativa de transferir o paciente para os hospitais que integrem a MTC, de forma a cumprir a vontade apresentada no documento das DAVs. Sendo transferido o paciente para qualquer dos hospitais que integrem a MTC, são os profissionais de saúde responsáveis por estes que se sujeitam a respeitar a vontade constante das DAVs, sob pena de incorrer em eventual responsabilidade civil e/ou criminal.

Como a lei das DAVs (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho) não prevê expressamente a MTC como sendo uma técnica de prestação de cuidados de saúde, parece-me que ainda não há fundamento legal para afirmar que o regime das DAVs releva na MTC. Mesmo assim, defendo que deveria ser relevante, ou seja, que o conceito de “cuidados de saúde” da lei das DAVs deve integrar os cuidados prestados pelas terapêuticas não convencionais. É de realçar que a lei das DAVs fala em “cuidados de saúde” e não em “cuidados médicos”, pelo que a opção da vontade antecipada do paciente não deve ser limitada apenas em cuidados de saúde da medicina convencional. Com isto, o governo português devia promover a integração da MTC em todos os hospitais de Portugal, desde que haja recursos humanos e financeiros⁷⁰⁴. A relevância das DAVs na MTC será grande quando a maioria da comunidade portuguesa aceitar os métodos terapêuticos da MTC, reconhecendo os seus efeitos a favor das situações clínicas. Quando chegar esse momento, muitas pessoas escolherão e requererão, por meio das DAVs, os métodos terapêuticos da MTC como tratamentos principais para a situação em que não terão condições de expressar a sua vontade, com vista à eventual recuperação de consciência. Nesse momento, a prestação de cuidados de saúde da MTC será uma necessidade social que a DGS deverá satisfazer em todos os hospitais, em vez de ser uma opção que o paciente tem através das DAVs. No entanto, antes de existir um fenómeno assim, defendo que deverá haver em Portugal uma ligação

⁷⁰⁴ Já em julho de 2016, durante a inauguração do Instituto Confúcio da Universidade de Coimbra, o diretor-geral da Saúde, Francisco George, promoveu à comunidade portuguesa a integração da MTC e das farmácias tradicionais chinesas nos hospitais de Portugal, defendendo que não se podem ignorar os efeitos benéficos que a MTC pode ter para a população portuguesa. Cfr. Jornal Público. *DGS espera ver medicina tradicional chinesa nos hospitais*, 4 de julho de 2016. Disponível em <https://www.publico.pt/2016/07/04/sociedade/noticia/dgs-espera-ver-medicina-tradicional-chinesa-nos-hospitais-1737281> (acesso em 8 de fevereiro de 2021).

inseparável entre a MTC e a prestação de cuidados de saúde, como existe neste momento na China. Uma tal ligação pressupõe pelo menos dois requisitos. Por um lado, a MTC deverá ser entendida como uma forma da medicina, em vez de ser apenas uma terapêutica não convencional⁷⁰⁵. Por outro lado, o acesso aos cuidados de saúde em Portugal deverá envolver os cuidados de saúde da MTC⁷⁰⁶. Apenas com estes dois requisitos se encontrará certa necessidade social em Portugal sobre os cuidados de saúde da MTC.

⁷⁰⁵ Como já foi defendida esta posição no Capítulo I, para o qual se remete.

⁷⁰⁶ Embora com várias críticas a partir da regulação das terapêuticas não convencionais pela Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto, nomeadamente com as críticas da Ordem dos Médicos, o governo português tem insistido na integração dos cuidados de saúde da MTC nos hospitais portugueses. Como já foi referido, neste momento existem alguns hospitais em Portugal em que se integram os cuidados de saúde da MTC, como o Hospital de Loulé, o Hospital Cruz Vermelha Portuguesa, o Hospital da Luz, o Hospital Particular de Almada, etc. É de prever que no futuro todos os hospitais públicos em Portugal integrem os cuidados de saúde da MTC, desde que exista um interesse crescente da comunidade portuguesa pela MTC.

CAPÍTULO V - Erro de Diagnóstico

1. Erro de diagnóstico na Medicina Tradicional Chinesa

Hoje em dia, quer a medicina convencional quer qualquer das terapêuticas não convencionais não podem garantir a certeza de diagnóstico para confirmar as situações clínicas de pacientes/utilizadores de MTC ou a essência de doença de que estes padecem, por vários fatores, como a incerteza da medicina, o conhecimento ou a experiência dos profissionais de saúde, os recursos existentes para estes, entre outros. E esses fatores podem relacionar-se com a conduta de quem realiza o diagnóstico, com a conduta de quem preste apoio ao profissional de saúde responsável ou até com uma circunstância que não tenha nada a ver com aquela conduta médica ou profissional (por exemplo, com a gestão hospitalar). É com uma tal incerteza que se verifica a possibilidade de ocorrência de erros de diagnóstico. Por exemplo, um estudo de 2010 revelou que, em Portugal, a taxa de ocorrência de diagnósticos errados – que não apenas incluem os diagnósticos errados por médico, como também por enfermeiros e farmacêuticos, e ainda diagnósticos errados ou atrasados devido a má interpretação de exames exploratórios e da observação clínica – foi de 5 por cento nos 40 erros reportados na medicina geral e familiar⁷⁰⁷. Embora os erros de diagnóstico possam ocupar uma percentagem não elevada, o problema que se enfrenta é o de que, de entre estes erros os que sejam negligentemente causados por profissionais de saúde possam ocupar uma percentagem relativamente elevada⁷⁰⁸. De qualquer forma, os erros de diagnóstico são importantes e sucedem, até muitas vezes no tempo recente, mas representam uma área de segurança dos pacientes que não se tem em grande

⁷⁰⁷ Sobre este estudo, cfr. Ana Maria SEQUEIRA; Luís MARTINS; Victor Hugo PEREIRA. "Natureza e frequência dos erros na actividade de Medicina Geral e Familiar Geral num ACES – Estudo descritivo". *Revista Portuguesa de Clínica Geral*, Vol. 26, n.º 6 (2010), p. 577. Embora este estudo não seja recente, permite-nos saber da possibilidade de ocorrência de diagnóstico errado em Portugal.

O erro de diagnóstico ocorre também noutros países, como nos Estados Unidos da América, em que a frequência da sua ocorrência é inaceitavelmente elevada (cfr. Mark L. GRABER. "The incidence of diagnostic errors in medicine". *BMJ Quality & Safety*, Vol. 22, Suppl 2 (2013), p. ii23), com uma taxa entre 5 e 15 por cento [Cfr. Arthur S. ELSTEIN. "Clinical reasoning in medicine". *Clinical Reasoning in the Health Professions* (J. HIGGS, M.A. JONES, eds.). Woburn, Mass: Butterworth-Heinemann, 1995, pp. 49-59. Hardeep SINGH; Ashley N.D. MEYER; Eric J. THOMAS. "The frequency of diagnostic errors in outpatient care: estimation from free large observational studies involving US adult populations". *BMJ Quality & Safety*, Vol. 23 (2014), pp. 727-731].

Mais estudos sobre a possibilidade de ocorrer o erro de diagnóstico, cfr. Saul N. WEINGART; Amy N. SHIP; Mark D. ARONSON. "Confidential Clinician-reported Surveillance of Adverse Events among Medical Inpatients". *Journal of General Internal Medicine*, Vol. 15, n.º 7 (julho de 2000), p. 473. Graham NEALE; Maria WOLOSZYNOWYCH; Charles VINCENT. "Exploring the causes of adverse events in NHS hospital practice". *Journal of the Royal Society of Medicine*, Vol. 94, n.º 7 (julho de 2001), pp. 326-328. Ross McL. WILSON; Bernadette T HARRISON; Robert W GIBBERD; et. al. "An analysis of the causes of adverse events from the Quality in Australian Health Care Study". *Medical Journal of Australia*, Vol. 170, n.º 9 (1 de maio de 1999), pp. 413-414. Alice L BHASALE; Graeme C MILLER; Sharon E REID; et. al. "Analysing potential harm in Australian general practice: an incident monitoring study". *Medical Journal of Australia*, Vol. 169, n.º 2 (1 de julho de 1998), pp. 73-76. Lucian L. LEAPE; Troyen A. BRENNAN; Nan LAIRD; et. al. "The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II". *The New England Journal of Medicine*, Vol. 324, n.º 6 (7 de fevereiro de 1991), p. 381.

⁷⁰⁸ Por exemplo, há um estudo que demonstrou que, de entre os erros de execução, de prevenção, de diagnóstico, de tratamento com drogas, do sistema e dos outros tipos não classificados (N=1276), os erros de diagnóstico ocupam uma percentagem baixa (13.8 %), mas de entre estes erros os que foram julgados como erros de diagnóstico negligentes ocupam uma percentagem muito elevada (74.7 %). Cfr. Lucian L. LEAPE; Troyen A. BRENNAN; Nan LAIRD; et. al. "The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II", *op. cit.*, p. 381.

conta e é pouco estudada⁷⁰⁹.

Entende-se que a ocorrência do erro de diagnóstico se verifica quando o diagnóstico tenha sido realizado de forma errada, atrasada ou até não tenha sido realizado⁷¹⁰. O que vale por dizer que o erro de diagnóstico pode resultar de três tipos de situações: da interpretação errada dos exames realizados, da realização atrasada e da não realização dos exames cuja necessidade é indicada pelos sintomas do paciente^{711/712}.

É óbvio que o erro de diagnóstico na MTC também pode suceder, resultando de causas que possam dimanar não apenas dos profissionais da MTC, como também de outrem (por exemplo, os utilizadores de MTC, da enfermagem ou das situações clínicas, etc.)⁷¹³. Há quem defina “o erro de diagnóstico na MTC” como uma falha, que por alguma razão as instituições da MTC ou os seus profissionais de saúde cometem, de julgar uma doença como outra, de determinar a gravidade de situação clínica ou de não realizar o diagnóstico⁷¹⁴. Embora esta definição não englobe a realização atrasada dos métodos de diagnóstico da MTC, tal não impede que a ocorrência do erro de diagnóstico na MTC resulte das situações idênticas às da medicina convencional: da interpretação errada do que resulta dos métodos de diagnóstico da MTC⁷¹⁵ (isto é, a entrevista, a observação, o exame áudio-olfativo, a palpação e a diferenciação de síndromas⁷¹⁶), da realização atrasada e da não realização destes⁷¹⁷.

⁷⁰⁹ Gordon D. SCHIFF; Seijeoung KIM; Richard ABRAMS; et. al. “Diagnosing Diagnosis Errors: Lessons from a Multi-institutional Collaborative Project”. *Advances in Patient Safety: From Research to Implementation (Volume 2: Concepts and Methodology)* (janeiro de 2005), Editora Agency for Healthcare Research and Quality (US), editado por Kerm Henriksen, James B Battles, Eric S Marks, David I Lewin, p. 256. G. Ross BAKER; Peter NORTON. *Patient Safety and Healthcare Error in the Canadian Healthcare System: A Systematic Review and Analysis of Leading Practices in Canada with Reference to Key Initiatives Elsewhere*. Ottawa, Canada: Health Canada (2002), p. 109. Disponível em https://www.canada.ca/content/dam/hc-sc/migration/hc-sc/hcs-sss/alt_formats/hpb-dgps/pdf/pubs/2001-patient-securit-rev-exam/2001-patient-securit-rev-exam-eng.pdf (acesso em 8 de novembro de 2021).

⁷¹⁰ Mark L. GRABER; Nancy FRANKLIN; Ruthanna GORDON. “Diagnostic Error in Internal Medicine”. *Archives of Internal Medicine*, Vol. 165, n.º 13 (11 de julho de 2005), p. 1493.

⁷¹¹ Sobre o primeiro e o último tipos de situações, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 248. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 298.

⁷¹² É de mencionar que a OMS tem uma definição diferente, definindo o erro de diagnóstico como “uma falha em fornecer uma explicação precisa e oportuna dos problemas de saúde do paciente ou em comunicar essa explicação ao paciente”, cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Diagnostic Errors: Technical Series on Safer Primary Care*, Geneva, Switzerland, 2016, p. 4. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/252410/9789241511636-eng.pdf> (acesso em 7 de julho de 2021). No entanto, não adotamos a parte relativa à falha em comunicar a explicação ao paciente, uma vez que esta parte deve ser analisada no Consentimento Informado, nomeadamente no que diz respeito ao dever de informar, e não no âmbito do erro de diagnóstico.

⁷¹³ Sobre estas causas e a sua origem, cfr. Yong LIN (林勇); Guojin ZHENG (郑国进). “Discussion on the Causes of Diagnostic Errors of Traditional Chinese Medicine from the Perspective of Clinical Thinking” (从临床思维探讨中医误诊的原因). *Fujian Journal of TCM*, Vol 49, n.º 4 (julho de 2018), p. 50.

⁷¹⁴ Yong DENG. “Discussion on the Legal Problems in the Field of TCM Medical Tort Damage”. *Medicine and Society*, vol. 28, n.º 7 (julho de 2015), p. 95. Yong DENG. “Research on the Medical Tort Liability System of TCM in China”. *Medicine and Society*, Vol. 6, n.º 6 (2014), p. 21.

⁷¹⁵ Mas sem prejuízo da possibilidade de recorrer aos exames da medicina convencional para efetuar os atos de diagnóstico e, conseqüentemente, os métodos terapêuticos da MTC. Trata-se da matéria que será tratada de forma detalhada na próxima seção.

⁷¹⁶ Estes métodos de diagnóstico são previstos no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de agosto (Fixa a caracterização e o conteúdo funcional da profissão de especialista de medicina tradicional chinesa). Para além disso, a Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro, no seu artigo 8.º, alínea b), prevê de forma semelhante os métodos de diagnóstico da MTC: (1) interrogatório-história; (2) observação; (3) exame físico, áudio-olfativo, da língua, do pulso, dos meridianos e pontos, das áreas reflexas e palpação; (4) diferenciação de síndromas.

⁷¹⁷ Tendo o mesmo entendimento, cfr. Wen-bin LIN (林文彬). *Discussion on misdiagnosis of traditional Chinese medicine (谈中医误诊的探讨)*, pp. 1-2.

Para melhor localizar a falha e identificar os fatores que a causam, convém dividir o procedimento de diagnóstico em sete fases: (1) o acesso ou a apresentação (por exemplo, o cuidado negado ou a apresentação atrasada); (2) o registo ou coleta de dados clínicos (por exemplo, a falha ou o atraso na obtenção de dados clínicos); (3) o exame físico (por exemplo, a falha ou o atraso na obtenção ou produção de resultados de exame físico); (4) os testes (por exemplo, a falha ou o atraso em ordenar testes necessários ou em realizar testes solicitados, a ordenação de testes errados, a transmissão falhada ou atrasada do resultado aos profissionais de saúde, a falha ou o atraso no acompanhamento do resultado de testes, a interpretação errada de testes, etc.); (5) a avaliação (por exemplo, a falha ou o atraso no diagnóstico, a falha em avaliar a urgência ou acuidade de doença, a falha ou o atraso no reconhecimento de complicações, etc.); (6) o encaminhamento (por exemplo, a falha ou o atraso em ordenar o encaminhamento necessário, o encaminhamento inadequado ou desnecessário); (7) o acompanhamento (por exemplo, a falha ou o atraso no acompanhamento oportuna de utilizadores de MTC)⁷¹⁸. Embora estas fases sejam propostas no âmbito da medicina convencional, tal não impede que elas sejam aplicáveis à MTC (obviamente, sem prejuízo de outras fases mais adequadas que poderão surgir especificamente para a MTC), salvo a fase no que diz respeito aos testes. Nesta situação excepcional, a fase relativa aos testes pode não ser aplicável à MTC porque, em regra, neste círculo profissional não se realizam testes como os que frequentemente se realizem no âmbito da medicina convencional para melhor conhecer a situação clínica dos pacientes (por exemplo, o teste de urina, a CT, a MRI, o Raios-X, etc.). Mas é óbvio que uma tal inaplicabilidade não sucede quando os profissionais da MTC recorrem ao resultado dos testes ou exames da medicina convencional como base do seu diagnóstico⁷¹⁹.

A localização da falha e a identificação dos seus fatores são fundamentais para a análise da (in)existência da ilicitude e/ou da culpa e, deste modo, da eventual responsabilidade civil dos profissionais da MTC, porque, a meu ver, uma tal análise pressupõe o conhecimento do procedimento que falhou e dos fatores que causaram a falha. Neste sentido, tendo localizado o procedimento ou a fase onde se verificou a falha, é fundamental que sejam identificados os fatores que a causaram, com vista à consequente determinação da (in)existência da violação das *leges artis*.

Disponível em <http://linyen.uncma.com.tw/u4/u42/u42-a.pdf> (acesso em 4 de novembro de 2021). Quanto à este ponto, mesmo que seja no âmbito da medicina convencional, a ideia seguida por alguns autores também é aplicável à MTC, nomeadamente no que diz respeito à primeira situação e à última situação referidas, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 248. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 298.

⁷¹⁸ Estas fases são sugeridas por Gordon D. SCHIFF; Seijeoung KIM; Richard ABRAMS; et. al. "Diagnosing Diagnosis Errors: Lessons from a Multi-institutional Collaborative Project", op. cit., pp. 261-262.

⁷¹⁹ Situação que será analisada na Seção 2 do Capítulo V.

No entanto, como alguns autores afirmam⁷²⁰, muitas vezes é difícil determinar-se se ocorreu ou não um erro de diagnóstico. Uma tal dificuldade leva, muitas vezes, à incerteza da ocorrência do erro de diagnóstico. Nesta situação, é óbvio que não se pode entender que os profissionais da MTC atuem com conduta ilícita ou culposa e, por isso, violem *as leges artis*. Neste sentido, apenas com a certeza sobre a ocorrência do erro de diagnóstico é razoável analisar-se se, tendo localizado onde se verificou a falha e identificado os fatores de falha, os profissionais da MTC cumpriram, de forma devida, *as leges artis*.

Fora desta última situação, e quando se está perante uma certeza sobre a ocorrência do erro de diagnóstico, é fundamental que sejam identificados os fatores que tenham causado o erro de diagnóstico. Entende-se que, como sucede na medicina convencional, os fatores que podem causar o erro de diagnóstico na MTC são vários, incluindo, entre outros, o erro de recolher dados clínicos, o atraso de diagnóstico, o erro de identificar a doença, o erro de que um utilizador de MTC que não sofra de qualquer doença seja diagnosticado como doente ou, pelo contrário, o utilizador de MTC que sofre de uma certa doença não seja diagnosticado como doente, ou o erro de identificar só uma doença quando um utilizador de MTC em particular padece efetivamente de duas ou mais doenças⁷²¹. No que diz respeito especificamente aos fatores que causem a ocorrência da primeira situação acima referida – isto é, da interpretação errada do que resulta dos métodos de diagnóstico da MTC –, esses fatores podem ser resumidos como os erros de julgamento da etiologia, da posição de doença, da natureza de doença e da designação de doença⁷²².

Não obstante, como sucede na medicina convencional, mesmo sendo possível a identificação dos fatores que tenham causado o erro de diagnóstico na MTC, nem todos eles levam sempre à violação das *leges artis*, porque há situações em que se verifica a interpretação errada do que resulta dos métodos de diagnóstico da MTC, a realização atrasada ou a não realização destes, sem qualquer violação das *leges artis*. Neste sentido, a existência do erro de diagnóstico, como de qualquer outro erro, não significa sempre a existência da negligência⁷²³. Por conseguinte, qualquer que seja a

⁷²⁰ Gordon D. SCHIFF; Seijeoung KIM; Richard ABRAMS; et. al. "Diagnosing Diagnosis Errors: Lessons from a Multi-institutional Collaborative Project", *op. cit.*, p. 256.

⁷²¹ Sobre estas causas e a sua origem, cfr. Yong LIN (林勇); Guojin ZHENG (郑国进). "Discussion on the Causes of Diagnostic Errors of Traditional Chinese Medicine from the Perspective of Clinical Thinking" (从临床思维探讨中医误诊的原因). *Fujian Journal of TCM*, Vol 49, n.º 4 (julho de 2018), p. 50.

⁷²² Wen-bin LIN (林文彬). *Discussion on misdiagnosis of traditional Chinese medicine (谈中医误诊的探讨)*, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁷²³ C.A. VINCENT. "Research into medical accidents: a case of negligence?". *The British Medical Journal*, Vol. 299 (4 de novembro de 1989), p. 1150. Lucian L. LEAPE; Troyen A. BRENNAN; Nan LAIRD; et. al. "The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II", *op. cit.*, p. 381. No mesmo sentido, cfr. Lucian L. LEAPE; Troyen A. BRENNAN; Nan LAIRD; et. al. "The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II", *op. cit.*, p. 381.

fase do procedimento de diagnóstico na MTC, deve entender-se que existem falhas que são aceitáveis, nomeadamente quando os profissionais da MTC não violam as *leges artis*, como sucede na medicina convencional. Por exemplo, na fase da avaliação, onde se verifica a falha no reconhecimento de complicações, essa falha pode não ter a ver com a conduta ilícita ou culposa dos profissionais da MTC por estes terem seguido todas as regras de conduta exigidas, mas sim com a incerteza que a MTC, ou até a ciência médica, tem sobre a existência de complicações, sendo esta incerteza inevitável e, portanto, não negligente.

Apesar disso, coloca-se ainda a questão de saber como se determina se uma falha é ou não aceitável durante o procedimento de diagnóstico da MTC. Parece-me que a (in)aceitabilidade do erro de diagnóstico é uma questão mais complexa na MTC do que na medicina convencional, especialmente quando os profissionais da MTC não têm instrumentos como os que existem na medicina convencional (por exemplo, o teste de urina, a CT, a MRI, o Raios-X, etc.) de forma a apoiar o seu diagnóstico, porque perante a mesma doença um profissional da MTC pode recorrer ao(s) método(s) de diagnóstico diferente(s) do(s) que seja(m) utilizado(s) por outro profissional da MTC e, mesmo adotando o(s) mesmo(s) método(s) de diagnóstico, os resultados de diagnóstico podem variar de um profissional da MTC para outro. Mas a complexidade da questão levantada não impede que esta seja resolvida da mesma forma através da qual se resolve na medicina convencional. Qualquer que seja o círculo profissional, encontra-se um padrão de prática geralmente aceite, que corresponde ao que temos chamado como as “*leges artis*” ou as “regras de conduta”, e, caso os profissionais de saúde o sigam, os erros que apareçam são considerados inevitáveis e não negligente⁷²⁴. O que vale por dizer que o padrão de conduta na MTC (ou seja, as suas *leges artis*) aceita certo grau de erros, independentemente de produzir danos em utilizadores de MTC. Neste sentido, pode entender-se que determinadas falhas são aceitáveis durante o procedimento de diagnóstico da MTC quando se integram no âmbito da aceitabilidade do padrão de conduta; caso contrário, tais falhas são inaceitáveis, quer profissionalmente quer juridicamente, violando as *leges artis* do seu círculo profissional.

No entanto, é de realçar que os profissionais da MTC, mesmo atuando com conduta ilícita e/ou culposa e violando as *leges artis*, podem não causar qualquer dano físico aos utilizadores de MTC em caso do erro de diagnóstico. Assim acontece porque, atendendo aos modos de execução dos métodos de diagnóstico específicos da MTC – isto é, o interrogatório-história, a observação, o exame

⁷²⁴ Lucian L. LEAPE; Troyen A. BRENNAN; Nan LAIRD; et. al. “The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II”, *op. cit.*, p. 381.

físico, o áudio-olfativo, da língua, do pulso, dos meridianos e pontos, das áreas reflexas e palpação, e, por fim, a diferenciação de síndromas [a Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro, no seu artigo 8.º, alínea b), e, de forma semelhante, a Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de agosto, no seu artigo 4.º, n.º 2, alínea b)] –, a realização de qualquer destes métodos de diagnóstico raramente pode produzir dano físico aos utilizadores de MTC. Muitas vezes, este tipo de dano verifica-se na MTC com a aplicação de métodos terapêuticos que sejam inapropriados por causa do erro de diagnóstico. Nesta situação, mesmo que a conduta violadora das *leges artis* e o dano físico ocorram nos procedimentos distintos, isto é, uma no procedimento de diagnóstico e outro no procedimento de tratamento, a responsabilidade civil pode verificar-se desde que haja o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e culposa e o dano físico.

É evidente que um tal nexo de causalidade existe quando todos os métodos, de diagnóstico e de terapia, são realizados pelo mesmo profissional da MTC. No entanto, podemos questionar se a existência aqui de uma segunda pessoa interrompe o nexo de causalidade quando a conduta ilícita e culposa é praticada por um profissional da MTC e o dano físico é causado por outro. Para esta questão, convém distinguir-se entre a situação em que existe apenas a culpa do primeiro profissional da MTC e a situação em que se verifica a culpa quer do primeiro profissional da MTC quer do segundo. Para a primeira situação, como o segundo profissional da MTC não tem culpa por ter confiado no diagnóstico do primeiro profissional da MTC e ter atuado de acordo com as *leges artis* (ou seja, ter utilizado o tratamento correto para o diagnóstico que lhe foi apresentado), não é responsável pelos danos causados. Mesmo assim, parece-me que se deve defender a responsabilidade civil do primeiro profissional da MTC, desde que se prove que, segundo o decurso normal das coisas, aquele diagnóstico errado conduziria necessariamente àquele tratamento errado, que trouxe danos. Na verdade, esta situação é semelhante àquela que se verifica na medicina convencional, quando um médico prescreve um exame de diagnóstico indevido e, deste modo, um outro médico executa um tratamento errado. Nesta situação, se o paciente vier a falecer ou sofrer danos físicos ou morais, mesmo que o segundo médico não seja o responsável, o primeiro médico pode ser responsável pelo falecimento ou danos causados. No que diz respeito à segunda situação – isto é, situação em que existe a culpa de ambos –, parece-me que o segundo profissional da MTC deve ser o único responsável pelos danos causados porque ele teria detetado o erro de diagnóstico feito pelo primeiro profissional da MTC e os danos não se verificariam caso atuasse como um profissional da MTC normalmente diligente e competente. Nesta situação, o primeiro profissional da MTC não é responsável porque o nexo de

causalidade existe apenas entre o facto ilícito e culposo do segundo profissional da MTC e os danos, e não entre o facto ilícito e culposo do primeiro profissional da MTC e os mesmos danos. Por conseguinte, a existência aqui de uma segunda pessoa interrompe o nexo de causalidade quando a conduta ilícita e culposa é praticada por um profissional da MTC e o dano físico é causado por outro.

Mesmo que a realização dos métodos de diagnóstico, *de per se*, raramente produza danos físicos, tal não impede a ocorrência, durante o procedimento de diagnóstico, de outro tipo de danos, nomeadamente os danos patrimoniais. É de realçar que os danos patrimoniais a que aqui se refere não correspondem aos danos indiretos, resultantes dos danos diretos (isto é, os danos físicos) – por exemplo, o custo extra (dano indireto) para o tratamento de dano físico causado (dano direto) –, dado que, como já se referiu, os danos físicos raramente ocorrem durante o procedimento de diagnóstico da MTC. Por outras palavras, os danos patrimoniais em análise são danos diretos, ou seja, danos patrimoniais diretamente causados durante o procedimento de diagnóstico da MTC. Trata-se de uma situação em que os utilizadores de MTC pretendem ter apenas uma consulta da MTC onde recebem o serviço de diagnóstico da MTC, sem qualquer tratamento deste círculo profissional. Caso se verifique o erro de diagnóstico durante a consulta, os utilizadores de MTC, mesmo não tendo qualquer dano físico, podem precisar de uma nova consulta de outro profissional da MTC ou até do serviço da medicina convencional para confirmar a sua situação clínica, pagando o custo extra para a consulta nova ou o serviço da medicina convencional. Por exemplo, uma utilizadora de MTC grávida foi diagnosticada de forma ilícita e culposa por um profissional da MTC como não estando grávida após uma consulta da MTC e, atendendo à vida sexual anterior e às ânsias de vômito, teve uma nova consulta de outro profissional da MTC ou até o serviço da medicina convencional com vista a confirmar a sua gravidez. Nesta situação, o custo extra para a consulta nova da MTC ou para os exames ou testes realizados na medicina convencional pode ser o dano patrimonial causado pela conduta ilícita e culposa (ou seja, o erro de diagnóstico, nomeadamente sob a interpretação errada dos métodos de diagnóstico da MTC) daquele profissional da MTC, uma vez que se não fosse essa conduta ilícita e culposa não seria necessário o pagamento do custo extra mencionado.

No âmbito do dano, nomeadamente quando se discute o erro de diagnóstico, não deixa de se analisar ainda o dano da perda de *chance*. Trata-se de uma perda da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo num momento futuro⁷²⁵. Como já se referiu (*vide* a Seção 5.2 do

⁷²⁵ Armando BRAGA. *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*. Almedina, 2005, p. 125. Vera Lúcia RAPOSO. “Em busca da

Capítulo II), a verificação deste tipo de dano pressupõe, por um lado, uma perda atual e certa de determinada possibilidade e, por outro lado, uma possibilidade favorável real, séria e credível⁷²⁶. Neste sentido, caso o erro de diagnóstico que os profissionais da MTC tenham cometido de forma ilícita e culposa seja uma causa que conduz ao dano da perda, atual e certa, de uma *chance* consistente e séria, os mesmos podem ser sujeitos à responsabilidade civil. Por exemplo, e tomando como exemplo a situação de gravidez acima referida, o erro de diagnóstico, cometido de forma ilícita e culposa pelo profissional da MTC, é uma conduta adequada que causa o dano da perda de oportunidade de, por opção da utilizadora de MTC grávida, proceder licitamente à interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 10 semanas de gravidez [artigo 142.º, n.º 1, alínea e), do CP]⁷²⁷.

2. Erro de diagnóstico com recurso ao resultado de exames da medicina convencional

Para além do que se expôs acima, é ainda relevante apreciar as questões seguintes: (1) podem os profissionais da MTC recorrer aos resultados de exames realizados na medicina convencional (por exemplo, a CT, a MRI, o Raios-X, etc.) para, com base neles, efetuarem os atos de diagnóstico e os métodos terapêuticos do seu círculo profissional? (2) em caso afirmativo, e ao verificar-se um erro de diagnóstico em violação das *leges artis*, o erro justifica-se pelo erro de diagnóstico resultante da medicina convencional ou resultante da MTC?

Na prática, encontram-se várias situações em que os profissionais da MTC recorrem aos resultados oriundos de exames da medicina convencional para auxiliar a realização dos seus atos diagnósticos e/ou terapêuticos⁷²⁸. Vejam-se, entre outras, as situações seguintes:

chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)", *op. cit.*, p. 10. No mesmo sentido, veja também STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1 (relator Fonseca Ramos), entendendo que "[a] perda de chance [se relaciona] com a circunstância de alguém poder ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura ou de impedir um dano, por facto de terceiro".

⁷²⁶ Vera Lúcia RAPOSO. "Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)", *op. cit.*, p. 10. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 145. Sobre a natureza credível, cfr. STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPR.T.P1.S1 (relator Fonseca Ramos).

⁷²⁷ Até 1984, o aborto era proibido em Portugal, mas esta proibição terminou com a Lei n.º 6/84, de 11 de maio (Exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez), alterada pela Lei n.º 90/97, de 30 de julho (Altera os prazos de exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez). A realização da interrupção voluntária da gravidez, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez apenas é regulada no CP com a entrada em vigor da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril (Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez). Mais informação sobre o aborto, cfr. ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO DA FAMÍLIA. *Aborto e Interrupção da Gravidez*. Disponível em <http://www.apf.pt/aborto-e-interruptao-da-gravidez> (acesso em 10 de novembro de 2021).

⁷²⁸ Como sucede na China, em que é habitual que os profissionais da MTC recorram aos resultados dos exames da medicina convencional. Cfr. Éric MARIÉ. "The Transmission and Practice of Chinese Medicine: An Overview and Outlook". *China Perspectives*, n.º 2011/3 (outubro de 2011), p. 12. A mesma situação tem lugar também em *Taiwan*, em que os profissionais da MTC, reunidas certas condições no que diz respeito à capacidade profissional, são oficialmente autorizados pelo *Ministry of Health and Welfare* a prescrever ou a efetuar certos exames da medicina convencional – como os de urina, de fezes de sangue, de Raios-X ou de eletrocardiograma –, bem como a interpretar os respetivos relatórios. Sobre esta autorização oficial, veja o Aviso da

- 1) a utilização da MRI, da MRI funcional ou do Raios-X para melhor clarificar a rede meridiana e localizar pontos de acupuntura⁷²⁹;
- 2) a utilização da CT e da MRI para que os profissionais da MTC possam classificar e identificar as doenças, nomeadamente acidente ou ataque isquêmico transitório⁷³⁰;
- 3) a utilização da CT, que pode detetar a perfusão anormal do tecido cerebral 30 minutos após o início da isquemia cerebral e fornecer as informações mais precoces e valiosas para o diagnóstico clínico e o tratamento de infarto cerebral agudo, com vista a apoiar a aplicação da medicina herbal, que tem eficácia melhor do que a aplicação de métodos terapêuticos da medicina convencional⁷³¹.

Na verdade, existe a tendência de os profissionais da MTC atuarem com recurso aos resultados de exames da medicina convencional e uma tal atuação é, pelo menos, eticamente plausível no âmbito de cuidados de saúde. É óbvio que a aceitação ética ou jurídica dessa atuação pressupõe a existência de vantagens para apoiar os atos de diagnóstico e/ou os métodos terapêuticos da MTC, sob pena de não haver qualquer utilidade prática. Tendo em conta as limitações existentes no que diz respeito aos métodos de diagnóstico da MTC (por exemplo, a limitação de que, às vezes, os atos diagnósticos da MTC – isto é, a entrevista, a observação, o exame áudio-olfativo, a palpação e a diferenciação de síndromas – não são capazes de mostrar a situação clínica de utilizadores de MTC que podem facilmente apresentar os exames da medicina convencional, como a CT ou a MRI), é evidente que existem vantagens quando os profissionais da MTC atuam com recurso aos resultados de exames da medicina convencional.

A atuação dos profissionais da MTC que recorrem aos métodos de diagnóstico da medicina convencional pode ser dividida em três categorias de atos⁷³²: (1) a prescrição dos exames da

National Union of Chinese Medical Doctors' Association, de 8 de junho de 2018, disponível em <http://www.twtm.tw/new.php?cat=1&id=1170> (acesso em 23 de julho de 2021), e o Aviso da *Taiwan Medical Association*, de 2 de janeiro de 2018, disponível em https://www.tma.tw/meeting/meeting_info02.asp?/7645.html (acesso em 23 de julho de 2021).

⁷²⁹ Luís Carlos MATOS; Jorge Pereira MACHADO; Fernando Jorge MONTEIRO; Henry Johannes GRETEN. "Can Traditional Chinese Medicine Diagnosis Be Parameterized and Standardized? A Narrative Review". *Healthcare (Basel)*, Vol. 9, n.º 2, 177 (7 de fevereiro de 2021), p. 2. Jungdae KIM; Dae-In KANG. "Positioning Standardized Acupuncture Points on the Whole Body Based on X-Ray Computed Tomography Images". *Medical Acupuncture*, Vol. 26, n.º 1 (2014), pp. 40-49. Jungdae KIM; Dae-In KANG. "Partially Automated Method for Localizing Standardized Acupuncture Points on the Heads of Digital Human Models". *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 2015 (2015), Identidade de Artigo: 483805, pp. 1-12.

⁷³⁰ Qiyu YAO; Lincheng ZHANG; Jing ZHOU; Min LI; et al. "Imaging Diagnosis of Transient Ischemic Attack in Clinic and Traditional Chinese Medicine". *BioMed Research International*, Vol. 2019, Identidade de Artigo: 5094842, pp. 1-10.

⁷³¹ Ruijia LIU; Xudong YU; Liping ZHANG; Hong ZHANG; et. al. "Computed tomography (CT) imaging evaluation of integrated traditional Chinese medicine cooperative therapy in treating acute cerebral infarction: A randomized controlled trial". *Medicine*, Vol. 99, n.º 18 (2020), e19998, pp. 1-6.

⁷³² Aceitando a ideia da divisão retirada do conteúdo da autorização oficial do *Ministry of Health and Welfare* de Taiwan, em que aos profissionais da MTC é permitida a prática de atos de prescrição e/ou realização de determinados métodos de diagnóstico da medicina convencional, bem como a prática de atos da interpretação dos respetivos relatórios, desde que obtenham a capacidade profissional exigida. Cfr. Aviso da *National Union of Chinese Medical Doctors'*

medicina convencional; (2) a efetuação destes exames; (3) a interpretação dos relatórios resultantes dos exames realizados. Atente-se que se trata de atos efetuados pelos profissionais da MTC e não pelos médicos, embora sejam atos no âmbito da medicina convencional. Esta é a razão pela qual se deve exigir certa capacidade profissional para que os profissionais da MTC possam praticar algum(ns) ou todos os atos acima referidos. A exigência de capacidade profissional a este respeito é fundamental, dado que os profissionais da MTC com a capacidade profissional apropriada podem atuar de forma correta, como prescrever ou executar corretamente os exames da medicina convencional e/ou interpretar corretamente o conteúdo de relatórios emitidos. Um entendimento contrário – isto é, o de que não se exigiria aos profissionais da MTC uma tal capacidade profissional –, configura a existência de desvantagens e, em certas situações, a produção de danos a utilizadores de MTC. Por exemplo, uma prescrição errada, por razão da incapacidade profissional, pode levar a que os utilizadores de MTC se sujeitem aos exames desnecessários; uma execução errada da CT ou da MRI pode causar extravasamento de agente de radiocontraste, prejudicando a integridade física de utilizadores de MTC⁷³³; uma interpretação errada de certos relatórios oriundos de exames da medicina convencional pode causar dano na integridade física ou o dano da perda de *chance*, consistente e séria, de cura ou recuperação, conforme se verifica o nexo de causalidade entre o erro de interpretação e o dano na integridade física ou entre o mesmo erro e o dano da perda de *chance*. Por conseguinte, devem exigir-se, conforme os atos a praticar (isto é, a prescrição ou a efetuação de exames, ou a interpretação dos respetivos relatórios), as habilitações académicas e/ou profissionais adequadas para o seu exercício (por exemplo, uma formação idónea ou, de forma mais exigente, um curso de medicina que confira o grau de licenciatura, para ter a capacidade profissional a exercer tais atos).

De qualquer forma, apenas o último ato acima referido – isto é, a interpretação dos relatórios oriundos dos exames da medicina convencional – pode conduzir ao erro de diagnóstico, sempre que se verificar uma interpretação errada dos exames realizados. O primeiro e o segundo atos

Association, de 8 de junho de 2018, disponível em <http://www.twtm.tw/new.php?cat=1&id=1170> (acesso em 23 de julho de 2021), e o Aviso da *Taiwan Medical Association*, de 2 de janeiro de 2018, disponível em https://www.tma.tw/meeting/meeting_info02.asp?/7645.html (acesso em 23 de julho de 2021).

⁷³³ Felix S. CHEW. “Extravasation of Iodinated Contrast Medium During CT: Self-Assessment Module”. *American Journal of Roentgenology*, Vol. 195, n.º 6, supplement (2010), pp. S80-S85. Meizhi HUANG. *Extravasation Injury*. Disponível em https://www.skh.org.tw/skh_resource/leap_do/gallery/001/1543304773084/%E6%B3%A8%E5%B0%84%E6%B6%B2%E5%A4%96%E6%BC%8F%E5%82%B7%E5%AE%B3.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021). HONG KONG GLENEAGLES HOSPITAL. *Receive arterial or intravenous contrast agente: information for patients* (接受動脈或靜脈注射造影劑：病人須知). Disponível em https://gleneagles.hk/user_uploads/GRT0-A02-R2-Information-to-Patients-Concerning-Intravascular-Contrast-Media-Chi.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).

Sobre o que se entende por extravasamento de agente de radiocontraste e o respetivo procedimento de tratamento, cfr. UNIVERSITY OF WASHINGTON MEDICAL CENTER. *Contrast Extravasation: when contrast material leaks outside the vein*, dezembro de 2011. Disponível em https://healthonline.washington.edu/sites/default/files/record_pdfs/Contrast-Extravasation-CH.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).

– isto é, a prescrição e a efetuação dos exames da medicina convencional – não levam, em princípio, ao erro de diagnóstico, dado que não causam diretamente qualquer interpretação errada de relatórios emitidos, realização atrasada ou não realização dos exames. Apesar disso, tal não significa que estes atos não possam causar danos a utilizadores de MTC. Por exemplo, a prescrição de exames inadequados pode fazer com que os utilizadores de MTC se sujeitem aos exames desnecessários, causando dano patrimonial por causa de pagamento adicional desses atos; a prescrição de exames inapropriados pode causar dano da perda, atual e certa, de *chance* consistente e séria de recuperação ou de cura; a efetuação da CT ou da MRI pode causar extravasamento de agente de radiocontraste e, deste modo, dano efetivo na integridade física de utilizadores de MTC em virtude das suas operações incorretas⁷³⁴.

Portanto, e repita-se, sucede o erro de diagnóstico quando os profissionais da MTC interpretam de forma errada um relatório emitido de exames da medicina convencional. Mesmo assim, o erro de diagnóstico não conduz sempre à violação das *leges artis*³⁵, porque podem existir fatores que afetem, sem a sua violação, a interpretação efetuada pelos profissionais da MTC⁷³⁶. É óbvio que, em caso da violação das *leges artis*, e reunidos todos os requisitos, a interpretação errónea (isto é, o erro de diagnóstico) pode sujeitar o profissional em causa à responsabilidade civil.

Ora, para além desta situação – isto é, a situação em que a interpretação errada dos exames realizados é culposamente cometida pelos próprios profissionais da MTC –, não se ignore outra situação em que a interpretação errada não vem da culpa destes, mas da culpa de quem emitiu o relatório dos exames realizados. Trata-se de uma situação em que os atos – isto é, a efetuação de exames da medicina convencional (com a emissão dos respetivos relatórios) e a interpretação dos relatórios emitidos – são praticados por profissionais de saúde diferentes, em vez de o profissional da

⁷³⁴ Felix S. CHEW. "Extravasation of Iodinated Contrast Medium During CT: Self-Assessment Module", *op. cit.*, pp. S80-S85. Meizhi HUANG. *Extravasation Injury*. Disponível em https://www.skh.org.tw/skh_resource/leap_do/gallery/001/1543304773084/%E6%B3%A8%E5%B0%84%E6%B6%B2%E5%A4%96%E6%BC%8F%E5%82%B7%E5%AE%B3.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021). HONG KONG GLENEAGLES HOSPITAL. *Receive arterial or intravenous contrast agente: information for patients* (接受動脈或靜脈注射造影劑：病人須知). Disponível em https://gleneagles.hk/user_uploads/GRTO-A02-R2-Information-to-Patients-Concerning-Intravascular-Contrast-Media-Chi.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).

⁷³⁵ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 299, indicando que "[t]endo em consideração que, por um lado, existem vários sintomas comuns a várias patologias e que, por outro lado, o organismo humano apresenta uma diversidade considerável nas manifestações biológicas da doença, não pode dizer-se, com certeza, que o erro médico seja sempre erro ilícito". Charles CALDWELL; Evan R. SEAMONE. "Excusable Neglect in Malpractice Suits against Radiologist: A Proposed Jury Instruction to Recognize the Human Condition". *Annals of Health Law*, Vol. 16, n.º 1 (2007), p. 76, referindo que "There is an absolutely unavoidable "human factor" at work in the review of films; Some abnormalities may be missed, even the obvious ones; the mere fact that a radiologist misses an abnormality on a radiograph does not mean that he or she has committed malpractice; Not all radiographic "misses" are excusable; and therefore, the focus of attention should be on issues such as proof of competence, habits of practice, use of proper techniques...".

⁷³⁶ Estes fatores podem referir-se às limitações de examinação, às complicações existentes, ao excesso de carga de trabalho, aos equipamentos inadequados, à indisponibilidade de estudos anteriores, entre outros, cfr. Adrian BRADY; Risteárd Ó LAOIDE; Peter MCCARTHY; Ronan MCDERMOTT. "Discrepancy and Error in Radiology: Concepts, Causes and Consequences". *Ulster Medical Journal*, Vol. 81, n.º 1 (2012), p. 5.

MTC praticar ambos os atos. Nesta situação, não se verifica a culpa dos profissionais da MTC e, por falta deste requisito, estes não são responsáveis pelo dano causado. Por exemplo, os profissionais da MTC realizaram a interpretação errada por causa do erro cometido pelo radiologista no relatório da CT ou MRI, em que se descrevem as características que um órgão humano esquerdo apresenta, mas na verdade é a parte direita do mesmo órgão que revela as características descritas. Perante uma situação assim, os profissionais da MTC, por causa do erro da imagiologia e, na sequência disso, do erro de diagnóstico cometido, podem aplicar métodos terapêuticos inadequados aos seus utilizadores⁷³⁷. É óbvio que o lapso (ou seja, o erro) existente no relatório da CT ou MRI é culposo e resulta da culpa de quem o emitiu – ou seja, da culpa do radiologista –, uma vez que outros radiologistas, colocados na mesma situação, não iriam errar da mesma forma, cumprindo o seu dever de diligência ou de cuidado exigível. Por outro lado, os profissionais da MTC, que se limitam a confiar no que vem escrito no relatório, não são culpados porque outros profissionais da MTC com a mesma capacidade profissional atuariam da mesma forma, o que implica que o dever de diligência nesta situação é cumprido e não se verifica a culpa dos profissionais da MTC. Nesta situação, como não existe pelo menos um dos requisitos da responsabilidade civil (isto é, a culpa), os profissionais da MTC não têm qualquer obrigação de indemnização. Mesmo assim, podemos questionar se os profissionais da MTC deveriam ter percebido que o exame não corresponde ao que vem descrito no respetivo relatório. Em caso afirmativo, eles não atuaram como se fossem profissionais da MTC diligentes e competentes e, por isso, são culpados. Neste caso, parece-me que os profissionais da MTC podem ser responsáveis pelos danos causados porque os danos foram culposamente causados pelo seu comportamento e o nexo de causalidade existe entre o seu ato ilícito e culposo e os danos causados. Quanto ao radiologista, inclino-me para o entendimento de que este não deve ser responsabilizado porque não se verifica o nexo de causalidade entre o seu ato ilícito e culposo e os danos produzidos pelos profissionais da MTC, ou seja, porque os danos não se verificariam se os profissionais da MTC cumprissem devidamente o seu dever de diligência sobre o que vem descrito no respetivo relatório e, deste modo, verificassem a anormalidade existente nele.

Ao invés, o mesmo – isto é, o cumprimento do dever de diligência e a inexistência da culpa – não acontece para o radiologista, porque atuou de forma ilícita e culposa por violação das *leges*

⁷³⁷ Por exemplo, acidente vascular cerebral pode ser isquémico ou hemorrágico e os métodos terapêuticos da MTC para um e para outro são diferentes. Portanto, o erro existente no relatório da imagiologia, cometido pelo radiologista, pode levar à interpretação errada deste relatório (isto é, ao erro de diagnóstico) e à aplicação de métodos terapêuticos inadequados da MTC. Sobre este exemplo, cfr. PEOPLE'S DAILY ONLINE. *Bo LIU: Using medical imaging to better research and develop Chinese medicine* (31 de maio de 2020), disponível em <http://health.people.com.cn/n1/2020/0531/c14739-31729970.html> (acesso em 26 de julho de 2021).

artis. Mas atente-se que o dano, nesta situação, não se refere ao dano pela ofensa da integridade física porque este não é causado pelo radiologista. Não obstante, o dano de que aqui se trata pode referir-se ao dano da perda de *chance*, consistente e séria, de melhoria ou recuperação caso não fosse o erro cometido no relatório da CT ou MRI. Neste caso, o radiologista pode, verificado o nexo de causalidade entre o seu ato e o dano da perda de *chance*, sujeitar-se à obrigação de indemnização por este dano.

Para além das situações acima analisadas, é ainda relevante analisar a situação em que da produção do dano da perda de *chance* concorre a culpa dos profissionais da MTC, para além da culpa de quem emitiu o relatório. Verifica-se uma situação assim quando os profissionais da MTC podiam encontrar o erro (o lapso) existente no relatório da CT ou da MRI se cumprissem o seu dever de diligência (por exemplo, se realizassem os atos diagnósticos da MTC, facilmente saberiam que na verdade as características que no relatório da CT ou da MRI se descrevem são da parte direita, e não da esquerda, do órgão humano). Nesta situação, parece-me que não se deve entender que, na responsabilidade extracontratual, o direito de regresso entre os responsáveis – isto é, o profissional da MTC e o radiologista – “exist[a] na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis” (artigo 497.º, n.º 2, do CC) e que, na responsabilidade contratual, cada dos responsáveis arque com o prejuízo que tenha causado⁷³⁸. Inclino-me para o entendimento de que existe apenas a responsabilidade civil do profissional da MTC, não também do radiologista. Entendo assim porque, embora exista concorrência de culpas entre o profissional da MTC e o radiologista, aquele poderia evitar um tal dano caso cumprisse o seu dever de diligência ou de cuidado exigível. Neste caso, o nexo de causalidade existe entre o seu ato ilícito e culposo e o dano causado, mas já não entre o ato, embora ilícito e culposo, do radiologista e o mesmo dano. Ou seja, existirá perda de *chance* na conduta do profissional da MTC e, no entanto, apenas aumento do risco (ou diminuição de *chance*) na conduta do radiologista⁷³⁹. Com isto, apenas o profissional da MTC pode ser responsável pelo dano da perda de *chance* porque existe o nexo de causalidade entre o seu ato ilícito e culposo e este dano. O radiologista não pode ser responsável pelo dano da perda de *chance* porque não se verifica o nexo causal entre o seu ato ilícito e culposo e este dano⁷⁴⁰.

⁷³⁸ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 748. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, *op. cit.* p. 664, designando as obrigações conjuntas ou parciárias como “aquelas em que a cada um dos credores ou dos devedores compete apenas, mesmo nas relações externas, uma fracção do crédito ou débito comum”.

⁷³⁹ Neste sentido, cfr. Nils JANSEN. “The Idea of a Lost Chance”, *op. cit.*, pp. 295-296. Este autor entende que “[e]xposure to risks is, thus, perceived as part of the normal conditions of life; contrary to the loss of a chance, it is not regarded as a harm.”, *idem*, p. 295.

⁷⁴⁰ *Idem*, p. 296, entendendo que “[f]or these cases of a mere reduction of a chance or increase of risk, I see no feasible way for giving a tort law claim

CAPÍTULO VI - Aplicação de Métodos Inadequados

1. Medidas de prognóstico e relevância jurídica

Tendo concluído o procedimento de diagnóstico da MTC – através dos métodos de diagnóstico deste círculo profissional e/ou com recurso ao resultado de exames da medicina convencional –, e atendendo ao estado de saúde dos utilizadores de MTC, os profissionais da MTC aplicam, com um consentimento informado prévio daqueles, o(s) método(s) terapêutico(s) que entendem adequado(s). Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea d), da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro (Fixa a caracterização e o conteúdo funcional da profissão de especialista de medicina tradicional chinesa) e do artigo 8.º, alínea d), da Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro (Regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Medicina Tradicional Chinesa), os métodos terapêuticos específicos da MTC incluem: (1) acupuntura e moxabustão; (2) fitoterapia; (3) dietética; (4) massagem tuíná; (5) exercícios energéticos, como chi kung e tai chi terapêuticos; (6) farmacognosia e dispensário; (7) traumatologia; (8) técnicas de manipulação da MTC.

Deste modo, são vários os métodos terapêuticos da MTC e a determinação de um(ns) adequado(s) à situação clínica dos utilizadores de MTC é importante, quer para os profissionais da MTC quer para os utilizadores de MTC. É importante para os profissionais da MTC porque, por um lado, a aplicação de método(s) terapêutico(s) adequado(s) permite aumentar a confiança dos utilizadores de MTC na sua capacidade profissional e fortalecer a sua reputação na MTC, e, por outro lado, permite evitar os eventuais litígios com os utilizadores de MTC. Uma tal importância também se verifica para os utilizadores de MTC, porque a aplicação de método(s) terapêutico(s) adequado(s) pode produzir a melhor eficácia deste(s), o que pode tratar melhor a doença de que padecem.

Mesmo assim, levanta-se a questão de saber como se afirma se determinado(s) método(s) terapêutico(s) da MTC é (são) adequado(s) a determinada doença ou à situação clínica dos utilizadores de MTC. O levantamento dessa questão pressupõe a inexistência de situações em que nenhum dos métodos terapêuticos da MTC é aplicável à situação clínica dos utilizadores de MTC, uma vez que

within the traditional conceptual framework of a *condition sine qua non*".

nestas situações os profissionais da MTC devem, em caso de urgência, transferi-los logo para um hospital, privado ou público, para um acompanhamento devido em situação de urgência ou, não sendo uma situação de urgência, notificá-los da inadequação do(s) método(s) terapêutico(s) da MTC para a sua situação clínica, o que implica que, quer em caso de urgência quer não, os profissionais da MTC devem, nestas situações, evitar aplicar qualquer método terapêutico do seu círculo profissional.

Fora destas situações, a aplicação de um método terapêutico ou de dois ou mais métodos terapêuticos combinados⁷⁴¹ é adequada à situação clínica dos utilizadores de MTC quando produz resultado positivo ou eficácia, isto é, produz o que a OMS designa como “*outcomes*”⁷⁴². Portanto, convém afirmar as medidas através das quais os profissionais da MTC podem avaliar se uma tal aplicação produz resultado positivo ou eficácia no corpo dos utilizadores de MTC.

Em tempos ancestrais, os profissionais da MTC, com vista à avaliação da eficácia de certo método terapêutico, levavam a cabo qualquer das duas medidas seguintes ou, na maioria das vezes, as duas medidas em conjunto⁷⁴³: (1) a medida baseada na comparação dos sintomas antes e depois do tratamento, observados e relatados pelos utilizadores de MTC conforme a sua experiência e sentimento; (2) a medida com base nas mudanças na patogénese, observadas e apreciadas pelos profissionais da MTC. Era exatamente com base nestas sensações e observações subjetivas dos utilizadores de MTC e dos profissionais da MTC que estes últimos determinavam se a condição geral daqueles ficava melhor ou pior⁷⁴⁴. Com isto, o(s) método(s) terapêutico(s) aplicado(s) aos utilizadores de MTC era(m) adequado(s) quando teria lugar a melhoria da sua condição geral.

Na verdade, mesmo sendo usadas em tempos ancestrais, as medidas referidas encontram-se ainda, hoje em dia, empregues pelos profissionais da MTC e podem corresponder a algumas das medidas usadas na medicina convencional para avaliar a eficácia e a segurança de intervenções clínicas, nomeadamente aos chamados “resultados apresentados pelo paciente” (em inglês, “*patient-reported outcomes*” ou “*PRO*”) e os “resultados apresentados pelo médico” (em inglês,

⁷⁴¹ Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea d), da Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro, a “[r]ealização do tratamento, utilizando isoladamente ou combinando tratamentos de acupuntura, fitoterapia, dietética, massagem tuína, exercícios energéticos, de acordo com o plano de tratamento” faz parte da componente de formação em prática da MTC. Deste modo, é importante que os profissionais da MTC saibam se, perante a situação clínica de utentes, é melhor a aplicação de um método terapêutico isolado ou de dois ou mais métodos terapêuticos combinados, sugerindo-lhes um plano de tratamentos adequado.

⁷⁴² De acordo com a definição da OMS, “[o]utcomes are events, variables, or experiences that are measured because it is believed that they may be influenced by the intervention”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Trial Registration Data Set (Version 1.3.1)*. Disponível em <https://www.who.int/clinical-trials-registry-platform/network/who-data-set> (acesso em 22 de setembro de 2021).

⁷⁴³ Sobre estes métodos, cfr. Jun Li; Baoyan LIU. “Study of clinical efficacy evaluation of TCM in ancient times”. *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, n.º 4 (2011), pp. 383-385.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

“clinician-reported outcomes” ou “CRO”)⁷⁴⁵. Como afirmam alguns autores⁷⁴⁶, os profissionais da MTC usam quase sempre os “resultados apresentados pelo paciente” e os “resultados apresentados pelo médico” para avaliar os resultados do tratamento. A primeira destas medidas refere-se, segundo a definição formal dada pela *Food and Drug Administration* dos EUA, aos resultados do estado de saúde diretamente apresentados pelo paciente, sem qualquer interpretação dos mesmos por um médico ou por qualquer outra pessoa⁷⁴⁷, enquanto a segunda medida, mesmo não sendo formalmente definida pela mesma entidade⁷⁴⁸, implica resultados do estado de saúde observados pelos profissionais de saúde, gerados por julgamento clínico ou interpretação dos sinais observáveis, manifestações físicas e/ou comportamentos relacionados com uma condição ou doença⁷⁴⁹. Esta segunda medida pode, deste modo, envolver resultados que sejam suscetíveis de observação pelos profissionais de saúde ou que exijam interpretação destes (por exemplo, em caso dos resultados radiológicos, da química do sangue, etc.), para além de escalas preenchidas pelos profissionais de saúde usando informações sobre o paciente (por exemplo, *Ashworth Spasticity Scale*, *European Stroke Scale*, *Alzheimer Disease Assessment Scale*, etc.)⁷⁵⁰.

Portanto, pode dizer-se que os “resultados apresentados pelo médico”⁷⁵¹ da MTC – exatamente baseados na descrição da patogénese e destinados a observar a sua tendência geral do agravamento ou melhoria, juntamente com outros sinais e sintomas – servem de base para o prognóstico e as decisões clínicas sobre os métodos terapêuticos futuros⁷⁵², porque permitem aos

⁷⁴⁵ Os métodos usados para estes efeitos na medicina convencional incluem, para além dos métodos referidos, os “testes laboratórios” (em inglês, “laboratory tests”) e as “medições de dispositivos médicos” (em inglês, “medical device measurements”). Sobre todos os métodos usados na medicina convencional, cfr. Richard J. WILLKE; Laurie B. BURKE; Pennifer ERICKSON. “Measuring treatment impact: a review of patient-reported outcomes and other efficacy endpoints in approved product labels”. *Controlled Clinical Trials*, Vol. 25, n.º 6 (2004), p. 539.

⁷⁴⁶ Yan-Hong ZHANG; Jing LV; Wei GAO; et al. “Practitioners’ Perspectives on evaluating treatment outcomes in tradicional Chinese medicine”. *BMC Complementary and Alternative Medicine*, 17:269 (2017), p. 2.

⁷⁴⁷ Cfr. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *Guidance for Industry: Patient-Reported Outcome Measures: Use in Medical Product Development to Support Labeling Claims*, Dezembro de 2009, p. 2. Disponível em <https://www.fda.gov/media/77832/download> (acesso em 23 de setembro de 2021). Sobre uma introdução dos *patient-reported outcomes*, cfr. Bradley C. JOHNSTON; Donald L. PATRICK; Tahira DEVJI; et al. “Chapter 18: Patient-reported outcomes”, em *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions Version 6.2*. [Julian HIGGINS; James THOMAS (ed.)], The Cochrane Collaboration, 2011. Disponível em <https://training.cochrane.org/handbook/current/chapter-18> (acesso em 23 de setembro de 2021).

⁷⁴⁸ Sobre esta afirmação, cfr. William LENDERKING; Dennis REVICKI. *Clinician-reported Outcomes (ClinROs), Concepts and Development*, em The Evidence Forum, 2015. Disponível em <https://www.evidera.com/wp-content/uploads/2015/04/Clinician-Reported-Outcomes-ClinROs-Concepts-and-Development.pdf> (acesso em 23 de setembro de 2021).

⁷⁴⁹ Esta definição vem de Johan H. POWER, professor de Medicina Clínica da Escola de Medicina da *George Washington University*, que entende os “resultados apresentados pelo médico” como “report that comes from a trained health-care professional after he/she observes a patient’s health condition. ClinROs are generated by clinical judgement or interpretation of a patient’s observable signs, physical manifestations, and/or behaviors related to a condition or disease”. Sobre esta definição e mais informação sobre os “*clinician-reported outcomes*”, cfr. Aimee Lee RUSSEL. *What are Clinician-Reported Outcomes (ClinROs)?* (26 de setembro de 2019), em *Blog of the National Health Council of USA*. Disponível em <https://nationalhealthcouncil.org/blog/what-are-clinician-reported-outcomes-clinros/> (23 de setembro de 2021).

⁷⁵⁰ Dennis C. TURK; Robert H. DWORKIN; Laurie B. BURKE; et al. “Developing patient-reported outcome measures for pain clinical trials: IMMPACT recommendations”. *Pain*, Vol. 125 (2006), p. 209. Yan-Hong ZHANG; Bao-Yin LIU; Jun LI; et al. “Research progress on clinician-reported outcomes”. *Chinese Journal of Integrated Traditional And Western Medicine*, Vol. 35, n.º 6 (2014), p. 764.

⁷⁵¹ Mas esta expressão não é adequada na MTC quando um ordenamento jurídico ainda não reconhece os profissionais da MTC como médicos, como ocorre em Portugal.

⁷⁵² Yan-Hong ZHANG; Jing LV; Wei GAO; et al. “Practitioners’ Perspectives on evaluating treatment outcomes in tradicional Chinese medicine”, *op. cit.*, p. 3, sugerindo que “Chinese medicine CRO [clinician-reported outcomes] is closely based on the description of pathogenesis, and captures its general trend

profissionais da MTC afirmarem a eficácia, a segurança e a satisfação de métodos terapêuticos que aplicaram ou aplicarão⁷⁵³.

Do que se expôs acima pode bem concluir-se que existem medidas de prognóstico que permitem aos profissionais da MTC preverem e confirmarem se a aplicação de um método terapêutico isolado ou de dois ou mais métodos terapêuticos combinados produzirá efeitos positivos ou eficácia para a situação clínica dos utilizadores de MTC ou para a doença de que estes padecem.

Essas medidas de diagnóstico têm relevância jurídica na responsabilidade civil, nomeadamente no âmbito da ilicitude e da culpa. Como sabemos, os profissionais da MTC podem atuar com ilicitude e/ou com culpa quando a conduta adotada – isto é, a aplicação de método(s) terapêutico(s) inadequado(s) – viola as *leges artis*. Deste modo, as condutas que não violem as *leges artis* não se consideram ilícitas e/ou culposas, mesmo implicando a aplicação de método(s) terapêutico(s) inadequado(s).

Fora desta última situação, e sem prejuízo das duas variantes essenciais através das quais se aprecia a natureza ilícita na responsabilidade extracontratual (artigo 483, n.º 1, do CC)⁷⁵⁴, a ilicitude é caracterizada, no âmbito da responsabilidade contratual, pela desconformidade entre a conduta que se deve adotar e a conduta que efetivamente se adotou⁷⁵⁵, o que implica que a ilicitude se manifesta na violação ou no desrespeito de regras ou princípios profissionais que constem das *leges artis*⁷⁵⁶. No que diz respeito à culpa, o juízo é feito de forma diferente, mesmo sendo confundível com o juízo de ilicitude em caso da violação das *leges artis*, como já se referiu⁷⁵⁷. O que se analisa não se relaciona com uma tal desconformidade, mas sim o discernimento (capacidade intelectual e emocional) e a liberdade de determinação (capacidade volitiva) quanto à conduta que efetivamente se adotou, com vista a determinar se os profissionais da MTC estavam incapacitados de entender e/ou querer⁷⁵⁸. Portanto, a culpa relaciona-se com o juízo de censura ou de reprovação da sua conduta, baseado no

towards exacerbation or amelioration, along with other signs and symptoms” e concluindo que “This is the basis for prognosis and clinical decisions about further interventions”.

⁷⁵³ A eficácia, a segurança e a satisfação são elementos fundamentais dos “clinician-reported outcomes”. A eficácia inclui informações que possam ser observadas pelos profissionais de saúde ou para as quais se exigem uma interpretação e um juízo destes, bem como as escalas de que consta a perspetiva destes; a segurança inclui informações como reações adversas, eventos adversos e eventos adversos sérios; por fim, a satisfação implica a comparação entre o efeito efetivo e o efeito previsto. Sobre estes elementos, cfr. Yan-Hong ZHANG; Bao-Yin LIU; Jun LI; et al. “Research progress on clinician-reported outcomes”, *op. cit.*, p. 765. Sobre a afirmação da aplicação destes elementos na MTC, cfr. Yan-Hong ZHANG; Jing LV; Wei GAO; et al. “Practitioners’ Perspectives on evaluating treatment outcomes in tradicional Chinese medicine”, *op., cit.*, pp. 2-3.

⁷⁵⁴ Sobre a análise destas variantes, cfr. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 533-542.

⁷⁵⁵ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. II, *op. cit.*, p. 94. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁵⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, *op. cit.* p. 88.

⁷⁵⁷ Veja, a este respeito, o Capítulo III, Seção 4.

⁷⁵⁸ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, p. 563.

“reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado não só devia, como podia ter agido de outro modo”⁷⁵⁹. É exatamente com isto que se entende culposa a conduta adotada – isto é, a aplicação de método(s) terapêutico(s) inapropriado(s) – quando a regra de conduta violada, constante das *leges artis*, era do conhecimento do autor e podia ser por este cumprida caso não violasse o dever de diligência ou o dever de cuidado que lhe cabia⁷⁶⁰. Imagine-se que, por exemplo, os profissionais da MTC podiam prever se, através dos “resultados apresentados pelo paciente” e/ou dos “resultados apresentados pelo médico”, a aplicação de certo(s) método(s) terapêutico(s) seria adequada à situação clínica do utilizador de MTC, mas na verdade não o previram de forma negligente, causando-lhe dano físico por causa da aplicação de método(s) inadequado(s). Neste caso, a culpa existe porque outros profissionais da MTC, colocados na mesma situação, podiam prever, através das mesmas medidas, a inadequação do(s) método(s) terapêutico(s) adotado(s) à situação clínica de utilizadores de MTC e evitar a sua aplicação.

Mesmo assim, é de mencionar a situação em que os profissionais da MTC não aplicam o método mais adequado à situação clínica dos utilizadores de MTC porque estes preferem, por qualquer razão, escolher outro método que entendem conveniente. Por exemplo, a acupunctura pode ser mais adequada à situação clínica dos utilizadores de MTC, mas estes, como tendo medo de agulhas, podem preferir a aplicação de método fitoterapêutico, que, mesmo sendo também adequado à sua situação clínica, não é o melhor método. Nas situações como esta, os profissionais da MTC não atuam com ilicitude e/ou culpa quando aplicarem o método que os utilizadores de MTC preferem ou escolhem, isto é, o método que não é o mais adequado à situação clínica dos utilizadores de MTC. Mas a situação já é diferente quando os utilizadores de MTC preferem um método que não seja adequado à sua situação clínica e possa piorá-la. Nesta situação os profissionais da MTC devem informar os utilizadores de MTC da sua inadequação e dos eventuais efeitos negativos e evitar a sua realização, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil contratual e/ou extracontratual por terem violado o consentimento informado e/ou terem causado dano físico em utilizadores de MTC.

⁷⁵⁹ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. II, op. cit.*, p. 97.

⁷⁶⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 88.

2. Prevenção de doenças ou de subsaúde

A MTC não se destina apenas à cura de doenças, como ainda à sua prevenção⁷⁶¹. Na MTC, a ideia de “prevenção de doenças” – a que corresponde o termo chinês “治未病” – não surgiu no tempo moderno. A importância de prevenção de doenças foi proposta na obra “*Huangdi Neijing*”⁷⁶² (em inglês, “*Inner Classic of the Yellow Emperor*”), elaborada entre o período dos Estados Combatentes (475-221 a.C.) e os períodos da dinastia *Qin* (221-207 a.C.) e da dinastia *Han* (206 a.C. - 220 d.C.) e que revela conhecimentos da MTC, até à época da dinastia *Han*, em relação a doenças, medicamentos, diagnóstico e tratamento⁷⁶³. A partir daí, a MTC tem uma tradição firme de enfatizar a prevenção de doenças a surgir⁷⁶⁴, para além da cura de doenças já existentes. Alguns autores sugeriram a criação, na MTC, de um sistema de prevenção de doenças com três níveis⁷⁶⁵: (1) a prevenção da causa de doenças, isto é, de fatores patogénicos, com vista a impedir o aparecimento de doenças⁷⁶⁶; (2) a prevenção pré-clínica, destinada à deteção precoce (por exemplo, através de triagem ou de exame físico regular), ao diagnóstico precoce e ao tratamento precoce; (3) a prevenção clínica, isto é, a prevenção de agravamento da doença já sofrida. De acordo com um tal sistema, entende-se que é necessária a prevenção para três tipos de pessoas, ou seja, as pessoas com o estado de subsaúde, as pessoas com alto risco de doenças graves e as pessoas idosas⁷⁶⁷.

Para além da prevenção de doenças, a MTC também visa a prevenção do estado de subsaúde, isto é, um estado situado entre a saúde e a doença, “caracterizado por alguns distúrbios em comportamentos psicológicos ou características físicas, ou em alguns índices de exame médico, sem

⁷⁶¹ Como a cura e a prevenção de COVID-19, cfr. Mingkun YU; Qianyun CHAI; Changhao LIANG; et al. “An Analyze of The Traditional Chinese Medicine Prevention and Treatment Interventions For COVID-19”. *Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 61, n.º 5 (2020), pp. 383-387.

⁷⁶² Qian JIA. *Traditional Chinese Medicine Could Make ‘Health for One’ True*, op. cit., p. 31. Sobre o conteúdo da obra “*Huangdi Neijing*”, cfr. Wang BING (ed.). *The Su Wen of the Huangdi Neijing (Inner Classic of the Yellow Emperor)*, National Library of China. Disponível em <https://dl.wdl.org/3044/service/3044.pdf> (acesso em 29 de setembro de 2021).

⁷⁶³ Esta obra tem fornecido, hoje em dia, orientações de prática profissional aos profissionais da MTC. Cfr. *ibidem*, nomeadamente na sua apresentação. Disponível em <https://www.wdl.org/en/item/3044/> (acesso em 29 de setembro de 2021).

⁷⁶⁴ Por exemplo, esta ênfase pode ser vista numa estatística oficial da China, que revelou o papel eficaz de prevenção de doenças crónicas – como hipertensão ou diabetes – que a MTC desempenha. Cfr. Fu-chun SI; Xue-jie SONG; Yan GAO. “The status and thinking of the development of health preservation and health care of traditional Chinese medicine in China” (我国中医养生保健发展的现状及思考). *Traditional Chinese Medicine Research*, Vol. 26, n.º 7 (julho de 2013), p. 1.

⁷⁶⁵ Sobre estes três níveis, cfr. Qianfei WANG; Qianben WANG; Qi WANG. “The guiding role of TCM constitution theory on disease prevention” (中医体质学说对疾病预防的指导作用). *Liaoning Journal of Traditional Chinese Medicine*, n.º 3 (1993), pp. 15-16. No mesmo sentido, cfr. Qi WANG; Jing DONG; Hongdong WU; et. al. “Give full play to the characteristic advantages of traditional Chinese medicine in “preventive treatment” and practice health promotion” (发挥中医药“治未病”的特色优势 实践健康促进). *Traditional Chinese Medicine Journal*, n.º 4 (2006), pp. 2-3. A este propósito, veja também Mi-man WU. “Preventio of Diseases – The Idea of Preventing and Treating Diseases in Traditional Chinese Medicine Based on the Concept of “People Oriented”” (治未病 – 贯彻“以人为本”理念的中医防治疾病思想). *Journal of New Chinese Medicine*, Vol. 39, n.º 5 (maio de 2007), pp. 1-3. Este último autor entende que a prevenção de doenças inclui ainda a ideia da prevenção da recidiva de doenças entre a recuperação destas e a saúde normal.

⁷⁶⁶ Especificamente sobre este ponto, cfr. Shang-hua YUAN. “Directive function of TCM holistic concept in integrally preventing disease”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 30, n.º 7 (julho de 2015), p. 2315.

⁷⁶⁷ Qi WANG; Jing DONG; Hongdong WU; et. al. “Give full play to the characteristic advantages of traditional Chinese medicine in “preventive treatment” and practice health promotion” (发挥中医药“治未病”的特色优势 实践健康促进), op. cit., p. 4.

características patológicas típicas”⁷⁶⁸. Na verdade, existem duas situações no estado de subsaúde: uma em que o corpo humano, mesmo ainda não atingindo o critério de diagnóstico da doença correspondente (por exemplo, a pressão arterial fica próxima ao valor crítico; a glicose no sangue costuma ser mais alta do que o valor de referência, mas ainda não atinge os critérios de diagnóstico para diabetes, etc.), é fácil de passar a ter esta doença; outra em que o corpo humano tem possibilidade de ter doenças crônicas⁷⁶⁹. Esta é a razão pela qual a OMS define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e enfermidade”⁷⁷⁰. O que quer dizer que uma pessoa apenas tem saúde quando não tem qualquer doença nem fica no estado de subsaúde. Embora na MTC não exista a designação “estado de subsaúde”, este estado corresponde ao que na MTC se designa como “estado de doença potencial” (em chinês, “潛病态”) ou “estado de pré-doença” (em chinês, “前病态”)⁷⁷¹.

Quer para a doença ou quer para o estado de subsaúde, entende-se que se trata, na MTC, de um desequilíbrio entre *Yin* e *Yang*, pelo que o princípio orientador de tratamento de ambos é o ajustamento desse desequilíbrio⁷⁷². Para este ajustamento, os métodos de prevenção na MTC correspondem, em regra, aos mesmos métodos usados para a cura de doenças – isto é, aos métodos terapêuticos da MTC – e a única diferença entre os de prevenção e os da MTC reside no facto de que aqueles são praticados antes do aparecimento de doenças e destinados à promoção de saúde⁷⁷³, enquanto estes, como é evidente, são levados a cabo depois do seu aparecimento e com vista à recuperação ou à melhoria da situação clínica dos utilizadores de MTC. Deste modo, os profissionais da MTC, atendendo ao estado de saúde dos utilizadores de MTC, podem aplicar métodos terapêuticos do seu círculo profissional para efeitos de prevenção de saúde ou de subsaúde. O que vale por dizer que os métodos de prevenção de doenças ou de subsaúde podem ser vários, quer medicamentosos ou quer não medicamentosos, incluindo, entre outros, cultivar a mente, dietética, animar a vida diária, *tai*

⁷⁶⁸ Gualin LI; Fuxia XIE; Siyu YAN; et. al. “Subhealth: definition, criteria for diagnosis and potential prevalence in the central region of China”. *BMC Public Health*, 13:446 (2013), p. 2.

⁷⁶⁹ Wei-ping WU; Yong-jun BIAN. “TCM treatment of sub-health state” (亚健康状态的中医治疗). *Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 41, n.º 4 (2000), p. 251. Outra autora divide o estado de subsaúde em duas fases: a fase de desordens leves de mente e de corpo, em que se apresentam sintomas principais como fadiga, insónia, mau apetite ou instabilidade emocional; e a fase clínica superficial, que pode evoluir para uma tendência de alto risco de certas doenças. Sobre esta divisão, cfr. Shu-zhen YIN. “Sub-health and QT dispersion”. *Chinese General Practice*, Vol. 2, n.º 3 (1999), p. 227.

⁷⁷⁰ Sobre esta definição, cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*, p. 1, em Basic Documents, 49ª edição. Disponível em https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6 (acesso em 29 de setembro de 2021).

⁷⁷¹ Yun-zhi MA. “Sub-health State and Its Prevention and Treatment with Traditional Chinese Medicine”. *Henan Traditional Chinese Medicine*, Vol 21, n.º 3 (2001), p.12.

⁷⁷² Yun-zhi MA. “Sub-health State and Its Prevention and Treatment with Traditional Chinese Medicine”, *op. cit.*, p. 12. Este ajustamento não se destina apenas à saúde física, como também à saúde mental, cfr. Xiao-yan YU; Shao-liang TANG; Gao-ling WANG. “Study on preventive health care service in Traditional Chinese Medicine and policies under the concept of disease prevention theory”. *Chinese Journal of Health Policy*, Vol. 8, n.º 2 (fevereiro de 2015), p. 72.

⁷⁷³ Qian JIA. *Traditional Chinese Medicine Could Make ‘Health for One’ True*, *op. cit.*, p. 31.

chi, acupuntura, moxabustão⁷⁷⁴, massagem *tuiná*, medicamentos fitoterapêuticos, *chi kung*, melhoria do estilo de vida, intervenção desportiva, ajustamento psicológico, etc.⁷⁷⁵.

A exposição introdutória sobre a prevenção de doenças ou de subsaúde na MTC assume certa relevância jurídica. A questão que nos ocupa aqui reside em saber se se verifica alguma responsabilidade civil em caso de aplicação de método inadequado de prevenção. A resposta é importante quer para os profissionais da MTC quer para os utilizadores de MTC, dado que, por um lado, permite aos primeiros saberem em que situação os métodos de prevenção inadequadamente aplicados podem levar à responsabilidade civil, e que, por outro lado, permite aos segundos conhecerem se podem ter direito à indemnização em caso de aplicação de métodos de prevenção inadequados.

É evidente que a aplicação de métodos de prevenção inapropriados pode corresponder a um ato ilícito e culposo, nomeadamente quando se violam as *leges artis*, quer de natureza jurídica quer de natureza não jurídica. É ilícito o ato quando existe a desconformidade entre a conduta devida e a conduta adotada⁷⁷⁶, sem prejuízo das duas variantes da ilicitude previstas no artigo 483.º, n.º 1, do CC. Por exemplo, em vez de aplicar a acupuntura (conduta adotada), os profissionais da MTC deveriam adotar a massagem *tuiná* (conduta devida) para efeitos de prevenção. Por outro lado, a aplicação de métodos de prevenção inadequados é um ato culposo quando a violação das *leges artis* pela conduta adotada era conhecida pelos profissionais da MTC e podia ser evitada quando não violassem o dever de diligência ou o dever de cuidado que lhes cabia⁷⁷⁷. Por exemplo, os profissionais da MTC, ao utilizar a massagem *tuiná*, conheciam da sua inapropriação à situação clínica dos utilizadores de MTC e podiam evitar a sua aplicação caso cumprissem devidamente o dever de cuidado exigido, mas na verdade tal não aconteceu.

Ora, convém analisar se os métodos de prevenção de doenças ou de subsaúde podem conduzir à produção de danos físico e/ou psíquicos em utilizadores de MTC. Levanta-se esta questão porque os profissionais da MTC, em certas situações, aplicam métodos de prevenção que raramente conduzem a danos aos utilizadores de MTC, especialmente os métodos que normalmente se adotam

⁷⁷⁴ Especificamente sobre a importância e a função essencial de moxabustão no que diz respeito à prevenção de doenças, cfr. Shu-jun ZHANG. "On moxibustion for preventing diseases". *Chinese Acupuncture & Moxibustion*, Vol. 28, n.º 10 (outubro de 2008), pp. 739-740. Esta autora indica que a moxabustão, como não tendo efeito colateral tóxico e sendo económica, segura e conveniente, é um método fundamental de prevenir doenças, mas os profissionais da MTC, ao aplicarem este método, devem atender à situação em concreta e seguir os procedimentos devidos, como os de escolher corretamente os pontos de acupuntura e de aplicar apropriadamente os materiais herbais com calor equilibrado.

⁷⁷⁵ Qian JIA. *Traditional Chinese Medicine Could Make 'Health for One' True*, op. cit., p. 31. Li-juan CUI. "The relationship between TCM thoughts of preventing disease and sub-health state". *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, Vol. 9, n.º 7 (21 de fevereiro de 2005), p. 146.

⁷⁷⁶ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. II*, op. cit., p. 94. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 106.

⁷⁷⁷ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 88.

para a prevenção de subsaúde, como o ajustamento psicológico, a melhoria do estilo de vida, a intervenção desportiva, a dieta, etc. Não obstante, os profissionais da MTC, como podendo aplicar métodos correspondentes aos métodos terapêuticos da MTC para efeitos de prevenção, podem causar danos aos seus utilizadores em caso da aplicação de métodos inadequados. Nesta situação, parece-me razoável que o dano, mesmo sendo diminuto, se verifique quando o desequilíbrio já existente entre *Yin* e *Yang* se torna pior. O dano em causa pode ser patrimonial ou moral. É um dano patrimonial quando, por exemplo, os utilizadores de MTC necessitam de recorrer para outros métodos adequados da MTC para que a sua situação clínica possa voltar, pelo menos, para o estado de desequilíbrio anteriormente existente. Para além disso, um dano moral, que deve ser suficientemente grave para merecer a tutela de direito (artigo 496.º, n.º 1, do CC), pode ocorrer quando, por exemplo, os utilizadores de MTC sofreram abalo psíquico por causa do agravamento do desequilíbrio já existente.

3. Âmbito do conteúdo funcional da Medicina Tradicional Chinesa

Quer para o tratamento de doenças quer para a prevenção de subsaúde ou de doenças, é importante determinar o âmbito do conteúdo funcional da MTC, isto é, demarcar os métodos que os profissionais da MTC podem aplicar. A importância dessa determinação deve-se ao facto de que o âmbito expressamente determinado permite aos profissionais da MTC afirmarem se os métodos que aplicarão se encaixam nesse âmbito e, em caso negativo, evitarem aplicá-los.

A aplicação de métodos inadequados pode ocorrer, a meu ver, em duas situações: uma em que os profissionais da MTC aplicam métodos que não se encaixam no âmbito devido, e outra em que os métodos aplicados, mesmo integrando-se no âmbito devido, não se adequam à situação clínica dos utilizadores de MTC. Parece-me razoável entender que a primeira situação implica a aplicação de métodos *profissionalmente* inadequados, enquanto a segunda situação envolve a aplicação de métodos *clínicamente* inapropriados. Esta última situação é a que foi exposta nas secções anteriores (veja Seções 6.1 e 6.2 do presente capítulo). O que nos interessa tratar nesta secção é apenas a primeira situação.

Nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro (Acesso às Profissões no Âmbito das Terapêuticas Não Convencionais), “[a]s profissões referidas no artigo 2.º [isto é, a

acupuntura, a fitoterapia, a homeopatia, a MTC, a naturopatia, a osteopatia e a quiropráxia] compreendem a realização das atividades constantes de portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da saúde e do ensino superior”. A portaria que se refere às atividades da MTC é a Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, que “visa fixar a caracterização e o conteúdo funcional da profissão de especialista de medicina tradicional chinesa” (artigo 1.º). Este diploma legal prevê, no seu artigo 4.º, o referencial de competências para os profissionais da MTC, exigindo-lhes terem um conjunto de conhecimentos (n.º 1 do artigo 4.º), serem capazes de executar vários atos (n.º 2 do artigo 4.º) e realizarem atividades da MTC de acordo com os princípios de conduta expressamente previstos (n.º 3 do artigo 4.º). Os atos para os quais se exige a capacidade profissional para a sua execução contam com a aplicação de métodos específicos da MTC [alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º]. E esta alínea prevê expressamente as subalíneas seguintes: “i. A inserção e manipulação de agulhas sólidas, moxabustão, martelo de sete pontas, ventosas e outros meios afins, nos meridianos e pontos de acupuntura; ii. A inserção e manipulação de agulhas em zonas reflexológicas; iii. A prescrição de fórmulas fitoterapêuticas por via oral ou de aplicação tópica; iv. A aplicação de técnicas manipulativas de massagem ou digitopuntura energética, sistémica ou em zonas reflexológicas; v. O aconselhamento e prescrição dietética; vi. O aconselhamento e prescrição de exercício energético de chi kung ou tai chi terapêuticos; vii. A orientação prática de exercício energético de chi kung ou tai chi terapêuticos”. Destas subalíneas retiram-se os métodos seguintes: (1) a acupuntura; (2) a moxabustão; (3) a terapia do martelo de sete pontas; (4) a ventosaterapia; (5) a terapia de fitoterapia chinesa; (6) a massagem *tuiná*; (7) a dietética; (8) o exercício energético de *chi kung*; (9) O exercício energético de *tai chi*.

Para melhor conhecer o âmbito do conteúdo funcional da MTC, convém proceder a uma introdução breve no que diz respeito aos métodos acima referidos:

- 1) A acupuntura entende-se por “um sistema único de terapia e de alívio de dor”⁷⁷⁸ e tem sido usada na China por mais de 2.500 anos⁷⁷⁹. Trata-se de “uma terapia de penetração de agulhas em pontos de acupuntura ou partes específicas do corpo humano, seguida por movimentos específicos de agulhas para estimular e regular o qi dentro dos meridianos”⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *A proposed standard international acupuncture nomenclature: Report of a WHO Scientific Group*, Geneva, 1991, p. 2. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40001/9241544171_eng.pdf (acesso em 10 de outubro de 2021).

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ FOOD AND HEALTH BUREAU OF THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. *Intervention*. Disponível em https://www.fhb.gov.hk/en/chinese_medicine/clinical_services/intervention.html (acesso em 10 de outubro de 2021).

- 2) A moxabustão é um tratamento externo baseado em teorias da MTC através de aquecer pontos de acupuntura com moxa, de forma a dragar meridianos e regular o sangue *qi*⁷⁸¹. Trata-se de um tratamento para prevenção e cura de doenças⁷⁸². A moxabustão e a acupuntura são integradas na Lista Representativa do Património Cultural Intangível da Humanidade (*Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity*)⁷⁸³.

- 3) A terapia do martelo de sete pontas (em inglês, “*Plum Blossom Needle Therapy*”) é uma terapia feita com um martelo que “tem dezoito centímetros de comprimento com uma haste fina e flexível que conduz a uma cabeça em forma de bala com sete agulhas igualmente distribuídas de um lado e cinco agulhas agrupadas do outro”⁷⁸⁴. É um método de tratamento importante na MTC, tendo vantagens de baixo custo, alta tolerância, conveniência e reações adversas mínimas⁷⁸⁵. É eficaz para o tratamento de várias doenças, como a hipertensão arterial primária⁷⁸⁶, a alopecia seborreica⁷⁸⁷, a síndrome de Tourette⁷⁸⁸, etc.

- 4) A ventosaterapia é uma terapia da MTC em que se aplicam copos de materiais diferentes em pontos de acupuntura ou áreas de dores com vista a criar pressão subatmosférica por meio de aparelhos de calor ou vácuo⁷⁸⁹. Embora seja uma terapia que se integra nos sistemas ancestrais de cura dos países da Ásia, do Oriente Médio e da Europa (como as medicinas Unani, Ayurveda, Tradicional

⁷⁸¹ Hongyong DENG; Xueyong SHEN. “The Mechanism of Moxibustion: Ancient Theory and Modern Research”. *Evidenc-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 2013, Article ID 379291, p. 1.

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Acupuncture and moxibustion of traditional Chinese medicine*. Disponível em <https://ich.unesco.org/en/RL/acupuncture-and-moxibustion-of-traditional-chinese-medicine-00425?RL=00425> (acesso em 12 de outubro de 2021).

⁷⁸⁴ Brett MARTIN; Frank YURASEK. “The Treatment of Primary Hypertension Using Plum Blossom Needle Therapy”. *Journal of Chinese Medicine*, n.º 101 (fevereiro de 2013), pp. 38-39.

⁷⁸⁵ Qiuyi LI; Yubin XIE; Xushan ZHA. “The clinical effect of plum blossom needle acupuncture with qi-invigorating superficies-consolidating therapy on seborrheic alopecia”. *Annals of Palliative Medicine*, Vol. 9, n.º 3 (maio de 2020), p. 1031.

⁷⁸⁶ Brett MARTIN; Frank YURASEK. “The Treatment of Primary Hypertension Using Plum Blossom Needle Therapy”, *op. cit.*, pp. 37-41.

⁷⁸⁷ Qiuyi LI; Yubin XIE; Xushan ZHA. “The clinical effect of plum blossom needle acupuncture with qi-invigorating superficies-consolidating therapy on seborrheic alopecia”, *op. cit.*, pp. 1030-1035. Este estudo mostra a eficácia da terapia do martelo de sete pontas integrada com a chamada “terapia de consolidação de superficies revigorantes de qi” (*qi-invigorating superficies-consolidating therapy*) para o tratamento da alopecia seborreica.

⁷⁸⁸ Jinna YU; Yongming YE; Shanshan LI; et. al. “The effectiveness and safety of plum-blossom needle therapy for Tourette syndrome: study protocol for a randomized controlled trial”. *Trials*, Vol 16, n.º do artigo: 320 (29 de julho de 2015), pp. 1-7.

⁷⁸⁹ Cfr. Carolina de Castro MOURA; Érika de Cássia Lopes CHAVES; Ana Carolina Lima Ramos CARDOSO; et. al. “Cupping therapy and chronic back pain: systematic review and meta-analysis”. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 26:e3094 (2018), p. 2. DOI: 10.1590/1518-8345.2888.3094. Tamer S. ABOUSHANAB; Saud ALSANAD. “Cupping Therapy: An Overview from a Modern Medicine Perspective”. *Journal of Acupuncture and Meridian Studies*, Vol. 11, n.º 3 (2018), p. 83. Huijuan CAO; Xun LI; Xue YAN; et. al. “Cupping therapy for acute and chronic pain management: a systematic review of randomized clinical trials”. *Journal of Traditional Chinese Medicine Sciences*, Vol. 1, n.º 2 (1 de julho de 2014), p. 50.

Para além desta definição, a propósito dos seus tipos, métodos e mecanismo, cfr. Piyush MEHTA; Vividha DHAPTE. “Cupping therapy: A prudent remedy for a plethora of medical ailments”. *Journal of Traditional and Complementary Medicine*, Vol. 5, n.º 3 (julho de 2015), pp. 128-129. Dnyaneshwar K. JADHAV. “Cupping Therapy: An Ancient Alternative Medicine”. *Journal of Physical Fitness, Medicine & Treatment in Sports*, Vol. 3, n.º 1, 555601 (abril de 2018), pp. 1-3.

Coreana, Tibetana e Oriental)⁷⁹⁰, a ventosaterapia é um dos métodos terapêuticos da MTC e frequentemente praticada na China⁷⁹¹. É uma terapia usada para quem tenha dores⁷⁹², rigidez, espasmos musculares, congestionamento devido a trauma, desordem de pele, queixas digestivas, distúrbios pulmonares, entre outros⁷⁹³.

- 5) A terapia de fitoterapia chinesa é, de entre os métodos da MTC, o mais usado neste círculo profissional⁷⁹⁴. Os estudos demonstram a sua eficácia para várias situações, como a redução de estresse, ansiedade e melhoria de qualidade de vida⁷⁹⁵, o potente efeito antiespasmódico⁷⁹⁶, o potente efeito antidepressivo⁷⁹⁷, o tratamento de dores neuropáticas⁷⁹⁸, o efeito antiproliferativo mais forte na linha de células de cancro de mama humano⁷⁹⁹, etc.
- 6) A massagem *tuiná* é um método de tratamento em que se realizam técnicas manipulativas com mãos, pés ou equipamentos, caracterizando-se essencialmente pela “força mecânica” que atua, de forma coordenada e rítmica, na superfície do corpo humano⁸⁰⁰. Para além de efeitos de estimular a circulação de sangue e de relaxar os músculos e articulações⁸⁰¹, este método também é

⁷⁹⁰ Cfr. Tamer S. ABOUSHANAB; Saud ALSANAD. “Cupping Therapy: An Overview from a Modern Medicine Perspective”, *op. cit.*, p. 83; Piyush MEHTA; Vividha DHAPTE. “Cupping therapy: A prudent remedy for a plethora of medical ailments”, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁹¹ Huijuan CAO; Xun LI; Xue YAN; et. al. “Cupping therapy for acute and chronic pain management: a systematic review of randomized clinical trials”, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁹² Vários estudos mostram que a ventosaterapia é eficaz para o tratamento de dores crónicas nas costas. Sobre estes estudos, entre outros, cfr. Carolina de Castro MOURA; Érika de Cássia Lopes CHAVES; Ana Carolina Lima Ramos CARDOSO; et. al. “Cupping therapy and chronic back pain: systematic review and meta-analysis”, *op. cit.*, pp. 1-15. Yun-Ting WANG; Yong QI; Fu-Yong TANG; et. al. “The effect of cupping therapy for low back pain: A meta-analysis based on existing randomized controlled trials”. *Journal of Back and Musculoskeletal Rehabilitation*, Vol. 30, n.º 6 (2017), pp. 1187-1195. Abdullah ALBEDAH; Mohamed KHALIL; Ahmed ELOLEMY; et. al. “The Use of Wet Cupping for Persistent Nonspecific Low Back Pain: Randomized Controlled Clinical Trial”. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 21, n.º 8 (2015), pp. 504-508. Jong-In KIM; Tae-Hun KIM; Myeong Soo LEE; et. al. “Evaluation of wet-cupping therapy for persistent non-specific low back pain: a randomised, waiting-list controlled, open-label, parallel-group pilot trial”. *Trials*, 12:146 (2011), pp. 1-7. Khosro FARHADI; David C. SCHWEBEL; Morteza SAEB; et. al. “The effectiveness of wet-cupping for nonspecific low back pain in Iran: A randomized controlled trial”. *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 17 (2009), pp. 9-15. Marzieh AKBARZADEH; Mehrnosh GHAEMMAGHAMI; Zahra YAZDANPANAH; et. al. “The Effect Dry Cupping Therapy at Acupoint BL23 on the Intensity of Postpartum Low Back Pain in Primiparous Women Based on Two Types of Questionnaires, 2012; A Randomized Clinical Trial”. *International Journal of Community Based Nursing and Midwifery*, Vol. 2, n.º 2 (abril de 2014), pp. 112-120.

⁷⁹³ Dnyaneshwar K. JADHAV. “Cupping Therapy: An Ancient Alternative Medicine”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹⁴ FOOD AND HEALTH BUREAU OF THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. *Intervention*, *op. cit.*

⁷⁹⁵ Leonice Fumiko Sato KUREBAYASHI; Ruth Natalia Teresa TURRINI; Gisele KUBA; et. al. “Chinese phytotherapy to reduce stress, anxiety and improve quality of life: randomized controlled trial”. *Journal of School of Nursing of the University of São Paulo*, Vol. 50, n.º 5 (2016), pp. 855-862. Estes autores revelam que o uso da fórmula *Gan Mai Da Zao* permite reduzir os níveis de estresse e de ansiedade e melhorar a qualidade de vida.

⁷⁹⁶ J. D. WILKINSON; B. J. WHALLEY; D. BAKER; et. al. “Is Δ⁹ THC responsible for all its effects?”. *Journal of Pharmacy and Pharmacology*, Vol. 55, n.º 12 (2003), pp. 1687-1694.

⁷⁹⁷ A. PANOSSIAN; N. NIKOYAN; N. OHANYAN; et. al. “Comparative study of Rhodiola preparations on behavioral despair of rats”. *Phytomedicine*, Vol. 15, n.º 1-2 (25 de janeiro de 2008), pp. 84-91.

⁷⁹⁸ Juan ZHANG; Chen LV; Hai-na WANG; Yi CAO. “Synergistic interaction between total glucosides and total flavonoids on chronic constriction injury induced neuropathic pain in rats”. *Pharmaceutical Biology*, Vol. 51, n.º 4 (2013), pp. 455-462.

⁷⁹⁹ Jian-li GAO; Tong-chuan HE; Ying-bo LI; Yi-tao WANG. “A traditional Chinese medicine formulation consisting of Rhizoma Corydalis and Rhizoma Curcumae exerts synergistic anti-tumor activity”. *Oncology Reports*, Vol. 22, n.º 5 (novembro de 2009), pp. 1077-1083.

⁸⁰⁰ Zhi-tao MEN; Hong ZHANG. “Study on the Mechanism of TCM Massage for Relaxing Muscles” (中医推拿舒筋作用机制研究). *Chinese Manipulation & Qi Gong therapy*, Vol. 24, n.º 3 (março de 2008), p. 10.

⁸⁰¹ Sobre estes efeitos, *ibidem*.

eficaz para tratamento de hérnia de disco⁸⁰², de diarreia infantil⁸⁰³, de dores musculares⁸⁰⁴, etc.

- 7) A dietética é um método que determina as características de alimentos com base na teoria da MTC e, de acordo com a natureza, o sabor e a função de alimentos, prepará-los racionalmente, com vista a manter a saúde, fortalecer o corpo humano e prevenir o envelhecimento⁸⁰⁵. Os profissionais da MTC, ao aconselharem ou prescreverem este método, necessitam de respeitar os princípios básicos de dietética, como o princípio de balanço geral, o princípio de equilíbrio e o princípio de restrições alimentares⁸⁰⁶. Devem aconselhar ou prescrever de forma cuidadosa este método atendendo ao estado de saúde dos utilizadores de MTC, porque uma alimentação descontrolada e irregular pode causar várias doenças, como a diabetes, a obesidade, a hipertensão, a doença cardíaca, a hiperlipidemia, a pancreatite, a colecistite, etc.⁸⁰⁷
- 8) O exercício energético de *chi kung* é um exercício aeróbico de movimentos lentos⁸⁰⁸, que combina atividade física corporal, respiração e regulação da mente como as principais formas de exercício⁸⁰⁹. Este método pode produzir efeitos positivos para os sistemas humanos respiratório, nervoso, cardiovascular, digestivo e imunológico⁸¹⁰. Para além destes efeitos positivos, entende-se que pode melhorar, entre outros, os sintomas psicológicos (de compulsividade, de sensibilidade interpessoal, de depressão e ansiedade) de pessoas de meia-idade⁸¹¹ e a maneira de andar e a capacidade de exercício de utilizadores de MTC com Doença de

⁸⁰² Ju-bao LI; Qi-liang XIONG; Shang-ke QU; et. al. "Application of *Tuina* manipulation for lumbar disc herniation: literature analysis in recent 10 years". *Chinese Journal of Tissue Engineering Research*, Vol. 18, n.º 44 (22 de outubro de 2014), pp. 7211-7216.

⁸⁰³ An-da SUN; Li-li WANG; Li-li SHANG. "Study on Therapeutic Effect and Action Mechanism of *Tuina* Treating 320 Cases of Infantile Diarrhea Based on Syndrome Differentiation and Type" (辨证分型推拿治疗小儿腹泻 320 例疗效及作用机理研究). *Traditional Chinese Medicinal Research*, Vol. 20, n.º 8 (agosto de 2007), pp. 33-35.

⁸⁰⁴ Qiang ZHOU; Ying-wu CHENG. "Analysis on Analgesic Mechanism of *Tuina*". *Liaoning Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 39, n.º 7 (2012), pp. 1376-1378.

⁸⁰⁵ Li SONG; Hua WANG. "Exploration and analysis of health preservation by diet in traditional Chinese medicine" (中医饮食养生探析). *Journal of Hubei University of Chinese Medicine*, Vol. 15, n.º 5 (2013), p. 47.

⁸⁰⁶ No que respeita às explicações destes princípios, *Idem.*, pp. 48-49. Em sentido semelhante, cfr. Mei-jun YIN. "Nursing on the Food and Drink for Patients with Bone Fracture". *Guiding Journal of TCM*, Vol. 12, n.º 9 (setembro de 2006), pp. 62-63.

⁸⁰⁷ Wen-jing ZONG; Kai-wei ZHAO; Yu-hui ZHANG; Song DU. "Theoretical Research on Diet and Health in "*Huangdi Neijing*"". *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, online first (27 de Agosto de 2021). DOI: 10.19945/j.cnki.issn.1006-3250.20210826.001.

⁸⁰⁸ Weijie ZONG; Hui YANG; Meiling WANG; et. al. "Study on the Effect of Health Qigong Exercise Intervention in Gait in Parkinson's Patients". *Journal of Capital University of Physical Education and Sports*, Vol. 33, n.º 3 (maio de 2021), p. 294.

⁸⁰⁹ Yanping MA. "Experimental Studys on the Effect of Health Qigong exercise on Mental Health of Middle-aged People". *Science & Technology Vision*, n.º 6 (2020), p. 173.

⁸¹⁰ Guohui LI. "On the Origin and Fitness Effect of Chinese Traditional Qigong". *WUSHU Science*, Vol. 10, n.º 2 (fevereiro de 2013), pp. 74-75.

⁸¹¹ Yanping MA. "Experimental Studys on the Effect of Health Qigong exercise on Mental Health of Middle-aged People", *op. cit.*, pp. 172-175.

Parkinson⁸¹².

- 9) O exercício energético de *tai chi* é um exercício aeróbico de média e baixa intensidade, que pode efetivamente melhorar a função pulmonar dos utilizadores de MTC por meio do modo respiratório e dos movimentos correspondentes⁸¹³. Este exercício é eficaz para várias situações, como a melhoria da função pulmonar e da capacidade de exercício dos utilizadores de MTC com doença de obstrução pulmonar crónica⁸¹⁴, o tratamento de dores nas articulações, rigidez e disfunção nas articulações⁸¹⁵, a melhoria significativa da densidade mineral óssea e do metabolismo ósseo de mulheres na pós-menopausa⁸¹⁶, etc.

Mesmo assim, a questão reside em saber se estes métodos constituem o âmbito pleno de conteúdo funcional da MTC, isto é, se os profissionais da MTC apenas podem aplicar os métodos expressamente previstos pela alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro. Parece que a resposta seria positiva, uma vez que o artigo 4.º da Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro (Regula os requisitos gerais que devem ser satisfeitos pelo ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Medicina Tradicional Chinesa) prevê que “[a]s competências a adquirir através do ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado em Medicina Tradicional Chinesa são as descritas na Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro”. Na minha perspetiva, esta solução não é de adotar, uma vez que a alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, ao expressar que “[o] especialista de medicina tradicional chinesa deve ser capaz de: ... d) Aplicar métodos específicos da medicina tradicional chinesa, *tais como...*”, enumera, de forma exemplificativa e não taxativa, os métodos que os profissionais da MTC podem aplicar. O que se prevê no artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, é um referencial de competências, não implicando um âmbito limitativo de competências dos profissionais da MTC. Na verdade, existem outros métodos que costumam ser usados pelos profissionais da MTC nos países asiáticos, como os seguintes:

⁸¹² Weijie ZONG; Hui YANG; Meiling WANG; et. al. “Study on the Effect of Health Qigong Exercise Intervention in Gait in Parkinson’s Patients”, *op. cit.*, pp. 294-298 e 315.

⁸¹³ Ji-hong WANG; Xiao-dan LIU; Jun HU; et. at. “Effects of Tai Chi exercise on lung function and exercise endurance of old patients with chronic obstructive pulmonary disease: a Meta-analysis”. *Chinese Journal of Tissue Engineering Research*, Vol. 19, n.º 5 (30 de janeiro de 2015), p. 819.

⁸¹⁴ Yun-long LIU. “A meta-analysis of the improvement effect of Tai Chi exercise on patients with chronic obstructive pulmonary disease”. *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 41, n.º 16 (agosto de 2021), pp. 3462-3467. Ji-hong WANG; Xiao-dan LIU; Jun HU; et. at. “Effects of Tai Chi exercise on lung function and exercise endurance of old patients with chronic obstructive pulmonary disease: a Meta-analysis”, *op. cit.*, pp. 815-820.

⁸¹⁵ Wen-jun LIU; Jian-ying HAO. “Systematic review and meta-analysis of Tai Chi exercises for treatment of joint pain, stiffness and dysfunction in patients with bones and joints”. *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 16, n.º 40 (agosto de 2020), pp. 3471-3475.

⁸¹⁶ Jian-ying HAO; Bao-cheng XIE. “A systematic review of the effects of Tai Chi exercises on bone mineral density in postmenopausal women”. *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 39, n.º 12 (junho de 2019), pp. 2941-2946.

- 1) a quiropraxia chinesa (em inglês “Chinese chiropractic”, “Chinese bone-setting” ou “Die da” e, em chinês, “跌打”) é um método de ortopedia e de traumatologia na MTC⁸¹⁷ que trata pele e carne, músculos e ossos, *qi* e sangue, lesões nos *zang fu* e nos meridianos, com vista à recuperação de fratura óssea, luxação, entorse e contusão⁸¹⁸. Para além destes efeitos, trata-se de um método que pode melhorar a artrose, uma das doenças de articulações, ao longo da história⁸¹⁹.

- 2) o “Therapeutic Blood Withdrawal” ou “Bloodletting Therapy” (em chinês, “放血療法”, “刺络法” ou “刺血法”) é um método de punção de redes sanguíneas ou pontos de acupuntura com uma agulha de três lados (ou de instrumentos em forma de agulha, facas ou até sanguessugas) e libera uma quantidade adequada de sangue para tratar doenças⁸²⁰. É um método que se destina não apenas à prevenção de doenças, como também à sua cura⁸²¹. A escolha de locais para derramar o sangue é fundamental porque diferentes locais de derramamento de sangue podem tratar doenças diferentes⁸²². A eficácia deste método inclui a reconciliação de *qi* e sangue, a eliminação de calor e de fogo patogénico, a remoção da estase de sangue e a redução de inchaço, a eliminação de prurido e de paralisia, a indução de ressuscitação e a acalmação de nervos⁸²³, o tratamento das varizes primárias de membros inferiores⁸²⁴.

- 3) o “Gua Sha” (em chinês, “刮痧”) é um método que permite a congestão e o sangramento subcutâneo que aparece na pele após a raspagem do corpo humano, tendo as funções de, entre outros, eliminar a fadiga, perder peso, embelezar a

⁸¹⁷ É um método considerado como uma herança cultural intangível pelo Governo de Hong Kong, cfr. INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE OFFICE. *Die Da* (跌打), in Hong Kong Intangible Cultural Heritage Database. Disponível em <https://www.hkicdb.gov.hk/zht/item.html?a8557510-d7cc-468d-8403-fcc6125417e7> (acesso em 21 de outubro de 2021).

⁸¹⁸ Yan Wang TSOI. *Principles of bone-setting and commonly used drugs* (跌打原理及常用药物), in Sportsoho. Disponível em <https://www.sportsoho.com/pg/pages/view/193262> (acesso em 20 de outubro de 2021). Este autor realça ainda que este método, mesmo sendo confundível com a massagem *tuina*, é efetivamente diferente desta.

⁸¹⁹ Bitao MA; Lilun JIN; Xiuli LIU; et. al. “An investigation over the impact of conventional Chinese bone setting to cartilage and the VEGF expression in cartilage cells in rats with knee osteoarthritis disease”. *International Journal of Clinical and Experimental Pathology*, Vol. 10, n.º 5 (2017), pp. 5552-5558.

⁸²⁰ Xin DU; Zhi-chao SU; Yuan-bo FU; et. al. “Dose-effect relationship of bloodletting therapy”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 36, n.º 4 (abril de 2021), p. 1949. Bin XU. “The vascular biological basis of bloodletting therapy” (刺络放血疗法的血管生物学基础). *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, Vol. 8, n.º 24 (25 de agosto de 2004), p. 5126.

⁸²¹ Bin XU. “The vascular biological basis of bloodletting therapy” (刺络放血疗法的血管生物学基础), *op. cit.*, p. 5126.

⁸²² Guang-jun WANG; M. Hossein AYATI; Ning-qin ZHANG; et. al. “Discussion on the mechanism of bloodletting therapy from the perspective of microcirculation” (从微循环角度探讨放血疗法的机理). *Shaanxi Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 31, n.º 6 (2010), p. 709.

⁸²³ Sobre estes efeitos, cfr. Guo-song ZHANG; Fa-yin YI. “Discussion on the theory of pricking blood therapy”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 35, n.º 6 (junho de 2020), p. 2930.

⁸²⁴ Sobre este último efeito, cfr. Jian-hua WU; Hu-cheng WANG. “Research Progress of Bloodletting Therapy in the Treatment of Primary Lower Extremity Varicose Veins”. *Popular Science & Technology*, Vol. 23, n.º 6 (junho de 2021), pp. 57-59.

pele, promover a circulação sanguínea, remover a estagnação de sangue, melhorar o metabolismo, regular o sistema imunológico⁸²⁵.

Deste modo, do que se expôs acima pode concluir-se que o âmbito do conteúdo funcional da MTC não se esgota nos métodos que a lei expressamente menciona, o que significa que os profissionais da MTC podem aplicar outros métodos do seu círculo profissional que não sejam expressamente previstos na alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro.

No entanto, atente-se que esta conclusão não permite aos profissionais da MTC aplicarem qualquer método que entendam integrado na MTC. Na verdade, os profissionais da MTC apenas podem aplicar os métodos para os quais tenham capacidade profissional, porque o n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, pressupõe que “[o] especialista de medicina tradicional chinesa *deve ser capaz de...*”. A capacidade para o exercício de atividade da MTC é regulada na Portaria n.º 45/2018, 9 de fevereiro, nomeadamente nos seus artigos 6.º a 9.º, que regulam as componentes de formação como as ciências fundamentais, as ciências e técnicas clínicas, os princípios e a prática da MTC. Por conseguinte, é a capacidade profissional regulada neste diploma legal que confere a qualificação profissional para o exercício de certos métodos da MTC.

Em suma, o âmbito do conteúdo funcional da MTC não se esgota nos métodos que expressamente prevê a alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, nem pode ser estendida de forma ilimitada por depender da capacidade profissional que regula a Portaria n.º 45/2018, de 9 de fevereiro. Apenas podemos dizer que os profissionais da MTC, dentro deste âmbito do conteúdo funcional da MTC, devem aplicar os métodos adequados, sob pena de incorrerem na responsabilidade civil pelos danos causados por causa de aplicação de métodos inadequados.

⁸²⁵ Jin-sheng YANG; Ying-ying WANG; Mei-li ZHAO; et. al. “The basic concept of “Sha” and the historical evolution of Gua Sha” (“痧”的基本概念與刮痧的歷史沿革). *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, Vol. 13, n.º 2 (2007), p. 104.

CAPÍTULO VII - Falha na Execução de Métodos

1. Determinação do âmbito de falha profissional

Antes de tudo, é de esclarecer que o que se analisará neste capítulo não tem a ver com um erro na escolha de métodos ou, dizendo de outra forma, com a aplicação de métodos inadequados⁸²⁶. A falha na execução de métodos traduz-se numa situação em que os profissionais da MTC, tendo escolhido um método adequado (quer da prevenção de doença quer da sua cura)⁸²⁷, cometem certa falha durante o procedimento da sua aplicação.

É fundamental delimitar o âmbito de uma falha na execução de métodos, o que permite esclarecer se esta expressão tem alguma relação com qualquer dos outros conceitos – isto é, o ato médico, o erro médico e a falta/negligência médica⁸²⁸ – que analisámos anteriormente (*vide* a Seção 2 do Capítulo II).

A expressão “falhar” pode significar, entre outros, “não resultar”, “não ter êxito” ou “errar o alvo”⁸²⁹. Com esta definição, a falha pode, a meu ver, corresponder ao insucesso de um ato profissional, isto é, ao chamado evento adverso, que se entende por “toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do médico, que surja como consequência do ato médico e não do estado clínico que lhe deu origem, e que acaba por causar algum tipo de dano ao paciente”⁸³⁰. O que vale por dizer que a falha pode englobar a situação em que, embora os profissionais da MTC tenham atuado com todos os cuidados devidos ou conforme a normalidade da prática, os resultados negativos se devem a factos para além da sua vontade, ou seja, a factos que não se podem prever, esperar ou controlar. Mesmo assim, pode colocar-se a questão de saber se a falha, ao referir-se ao insucesso de um ato profissional, pode ser profissional. Parece-me positiva a resposta a esta questão, porque um tal

⁸²⁶ Trata-se da matéria que foi analisada no capítulo anterior.

⁸²⁷ É de realçar que a falha na execução de métodos *de diagnóstico* pode corresponder ao que analisámos anteriormente a respeito do erro de diagnóstico, nomeadamente nas situações em que os profissionais da MTC procedem à interpretação errada dos exames realizados ou à realização atrasada dos exames cuja necessidade é indicada pelos sintomas de utentes, pelo que nesta seção não se analisa essa parte para evitar qualquer repetição de conteúdo. O que se concentra nesta seção é a falha na execução de métodos *terapêuticos*, e *não de diagnóstico*.

⁸²⁸ Como já se realçou, na MTC usamos as expressões “ato profissional”, “erro profissional” e “falta/negligência profissional”.

⁸²⁹ Cfr. Dicionário Infopédia, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/falhar> (acesso em 25 de outubro de 2021). Os significados semelhantes podem encontrar-se em Dicionário Priberam, disponível em <https://dicionario.priberam.org/falhar> (acesso em 25 outubro de 2021).

⁸³⁰ Sobre a definição do efeito adverso e a sua correspondência com o insucesso de um ato médico, cfr. Vera Lúcia RAPOSO. Do ato médico ao problema jurídico, op. cit. pp. 14-15.

Para além disso, parece-me razoável que se possa entender a expressão “o insucesso de um ato profissional” em sentido mais lato, referindo-se não apenas ao evento adverso, como também ao insucesso de um ato diagnóstico, especialmente na situação da interpretação errada dos exames realizados ou da realização atrasada dos exames.

insucesso (o evento adverso) surge não mais do que a consequência de um ato ou uma conduta profissional. O que pode dizer-se é que o insucesso de um ato profissional é uma falha profissional não previsível, mas tal imprevisibilidade não impede que a falha seja de um ato ou conduta profissional.

É de realçar que o efeito adverso, resultante de um evento adverso, é diferente do efeito colateral – que se refere ao efeito que é acompanhado pelo efeito terapêutico e, no entanto, não se relaciona com a finalidade de tratamento⁸³¹ –, embora as duas noções sejam confundíveis. Uma tal diferença reside em que o efeito adverso é, em regra, imprevisível, enquanto o efeito colateral é, em princípio, previsível⁸³², para além do sinal distintivo que existe entre ambos em termos da ciência médica⁸³³. O efeito colateral, quando ocorra, é em regra necessário para a finalidade do tratamento⁸³⁴. A questão que se pode colocar é a de saber se a ocorrência de um efeito colateral é ou não uma falha na execução de métodos terapêuticos da MTC. Parece-me que a ocorrência de efeito colateral pode ser uma falha durante o procedimento de execução de métodos terapêuticos da MTC, só que esta falha é tolerável e, deste modo, profissionalmente aceitável porque a sua ocorrência é, em princípio, necessária para atingir a finalidade do tratamento.

Para além disso, é questionável se a falha profissional engloba as situações cobertas pelo erro profissional. Mas antes de responder a esta questão, convém esclarecer que esta dissertação adota a posição de que o erro profissional e a falta ou negligência profissional são distintos (como analisámos na Seção 2 do Capítulo II), ao contrário do que entendem alguns autores, que não distinguem o erro profissional da falta/negligência profissional⁸³⁵. O que vale por dizer que aqui se adota

⁸³¹ Cfr. Weijia HUANG. “Analysis of “Toxic Reaction and Side Effect” and “Adverse Drug Reaction””. *China Terminology*, Vol. 18, n.º 5 (2016), p. 47. Sobre esta definição, veja ainda Zhi-Ping ZENG; Jian-Guo JIANG. “Analysis of the adverse reactions induced by natural product-derived drugs”, *op. cit.*, p. 1374; UPPSALA MONITORING CENTRE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). *Glossary of pharmacovigilance terms*. Disponível em <https://www.who-umc.org/global-pharmacovigilance/publications/glossary/> (acesso em 14 de novembro de 2021), indicando que o efeito colateral corresponde ao “[a]ny unintended outcome that seems to be associated with treatment, including negative or positive effects”; HEALTH PRODUCTS REGULATORY AUTHORITY (IRELAND). *Medicine and side effect*. Disponível em http://www.hpra.ie/docs/default-source/publications-forms/information-leaflets/medicines-and-side-effects_web.pdf?sfvrsn=2 (acesso em 14 de novembro de 2021); MANAGEMENT SCIENCES FOR HEALTH AND WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Drug and Therapeutics Committee Training Course* (2007), p. 2. Disponível em https://www.who.int/medicines/technical_briefing/tbs/04-PG_Dug-Safety_final-08.pdf?ua=1 (acesso em 14 de novembro de 2021).

⁸³² Shelby LEHENY. *‘Adverse Event’ Not the Same as ‘Side Effect’* (22 de fevereiro de 2017). Disponível em <https://www.pharmacytimes.com/view/adverse-event-not-the-same-as-side-effect> (acesso em 14 de novembro de 2021).

⁸³³ Sobre a explicação da sua diferença na perspetiva da ciência médica, cfr. Weijia HUANG. “Analysis of “Toxic Reaction and Side Effect” and “Adverse Drug Reaction””. *China Terminology*, Vol. 18, n.º 5 (2016), p. 48.

⁸³⁴ Por exemplo, embora as cobras e os escorpiões sejam tóxicos, eles são eficazes e, portanto, necessários para o tratamento de apoplexia no âmbito da MTC. Cfr. Zhi-Ping ZENG; Jian-Guo JIANG. “Analysis of the adverse reactions induced by natural product-derived drugs”, *op. cit.*, p. 1388.

⁸³⁵ Cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, *op. cit.*, p. 297, defendendo que o erro na aplicação da terapia pode ser culposo (ou seja, o erro médico é objeto de censura), uma vez que essa aplicação “é feita sem a correção técnica exigível”, o que implica que o erro profissional corresponde à falta ou negligência profissional. Posição semelhante pode encontrar-se em Joana Carvalho FERNANDES. “Direito Penal dos Médicos. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual”. *Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso (abril de 2021), Formação Ministério Público, Centro de Estudos Judiciários, p. 99, entendendo que “[o] erro corresponde, portanto, a uma falha humana e pode ocorrer em qualquer fase da actividade do médico (desde o planeamento à execução). Pode consistir num lapso ou falha (distracção momentânea ou concentração excessiva) ou num engano (erros que supõem uma falha de decisão, que pode decorrer da má aplicação de regras, da má utilização de conhecimentos ou de má deliberação)”.

a posição defendida por Vera Lúcia RAPOSO, isto é, a de que o erro médico não se traduz num comportamento censurável, enquanto a falta ou negligência profissional implica a violação das *leges artis* e, deste modo, do dever de cuidado exigível⁸³⁶. Com a posição por nós adotada, e voltando para a nossa questão levantada, parece-me razoável que as situações cobertas pelo erro profissional se integrem no âmbito de falha profissional, ao entender-se que o chamado erro médico é como “uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico”⁸³⁷. Deste modo, a falha profissional na execução de métodos da MTC inclui ainda as situações em que os atos profissionais, mesmo tendo causado um dano em utilizadores de MTC, não são censuráveis e, em vista disso, os profissionais da MTC que os praticaram não são juridicamente responsáveis⁸³⁸.

Por fim, pode levantar-se ainda a questão de saber se a falha profissional envolve o que se entende por falta ou negligência profissional. Verifica-se a falta ou negligência profissional quando um profissional da MTC “viola, cumulativamente, uma lei da arte e o dever de cuidado que lhe cabe, e assim se afasta daquilo que dele é esperado naquele caso”⁸³⁹, isto é, quando, como já se referiu (*vide* a Seção 2 do Capítulo II), o evento adverso previsível se deve a um comportamento culposos dos profissionais da MTC, violando as *leges artis* e o respetivo dever de cuidado. Parece-me conforme à razão que a falha profissional inclua também as situações cobertas pela falta ou negligência profissional, porque a falha, ao implicar a falta de êxito ou sucesso, pode ser causada pela conduta culposa⁸⁴⁰, e não apenas pela conduta não culposa.

Em suma, do que se expôs pode tirar-se a conclusão de que a falha profissional na execução de métodos da MTC pode ter um âmbito abrangente, incluindo todas as situações cobertas pelo insucesso de um ato profissional (ou seja, pelo evento adverso), pelo erro profissional e até pela falta ou negligência profissional. Por outras palavras, afirma-se a existência de uma falha na execução de métodos na MTC quando ocorre o insucesso de um ato profissional, o erro profissional ou a falta ou negligência profissional. Esta conclusão serve para realçar a ideia de que a falha profissional na execução de métodos da MTC pode envolver ocorrência negativa, quer previsível quer imprevisível, quer

⁸³⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 15.

⁸³⁷ Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES. “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”. *Data Venia*, Ano 1, n.º 01 (julho-dezembro de 2012), p. 8.

⁸³⁸ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 15.

⁸³⁹ *Ibidem*.

⁸⁴⁰ Há quem entenda que a falha profissional corresponde à “*falta de atuação segundo o dever de cuidado*”, cfr. Alexandra ANDRADE. “Responsabilidade Penal dos Médicos. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual”. *Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso (abril de 2021), Formação Ministério Público, Centro de Estudos Judiciários, p. 24. Este entendimento implica que a falha profissional inclui situações cobertas pela falta ou negligência profissional porque incide sobre um comportamento culposos.

culposa quer não culposa.

2. (In)Aceitabilidade de falha profissional

A conclusão que se deduz – isto é, a de que se verifica uma falha profissional na execução de métodos terapêuticos da MTC em caso de ocorrência negativa, quer previsível quer imprevisível, quer culposa quer não culposa – é importante para procurar encontrar um critério que sirva para identificar se é ou não aceitável uma falha profissional na execução de métodos terapêuticos da MTC.

Antes de tudo, caso ocorra um acontecimento negativo para além da vontade dos profissionais da MTC durante o procedimento da execução de métodos terapêuticos⁸⁴¹, um tal acontecimento é aceitável em termos profissional e jurídico. Esta solução justifica-se porque o acontecimento negativo não previsível, pelo menos, não é culposos porque sucede mesmo que os profissionais da MTC tenham cumprido todo o dever de cuidado exigível. Por outras palavras, o acontecimento negativo não previsível tem lugar apesar de os profissionais da MTC terem cumprido todas as *leges artis*. Isto significa que é sempre não culposa e, por causa disso, jurídica e profissionalmente aceitável a falha profissional imprevisível na execução de métodos terapêuticos da MTC.

No que diz respeito às ocorrências negativas previsíveis – isto é, as falhas previsíveis na execução de métodos da MTC –, coloca-se a questão de saber se, como sendo previsíveis, tais falhas são sempre inaceitáveis? A resposta quanto à questão colocada deve ser negativa, porque as falhas previsíveis não são sempre inaceitáveis, podendo existir falhas previsíveis e, no entanto, aceitáveis durante o procedimento de realização de métodos terapêuticos da MTC. Trata-se das situações em que ocorre o efeito colateral (por exemplo, a necessidade da toxicidade de cobras e escorpiões para o tratamento de apoplexia⁸⁴²) ou a incidência de reações adversas cuja ocorrência tem uma percentagem previsível (por exemplo, a incidência, que varia de 0.671% a 11.4%, de reações adversas da acupuntura, como a dor, a fadiga, o sangramento e o hematoma⁸⁴³; é de 3.2% a incidência de reações

⁸⁴¹ Por exemplo, as reações adversas da toxicidade são classificadas em três tipos: Tipo A (toxicidade aguda ou aumentada), Tipo B (toxicidade bizarra ou idiossincrática) e Tipo C (toxicidade crônica, cumulativa ou atrasada), classificação esta que é também relevante para a MTC. Entende-se que a identificação da toxicidade a que se refere o Tipo B é difícil porque se trata de um acontecimento negativo para além da vontade dos profissionais da MTC. Sobre a classificação e o entendimento referido, cfr. Debbie SHAW. "Toxicological Risks of Chinese Herbs", *op. cit.*, p. 2013.

⁸⁴² Zhi-Ping ZENG; Jian-Guo JIANG. "Analysis of the adverse reactions induced by natural product-derived drugs", *op. cit.*, p. 1388.

⁸⁴³ Ling ZHAO; Fu-wen ZHANG; Ying LI; et. al. "Adverse events associated with acupuncture: three multicentre randomized controlled trials of 1968 cases in

adversas da fitoterapia chinesa, como a reação alérgica, a tontura, a irritação na pele, a náusea, o problema de sono, a doença exacerbada, a diarreia, a dor de estômago, as cólicas abdominais severas, etc.⁸⁴⁴). Em situações como estas, os profissionais da MTC, ao atuarem conforme o padrão de prática constante das *leges artis*, não devem ser sujeitos a qualquer responsabilidade civil pelas falhas previsíveis, apesar de terem causado dano em utilizadores de MTC. Esta solução justifica-se pelo facto de que, por um lado, as falhas previsíveis em discussão podem ter lugar apesar de os profissionais da MTC terem cumprido todo o dever de cuidado exigível que resulta das *leges artis* e, por outro lado, tais falhas, nomeadamente as que correspondem à ocorrência de um efeito colateral, são necessárias e, por isso, toleráveis para a finalidade de tratamento, desde que os danos causados sejam manifestamente reduzidos e toleráveis em relação ao benefício conseguido com o tratamento.

Por conseguinte, as falhas profissionais, que não correspondam às falhas imprevisíveis e às falhas previsíveis aceitáveis – como a ocorrência de efeito colateral e a incidência de reações adversas cuja ocorrência tem uma percentagem previsível reduzida –, são consideradas como falhas previsíveis inaceitáveis. As falhas em discussão podem referir-se aos casos como, por exemplo, os seguintes:

- 1) podem ocorrer reações adversas como a febre, as dores, o envenenamento, a alergia, as reações digestivas quando os profissionais da MTC realizam de forma inadequada a fitoterapia chinesa, nomeadamente quando, entre outros, não realizam qualquer dos métodos necessários de diagnóstico da MTC, prescrevem dose imprópria de materiais herbais, prescrevem materiais herbais cuja combinação é inadequada⁸⁴⁵;
- 2) pode suceder a lesão de tecido mole, a lesão ligamentar, a lesão da raiz do nervo ou a fratura óssea em caso da realização inapropriada do método *tuina*⁸⁴⁶;

China". *Trials*, Vol. 12, n.º 87 (2011), p. 5. Hitoshi YAMASHITA; Hiroshi TSUKAYAMA. "Safety of Acupuncture Practice in Japan: Patient Reactions, Therapist Negligence and Error Reduction Strategies". *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 5, n.º 4 (dezembro de 2008), pp. 391-398. G. ERNST; H. STRZYZ; H. HAGMEISTER. "Incidence of adverse effects during acupuncture therapy-a multicentre survey". *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 11, n.º 2 (junho de 2003), pp. 93-97. Lixing LAO; Gayle R. HAMILTON; Jianping FU; Brian M. BERMAN. "Is acupuncture safe? A systematic review of case reports". *Alternative Therapies In Health And Medicine*, Vol. 9, n.º 1 (janeiro a fevereiro de 2003), pp. 72-83. Hugh MACPHERSON; Kate THOMAS; Stephen WALTERS. "A Prospective Survey of Adverse Events and Treatment Reactions following 34,000 Consultations with Professional Acupuncturists". *Acupuncture in Medicine*, Vol. 19, n.º 2 (dezembro de 2001), pp. 93-102.

⁸⁴⁴ Jean H. KIM; Elizabeth M. S. KWONG; Vincent C. H. CHUNG; Terry WONG. "Acute adverse events from over-the-counter Chinese herbal medicines: A population-based survey of Hong Kong Chinese". *BMC Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 13, n.º 1, 336 (novembro de 2013), pp. 1-12.

⁸⁴⁵ Jinlan WANG. "Analysis of the Safety of Oral Traditional Chinese Medicine and Prevention of Drug Use". *Chinese Medicine Modern Distance Education of China*, Vol. 14, n.º 14 (julho de 2016), p. 44.

⁸⁴⁶ Yong DENG. "Research on the Medical Tort Liability System of TCM in China", *op. cit.*, p. 22. Yong DENG. "Discussion on the Legal Problems in the Field

- 3) pode causar a lesão de tecido mole, o pneumotórax, o desmaio, a quebra de agulhas ou a infecção através de vírus quando os profissionais da MTC aplicam a acupuntura de forma incorreta, nomeadamente quando escolhem incorretamente os pontos, a profundidade e o ângulo de acupuntura⁸⁴⁷.

Nas situações como estas, a inaceitabilidade de falhas previsíveis liga-se, em princípio, à violação das *leges artis*, nomeadamente ao não cumprimento do padrão de prática que delas consta⁸⁴⁸. Por conseguinte, as falhas previsíveis, causadas pela conduta profissional da MTC que viole o padrão de prática constante das *leges artis* da MTC, correspondem às falhas profissionalmente – e, deste modo, juridicamente – inaceitáveis.

Portanto, do que se expôs acima deduz-se o critério que serve para se identificar se uma falha profissional é inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC: verificar se a falha profissional é causada pela conduta profissional que não tenha cumprido o padrão de prática ou o dever de cuidado oriundo das *leges artis*⁸⁴⁹. Este critério é essencial para a verificação da existência da ilicitude e/ou da culpa dos profissionais da MTC, isto é, dois dos pressupostos da responsabilidade civil.

Ora, mesmo violando o padrão de prática ou o dever de cuidado constante das *leges artis*, os profissionais da MTC podem não causar qualquer dano físico aos utilizadores de MTC. Por exemplo, a conduta profissional que se refere à prática de acupuntura, mesmo violando o padrão de prática ou o dever de cuidado por não ter seguido o procedimento devido – tal como não ter escolhido um ponto de acupuntura correto – destinado a aliviar as dores na perna, pode não produzir qualquer dano físico aos utilizadores de MTC (ou seja, como se fosse aplicada a acupuntura que não produz eficácia⁸⁵⁰) e,

of TCM Medical Tort Damage”, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁴⁷ *Idem*, p. 96.

⁸⁴⁸ Cfr. Hai Woong LEE. “A Case Note on the Medical Negligence of Traditional Chinese Herbal Medicine in the UK”. *Journal of Society of Preventive Korean Medicine*, Vol. 18, n.º 3 (2014), pp. 105-115. Veja também Yong DENG. “Research on the Medical Tort Liability System of TCM in China”. *Medicine and Society*, Vol. 6, n.º 6 (2014), p. 22; Yong DENG. “Discussion on the Legal Problems in the Field of TCM Medical Tort Damage”. *Medicine and Society*, vol. 28, n.º 7 (julho de 2015), p. 95, reconhecendo este ponto com o entendimento de que ocorre uma falha do método *tuiiná* quando os profissionais da MTC, ao não cumprirem as regras constantes das *leges artis* da MTC, tenham causado dano em utentes.

⁸⁴⁹ Como alguns autores realçam, analisa-se se a aplicação da terapia escolhida é feita “sem a correção técnica exigível”, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 297.

⁸⁵⁰ Há estudos que demonstram certa probabilidade da ineficácia de métodos terapêuticos da MTC. Por exemplo, existe 5.2% de ineficácia terapêutica de acupuntura sobre a hipertensão intratável, cfr. Qian SONG. “Observation on the Therapeutic Effect of Acupuncture on Intractable Hypertension”. *Journal of Mathematical Medicine*, Vol. 33, n.º 8 (2020), pp. 1139-1140; há 2.5% de ineficácia terapêutica de acupuntura quanto às dores de cabeça, cfr. Zhu-ya HONG. “Analysis of curative effect of traditional Chinese medicine acupuncture and moxibustion on headache” (中医针灸治疗头痛疗效分析). *Electronic Journal of Clinical Medical Literature*, Vol. 7, n.º 28 (2020), pp. 43-44. Outro exemplo relativamente à fitoterapia chinesa, varia de 1.67% a 14.3% a ineficácia terapêutica para espondilose cervical, cfr. Yuan-mei LIU. “100 Cases of Cervical Spondylopathy Treated with Guizhi Plus Gegen Decoction” (桂枝加葛根汤加味治疗颈型颈椎病 180 例). *Journal of Emergency in Traditional Chinese Medicine*, Vol. 18, n.º 8 (agosto de 2009), p. 1346; cfr. Xue-zhong HUANG. “Clinical Observation on 21 Cases of Cervical Spondylotic Myelopathy Treated with Buyang Huanwu Decoction and Manipulation” (补阳

às vezes, ter um efeito positivo para a doença de outra parte corporal (como aliviar as dores no braço). Não obstante, tal não implica que a conduta profissional da MTC que viole as *leges artis* não possa conduzir a outros tipos de dano, como o dano patrimonial – que, obviamente, é um dano direto, e não um dano indireto resultante de um dano físico –, o dano moral ou o dano da perda de *chance*.

3. Causas de exclusão da responsabilidade civil

Neste capítulo, convém ainda abordar-se a questão seguinte: existe alguma situação em que, mesmo existindo falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC, essa falha não deverá implicar qualquer responsabilidade civil para os profissionais da MTC? Sem prejuízo das situações em que não se verifica qualquer dano em caso da violação das *leges artis* da MTC e, deste modo, não existe qualquer responsabilidade civil para os profissionais da MTC, o que se analisa aqui é abordar se existe(m) causa(s) excludente(s) da responsabilidade civil deste círculo profissional.

Na doutrina, costuma distinguir-se entre as causas gerais de exclusão de ilicitude e as causas especiais de exclusão de ilicitude. Aquelas referem-se ao regular exercício de um direito e ao cumprimento de um dever jurídico, enquanto estas incluem a ação direta (artigo 336.º do CC), a legítima defesa (artigo 337.º do CC), o estado de necessidade (artigo 339.º do CC) e o consentimento do lesado (artigo 340.º do CC)⁸⁵¹.

Apesar disso, nem todas as causas excludentes acima referidas são aplicáveis para a exclusão da ilicitude dos atos profissionais da MTC – como também para a exclusão da ilicitude de qualquer de atos de cuidados de saúde. Quanto às causas gerais de exclusão de ilicitude, os profissionais da MTC, ao procederem aos seus atos profissionais, não exercem qualquer direito seu,

还五汤配合手法治疗脊髓型颈椎病 21 例临床观察). *Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacology*, Vol. 17, n.º 4 (2011), pp. 72-73; cfr. Qing-chun LIU; Guang-wei DONG. “110 Cases of Cervical Cervical Spondylopathy Treated with Guizhi Plus Gegen Decoction and Manipulation” (桂枝加葛根汤加味配合手法治疗颈型颈椎病 110 例). *China Practical Medicine*, Vol. 6, n.º 3 (janeiro de 2011), p. 160; Jun SHEN; Yu-tao YANG. “Clinical Observation of Dange Shujing Decoction in Treating Cervical Spondylopathy (Wind-cold Blocking Collateral Type)” (丹葛舒颈汤治疗颈型颈椎病 (风寒阻络型) 临床观察). *Journal of GuiZhou University of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 29, n.º 3 (maio de 2007), pp. 21-22; Yun-kai ZHAN. “Clinical Observation on the Treatment of 40 Cases of Cervical Spondylopathy with Huoluxiaoling Decoction” (活络效灵汤治疗颈型颈椎病 40 例临床观察). *Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 16, n.º 4 (abril de 2009), pp. 37-38.

⁸⁵¹ Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações, Vol. I, op. cit.*, pp. 437-450. João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, pp. 552-562. Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* pp. 567-578. Este último autor indica que as causas de justificação no âmbito jurídico-penal se estendem também ao ilícito civil, *idem*, p. 567. A este respeito, veja também ASSOCIAÇÃO DE ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA. *Responsabilidade Civil: Linha de Sebeatas*, pp. 11-30. Disponível <https://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilidade-Civil-AEFDUNL-compressed.pdf> (acesso 20 de novembro de 2021). Na jurisprudência, seguindo esta distinção, cfr. STJ, acórdão de 15 de maio de 2003, Processo n.º 03B535 (relator Lucas Coelho); STJ, acórdão de 3 de outubro de 1995, Processo n.º 087439 (Torres Paulo).

mas apenas cumprem os deveres de cuidado ou de diligência a que se comprometeram. Mas o cumprimento destes deveres é distinto do cumprimento de um dever jurídico no âmbito das causas gerais de exclusão de ilicitude, dado que não se destina à exclusão da ilicitude aqui em discussão, mas sim apenas a tornar-se não culposa a conduta profissional praticada.

No que diz respeito às causas especiais de exclusão de ilicitude, a ação direta (artigo 336.º do CC) – isto é, “o recurso à força (às vias de facto) para realizar ou assegurar o próprio direito”⁸⁵² – raramente tem campo de aplicação na responsabilidade civil dos profissionais da MTC, porque estes, em princípio, não recorrem à força com vista à realização do seu próprio direito durante o procedimento de execução de métodos terapêuticos. Por outro lado, na legítima defesa (artigo 337.º do CC) – que consiste na “reação destinada a afastar a agressão actual e ilícita da pessoa (da vida, da honra, da integridade corporal, pudor ou liberdade) ou do património, seja do agente, seja de terceiro”⁸⁵³ – sucede o mesmo, tendo aplicação limitada no âmbito da responsabilidade civil do círculo profissional em discussão, porque se exige a agressão, um dos requisitos da aplicação desta figura, oriunda de um ato humano, mas no âmbito de cuidados de saúde o que os utilizadores de MTC sofrem é uma doença e não uma agressão que resulte de ato humano; por outro lado, a atuação do profissional de MTC também não visa afastar uma agressão de que ele próprio possa ser vítima (praticada pelo utilizador de MTC). Para além disso, o estado de necessidade (artigo 339.º do CC) – consistente na “situação de constrangimento em que age quem sacrifica coisa alheia, com o fim de afastar o perigo actual de um prejuízo manifestamente superior”⁸⁵⁴ –, atendendo aos requisitos da sua aplicação⁸⁵⁵, não pode ser aplicável para a exclusão da ilicitude da responsabilidade civil médica (ou profissional) porque se exige o sacrifício de uma “coisa” e a “saúde” ou “integridade física” do utente/paciente não pode ser considerada uma “coisa” a ser sacrificada através da MTC para afastar um perigo manifestamente superior. Para além deste ponto, como já se realçou acima [veja a Seção 2.4.1 do Capítulo IV], a conduta profissional dos profissionais da MTC raramente constitui meio

⁸⁵² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 553. Sobre ação direta, veja ainda Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações, Vol. I, op. cit.*, pp. 440-444; Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* pp. 569-570. Veja também o LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Ação direta*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/acao-direta> (acesso em 21 de novembro de 2021).

⁸⁵³ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 555. Veja também, a este propósito, Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações, Vol. I, op. cit.*, pp. 444-446; Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* pp. 570-572. Veja também o LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Legítima defesa*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/legitima-defesa> (acesso em 21 de novembro de 2021).

⁸⁵⁴ João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 558. Também, a este propósito, cfr. Jorge Leite Areias Ribeiro de FARIA. *Direito das Obrigações, Vol. I, op. cit.*, pp. 446-448; Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações, op. cit.* pp. 572-576. Veja também o LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Estado de necessidade*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/estado-necessidade> (acesso em 21 de novembro de 2021).

⁸⁵⁵ Nos termos do artigo 339.º do CC, exigem-se os requisitos seguintes: (1) a existência de um perigo; (2) esse perigo deve ameaçar um direito ou bem jurídico relativo à pessoa ou ao património do agente ou de terceiro; (3) a conduta do agente deve constituir meio necessário para preservar o direito ou bem jurídico em causa; (4) os interesses defendidos devem ser manifestamente superiores aos sacrificados.

necessário para preservar a vida ou, pelo menos, a integridade física de utilizadores de MTC caso ocorra uma situação de urgência, razão pela qual eles devem reencaminhar os utilizadores de MTC, sem qualquer demora, para um hospital de medicina convencional que contenha condições técnicas e ambientais para o acompanhamento devido, sob pena de incorrer em responsabilidade civil por qualquer dano causado pelo atraso de transferência.

Sendo assim, parece-me que a única causa especial de exclusão de ilicitude aplicável no âmbito da MTC é o consentimento do lesado⁸⁵⁶ (artigo 340.º do CC). Contudo, não é um simples consentimento de que aqui se trata, mas sim de um consentimento informado, esclarecido e livre⁸⁵⁷, cuja aplicação exige três componentes: (1) o dever de informar; (2) o dever de esclarecer; (3) o dever de obter um consentimento livre⁸⁵⁸.

No entanto, parece-me que o consentimento informado do lesado (ou seja, a única causa especial de exclusão de ilicitude aplicável no âmbito da MTC) não pode ser aplicado quando exista falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC. Isto porque a falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC implica sempre a violação das *leges artis*. Nesta situação, a aplicação do consentimento informado é sempre inválida por ser contra os bons costumes, nos termos do artigo 340.º do CC (não afastaria a ilicitude do ato), e essa limitação do exercício dos direitos à integridade física e à vida será sempre nula por ser contrária à ordem pública, nos termos do artigo 81.º do CC. Deste modo, conclui-se que não pode existir situação em que, mesmo verificando-se falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC, essa falha não deverá implicar qualquer responsabilidade civil para os profissionais da MTC.

Outra questão que pode ser colocada refere-se à de saber se, para além das causas gerais e especiais de exclusão de ilicitude acima mencionadas, podem existir outras causas com a mesma função que não estejam previstas no CC. Parece-me que a resposta deve ser positiva, dado que, como ocorre no âmbito do consentimento informado, existem outras causas excludentes de ilicitude que estão reguladas fora do CC, como as situações de urgência (artigo 22.º do Regulamento de Deontologia Médica, artigo 156.º, n.º 2, do CP, e artigo 8.º da Convenção de Oviedo) – embora o estado de necessidade regulado no artigo 339.º do CC possa corresponder a estas situações –, o privilégio

⁸⁵⁶ Uma análise em detalhe sobre a relevância do consentimento do lesado no campo da responsabilidade civil e sobre o seu papel na exclusão da ilicitude da conduta, cfr. Filipe Teixeira NETO. “Responsabilidade Civil e Consentimento do Lesado: um Contributo da Experiência Portuguesa à Ordem Jurídica Brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, n.º 9 (2014), pp. 7447-7501.

⁸⁵⁷ Neste sentido, veja TRP, acórdão de 14 de maio de 2020, Processo n.º 21966/15.0T8PRT.P2 (relator Carlos Portela).

⁸⁵⁸ Como esta matéria já foi abordada no Capítulo III, remete-se para esse capítulo de forma a não repetir o conteúdo.

terapêutico (artigo 157.º do CP) e o direito a não saber (Convenção de Oviedo, artigo 10.º, n.º 2). Se não se entendesse assim, a existência das exceções ao dever de informar – ou seja, das causas de exclusão de ilicitude – já não faria nenhum sentido por não serem expressamente previstas no CC. No entanto, este entendimento contrário não deve ser adotado porque a ordem jurídica portuguesa, nomeadamente no campo civil, não impede que sejam previstas outras causas de exclusão de ilicitude fora do CC. E, na verdade, existem normas jurídicas fora do CC que preveem outras causas excludentes de ilicitude, como as normas acima referidas. O que quer dizer que a ordem jurídica de Portugal permite a existência de causas excludentes de ilicitude que não sejam reguladas no CC. Todavia, e ao contrário do que ocorre especificamente no regime do consentimento informado – em que existem efetivamente causas excludentes de ilicitude não reguladas no CC –, no âmbito da execução de métodos terapêuticos parece-me que existe apenas o consentimento informado como a única causa excludente de ilicitude, regulada no artigo 340.º do CC.

CAPÍTULO VIII - Responsabilidade Civil na Medicina Tradicional Chinesa

Por fim, antes de chegarmos às conclusões, convém fazer uma apresentação breve exclusivamente sobre a responsabilidade civil na MTC, através do conhecimento que se retira da responsabilidade civil médica em geral.

Qualquer que seja o tipo de falta profissional (ou negligência profissional) – nomeadamente quando se verifica o erro de diagnóstico, a aplicação de métodos terapêuticos inadequados ou a falha na execução de métodos –, é relevante analisar a modalidade da responsabilidade civil a que se sujeitam os profissionais da MTC em caso da violação das *leges artis*, previstas quer de forma jurídica quer de forma não jurídica.

Antes de tudo, a falta profissional, que implica a violação das *leges artis*, pode conduzir à violação de um direito absoluto (por exemplo, qualquer dos direitos da personalidade) e, reunidos todos os requisitos, sujeitar-se à responsabilidade extracontratual, nomeadamente à responsabilidade civil por facto ilícito (artigo 483.º, n.º 1, do CC). Trata-se de uma situação em que a falta profissional cometida pelos profissionais da MTC conduz à ofensa da integridade física dos utilizadores de MTC, que pode configurar um dano patrimonial e/ou moral. Nesta situação, e verificando-se o nexo de causalidade entre a falta profissional e o dano causado, os profissionais da MTC podem sujeitar-se à obrigação de indemnizar. Para além disso, e sem prejuízo do dano pela ofensa da integridade física que pode ocorrer simultaneamente, a falta profissional pode causar um dano da perda de *chance*, consistente e séria, de melhoria ou cura caso não fosse a falta profissional cometida. Mas atente-se que o nexo causal na teoria da perda de *chance* é estabelecido num momento anterior ao dano final⁸⁵⁹ (isto é, ao dano pela ofensa da integridade física), verificando-se entre a falta profissional e o dano da perda de *chance*, e não entre a mesma falta e o dano efetivamente produzido na esfera jurídica dos utilizadores de MTC⁸⁶⁰. Mesmo assim, a teoria da perda de *chance* tem de ser utilizada de uma forma muito cuidadosa e, mesmo utilizando-a com todo o cuidado, a doutrina adverte que a sua aplicação pode levar a decisões que, mesmo protegendo os utilizadores de MTC, deixem de ver a realidade dos factos⁸⁶¹.

Para além disso, caso se entenda que a responsabilidade contratual se refere à

⁸⁵⁹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 152.

⁸⁶⁰ Neste sentido, cfr. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 300.

⁸⁶¹ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 161.

“responsabilidade proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei”⁸⁶², os profissionais da MTC podem sujeitar-se à responsabilidade civil contratual por falta de cumprimento das obrigações que constem da relação jurídica prévia, celebrada entre os profissionais da MTC – que realizam a sua atividade em regime de profissão liberal – e os utilizadores de MTC⁸⁶³. Esta relação jurídica traduz-se, como já se referiu⁸⁶⁴, num contrato de prestação de serviços (artigo 1154.º do CC)⁸⁶⁵, ao qual é extensivo, com as adaptações devidas, o regime do mandato quando a lei não prevê regulamentação específica (artigo 1156.º do CC)⁸⁶⁶. Quando “a responsabilidade civil contratual ou obrigacional visa tutelar a expectativa do credor no cumprimento de obrigação voluntariamente assumida ou imposta por lei ao devedor”⁸⁶⁷, essa expectativa, em certa medida, quebra com a ocorrência de um certo dano, causado pela falta de cumprimento, pelo atraso de cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso de obrigação. Neste sentido, a falta profissional – especialmente quando sucede o erro de diagnóstico, a aplicação de métodos terapêuticos inadequados ou a falha na execução destes – pode encaixar-se, em regra, no cumprimento defeituoso da obrigação, no sentido de que esta obrigação, constante do contrato de prestação de serviço de saúde, inclui, para além dos deveres de realizar devidamente o tratamento (como os deveres de aplicar métodos terapêuticos adequados e executá-los devidamente), outros deveres que visem cumprir esse dever principal (como, entre outros, o dever de efetuar devidamente os atos diagnósticos) e, além disso, a falta profissional, cometida em violação de um dever de cuidado resultante das *leges artis*, implica um certo defeito existente no cumprimento da obrigação. Portanto, a falta profissional pode quebrar a expectativa dos utilizadores de MTC que a responsabilidade contratual visa tutelar e, deste modo, sujeitar o profissional de MTC à obrigação de indemnização. É de realçar que, como ocorre na responsabilidade extracontratual, o dano causado pela falta profissional pode referir-se não apenas ao dano, patrimonial ou não patrimonial, pela ofensa da integridade física, como também ao dano da perda de *chance*⁸⁶⁸. Nesta última situação, a indemnização do dano da perda de *chance* exige, para

⁸⁶² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 519.

⁸⁶³ Cfr. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 39, referindo que “[o] efeito mais relevante da existência de um contrato é que a sua violação implicará responsabilidade contratual”, mas, acrescentando esta autora, “[s]e o contrato for nulo, ou se o dano nascer fora do quadro contratual..., voltamos à responsabilidade extracontratual”.

⁸⁶⁴ Veja o Capítulo II, Seção 3.2.

⁸⁶⁵ André G. Dias PEREIRA. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica, op. cit.*, p. 671. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, op. cit.*, p. 70. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 39. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 185.

⁸⁶⁶ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 39.

⁸⁶⁷ Cfr. TRP, acórdão de 4 de outubro de 2010, Processo n.º 105/09.2TBMDL.P1 (relator Soares de Oliveira).

⁸⁶⁸ É possível a indemnização do dano da perda de *chance* não apenas na responsabilidade extracontratual, como também na responsabilidade contratual. Cfr. STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1 (relator Sebastião Póvoas). STJ, acórdão de 30 de setembro de 2014, Processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (relator Mário Mendes).

além da verificação de uma *chance* consistente e séria⁶⁶⁹, a verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade⁶⁷⁰.

Sem prejuízo das situações em que a falta profissional pode sujeitar-se ou à responsabilidade extracontratual ou à responsabilidade contratual, pode ocorrer o concurso entre as duas modalidades de responsabilidade civil quando o dano causado (por exemplo, o dano pela ofensa da integridade física) resulte de facto (a falta profissional) que viola um direito relativo (uma relação de crédito) e, ao mesmo tempo, um direito absoluto, preenchendo-se os pressupostos da responsabilidade civil contratual e extracontratual⁶⁷¹. Perante um tal concurso, e segundo a tese de consunção que defendi anteriormente⁶⁷², o regime da responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual, porque esta solução é mais favorável aos utilizadores de MTC (lesados) e conforme ao princípio geral da autonomia privada. Deste modo, em caso de um tal concurso, a falta profissional, mesmo sendo suscetível de preencher os pressupostos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual, é apenas sujeito ao primeiro regime, e não a ambos, sob pena de se violar o princípio *ne bis in idem*, que impede a dupla responsabilização pelo mesmo facto⁶⁷³.

O que se revelou acima tem a ver com a responsabilidade civil com natureza pessoal, mas

⁶⁶⁹ Sobre a exigência destas naturezas, cfr. STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2020, Processo n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 11 de janeiro de 2017, Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 (relator Alexandre Reis). STJ, acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1 (relator Fonseca Ramos). STJ, acórdão de 17 de novembro de 2020, Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1 (relator Pedro de Lima Gonçalves). STJ, acórdão de 23 de abril de 2020, Processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2 (relatora Maria da Graça Trigo). STJ, acórdão de 6 de dezembro de 2018, Processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1 (relator Ilídio Sacarrão Martins). STJ, acórdão de 30 de novembro de 2017, Processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 19 de maio de 2016, Processo n.º 6473/03.2TVPRT.P1.S1 (relator António da Silva Gonçalves). STJ, acórdão de 9 de julho de 2015, Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 (relator Tomé Gomes). STJ, acórdão de 5 de maio de 2015, Processo n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1 (relatora Silva Salazar). STJ, acórdão de 30 de maio de 2013, Processo n.º 2531/05.7TB BRG.G1.S1 (relatora Serra Baptista). STJ, acórdão de 17 de junho de 2021, Processo n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching). STJ, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).

⁶⁷⁰ Cfr. Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., pp. 300-301. Estes pressupostos são aplicáveis a ambas as modalidades da responsabilidade civil, cfr. STJ, acórdão de 25 de junho de 2009, Recurso n.º 4117/08 – 4.ª Seção (relator Mário Pereira). Veja também Rute Teixeira PEDRO. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 84.

⁶⁷¹ Mário Júlio de Almeida COSTA. *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 546-547. Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 22. Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições*, op. cit., p. 294.

⁶⁷² No que diz respeito às divergências doutrinária e jurisprudencial nesta parte, veja o Capítulo II, Seção 3.4. Esta posição dominante também é seguida pela jurisprudência nacional, veja, entre outros, os acórdãos seguintes: STJ, acórdão de 2 de dezembro de 2020, Processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 8 de setembro de 2020, Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1 (relatora Maria João Vaz Tomé); STJ, acórdão de 22 de março de 2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo); STJ, acórdão de 7 de março de 2017, Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1 (relator Gabriel Catarino); STJ, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar); STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo); STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor); STJ, acórdão de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P L.S1 (relator Bettencourt de Faria); STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 220/13.8TTBCL.G1.S1 (relator Ferreira de Almeida); TRL, acórdão de 19 de abril de 2005, Processo n.º 10341/2004-7 (relator Pimental Marcos).

⁶⁷³ Teresa Pizarro BELEZA. *Direito Penal 1º volume*, 2.ª Edição, AAFDL, 1984, p. 449. Jorge de Figueiredo DIAS. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, janeiro de 2011 p. 992. Germano Marques da SILVA. *Direito Penal Português I – Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.ª Edição, Editora Verbo, novembro de 2010, p. 348. Alberto Marques dos SANTOS. “Concurso Aparente de Tipos”. *Revista Jurídica do Paraná*, Curitiba: JM Livraria Jurídica, Vol. 1 (janeiro de 2006), p. 163. Ana PRATA (com a colaboração de Jorge CARVALHO). *Dicionário Jurídico*, Vol. 1, op. cit., p. 333.

pode ocorrer ainda a responsabilidade civil com natureza institucional ou organizacional, nomeadamente quando os profissionais da MTC atuam integrados em unidades públicas ou privadas de saúde, em vez de exercerem a sua atividade em regime de profissão liberal. Convém realizar-se a análise da responsabilidade civil com natureza institucional ou organizacional conforme se está no campo do direito privado ou do direito público.

Em direito privado, é o regime da responsabilidade civil contratual de que se trata e esta modalidade de responsabilidade civil aplica-se à relação jurídica entre a unidade privada de saúde (como a clínica ou o consultório da MTC, ou ainda hospital privado em que se integram os serviços da MTC) –, na qual os profissionais da MTC atuam integrados⁸⁷⁴, – e os utilizadores de MTC⁸⁷⁵. Nesta situação, cabe, em princípio, à unidade privada de saúde responder judicialmente, no lugar dos profissionais da MTC, pelos atos por estes praticados (artigo 800.º, n.º 1, do CC), nomeadamente nos chamados “contrato total” e “contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde”⁸⁷⁶. Mas pode haver situações em que os profissionais da MTC, mesmo atuando integrados numa unidade privada de saúde, respondam pessoalmente pela falta profissional por si cometida. Trata-se de uma situação que envolve um contrato dividido, em que existem dois contratos autónomos, um de hospitalização entre a unidade privada de saúde e os utilizadores de MTC e outro de prestação de serviços de saúde entre os profissionais da MTC e os utilizadores de MTC⁸⁷⁷. É exatamente neste último contrato que os profissionais da MTC assumem a qualidade da parte atuando como prestadores de serviços com quem os utilizadores de MTC contratam e, reunidos todos os pressupostos da responsabilidade civil, podem sujeitar-se à obrigação de indemnização pelo dano causado.

No campo do direito público, é necessário recorrer-se à Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que adota a tese que qualifica como atos de gestão pública os atos profissionais exercidos em unidades públicas de saúde. Atendendo ao facto de os profissionais da MTC poderem ser integrados nestas unidades, os seus atos profissionais devem ser entendidos como atos de gestão pública e sujeitar-se às disposições legais que constam do diploma legal acima referido. Com isto, o Estado e as unidades públicas de saúde podem ser sujeitos à responsabilidade exclusiva ou solidária, conforme se esteja perante uma culpa leve ou grave dos profissionais da MTC em caso de dano

⁸⁷⁴ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 192.

⁸⁷⁵ Daniela Sofia Gomes COSTA. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica, op. cit.*, p. 33.

⁸⁷⁶ Sobre a análise destes contratos, veja o Capítulo II, Seção 3.2.

⁸⁷⁷ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 192. Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 196. A este propósito, veja também TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

causado a utilizadores de MTC: o Estado e as unidades públicas de saúde têm responsabilidade exclusiva caso a falta profissional dos profissionais da MTC, com culpa leve, cause danos aos seus utilizadores no exercício da sua função e por causa desse exercício, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da mesma lei; o Estado e as unidades públicas de saúde sujeitam-se à responsabilidade solidária com os profissionais da MTC quando, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, a falta profissional destes seja cometida com dolo ou com culpa grave – isto é, “com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” –, sem prejuízo do seu direito de regresso em caso de satisfação de indemnização, de acordo com o artigo 8.º, n.ºs 1 a 3, da lei referida. É de realçar que a ilicitude – definida como “as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)⁸⁷⁸ – tem um âmbito mais abrangente do que o previsto no artigo 483.º, n.º 1, do CC, porque acautela não apenas o direito absoluto e os interesses que qualquer disposição legal visa proteger, como também interesses que regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado visam proteger⁸⁷⁹. Por outro lado, os profissionais da MTC podem ter responsabilidade exclusiva quando a falta profissional seja por si cometida fora do exercício da função administrativa, conforme o artigo 7.º, n.º 1, *a contrario sensu*, da lei mencionada⁸⁸⁰. Por outras palavras, esta última situação só sucede quando os profissionais da MTC cometem a falta profissional sem que o exercício da função administrativa inclua os atos por si praticados, embora tenham a capacidade profissional para a sua efetuação (por exemplo, o hospital que os profissionais da MTC integram apenas tem serviço de fitoterapia chinesa, mas estes realizam também atos profissionais não incluídos no exercício da função administrativa do hospital, como a acupunctura ou a massagem *tuiná*, que violam o padrão de prática constante das *leges artis* da MTC).

Em conclusão, sem prejuízo da responsabilidade civil a que se sujeitam as unidades públicas ou privadas de saúde e, se houver, do seu direito de regresso (conforme o que se prevê na Lei

⁸⁷⁸ Esta norma tem um âmbito semelhante ao previsto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051, revogado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. O artigo 6.º deste diploma legal previa que “[p]ara os efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração”.

⁸⁷⁹ Mesmo assim, por causa da sua definição ampla, torna-se difícil determinar a fronteira entre os requisitos de ilicitude e da culpa, cfr. STA, acórdão de 30 de abril de 2008, Processo n.º 0913/07 (João Belchior), entendendo que “I - Face à definição ampla de ilicitude constante do art.º 6.º do citado Dec. Lei 48051, torna-se difícil estabelecer uma linha de fronteira entre os requisitos de ilicitude e da culpa, sucedendo não raras vezes que a culpa se dilui na ilicitude assumindo-se como seu elemento subjectivo, traduzido na censurabilidade do facto ao agente por ter violado regras jurídicas ou de prudência que tinha a obrigação de conhecer e de adoptar”.

⁸⁸⁰ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit. p. 204.

n.º 67/2007, de 31 de dezembro), os profissionais da MTC podem ter obrigação de indemnizar, quer no âmbito da responsabilidade contratual quer no da responsabilidade extracontratual, desde que se reúnam os pressupostos: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade⁸⁸¹. Em primeiro lugar, os profissionais da MTC praticam um facto ilícito quando a falta profissional cometida viola, no âmbito da responsabilidade extracontratual, um direito de outrem ou uma disposição legal que vise proteger interesses alheios (artigo 483.º, n.º 1 do CC) e/ou incumpre, no âmbito da responsabilidade contratual, a obrigação previamente assumida. Em segundo lugar, o ato profissional é culposo quando viola o dever de diligência exigido pelas *leges artis* ou, dizendo de outra forma, outros profissionais da MTC com a mesma capacidade profissional, colocados na mesma situação, não iriam violar o mesmo dever⁸⁸², o que implica que, em bom rigor, a sua culpa é, como já foi realçado acima⁸⁸³, aferida pela “diligência exigida ao profissional normalmente diligente”⁸⁸⁴ ou pela “forma como um profissional médio teria agido quando colocado naquela concreta situação”⁸⁸⁵. Deste modo, a avaliação da falta ou negligência profissional é efetuada objetivamente e não subjetivamente, isto é, efetuada conforme o padrão de cuidado aplicável à respetiva profissão e não conforme o nível individual de conhecimento ou experiência profissional⁸⁸⁶. Em terceiro lugar, o dano, causado pela falta profissional, pode referir-se ao dano patrimonial ou não patrimonial, bem como ao dano da perda de *chance*, consistente e séria, de melhoria ou cura caso se verifique o nexo de causalidade entre a falta profissional e este dano. Por fim, o nexo de causalidade verifica-se entre a falta profissional e o dano causado quando aquela é o ato que devidamente causa o dano, nos termos da teoria da causalidade adequada.

⁸⁸¹ Estes requisitos são aplicáveis não apenas à responsabilidade extracontratual, como também à responsabilidade contratual, cfr. STJ, acórdão de 25 de junho de 2009, Recurso n.º 4117/08 – 4.ª Seção (relator Mário Pereira).

⁸⁸² João de Matos Antunes VARELA. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I, op. cit.*, p. 562.

⁸⁸³ Veja o Capítulo II, 1.4.3, b).

⁸⁸⁴ Maria João ESTRONINHO; Tiago MACIEIRINHA. *Direito da Saúde – Lições, op. cit.*, p. 299.

⁸⁸⁵ Vera Lúcia RAPOSO. *Do ato médico ao problema jurídico, op. cit.* p. 80.

⁸⁸⁶ Neste sentido, cfr. Margaret FORDHAM. “The Standard of Care Applicable to Practitioners of Alternative Medicine”. *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol. 2001, n.º 1 (2001), p. 1.

CONCLUSÕES

Capítulo I – Questão de Base

1. Inclino-me para entender que a MTC deveria ser autonomizada das restantes terapêuticas não convencionais e qualificada como uma forma de medicina, porque existem metodologias que podem produzir provas cientificamente confiáveis da segurança e da eficácia dos métodos terapêuticos da MTC. No entanto, essas metodologias não podem corresponder àquela que se usa na medicina convencional, dado que a medicina convencional e as terapêuticas não convencionais têm filosofias e métodos diferentes e não comparáveis.
2. A qualificação da MTC como uma forma de medicina teria a sua implicação jurídica no ordenamento jurídico português. Por um lado, os profissionais da MTC poderiam chamar-se “médicos” e, por causa disso, todos os diplomas legais, aplicáveis aos médicos e/ou às respetivas entidades privadas ou públicas de saúde, aplicar-se-iam também aos profissionais da MTC e às instituições onde exercem as suas atividades. Por outro lado, a Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Regulamento n.º 698/2019, emitido pela Ordem dos Médicos) e os diplomas legais relacionados com esta já não seriam aplicáveis aos profissionais da MTC.

Capítulo II – Enquadramento Teórico da Responsabilidade Civil Médica

1. Evolução histórica da responsabilidade civil

3. Antes da Antiguidade, nomeadamente nos séculos III e II A. C., a atividade médica não poderia ser sujeita à responsabilidade jurídica porque o juramento religioso para o seu exercício conferia a natureza sagrada dos atos médicos.
4. A partir da Antiguidade, começou com o reino de Hamurábi a responsabilização jurídica dos médicos, cuja evolução histórica decorre até ao presente.
5. No que diz respeito especificamente à evolução histórica da MTC, embora existissem vários regimes jurídicos sobre o círculo profissional em discussão na Época Medieval, esses regimes

jurídicos não incluíam qualquer regra da responsabilidade profissional da MTC.

6. A responsabilidade jurídica dos profissionais da MTC começou a existir com a Dinastia *Qing* (de 1644 até 1912), em que os profissionais da MTC eram sujeitos à responsabilidade criminal caso cometessem determinados erros.
7. A responsabilidade civil dos profissionais da MTC apenas começou a ser regulada pelo primeiro CC chinês entre 1929 e 1931, nomeadamente nos seus artigos 184.º a 198.º, sendo consagrada na China de forma mais madura pelos códigos civis posteriores, como o CC de 1987 e o recente CC de 2021.

2. Ato médico, erro médico e falta médica

8. O ato médico é definido no artigo 6.º do Regulamento n.º 698/2019, de 5 de setembro (Regulamento que define os atos profissionais próprios dos médicos, a sua responsabilidade, autonomia e limites), mas o regulamento em apreço é apenas aplicável àqueles que se encontrem registados na Ordem dos Médicos. Como a prática da MTC é credenciada e tutelada pelo Ministério da Saúde (Artigo 6.º da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto) e os profissionais da MTC não se inscrevem na Ordem dos Médicos, estes não praticam, de forma jurídica, atos médicos no ordenamento jurídico português, mas apenas atos próprios da MTC que fazem parte de atos de cuidados de saúde em geral.
9. O termo “erro médico”, entendido como “comportamento do médico que, apesar de ter sido causa do prejuízo sofrido pelo paciente, não se traduz numa conduta censurável e nesta medida, não justifica a responsabilização jurídica do médico”, e atendendo ao facto de que os profissionais da MTC não são médicos, não é uma designação adequada para a profissão da MTC, pelo que, a meu ver, é mais apropriado dizer-se que os profissionais da MTC cometem um “erro profissional” ou “erro de cuidado de saúde”.
10. O critério através do qual se distingue o erro médico da falta médica (ou negligência médica) é o de ver se “o médico viola, cumulativamente uma lei da arte e o dever de cuidado que lhe cabe, e assim se afasta daquilo que dele é esperado naquele caso”.

11. Os atos profissionais da MTC, como sucede no âmbito do ato médico, podem conduzir a erros profissionais ou, sendo culposos, a faltas profissionais (ou negligências profissionais), sendo nesta última situação que, reunidos os outros pressupostos (facto, ilicitude, dano e nexa causal) se verifica a responsabilidade civil profissional da MTC.

3. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

12. Embora existam notas distintivas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, nem sempre é certa e clara a fronteira entre as duas modalidades da responsabilidade civil.

13. Na responsabilidade médica (ou profissional) contratual, pressupõe-se a existência prévia de uma relação jurídica entre o médico (ou o profissional da MTC), que exerce a sua atividade em regime de profissão liberal, e o paciente (ou o utilizador de MTC). A doutrina nacional costuma qualificar essa relação como um contrato de prestação de serviços (artigo 1154.º do CC), ao qual é extensivo, com as adaptações devidas, o regime do mandato quando a lei não prevê regulamentação específica (artigo 1156.º do CC).

14. O contrato de prestação de serviços é pessoal, sinalagmático, oneroso, contínuo e, caso se esteja perante uma relação jurídica entre uma unidade privada de saúde e o paciente/utilizador de MTC, institucional.

15. O médico (ou o profissional da MTC) sujeita-se, em princípio, a uma obrigação de meios, e não a uma obrigação de resultado, exceto em situações em que os seus atos não envolvem risco ou não levam à incerteza sobre a obtenção de resultado.

16. Em caso de o contrato de prestação de serviço de saúde ter a natureza *institucional* ou *organizacional*, o facto de o médico (ou profissional da MTC) se integrar numa unidade privada de saúde não significa sempre que essa unidade assuma a qualidade da parte no contrato referido. Pode haver situações em que, quer o próprio médico (ou o profissional da MTC) quer a unidade privada de saúde, assumem exclusivamente tal qualidade e respondem judicialmente pelo dano causado, conforme se se está perante o contrato dividido, o contrato total ou o contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde.

17. No âmbito da responsabilidade médica (ou profissional) extracontratual (artigo 483.º e ss. do CC), não existe, entre o médico (ou o profissional da MTC) e o paciente (ou o utilizador de MTC), nenhum contrato, mesmo sendo tácito, prévio ao dano causado, mas apenas um contacto com outrem antes do dano referido, isto é, uma assistência contingente efetuada pelo médico (ou pelo profissional da MTC) ao paciente (ou ao utilizador de MTC). Neste âmbito, o profissional de saúde é sujeito à responsabilidade extracontratual porque, pela assistência efetuada, viola um direito (absoluto) de outrem ou uma disposição legal destinada à proteção de interesses alheios (artigo 483.º, n.º 1, do CC).
18. No âmbito do serviço nacional de saúde, à relação estabelecida entre a unidade pública de saúde e o paciente/utilizador de MTC é aplicável o regime de responsabilidade extracontratual, dado que a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas), de entre a tese que qualifica o ato que o profissional de saúde exerce na unidade pública de saúde como um ato de gestão pública (tese maioritária) e a tese que o reconhece como um ato de gestão privada (tese minoritária), adotou aquela tese.
19. Em caso do concurso entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, de entre a tese do cúmulo e a tese da consunção inclino-me a seguir esta última porque a adoção da tese de cúmulo levaria a um fenómeno estranho, em que o conteúdo contratual inicialmente determinado pelas partes, nomeadamente sobre os deveres e direitos, poderia ser posteriormente atacado ao optar pela aplicação de algumas normas do regime da responsabilidade extracontratual (teoria da ação híbrida) ou pela aplicação deste regime inteiro (teoria da opção), o que violaria evidentemente o princípio geral da autonomia privada que se aplica no âmbito do Direito Civil e, como evidente, seria menos vantajoso para o lesado.

4. Pressupostos da responsabilidade civil profissional

20. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde, como a responsabilidade civil em geral, depende da verificação cumulativa dos pressupostos seguintes: (1) facto voluntário; (2) ilicitude; (3) culpa; (4) dano; (5) nexo de causalidade.

21. O facto refere-se a um facto humano controlável ou dominável pela vontade, que pode envolver uma ação ou uma omissão.
22. Na ilicitude civil, costuma distinguir-se a ilicitude contratual da ilicitude extracontratual. A ilicitude extracontratual refere-se à violação de um direito absoluto ou à violação de qualquer normal legal com vista à proteção de interesses do paciente/utilizador de MTC sem que seja conferido qualquer dos direitos subjetivos, enquanto a ilicitude contratual consiste na desconformidade entre a conduta devida e o comportamento adotado ou, especificamente para os atos dos profissionais de saúde, no incumprimento de alguma das obrigações resultantes de uma relação contratual que os profissionais de saúde celebraram com o paciente.
23. Na ilicitude contratual, a obrigação que os profissionais de saúde assumem pode ser uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, conforme o caso. A (in)certeza que se move no resultado final pretendido é um elemento essencial destinado a determinar a modalidade da obrigação a que se sujeitam os profissionais de saúde.
24. Na culpa o juízo corresponde ao de desvalor subjetivo, ou seja, o de apreciar se a conduta é ou não reprovável, ao contrário do que ocorre na ilicitude, cujo juízo é o de desvalor objetivo, ou seja, o de verificar se a conduta é ou não censurável ao abrigo do ordenamento jurídico.
25. Embora a culpa revista duas formas (o dolo e a negligência), os profissionais de saúde praticam, em princípio, atos de cuidados de saúde com negligência e não com dolo.
26. Quanto ao critério de aferição de culpa, nos termos do n.º 2 do artigo 487.º, para o qual remete o n.º 2 do artigo 799.º, ambos do CC, a apreciação da culpa dos profissionais de saúde é aferida pelo “critério do profissional médio”, ou seja, pela “diligência exigida ao profissional normalmente diligente” ou pela “forma como um profissional médio teria agido quando colocado naquela concreta situação”, mas estes modelos abstratos têm de ser aplicados atendendo-se à situação particular em que os profissionais de saúde se colocam.
27. Em princípio, cabe ao paciente/utilizador de MTC lesado provar os factos constitutivos do direito que invoca e ao profissional de saúde lesante, contra quem a invocação é feita, provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, ao abrigo do artigo 342.º, n.ºs 1 e 2, do CC, salvas as situações em que se verifique uma presunção legal de culpa; existem

algumas presunções de culpa na responsabilidade extracontratual; na responsabilidade contratual a culpa é sempre presumida e, no campo desta última modalidade, existe quer nas obrigações de meios quer nas de resultado.

28. É relevante a ponderação casuística do objeto dos atos de cuidados de saúde para saber se, em certo caso, se está perante uma obrigação de meios (que exige uma atuação prudente e diligente conforme as regras da arte) ou uma obrigação de resultado (que exige a afirmação de uma resposta definitiva e inquestionável). Estando-se perante uma obrigação de resultado, que se traduz na vinculação de obter certo resultado esperado, verifica-se a presunção legal de culpa (artigo 799.º, n.º 1, do CC) e, caso o resultado pretendido não seja atingido, recai sobre o profissional de saúde o ónus de prova de que, no exercício dos seus atos, utilizou a diligência e perícia devidas para não violar as *leges artis*, afastando assim a presunção de culpa. As intervenções simples ou de fácil execução são um dos atos de cuidados de saúde em que os profissionais de saúde assumem obrigações de resultado e referem-se, em regra, às “intervenções que se pautam por regras técnicas extremamente precisas”, às “intervenções rotineiras” e às “intervenções que acarretam uma percentagem muito diminuta de risco”.
29. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde, quer contratual quer extracontratual, pressupõe a existência de um dano, determinado por meio de ponderação da relação entre o dano causado e o estado anterior em que o paciente/utilizador de MTC se encontrava.
30. O nexo de causalidade, no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, verifica-se quando o ato profissional é uma causa adequada para produzir o dano causado, nos termos da teoria da causalidade adequada.

5. Perda de *chance*

31. A perda de *chance* é definida como uma perda da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo num momento futuro, pressupondo o preenchimento dos requisitos seguintes: (1) uma perda atual e certa de possibilidade; (2) uma possibilidade favorável real, séria e credível.
32. Embora a perda de *chance* não seja regulada no ordenamento jurídico português, encontra-se

regulada no direito internacional, nomeadamente no artigo 7.4.3, alínea (2), dos Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT, e no direito europeu, como o artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, o artigo 9:501 (2) (b) dos Princípios Europeus de Direito Contratual e o artigo III-3:701 (2) do Projeto de Quadro Comum de Referência (em inglês, “*Draft Common Frame of Reference*”). No direito europeu, os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, mesmo não regulando expressamente a perda de *chance*, podem conduzir à compensação parcial a este respeito.

Capítulo III – Questões Preliminares

1. Terapêuticas não convencionais e figuras afins

33. Convém esclarecer algumas designações existentes quer em Portugal quer nos países estrangeiros, que se relacionam com as chamadas “terapêuticas não convencionais”, como a “medicina tradicional”, a “medicina complementar”, a “medicina alternativa”, a “medicina complementar e alternativa”, a “medicina tradicional e complementar” e, por fim, a “medicina integrativa”.
34. As terapêuticas não convencionais são legalmente definidas como “aquelas que partam de uma base filosófica diferente da medicina convencional e aplicam processos específicos de diagnósticos e terapêuticas próprias”, nos termos artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais).
35. A medicina tradicional é definida pela OMS como “a soma total de conhecimentos, habilidades e práticas com base nas teorias, crenças e experiências indígenas para diferentes culturas, explicáveis ou não, utilizadas na manutenção da saúde, bem como na prevenção, diagnóstico, melhoria ou tratamento de doenças físicas e mentais”, incluindo não apenas os sistemas da medicina tradicional (como a MTC, a ayurveda indiana e a medicina unani árabe) como também várias formas de medicina indígena.
36. A medicina complementar (também designada por “medicina alternativa” ou “medicina complementar e alternativa”) define-se pela OMS como “um amplo conjunto de práticas de cuidado de saúde que não fazem parte da tradição do próprio país ou da medicina

convencional e não estão totalmente integradas ao sistema de saúde dominante”.

37. A combinação entre a medicina tradicional e a medicina complementar configura a medicina tradicional e complementar, que engloba “produtos, práticas e profissionais”.

38. Sem prejuízo do seu alcance mais abrangente, que alguns autores defendem, a medicina integrativa refere-se ao “atendimento de saúde que utiliza todas as abordagens terapêuticas apropriadas — convencionais e não convencionais — em um sistema de referência que se concentra na saúde, no relacionamento terapêutico e na pessoa como um todo”.

2. Legislação sobre as terapêuticas não convencionais

39. Em Portugal, as terapêuticas não convencionais foram legalizadas a partir da entrada em vigor da Lei n.º 45/2003, de 22 de agosto (Lei do enquadramento base das terapêuticas não convencionais).

40. A Lei n.º 71/2013, de 2 de setembro, veio regular, nos termos do seu artigo 1.º, “o acesso às profissões no âmbito das terapêuticas não convencionais, e o seu exercício, no setor público ou privado, com ou sem fins lucrativos”.

41. A partir daí, foram publicados vários diplomas legais para efeitos de enquadramento do desenvolvimento das terapêuticas não convencionais, sem prejuízo das legislações específicas das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores.

3. Possibilidade da medicina integrativa em Portugal?

42. Atendendo às vantagens que poderão existir, parece-me aconselhável que aos profissionais de saúde seja legalmente reconhecida a aplicação de terapias que integrem os métodos terapêuticos da MTC e da medicina convencional, desde que haja provas cientificamente confiáveis da sua segurança e eficácia. Um tal reconhecimento legal pressupõe, a meu ver, a regulação jurídica de certos aspetos, nomeadamente no que respeita à capacidade profissional e aos requisitos técnicos de funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de

saúde que prestem as terapias assim integradas.

43. Nesta situação, as *leges artis* poderão ser violadas quando a sua integração seja irracional ou, mesmo sendo racional a sua integração, a aplicação das terapias assim integradas não seja adequada para a situação clínica do paciente em particular.
44. Constituindo uma equipa profissional, quer em sentido próprio quer em sentido amplo, integrada com os profissionais de saúde da MTC e da medicina convencional, parece-me fundamental verificar, caso a caso, se o profissional da MTC atua como um comissário ou como um auxiliar na equipa profissional. Em caso afirmativo, é evidente que se aplicam os regimes da responsabilidade por atos de outrem (artigos 500.º e 800.º do CC, respetivamente). Em caso negativo, a sua responsabilidade civil assume especificidades como se fosse um anestesologista pessoalmente responsável e deve ser avaliada autonomamente, aplicando-se o regime da responsabilidade conjunta.

4. *Leges artis* na Medicina Tradicional Chinesa

45. As *leges artis* são “um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente”, cujo cumprimento depende da verificação dos requisitos seguintes: (1) as regras científicas e técnicas e os princípios profissionais são adotados genericamente pela ciência médica; (2) os mesmos são adotados num determinado momento histórico; (3) os mesmos são para casos semelhantes, ajustáveis à concreta situação individual; (4) os mesmos resultam das normas de orientação clínica, do Código Deontológico, de pareceres de comissões de ética, de protocolos, *guidelines*, livros e revistas especializadas.
46. O padrão de cuidados/conduita exigível, isto é, o grau de cuidado e habilidade dos profissionais de saúde médios que praticam a especialidade do profissional de saúde em causa, levando em consideração o conhecimento médico que está disponível para este, faz parte das *leges artis*.
47. Embora o conceito das *leges artis* acima mencionado envolva as expressões “médicos” e “ciência médica”, tal não impede que as *leges artis* sejam aplicáveis à atividade da MTC.

48. Mesmo que não exista uma posição unânime quanto ao âmbito do padrão de cuidados exigível da MTC, parece-me ser de seguir, como vários autores nacionais e internacionais seguem, a posição que defende a aplicação do padrão de cuidados que pertence exclusivamente a qualquer das terapêuticas não convencionais.
49. O conteúdo das *leges artis* varia de uma profissão de saúde para outra, porque podem existir algumas regras científicas e técnicas e princípios profissionais diferentes entre os círculos das profissões de saúde ou entre as especialidades do mesmo círculo profissional.
50. As regras e os princípios resultantes das *leges artis* de qualquer círculo profissional, como da MTC, podem ser regulados de forma jurídica ou não jurídica.
51. Na situação em que o profissional da MTC é também registado na Ordem dos Médicos como um médico, isto é, situação em que um profissional de saúde é simultaneamente um profissional da MTC e um médico, o profissional de saúde, mesmo praticando apenas os atos da MTC, deve sujeitar-se aos padrões de cuidados exigíveis em ambos os círculos profissionais.
52. Parece-me que o âmbito das *leges artis* da MTC não é fixo, variando conforme o desenvolvimento da MTC que se alimenta pelos estudos científicos.

Capítulo IV – Consentimento Informado e Medicina Tradicional Chinesa

1. Justificação e enquadramento legal

53. Como o respeito pelo direito à autonomia é uma das razões da existência do consentimento informado, tal respeito existe, e deve existir indubitavelmente, em qualquer medicina, quer convencional quer não convencional.
54. Portanto, o consentimento informado na MTC é também um conceito composto por três componentes essenciais: o dever de informar, o dever de esclarecer e o dever de obter um consentimento livre.
55. Para evitar qualquer responsabilidade civil pelos danos causados pela violação do consentimento informado, é fundamental que os profissionais da MTC transmitam

corretamente aos seus utilizadores as informações relevantes, garantam o entendimento completo – e não parcial – dos utilizadores de MTC relativamente às informações transmitidas, e, por fim, assegurem um consentimento isento de qualquer coação, ameaça ou pressão de terceiros.

2. Dever de informar

56. Sobre o âmbito de informações que se devem transmitir, encontram-se na doutrina, quer internacional quer interna, o critério do “médico razoável”, o critério do “paciente razoável”, o critério subjetivo do “paciente concreto” e o critério híbrido dos três critérios mencionados, mas defendo que se aplica na MTC o critério subjetivo do “paciente concreto” porque, como ocorre na medicina convencional, os utilizadores de MTC têm, e precisam de ter, o direito de saber as informações que pessoalmente entendem importantes ou necessárias e que possam influenciar a sua decisão própria, embora haja diferenças de teorias e modos de tratamentos entre a MTC e a medicina convencional.
57. A informação, quer de saúde quer não, necessita de ser transmitida ao paciente, desde que lhe seja relevante para tomar uma decisão adequada. A informação engloba, não apenas a informação relacionada com a consulta ou tratamento médico, como ainda a de pré-consulta ou de pós-tratamento, mas o dever de informar após a intervenção ou tratamento, como em situações de urgência e no caso do direito a não saber, já não resulta do consentimento informado, mas sim do direito de acesso ao processo clínico dos pacientes, porque um tal dever não se destina a obter um consentimento, mas sim a respeitar o seu direito à informação.
58. Defende-se tradicionalmente o dever de informar os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”, mas recentemente a doutrina e a jurisprudência sufragam o dever de informar os riscos “significativos”. Mesmo aplicando tratamentos naturais, a MTC não deixa de ter riscos na sua aplicação, pelo que os profissionais da MTC precisam de informar os utilizadores de MTC dos riscos previsíveis e significativos, sob pena de violação do consentimento informado destes por falta de cumprimento pleno do dever de informar.

59. Quanto menos familiarizado é o utilizador de MTC no que diz respeito a um método terapêutico da MTC – como ocorre na comunidade portuguesa, em que a maioria dos portugueses ainda não está familiarizada com os métodos terapêuticos da MTC –, mais atenção os profissionais da MTC precisam de ter para o cumprimento do seu dever de informar.
60. Propõe-se que os profissionais da MTC devam cumprir o dever de informar quer de forma quantitativa quer de forma qualitativa. O cumprimento quantitativo do dever de informar é feito quando os profissionais da MTC, nas consultas iniciais em que ainda não conhecem bem as reações corporais dos utilizadores de MTC, transmitem a estes todos os riscos previsíveis e significativos que sabem ou deveriam saber que são importantes e essenciais para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias dos utilizadores de MTC. O cumprimento qualitativo do dever de informar é levado a cabo quando os profissionais da MTC, após certas consultas que lhes permitam conhecer bem as reações corporais dos utilizadores de MTC sobre a aplicação do mesmo método terapêutico, transmitem ou até enfatizam, entre os riscos acima mencionados, aqueles que apareçam mais ou sempre para os utilizadores de MTC em concreto.
61. As exceções ao dever de informar devem incluir as situações de urgência, o privilégio terapêutico e o direito a não saber.
62. Podem suceder efetivamente situações de urgência durante a intervenção ou tratamento da MTC, embora os riscos que possam causar eventos adversos durante a sua intervenção sejam muito mais raros do que os da medicina convencional. No entanto, como os métodos terapêuticos da MTC não podem resolver, *de per se*, qualquer situação de urgência, os profissionais de saúde devem transferir logo o seu utilizador para um hospital, em vez de proceder à intervenção ou tratamento, de forma a evitar qualquer responsabilidade civil pelos danos causados pelo atraso de transferência. Mesmo que, por qualquer razão, o utilizador de MTC em situação urgente seja transferido para um consultório ou clínica da MTC, os profissionais da MTC têm a obrigação de reencaminhá-lo sem qualquer demora para um hospital de medicina convencional que contenha condições técnicas e ambientais para o acompanhamento devido, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil por qualquer dano causado pelo atraso de transferência.

63. O privilégio terapêutico é uma das exceções em que os profissionais de saúde devem omitir as informações que possam trazer danos graves à saúde ou à vida de pacientes, nos termos do artigo 157.º do CP, exigindo-se, como pressupostos do seu exercício, a gravidade do prejuízo, a previsibilidade inequívoca de ocorrência e o registo justificativo e validado por outros profissionais de saúde. Embora a informação comunicada ao paciente envolva, na maioria das vezes, uma doença incurável ou irreversível, entendo que tal informação pode envolver qualquer doença, mesmo não sendo incurável ou irreversível, desde que seja, para o paciente em particular, uma má notícia em saúde que possa afetar de forma negativa o seu estado mental e seja inequivocamente previsível que a sua comunicação possa causar-lhe perigo para a vida ou dano grave à saúde física ou psíquica.
64. No ordenamento jurídico português onde a MTC não é entendida como uma forma de medicina, a aplicabilidade do privilégio terapêutico à MTC apenas existirá quando a lei assim o estipular. Mesmo assim, se vier a existir tal lei, diferentemente do que ocorre na medicina convencional, o que as técnicas de diagnóstico da MTC podem detetar em alguns casos é, no máximo, a possibilidade da existência de uma doença ou de uma má notícia que possa afetar negativamente o estado mental do utilizador de MTC em particular, em vez de confirmar a sua existência. Todavia, parece-me que a incerteza ou dúvida sobre a existência de uma doença não constitui qualquer razão para evitar o exercício do privilégio terapêutico, porque o essencial é analisar se a comunicação da má notícia em saúde suscetível de afetar o estado mental dos utilizadores de MTC, independentemente da percentagem de probabilidade da sua existência, poderá ser prejudicial aos utilizadores de MTC e é previsível que os coloque em risco. Portanto, quer na medicina convencional quer, se houver uma lei que assim preveja, na MTC, desde que haja a prevalência da premência de evitar “circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica” (artigo 157.º, *in fine*, do CP) sobre a necessidade de tratamento de doença, existe razão de ser do exercício do privilégio terapêutico, embora esta doença seja agressiva e de desenvolvimento rápido e possa conduzir à morte de paciente.
65. O direito a não saber consiste num direito de o paciente, requerendo, não ser informado de determinada informação sobre o seu estado clínico, nos termos da Convenção de Oviedo, artigo 10.º, n.º 2. A renúncia à informação pode ser expressa ou tácita e, sendo tácita, deve ser

clara e inequívoca, mas não deve ser respeitada absolutamente, podendo ser restringida quando está em causa a proteção da saúde pública (artigo 26.º, n.º 1, da Convenção de Oviedo). A renúncia à informação deve ser respeitada quando está em causa o conflito entre a autonomia e a vida ou a saúde do próprio paciente, porque este tem a sua autonomia de decidir não ser informado, desde que essa renúncia seja informada, nomeadamente sobre o risco ou consequência de não saber a informação.

66. No âmbito da MTC, atendendo ao facto de que não existem métodos ou técnicas de diagnóstico como os que existem na medicina convencional para confirmar a existência de uma doença que possa influenciar a saúde pública, o direito a não saber deve ser restringido em caso da suspeita dessa existência. Neste caso, os profissionais da MTC têm dois deveres a cumprir: por um lado, o dever de restringir o direito a não saber do utilizador de MTC; por outro lado, o dever de comunicar à autoridade de saúde para transferência do utilizador de MTC ao hospital com condições adequadas para proceder a uma vigilância epidemiológica, com vista a evitar ou limitar a possível transmissão comunitária.

67. O internamento compulsivo ou tratamento compulsivo na prática não ocorre por ora na MTC, pelo que não merece qualquer discussão sobre a (in)existência do dever de informar.

68. O dever de informar não existe em situações ou riscos imprevisíveis, pelo que nem se pode dizer que existe uma exceção ao dever de informar porque tal exceção apenas existe quando se verifica um dever de informar.

3. Dever de esclarecer

69. Os pacientes que não sejam familiarizados com a MTC, como os portugueses, podem ter mais dificuldades em entender as expressões técnicas ou funcionamento de diagnóstico e tratamento que dizem respeito à MTC, comparando com aqueles que tenham origem chinesa.

70. Para garantir um entendimento completo, os profissionais da MTC em Portugal devem transmitir as palavras ou expressões técnicas aos seus utilizadores de uma forma pela qual estes possam facilmente entendê-las, atendendo especialmente ao seu nível de capacidade de entendimento sobre a informação que resulte da MTC. Para estes efeitos, os profissionais da

MTC podem proceder a três procedimentos seguintes: por um lado, apreciar o nível da literacia de saúde do utilizador de MTC em particular, para ver a capacidade que este tem de entender a informação de saúde da MTC, porque esse nível varia de um utilizador de MTC para outro; por outro lado, transmitir-lhe essa informação, com mais tempo de conversa individual e através de uma linguagem acessível e perceptível conjugada com imagens e/ou vídeos, conforme a sua capacidade de entendimento; por fim, pedir ao utilizador de MTC *teach-back*, isto é, pedir-lhe que relate com as palavras que lhe são convenientes para explicar de volta o que tenha entendido.

4. Consentimento livre

71. A solução que o ordenamento jurídico português consagra no âmbito da capacidade para consentir é a de que apenas são capazes para consentir os menores que, por um lado, tiverem completado 16 anos de idade e, por outro lado, tenham o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento (artigo 38.º, n.º 3, do CP).
72. Mesmo assim, entendo que a idade não deveria ser um requisito relevante para determinar se as pessoas teriam ou não capacidade para consentir ou recusar os atos médicos. O único requisito deveria ser o de que os profissionais de saúde analisam, caso a caso, se um paciente em particular, quer menor quer maior, tem discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento prestado. Em caso de dúvidas sobre a existência de um tal discernimento, seria mais razoável que ao representante legal coubesse exercer o direito ao consentimento informado em nome do paciente incapaz.
73. Em caso de incapacidade para consentir, nos casos de menoridade, esta é suprida pelas responsabilidades parentais e, subsidiariamente, pela tutela, nos termos do artigo 124.º do CC.
74. Quanto aos maiores acompanhados, mesmo tendo auxílio do acompanhante, o direito ao consentimento informado é exercido, de forma livre e pessoal, pelo acompanhado, salvo disposição legal ou decisão judicial em contrário que determine que o acompanhante atua como seu representante legal, substituindo o acompanhado, por este não ter nenhuma condição de exercer o seu direito ao consentimento informado (artigo 147.º, n.º 1, do CC). No

que diz respeito ao auxílio que o acompanhante presta, entendo que o mesmo deve ser secundário porque quem, em primeiro lugar, ajuda o acompanhado a exercer o direito ao consentimento informado deve ser o seu profissional de saúde responsável que tem os deveres de informar, esclarecer e obter o consentimento.

75. Deste modo, o regime de representação, no que toca ao consentimento para a prática de atos de saúde, é aplicável apenas quando o acompanhado está impossibilitado de exercer livre e pessoalmente o direito ao consentimento informado e, deste modo, precisa de um representante legal para o exercer.
76. Em caso de situação de urgência, os profissionais de saúde devem verificar se é possível presumir a vontade dos pacientes com base nas informações existentes, aplicando-se a causa de justificação do consentimento presumido (Artigo 39.º do CP e artigo 340.º, n.º 3, do CC): em caso afirmativo, devem agir de acordo com ela, efetuando as intervenções ou tratamentos médicos *pro vitae* sem esperar pela nomeação de um representante legal. Quando não se está perante uma situação de urgência, é óbvio que o tribunal é requerido a aplicar medidas de acompanhamento, designando um acompanhante para dar o consentimento informado em nome do paciente em causa (artigos 139.º do CC).
77. O instituto do maior acompanhado mantém-se aplicável na MTC, exceto em situações de urgência. Nestas situações, os profissionais da MTC têm a obrigação de transferir sem qualquer demora os seus utilizadores para um hospital de medicina convencional que contenha condições técnicas e ambientais para o acompanhamento devido, em vez de procederem a intervenções ou tratamentos médicos *pro vitae*.
78. É possível existir representação legal na MTC para maior acompanhado, em situações em que o maior acompanhado não tem condição de exercer o direito ao consentimento informado na MTC e, deste modo, precisa de um representante legal para o exercer em seu nome.
79. No que concerne à formalidade do consentimento na MTC, como ocorre na medicina convencional, aplica-se a regra da liberdade de forma (Artigo 219.º do CC) e, deste modo, basta o consentimento oral para a realização de diagnósticos ou métodos terapêuticos deste círculo profissional.

80. Atendendo ao critério de que a forma escrita é normalmente exigida para intervenção ou tratamento médico que determine um risco sério para a vida ou saúde de pacientes e ao facto de que não se encontra no ordenamento jurídico português qualquer norma que exija a forma escrita para certa intervenção ou tratamento da MTC, defendo que a forma escrita deveria ser legalmente exigida, pelo menos, nas intervenções ou tratamentos da MTC seguintes: o uso de Trióxido de Arsênico (em chinês, “砒霜”) para tratamento de leucemia; o tratamento de acupunctura para utilizadores de MTC que sejam tratados pela primeira vez; o tratamento de acupunctura nos órgãos vitais. Defendo ainda que se exigiria, para qualquer destas intervenções ou tratamentos da MTC, um formulário específico.
81. Quando a lei portuguesa previr a forma escrita para determinadas intervenções ou tratamentos da MTC, o consentimento informado deverá ser inválido sem tal formalidade, mesmo tendo os profissionais da MTC cumprido os deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre.
82. Como a revogação do consentimento não é sujeita a qualquer limitação, basta a forma oral para sua revogação, mesmo tendo sido dado o consentimento pela forma escrita.

5. Responsabilidade civil pela violação do consentimento informado

83. O consentimento informado é violado por falta de cumprimento de qualquer dos deveres de informar, de esclarecer e de obter o consentimento livre, exceto nas situações em que os profissionais da MTC estão isentos de obter o consentimento informado, esclarecido e livre.
84. A violação do consentimento informado pode tratar-se quer de uma omissão quer de uma ação. É uma omissão porque os profissionais da MTC têm o dever que a lei exige de obter o consentimento informado, esclarecido e livre de utilizadores de MTC e, no entanto, omitem o seu cumprimento. É uma ação quando se trata de um cumprimento defeituoso do consentimento informado.
85. A violação do consentimento informado encaixa-se quer na responsabilidade extracontratual quer na responsabilidade contratual, porque, na primeira modalidade da responsabilidade civil,

o mesmo representa a autonomia resultante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Artigo 26.º, n.º 1, da CRP), sendo um direito absoluto que deve ser respeitado por todas as pessoas e, na segunda modalidade, o consentimento informado, esclarecido e livre é um dever lateral de cuidado com a pessoa da contraparte, nascido do princípio da boa fé do artigo 762.º, n.º 2, do CC. Mesmo assim, estamos perante uma situação de concurso de responsabilidade civil extracontratual e contratual, para a qual a jurisprudência do STJ adota o regime da responsabilidade contratual porque, por um lado, é mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e, por outro lado, é, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado.

86. No âmbito da culpa, a conduta dos profissionais da MTC é reprovável porque um profissional da MTC razoável, prudente e diligente que seja colocado na mesma situação podia ter obtido o consentimento informado.

87. A violação do consentimento informado causa danos ao direito de personalidade, sendo um bem juridicamente protegido que obviamente tem natureza não patrimonial, pelo que na fixação da indemnização devem ser atendidos tais danos nos termos do artigo 496.º do CC.

88. Verifica-se o nexo de causalidade caso a violação do consentimento informado seja o facto que causa adequadamente danos ao direito de personalidade, ou seja, se, de acordo com o curso normal das coisas, a não obtenção de consentimento informado por parte do profissional de MTC for causa adequada para a violação da autodeterminação do utilizador de MTC.

6. Diretivas Antecipadas de Vontade e Medicina Tradicional Chinesa

89. Com todos os benefícios clínicos que a MTC eventualmente pode garantir, o outorgante poderá querer requerer, através das DAVs, os métodos terapêuticos da MTC num estado crítico, e muitas vezes terminal, da sua vida, mesmo com a ligação da máquina de suporte vital procurando alguma recuperação.

90. Portanto, o regime das DAVs releva na MTC, servindo especialmente para requerer intervenções ou tratamentos da MTC, desde que os mesmos sejam a favor das situações clínicas de utilizadores de MTC.

91. Como a lei das DAVs (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho) não prevê expressamente a MTC como sendo uma técnica de prestação de cuidados de saúde, parece-me que ainda não há fundamento legal para afirmar que o regime das DAVs releva na MTC. Mesmo assim, defendo que deveria ser relevante, ou seja, que o conceito de “cuidados de saúde” da lei das DAVs deve integrar os cuidados prestados pelas terapêuticas não convencionais. É de realçar que a lei das DAVs fala em “cuidados de saúde” e não em “cuidados médicos”, pelo que a opção da vontade antecipada do paciente não deve ser limitada apenas em cuidados de saúde da medicina convencional. Com isto, o governo português deve promover a integração da MTC em todos os hospitais de Portugal, desde que haja recursos humanos e financeiros.

Capítulo V – Erro de Diagnóstico

1. Erro de diagnóstico na Medicina Tradicional Chinesa

92. O erro de diagnóstico pode ocorrer na MTC, resultando de situações idênticas às da medicina convencional: da interpretação errada do que resulta dos métodos de diagnóstico da MTC, da realização atrasada e da não realização destes.
93. A localização da falha e a identificação dos seus fatores são fundamentais para a análise da (in)existência da ilicitude e/ou da culpa e, deste modo, da eventual responsabilidade civil dos profissionais da MTC, porque, a meu ver, uma tal análise pressupõe o conhecimento do procedimento que falhou e dos fatores que causaram a falha.
94. Como sucede na medicina convencional, mesmo sendo possível a identificação dos fatores que tenham causado o erro de diagnóstico na MTC, nem todos eles advêm da violação das *leges artis*. Portanto, existem falhas que são profissionalmente aceitáveis, nomeadamente quando os profissionais da MTC não violam as *leges artis*.
95. As falhas são profissional e juridicamente aceitáveis durante o procedimento de diagnóstico da MTC quando se integram no âmbito da aceitabilidade do padrão de conduta; caso contrário, tais falhas são inaceitáveis, quer profissionalmente quer juridicamente, violando as *leges artis* do seu círculo profissional.

96. Os profissionais da MTC, mesmo atuando com conduta ilícita e/ou culposa e violando as *leges artis*, podem não causar qualquer dano físico aos utilizadores de MTC em caso do erro de diagnóstico, mas tal não impede que seja causado um dano patrimonial de forma direta ou um dano da perda de *chance*.

2. Erro de diagnóstico com recurso ao resultado dos exames da medicina convencional

97. Tendo em conta as limitações existentes no que diz respeito aos métodos de diagnóstico da MTC, é eticamente plausível que os profissionais da MTC recorram aos resultados de exames realizados na medicina convencional para, com base neles, efetuarem os atos de diagnóstico e os métodos terapêuticos do seu círculo profissional.

98. A atuação dos profissionais da MTC que recorre aos métodos de diagnóstico da medicina convencional pode ser dividida em três categorias de atos: (1) a prescrição dos exames da medicina convencional; (2) a efetuação destes exames; (3) a interpretação dos relatórios resultantes dos exames realizados. Apenas o último ato acima referido pode conduzir ao erro de diagnóstico, sempre que se verifique uma interpretação errada dos exames realizados, porque os primeiros dois atos não causam diretamente qualquer interpretação errada de relatórios emitidos, realização atrasada ou não realização dos exames.

99. Mesmo assim, o erro de diagnóstico não advém sempre da violação das *leges artis*, porque podem existir fatores que afetem, sem a sua violação, a interpretação efetuada pelos profissionais da MTC.

100. Na situação em que a interpretação errada não deriva da culpa dos profissionais da MTC, mas da culpa de quem emitiu o relatório dos exames realizados (ou seja, o radiologista), não se verifica a culpa dos profissionais da MTC e, por falta deste requisito, estes não são responsáveis pelo dano causado. Quanto ao radiologista, este atuou de forma ilícita e culposa, causando dano ao utilizador de MTC, mas o dano causado não se refere ao dano pela ofensa da integridade física por este não ser causado pelo radiologista, mas sim ao dano da perda de *chance*, consistente e séria, de melhoria ou recuperação caso não fosse o erro cometido no relatório dos exames realizados.

101. Na situação em que, para além da culpa de quem emitiu o relatório, da produção do dano concorre a culpa do profissional da MTC, caso este pudesse evitar um tal dano ao cumprir o seu dever de diligência ou de cuidado exigível, o nexo de causalidade existe entre o seu ato ilícito e culposo e o dano causado, mas já não entre o ato, embora ilícito e culposo, do radiologista e o mesmo dano.

Capítulo VI – Aplicação de Métodos Inadequados

1. Medidas de prognóstico e relevância jurídica

102. Caso nenhum dos métodos terapêuticos da MTC seja aplicável à situação clínica dos utilizadores de MTC, os profissionais da MTC devem, em situação de urgência, transmiti-los logo a um hospital, privado ou público, para um acompanhamento devido ou, não sendo uma situação de urgência, notificá-los da inadequação de método(s) terapêutico(s) da MTC para a sua situação clínica.

103. Fora desta situação, a aplicação de um método terapêutico ou de dois ou mais métodos terapêuticos combinados é adequada à situação clínica dos utilizadores de MTC quando produza resultado positivo ou tenha eficácia.

104. Existem medidas de prognóstico – como os “resultados apresentados pelo paciente” e os “resultados apresentados pelo médico” –, que permitem aos profissionais da MTC preverem e confirmarem se a aplicação de um método terapêutico isolado ou de dois ou mais métodos terapêuticos combinados produzirá efeitos positivos ou eficácia para a situação clínica dos utilizadores de MTC ou para a doença de que estes padecem.

105. Essas medidas de diagnóstico têm relevância jurídica na responsabilidade civil, nomeadamente no âmbito da ilicitude e da culpa. Os profissionais da MTC podem atuar com ilicitude e/ou com culpa quando a conduta adotada – isto é, a aplicação de método(s) terapêutico(s) inadequado(s) – viola as *leges artis*.

106. Na situação em que os profissionais da MTC não aplicam o método mais adequado à situação clínica dos utilizadores de MTC por estes preferirem, por qualquer razão, escolher

outro método que entendam conveniente, os profissionais da MTC não atuam com ilicitude e/ou com culpa.

2. Prevenção de doenças ou de subsaúde

107. A MTC não se destina apenas à cura de doenças, como ainda à prevenção de doença e à prevenção de subsaúde, isto é, um estado situado entre a saúde e a doença, “caracterizado por alguns distúrbios em comportamentos psicológicos ou características físicas, ou em alguns índices de exame médico, sem características patológicas típicas”.
108. Quer para a doença ou quer para o estado de subsaúde, entende-se que se trata, na MTC, de um desequilíbrio entre *Yin* e *Yang*, pelo que o princípio orientador de tratamento de ambos é o ajustamento desse desequilíbrio. Para este ajustamento, os profissionais da MTC, atendendo ao estado de saúde de utilizadores de MTC, podem aplicar métodos terapêuticos do seu círculo profissional para efeitos de prevenção de saúde ou de subsaúde.
109. A aplicação de métodos de prevenção inapropriados, quer para a prevenção de saúde quer para a de subsaúde, pode corresponder a um ato ilícito e culposos, nomeadamente quando se violam as *leges artis*, quer de natureza jurídica quer de natureza não jurídica.
110. Embora os profissionais da MTC apliquem métodos de prevenção de doença ou subsaúde que raramente provocam danos aos utilizadores de MTC, como podendo aplicar métodos terapêuticos da MTC para efeitos de prevenção, podem causar danos aos seus utilizadores em caso da aplicação de métodos inadequados.
111. Parece-me razoável que o dano, mesmo sendo diminuto, se verifique quando o desequilíbrio já existente entre *Yin* e *Yang* se tornou pior.

3. Âmbito do conteúdo funcional da Medicina Tradicional Chinesa

112. A aplicação de métodos inadequados pode ocorrer, a meu ver, em duas situações: uma em que os profissionais da MTC aplicam métodos que não se encaixem no âmbito devido, e outra

em que os métodos aplicados, mesmo integrando-se no âmbito devido, não se adequam à situação clínica dos utilizadores de MTC.

113. Os profissionais da MTC podem aplicar outros métodos do seu círculo profissional que não sejam expressamente previstos na alínea d) do n.º 2 do artigo 4.º da Portaria n.º 207-G/2014, de 8 de outubro, porque esta norma enumera, de forma exemplificativa e não taxativa, os métodos que eles podem aplicar.

Capítulo VII – Falha na Execução de Métodos

1. Determinação do âmbito de falha profissional

114. Afirma-se a existência de uma falha na execução de métodos na MTC quando ocorre o insucesso de um ato profissional, o erro profissional ou a falta/negligência profissional. A falha profissional na execução de métodos da MTC pode envolver ocorrência negativa previsível, imprevisível, culposa ou não culposa.

2. (In)Aceitabilidade de falha profissional

115. É sempre não culposa e, por causa disso, jurídica e profissionalmente aceitável, a falha profissional imprevisível na execução de métodos terapêuticos da MTC.

116. As falhas previsíveis não são sempre inaceitáveis, podendo existir falhas previsíveis e, no entanto, aceitáveis durante o procedimento de realização de métodos terapêuticos da MTC. Os profissionais da MTC, ao atuarem conforme o padrão de prática constante das *leges artis*, não devem ser sujeitos a qualquer responsabilidade civil pelas falhas previsíveis, apesar de terem causado dano em utilizadores de MTC.

117. As falhas previsíveis, causadas pela conduta profissional da MTC que viole o padrão de prática constante das *leges artis* da MTC, correspondem às falhas profissional e juridicamente inaceitáveis.

118. O critério que serve para se identificar se uma falha profissional é inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC é: verificar se a falha profissional é causada pela conduta profissional que não tenha cumprido o padrão de prática ou o dever de cuidado oriundo das *leges artis*. Este critério é essencial para a verificação da existência da ilicitude e/ou da culpa dos profissionais da MTC.
119. Mesmo violando o padrão de prática ou o dever de cuidado constante das *leges artis*, os profissionais da MTC podem não causar qualquer dano físico aos utilizadores de MTC, mas tal não impede que se verifiquem outros tipos de dano, como o dano patrimonial, o dano não patrimonial ou o dano da perda de *chance*.

3. Causas de exclusão da responsabilidade civil

120. Nem todas as causas excludentes são aplicáveis para a exclusão da ilicitude dos atos profissionais da MTC.
121. Quanto às causas gerais de exclusão de ilicitude, os profissionais da MTC, ao procederem aos seus atos profissionais, não exercem qualquer direito seu, mas apenas cumprem os deveres de cuidado ou de diligência. Mas o cumprimento destes deveres é distinto do cumprimento de um dever jurídico no âmbito das causas gerais de exclusão de ilicitude, dado que não se destina à exclusão da ilicitude aqui em discussão, mas sim apenas a tornar-se não culposa a conduta profissional praticada.
122. A ação direta, a legítima defesa e o estado de necessidade raramente têm campo de aplicação na responsabilidade civil dos profissionais da MTC. A única causa especial de exclusão de ilicitude aplicável no âmbito da MTC é o consentimento do lesado (artigo 340.º do CC). Contudo, não é um simples consentimento de que aqui se trata, mas sim um consentimento informado, esclarecido e livre.
123. No entanto, parece-me que o consentimento informado do lesado (ou seja, a única causa especial de exclusão de ilicitude aplicável no âmbito da MTC) não pode ser aplicado quando exista falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC. Isto porque a falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC implica sempre a violação das *leges*

artis. Nesta situação, a aplicação do consentimento informado é sempre inválida por ser contra os bons costumes, nos termos do artigo 340.º do CC (não afastaria a ilicitude do ato), e essa limitação do exercício dos direitos à integridade física e à vida será sempre nula por ser contrária à ordem pública, nos termos do artigo 81.º do CC. Deste modo, conclui-se que não pode existir situação em que, mesmo verificando-se falha inaceitável na execução de métodos terapêuticos da MTC, essa falha não deverá implicar qualquer responsabilidade civil para os profissionais da MTC.

124. Parece-me que, para além das causas gerais e especiais de exclusão de ilicitude acima mencionadas, podem existir outras causas de exclusão de ilicitude que não sejam previstas no CC, como sucede no consentimento informado, cujas exceções ao dever de informar servem como causas de exclusão de ilicitude não previstas no CC.

Capítulo VIII – Responsabilidade Civil na Medicina Tradicional Chinesa

125. Os profissionais da MTC podem ter obrigação de indemnização, quer no âmbito da responsabilidade contratual quer no da responsabilidade extracontratual, desde que se reúnam os devidos pressupostos: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

126. Para além disso, pode ocorrer o concurso entre as duas modalidades de responsabilidade civil quando o dano causado resulte da falta profissional que viola um direito relativo e, ao mesmo tempo, um direito absoluto, preenchendo-se os pressupostos da responsabilidade civil contratual e extracontratual ao mesmo tempo. Perante um tal concurso, e segundo a tese de consunção que defendi anteriormente, o regime da responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual, porque esta solução é mais favorável aos utilizadores de MTC (lesados) e conforme ao princípio geral da autonomia privada.

127. Pode ocorrer ainda a responsabilidade civil com natureza institucional ou organizacional, nomeadamente quando os profissionais da MTC atuam integrados em unidades públicas ou privadas de saúde, em vez de exercerem a sua atividade em regime de profissão liberal. A análise da responsabilidade civil com natureza institucional ou organizacional é diferente conforme se está no campo do direito privado ou do direito público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I – Artigos e Monografias

- 1) ABHISHEK, Singh et al. “A cross-sectional study of the patient’s awareness and understanding toward legal nature of informed consent in a dental hospital in rural Haryana”. *Journal of Education and Ethics in Dentistry*, vol. 2, n.º 1 (janeiro-junho de 2012), pp. 25-27.
- 2) ABOUSHANAB, Tamer S.; ALSANAD, Saud. “Cupping Therapy: An Overview from a Modern Medicine Perspective”. *Journal of Acupuncture and Meridian Studies*, Vol. 11, n.º 3 (2018), pp. 83-87.
- 3) AKBARZADEH, Marizieh; GHAEMMAGHAMI, Mehrnoush; YAZDANPANAHI, Zahra; et. al. “The Effect Dry Cupping Therapy at Acupoint BL23 on the Intensity of Postpartum Low Back Pain in Primiparous Women Based on Two Types of Questionnaires, 2012; A Randomized Clinical Trial”. *International Journal of Community Based Nursing and Midwifery*, Vol. 2, n.º 2 (abril de 2014), pp. 112-120.
- 4) AKOBENG, A.K.. “Principles of evidence based medicine”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), pp. 837–840.
- 5) AKOBENG, A.K.. “Understanding randomised controlled trials”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), pp. 840-844.
- 6) AKOBENG, A.K.. “Understanding systematic reviews and meta-analysis”. *Archives of Disease in Childhood*, Vol. 90, n.º 8 (2005), pp. 845-848.
- 7) ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983 (com a colaboração de J. Sousa RIBEIRO, J. Sinde MONTEIRO, Almeno de SÁ e J. C. Brandão PROENÇA).
- 8) ALBEDAH, Abdullah; KHALIL, Mohamed; ELOLEMY, Ahmed; et. at. “The Use of Wet Cupping for Persistent Nonspecific Low Back Pain: Randomized Controlled Clinical Trial”. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 21, n.º 8 (2015), pp. 504-508.
- 9) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Editora Universidade Católica, 2021.
- 10) ALIMOGHADDAM, Kamran. “A Review of Arsenic Trioxide and Acute Promyelocytic Leukemia”. *International Journal of Hematology-Oncology and Stem Cell Research*, vol. 8, n.º 3 (2014), pp. 44-54.
- 11) ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. “Responsabilidade do médico e o seu seguro”. *Scientia*

- Ivridica*, Braga, Tomo XXI, janeiro-decembro 1972, pp. 327-355.
- 12) AMARAL, Freitas do. “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos Públicos de Saúde”. *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991.
 - 13) ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”. *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75-120.
 - 14) ALMEIDA, Rosalvo. “Consentimento e discernimento”. *Nascer e Crescer (Revista do hospital de criança maria pia)*, Vol. XXI, n.º 2 (2012), pp. 94-95.
 - 15) ANDORNO, Roberto. “The right not to know: an autonomy based approach”. *J Med Ethics*, n.º 30 (2004), pp. 435-440.
 - 16) ANDRADE, Alexandra. “Responsabilidade Penal dos Médicos. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual”. *Responsabilidade penal dos médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, Trabalhos do 2.º Ciclo do 34.º Curso (abril de 2021), Formação Ministério Público, Centro de Estudos Judiciários, pp. 9-41. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtdHXKR57k%3d&portalid=30> (acesso em 19 de abril de 2022).
 - 17) ANDRADE, Andreia da Costa. *Atipicidade da Conduta Médica? – Tentativa de (Re)compreensão*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, janeiro de 2018.
 - 18) ANGELL, M.; KASSIRER, J.P.. “Alternative medicine – the risks of untested and unregulated remedies”. *The New England Journal of Medicine*, vol. 339, n.º 12 (17 de setembro de 1998), pp. 839-841.
 - 19) AYUSO, C., et al. “Informed consent for whole-genome sequencing studies in the clinical setting. Proposed recommendations on essential content and process”. *Eur J Hum Genet*, n.º 21 (2013), pp. 1054-1059.
 - 20) BAER, Allison R.; GOOD, Marge; SCHAPIRA, Lidia. “A New Look at Informed Consent for Cancer Clinical Trials”. *Journal of Oncology Practice*, vol. 7, n.º 4 (2011), pp. 267-270.
 - 21) BAKER, G. Ross; NORTON, Peter. *Patient Safety and Healthcare Error in the Canadian Healthcare System: A Systematic Review and Analysis of Leading Practices in Canada with Reference to Key Initiatives Elsewhere*. Ottawa, Canada: Health Canada (2002). Disponível em https://www.canada.ca/content/dam/hc-sc/migration/hc-sc/hcs-sss/alt_formats/hpb-dgps/pdf/pubs/2001-patient-securit-rev-exam/2001-patient-securit-rev-exam-eng.pdf (acesso em 8 de

- novembro de 2021).
- 22) BAL, B. Sonny. "An Introduction to Medical Malpractice in the United States". *Clinical Orthopaedic and Related Research*, Vol 467 (2009), pp. 339-347.
 - 23) BARBOSA, Mafalda Miranda. "Notas Esparsas Sobre Responsabilidade Médica". *Lex Medicinae*, Ano IV, n.º 7, 2007, pp. 131-150.
 - 24) BARBOSA, Mafalda Miranda. "Fundamentos, Conteúdo e Consequências do Acompanhamento de Maiores". *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Jurídicos, pp. 63-73.
 - 25) BELEZA Maria dos Prazeres. "Brevíssimas Notas sobre a Criação dos Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Regimes da Interdição e da Inabilitação – Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto". *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Jurídicos, p. 15-21.
 - 26) BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal 1º volume*, 2.ª Edição, AAFDL, 1984.
 - 27) BASENSOUSSAN, Alan; MYERS, Stephen P.; CARLTON, Anne-Louise. "Risks Associated With the Practice of Traditional Chinese Medicine: An Australian Study". *Arch Fam Med*, vol. 9 (novembro/dezembro de 2000), pp. 1071-1078.
 - 28) BHASALE, Alice L.; MILLER, Graeme C.; REID, Sharon E.; et. al. "Analysing potential harm in Australian general practice: an incident monitoring study". *Medical Journal of Australia*, Vol. 169, n.º 2 (1 de julho de 1998), pp. 73-76.
 - 29) BI, J.H.. "The wake-promoting effects of adjuvant acupuncture on comatose patients post brain injury". *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, vol. 8, n.º 34 (China, dezembro de 2004), p. 7725.
 - 30) BING, Wang (ed.). *The Su Wen of the Huangdi Neijing (Inner Classic of the Yellow Emperor)*. Disponível em <https://dl.wdl.org/3044/service/3044.pdf> (acesso em 29 de setembro de 2021).
 - 31) BORD, Jessica de. *Informed Consent*. Disponível em <https://depts.washington.edu/bhdept/ethics-medicine/bioethics-topics/detail/67> (acesso em 19 de abril de 2022).
 - 32) BRADY, Adrian; LAOIDE, Risteárd, Ó; MCCARTHY, Peter; MCDERMOTT, Ronan. "Discrepancy and Error in Radiology: Concepts, Causes and Consequences". *Ulster Medical Journal*, Vol. 81, n.º 1 (2012), pp. 3-9.
 - 33) BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*,

- Almedina, Coimbra, 2005.
- 34) BRANCO, Isabel Maria Fernandes. *A ideia de “perda de chance” e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial*. VerboJuridico, janeiro de 2015. Disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/isabelbranco_perdachance_manda_tojudicial.pdf (acesso em 28 de julho de 2021).
 - 35) BRITO, Miguel Nogueira de. *Direitos e Deveres dos Utentes de MTC do Serviço Nacional de Saúde*. Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, novembro de 2008. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/615-922.pdf> (acesso em 14 de janeiro de 2021).
 - 36) BROWN, BarBara A.. “The History of Advance Directives: A Literature Review”, *Journal of Gerontological Nursing*, vol. 29, n.º 9 (setembro de 2003), pp. 4-14.
 - 37) BROWNSWORD, Roger; WALE, Jeff. “The Right to Know and the Right Not to Know Revisited: Part One”. *Asian Bioethics Review*, Vol. 9, n.º 3 (2017), pp. 3-18.
 - 38) BUCHO, João Luís Cruz. “Relação entre Yin-Yang e a Criatividade”. *PSIOLOGIA.PT (O Portal dos Psicólogos)*, 2016. Disponível em <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0971.pdf> (acesso em 7 de junho de 2021).
 - 39) BURGESS, Lesley Jean; GERBER, Berna; COETZEE, Kathleen; TERBLANCHE, Marli; AGAR, Gareth; KOTZE, Theunis JvW. “An evaluation of informed consent comprehension by adult trial participants in South Africa at the time of providing consent for clinical trial participation and a review of the literature”. *Open Access Journal of Clinical Trials*, vol. 11 (2019), pp. 19-35.
 - 40) CALDWELL, Charles; SEAMONE, Evan R.. “Excusable Neglect in Malpractice Suits against Radiologist: A Proposed Jury Instruction to Recognize the Human Condition”. *Annals of Health Law*, Vol. 16, n.º 1 (2007), pp. 43-77.
 - 41) CAMPBELL, Angela; GLASS, Kathleen Cranley. “The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research”. *McGill Law Journal*, Vol. 46, n.º 2 (2001), pp. 473-489.
 - 42) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
 - 43) CAO, C.; BROWN, B.. “Understanding Chinese medicine and western medicine to reach the maximum treatment benefit”. *Journal of Translational Science*, Vol. 5 (2019), pp. 1-2.
 - 44) CAO, Huijuan; LI, Xun; YAN, Xue; et. al. “Cupping therapy for acute and chronic pain

- management: a systematic review of randomized clinical trials”. *Journal of Traditional Chinese Medicine Sciences*, Vol. 1, n.º 2 (1 de julho de 2014), pp. 49-61.
- 45) CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- 46) CASTRO, Jorge Rosas de. “Consentimento Informado e Medicina Defensiva”. *Julgar*, Número Especial (2014), pp. 207-223.
- 47) CAVALLI, Loredana; BRISCESE, Lucia; CAVALLI, Tiziana; ANDRE, Paolo; CARBONCINI, Maria Chiara. “Role of Acupuncture in the Management of Severe Acquired Brain Injuries (sABIs)”. *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine (Ed. Morry Silberstein)*, vol. 2018, Article ID 8107508, 10 pages, 2018. <https://doi.org/10.1155/2018/8107508> (acesso em 16 de dezembro de 2020).
- 48) CHEN, Bang-xian (陈邦贤). *History of Medicine in China (中国医学史)*, TJ Press, Pequim, dezembro de 2005.
- 49) CHEN, X.Y.; et. al. “Effect of strong stimulation of acupuncture at twelve Jing-well points as main for neurosurgery patients with disorder of consciousness”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 29, n.º 8 (China, agosto de 2009), pp. 619-622.
- 50) CHEN, Yan; GUO, Jeff J.; HEALY, Daniel P.; ZHAN, Siyan. “Effect of integrated traditional Chinese medicine and western medicine on the treatment of severe acute respiratory syndrome: A meta-analysis”. *Pharmacy Practice*, Vol. 5, n.º 1 (2007), pp. 1-9.
- 51) CHEW, Felix S.. “Extravasation of Iodinated Contrast Medium During CT: Self-Assessment Module”. *American Journal of Roentgenology*, Vol. 195, n.º 6_supplement (2010), pp. S80-S85.
- 52) Chinese Medicine Regulatory Office of Department of Health of the Government of the Hong Kong Special Administrative Region, 小冊子 - 常見的中醫療法 (*Livreto - Métodos Terapêuticos Comuns de MTC*). Disponível em https://www.cmro.gov.hk/html/b5/health_info/pamphlet/Health_35780_Booklet_r3.html (acesso em 7 de dezembro de 2019).
- 53) CHURCHILL, Wainwright. “Implications of Evidence Based Medicine for Complementary & Alternative Medicine”. *Journal of Chinese Medicine*, n.º 59 (janeiro de 1999), pp. 32-35.
- 54) COHEN, Aaron Michael; STAVRI, P. Zoë; HERSH, William R.. “A categorization and analysis of the criticisms of Evidence-Based Medicine”. *International Journal of Medical Informatics*, Vol. 73 (2004), pp. 35-43.
- 55) COHEN, Aaron Michael; HERSH, William R.. “Criticisms of Evidence-Based Medicine”.

- Evidence-based Cardiovascular Medicine*, Vol. 8 (2004), pp. 197-198.
- 56) COHEN, Michael H.. “Malpractice in complementary and alternative medicine: practical implications for risk managers”. In FAASS, Nancy (editor), *Integrating Complementary Medicine Into Health Systems*, Editora Aspen, 2001, pp. 226-234.
- 57) COHEN, Michael H.; EISENBERG, David M.. “Potential Physician Malpractice Liability Associated with Complementary and Integrative Medical Therapies”. *Annals of Internal Medicine*, Vol. 136, n.º 8 (16 de abril de 2002), pp. 596-603.
- 58) COLLEGE OF TRADITIONAL CHINESE MEDICINE PRACTITIONERS AND ACUPUNCTURISTS OF BRITISH COLUMBIA, *Safety Program Handbook for Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists*, dezembro de 2012. Disponível em https://ctcma.bc.ca/media/1735/safety-program-handbook_en.pdf (acesso em 22 de julho de 2020).
- 59) COLALTO, Cristiano. “Unpredictable Adverse Reactions to Herbal Products”. *Journal of Drug Metabolism & Toxicology*, Vol. 3, n.º 2, 100e105 (2012), pp. 1-3.
- 60) CONSELHO DE ENFERMAGEM DA ORDEM DOS ENFERMEIROS. *Padrões de Qualidade dos Cuidados de Enfermagem: Enquadramento Conceptual Enunciados Descritivos*, dezembro de 2001, p. 5. Disponível em <https://www.ordemenfermeiros.pt/media/8903/divulgar-padroes-de-qualidade-dos-cuidados.pdf> (acesso em 10 de julho de 2021).
- 61) CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n.º 46/CNECV/05*. Disponível em <http://www.chmt.min-saude.pt/wp-content/uploads/sites/27/2020/01/CNECV-objecao-ao-uso-de-sangue-e-derivados-por-motivos-religiosos.pdf> (acesso em 30 de janeiro de 2021).
- 62) CONSENTINO, Ricardo; et. al. “Bibliometric Analysis of Traditional Chinese Medicine Scientific Production between 1982 and 2016 Indexed in PubMed”. *Medicines*, Vol. 5, n.º 41 (2018), pp. 1-8.
- 63) CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Obrigações, Vol. I*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- 64) CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.
- 65) CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes; MONTEIRO, António Pinto. “Da situação

- jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”. Disponível em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf (acesso em 4 de maio de 2022).
- 66) CORREIA, Sérvulo. *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL, Lisboa, 1996.
- 67) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. Coimbra, Almedina, 2009.
- 68) COSTA, Daniela Sofia Gomes. *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Petrony Editora, março de 2018.
- 69) COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*. VerboJurídico, 30 de abril de 2010. Disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf (acesso em 29 de julho de 2021).
- 70) COSTA, Rodrigo Henrique Araújo da. “Reflexões sobre a Historiografia da História Antiga: Apresentação de Perspectivas de Estudo para o Egito Antigo”. *XVII Encontro Estadual de História – ANPUH-PB*, Vol. 17, n.º 1 (2016), pp. 1323-1336.
- 71) CRORIE, Benedita Mac. “A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade”. In CRORIE, Benedita Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (coord.). *Pessoas, Direito e Direitos – Colóquios 2014/2015*, Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 263-274.
- 72) CRORIE Benedita Mac. “O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2003, pp. 151-174.
- 73) CUI, Li-juan. “The relationship between TCM thoughts of preventing disease and sub-health state”. *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, Vol. 9, n.º 7 (21 de fevereiro de 2005), p. 146.
- 74) DENG, Hongyong; SHEN, Xueyong. “The Mechanism of Moxibustion: Ancient Theory and Modern Research”. *Evidenc-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 2013, Article ID 379291, pp. 1-7.
- 75) DENG, Yi-yi. “The Judging Criteria of Medical Disclosure Obligation”. *Medicine & Philosophy*, Vol. 33, n.º 10A (outubro de 2012), pp. 64-66.

- 76) DENG, Yong. "Research on the Medical Tort Liability System of TCM in China". *Medicine and Society*, Vol. 6, n.º 6 (2014), pp. 21-26.
- 77) DENG, Yong. "Discussion on the Legal Problems in the Field of TCM Medical Tort Damage". *Medicine and Society*, vol. 28, n.º 7 (julho de 2015), pp. 95-99.
- 78) DEODATO, Sérgio. *Responsabilidade Profissional em Enfermagem: Valoração da Sociedade*, Almedina, março de 2008.
- 79) DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. *Plano Nacional de Preparação e Resposta à Doença por novo coronavírus (COVID-19)*, 2020. Disponível em <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/plano-nacional-de-preparacao-e-resposta-para-a-doenca-por-novo-coronavirus-covid-19-pdf.aspx> (acesso em 9 de junho de 2020).
- 80) DIAS, João Álvaro. "Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica". *RPDC*, n.º 3, 1993, pp. 27-59.
- 81) DIAS, João Álvaro. *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- 82) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, janeiro de 2011.
- 83) DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. "Responsabilidade médica em Portugal". *BMJ*, n.º 332 (janeiro de 1984), pp. 21-79.
- 84) DIAS, Jorge de Figueiredo; MONTEIRO, Jorge Sinde. "Responsabilidade Médica na Europa Ocidental, Considerações de "lege ferenda"". *Scientia Iuridica*, XXXIII, jan-abril, 1984.
- 85) DING, J.; GUO, Y.. "Effects of pricking blood at twelve Jing points of hand on state of consciousness in the patient of early stroke". *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 24, n.º 10, (China, outubro de 2004), pp. 673-676.
- 86) DOYLE, Aimee. "Alternative Medicine and Medical Malpractice: Emerging Issues". *Journal of Legal Medicine*, Vol. 22, n.º 4 (novembro de 2010), pp. 533-552.
- 87) DU, Xin; SU, Zhi-chao; FU, Yuan-bo; et. al. "Dose-effect relationship of bloodletting therapy". *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 36, n.º 4 (abril de 2021), pp. 1948-1951.
- 88) EL-GILANY, Abdel-Hady. "What is case series?". *Asploro Journal of Biomedical and Clinical Case Reports*, Vol. 1, n.º 1 (2018), pp. 10-15.
- 89) ELSTEIN, Arthur S.. "Clinical reasoning in medicine". *Clinical Reasoning in the Health*

- Professions* (J. HIGGS, M.A. JONES, eds.). Woburn, Mass: Butterworth-Heinemann, 1995, pp. 49-59.
- 90) ENGELHARDT, Ute. "Dietetics in Tang China and the first extant works of materia dietetica", *in* HSÜ, Elisabeth (editora), *Innovation in Chinese Medicine*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 173-191.
- 91) 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 (acesso em 14 de novembro de 2019).
- 92) ERGIL, Kevin. "Chinese herbal medicines". *Western Journal of Medicine*, Vol. 176 (Setembro de 2002), pp. 275-279.
- 93) ERNST, E.; COHEN, M.H.; STONE, J.. "Ethical problems arising in evidence based complementary and alternative medicine". *J Med Ethics*, Vol. 30 (2004), pp. 156-159.
- 94) ERNST, G.; STRYZ, H.; HAGMEISTER, H.. "Incidence of adverse effects during acupuncture therapy-a multicentre survey". *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 11, n.º 2 (junho de 2003), pp. 93-97.
- 95) ESPANHA, Rita; ÁVILA, Patrícia; MENDES, Rita Veloso. *Literacia em saúde em Portugal*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016. Disponível em https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2017/08/29203225/PGISVersCurtaFCB_FINAL2016.pdf (acesso em 8 de maio de 2019).
- 96) ESTRONINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde – Lições*. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2014.
- 97) FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L.; KING, Nancy M. P.. *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986.
- 98) FAN, Ruiping. "Modern Western Science as a Standard for Traditional Chinese Medicine: A Critical Appraisal". *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 31, n.º 2 (2003), pp. 213-221.
- 99) FANG, Shao-kun (房绍坤). "A história, situação atual e futuro do direito civil chinês" (中国民法的历史、现状与未来). *Shandong Law Science (山东法学)*, n.º 6 (1997), pp. 13-18.
- 100) FARHADI, Khosro; SCHWEBEL, David C.; SAEB, Morteza; et. al. "The effectiveness of wet-cupping for nonspecific low back pain in Iran: A randomized controlled trial". *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 17 (2009), pp. 9-15.
- 101) FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações, Vol. I*, Almedina, 1900.

- 102) FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, Na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, outubro de 2011.
- 103) FERREIRA, Rui Cardona. “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73 (outubro/dezembro de 2013), pp. 1301-1329.
- 104) FIDALGO, Sónia. *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- 105) FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de. *Responsabilidade do Supervisor: Idemnização Devida por Fiscais e Auditores*, Almedina, 2021.
- 106) FLORY, James; EMANUEL, Ezekiel. “Interventions to Improve Research Participants’ Understanding in Informed Consent for Research: A systematic review”. *JAMA*, vol. 292, n.º 13 (2004), pp. 1593-1601.
- 107) FOLZON, Charles C.; BALABANOVA, Anna. “Phytotherapy: An Introduction to Herbal Medicine”. *Prim Care*, Vol. 44, n.º 2 (junho de 2017), pp. 217-227.
- 108) FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *Guidance for Industry: Patient-Reported Outcome Measures: Use in Medical Product Development to Support Labeling Claims*, Dezembro de 2009. Disponível em <https://www.fda.gov/media/77832/download> (acesso em 23 de setembro de 2021).
- 109) FORDHAM, Margaret. “The Standard of Care Applicable to Practitioners of Alternative Medicine”. *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol. 2001, n.º 1 (2001), pp. 1-11.
- 110) FORMAN, Judith Lowenburg; SOHO, Sandra Knowlton. “Giving research participants their voice: assessing comprehension in the informed consent process”. *Clin. Invest. (Lond.)*, vol 5, n.º 2 (2015), pp. 113-115.
- 111) FU, Y.Y.; et. al. “Observation on electroacupuncture combined with routine western medicine therapy for promoting consciousness of the patient with coma caused by craniocerebral trauma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 129, n.º 12 (China, fevereiro de 2009), pp. 107-110.
- 112) GABINETE DO SECRETÁRIO DE ESTADO ADJUNTO E DA SAÚDE DO GOVERNO DE PORTUGAL. Despacho n.º 3618-A/2016. Diário da República, Lisboa, 2016. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/73833508/details/maximized?serie=II&dreId=73833504> (acesso em 8 de maio de 2019).
- 113) GABINETE DOS JUÍZES ASSESSORES – ASSESSORIA CÍVEL. *A responsabilidade civil por acto*

- médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de Acórdãos de 1996 a Março de 2015)*. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/responsabcivilactomedico1996Julho2015.pdf> (acesso em 13 de maio de 2021).
- 114) GAO, Jian-li; HE, Tong-chuan; LI, Ying-bo; WANG, Yi-tao. “A traditional Chinese medicine formulation consisting of Rhizoma Corydalis and Rhizoma Curcumae exerts synergistic anti-tumor activity”. *Oncology Reports*, Vol. 22, n.º 5 (novembro de 2009), pp. 1077-1083.
- 115) GASPAR, Henriques António Silva. “A Responsabilidade Civil do Médico”. *CJ*, Ano III, 1978, Tomo I, pp. 335-355.
- 116) GELTMAN, Elizabeth Ann Glass. *Cost Needs to Be Part of the Medical Informed Consent Process* (8 de December de 2016). Disponível em https://www.huffpost.com/entry/cost-needs-to-be-part-of-the-medical-informed-consent-process_b_8742926 (acesso em 24 de janeiro de 2021).
- 117) GERALDES, António Santos Abrantes. *Responsabilidade Civil Extracontratual – Quadro normativo e papel do Supremo Tribunal de Justiça na evolução do instituto*, 27 de outubro de 2016. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2016/10/resp.-civil-colquio-stj.pdf> (acesso em 19 de abril de 2021).
- 118) GILMOUR, Joan; HARRISON, Christine; ASADI, Leyla; et. al. “Complementary and Alternative Medicine Practitioners’ Standard of Care: Responsibilities to Patients and Parents”. *Pediatrics (Official Journal of the American Academy of Pediatrics)*, Vol. 128, Supplement 4 (novembro de 2011), pp. S200-S205.
- 119) GOMES, Joaquim Correia. “Constituição e Consentimento Informado: Portugal”. *JULGAR*, Número Especial (2014), pp. 67-96.
- 120) GOMES, Júlio Vieira. “Sobre o Dano da Perda de Chance”. *Direito e Justiça*, Vol. XIX (2005), pp. 9-47.
- 121) GOMES, Júlio Vieira. “Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance”. *Caderno de Direito Privado*, Vol. II (2012), pp. 17-29.
- 122) GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado, Volume II*, Quid Juris Sociedade Editora, 2012.
- 123) GRABER, Mark L.. “The incidence of diagnostic errors in medicine”. *BMJ Quality & Safety*, Vol. 22, Suppl 2 (2013), pp. ii21-ii27.
- 124) GRABER, Mark L.; FRANKLIN, Nancy; GORDON, Ruthanna. “Diagnostic Error in Internal

- Medicine". *Archives of Internal Medicine*, Vol. 165, n.º 13 (11 de julho de 2005), pp. 1493-1499.
- 125) GRAZIANO, Thomas Kadner. "Loss of a chance in European Private Law – "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation". *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º 6 (2008), pp. 1009-1042.
- 126) GREEN, Alexandra R.; BETANCOURT, Joseph R.. "Why the disease-based model of medicine fails our patients". *The Western Journal of Medicine*, Vol. 176 (março de 2002), pp. 141-143.
- 127) HALLISY, Kristine M.. "Health benefits of tai chi: potential mechanisms of action". *International Journal of Family & Community Medicine*, Vol. 2, n.º 5 (2018), pp. 261-264.
- 128) HAN, Shuwen; YANG, Xi; QI, Quan, et al. "Potential screening and early diagnosis method for cancer: Tongue diagnosis". *International Journal of Oncology*, n.º 48 (2016), pp. 2257-2264.
- 129) HAO, Jian-ying; XIE, Bao-cheng. "A systematic review of the effects of Tai Chi exercises on bone mineral density in postmenopausal women". *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 39, n.º 12 (junho de 2019), pp. 2941-2946.
- 130) HE, Jun; HOU, Xiang-yu. "The potential contributions of traditional Chinese medicine to emergency medicine". *World J Emerg Med*, vol. 4, n.º 2 (2013), pp. 92-97.
- 131) HERRING, Jonathan. *Medical Law*. Oxford University Press, 2011
- 132) HEYWOOD, Rob; MACASKILL, Ann; WILLIAMS, Kevin. "Informed Consent in Hospital Practice: Health Professionals' Perspectives and Legal Reflections". *Medical Law Review*, vol. 18, n.º 2 (Spring 2010), pp. 152-184.
- 133) HILL, Timothy. "A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords". *MLR*, Vol. 54, n.º 4 (1991), pp. 511-523.
- 134) HONG, Zhu-ya. "Analysis of curative effect of traditional Chinese medicine acupuncture and moxibustion on headache" (中医针灸治疗头痛疗效分析). *Electronic Journal of Clinical Medical Literature*, Vol. 7, n.º 28 (2020), pp. 43-44.
- 135) HÖRSTER, Heinirch Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2019.
- 136) HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, 1998.
- 137) HSIAO, Chin-Fu; TSOU, Hsiao-Hui; WU, Yuh-Jenn; et. al. "Translation in Different Diagnostic Procedures – Traditional Chinese Medicine and Western Medicine". *Journal of the Formosan Medical Association*, Vol. 107, n.º 12, Suppl (2008), pp. S74-S85.
- 138) HUANG, Weijia. "Analysis of "Toxic Reaction and Side Effect" and "Adverse Drug Reaction"".

- China Terminology*, Vol. 18, n.º 5 (2016), pp. 47-48.
- 139) HUANG, Xue-zhong. "Clinical Observation on 21 Cases of Cervical Spondylotic Myelopathy Treated with Buyang Huanwu Decoction and Manipulation" (补阳还五汤配合手法治疗脊髓型颈椎病 21 例临床观察). *Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacology*, Vol. 17, n.º 4 (2011), pp. 72-73.
- 140) ILIĆ, Dejan; DJUROVIĆ, Aleksandar; BRDARESKI, Zorica; et. al. "The position of Chinese massage (Tuina) in clinical medicine". *Vojnosanitetski Pregled*, Vol. 69, n.º 11 (2012), pp. 999-1004.
- 141) IOANNISDIS, John P.A.. "Evidence-based medicine has been hijacked: a report to David Sackett". *Journal of Clinical Epidemiology*, Vol. 73 (2016), pp. 82-86.
- 142) IONG, Man Teng. "Literacia em Saúde e Consentimento Informado: Responsabilidade Civil Médica na Falta de Compreensão da Informação de Saúde", *Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019*, julho de 2020, pp. 113-120.
- 143) JADHAV, Dnyaneshwar K.. "Cupping Therapy: An Ancient Alternative Medicine". *Journal of Physical Fitness, Medicine & Treatment in Sports*, Vol. 3, n.º 1, 555601 (abril de 2018), pp. 1-4.
- 144) JAFARI, Samineh; ABDOLLAHI Mohammad; SAEIDNIA Soodabeh. "Personalized medicine: a confluence of traditional and contemporary medicine". *Alternative Therapies in Health & Medicine*, Vol. 20, n.º 5 (2014), pp. 31-40.
- 145) JAHNKE, Roger; et. al. "A Comprehensive Review of Health Benefits of QiGong and Tai Chi". *American journal of health promotion*, Vol. 24, n.º 6 (julho de 2010), pp. e1-e25.
- 146) JANSEN, Nils. "The Idea of a Lost Chance". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, n.º 2 (1999), pp. 271-296.
- 147) JIN, Jiu-cheng; et. al. "Study on new modelo of five elements' generation and restriction". *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 27, n.º 8 (agosto de 2012), pp. 1998-2003.
- 148) JIA, Qian. *Traditional Chinese Medicine Could Make 'Health for One' True*, em WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2005, document no. 18. Disponível em <https://www.who.int/intellectualproperty/studies/Jia.pdf> (acesso em 28 de setembro de 2021).
- 149) JIANG, Xinyan. "Chinese Dialectical Thingking – the Yin Yang Model". *Philosophy Compass*, volume 8, n.º 5 (2013), pp. 438-446.
- 150) JOHNSTON, Bradley C.; PATRICK, Donald L.; DEVJI, Tahira; et. al. "Chapter 18: Patient-reported

- outcomes”, em *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions Version 6.2*. [Julian HIGGINS; James THOMAS (ed.)], The Cochrane Collaboration, 2011. Disponível em <https://training.cochrane.org/handbook/current/chapter-18> (acesso em 23 de setembro de 2021).
- 151) KAPTCHUK, Ted. J.. *The Web That Has No Weaver: Understanding Chinese Medicine*, 2nd Edition, McGraw-Hill, 2000.
 - 152) KASS, Nancy E.; TAYLOR, Holly A.; ALI, Joseph; HALLEZ, Kristina; CHAISSON, Lelia. “A pilot study of simple interventions to improve informed consent in clinical research: Feasibility, approach, and results”. *Clinical Trials*, vol. 12, n.º 1 (2015), pp. 54-66.
 - 153) KASS, Joseph S.; ROSE, Rachel V.. “Medical Malpractice Reform – Historical Approaches, Alternative Models, and Communication and Resolution Programs”. *American Medical Association Journal of Ethics*, Vol. 18, n.º 3 (março de 2016), pp. 299-310.
 - 154) KENNEDY, Harold L.. “The Importance of Randomized Clinical Trials and Evidence-Based Medicine: A Clinician’s Perspective”. *Clinical Cardiology*, Vol. 22, n.º 1 (janeiro de 1999), pp. 6-12.
 - 155) KIM, Jean H.; KWONG, Elizabeth M. S.; CHUNG, Vincent C. H.; WONG, Terry. “Acute adverse events from over-the-counter Chinese herbal medicines: A population-based survey of Hong Kong Chinese”. *BMC Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 13, n.º 1, 336 (novembro de 2013), pp. 1-12.
 - 156) KIM, Jong-In; KIM, Tae-Hun; LEE, Myeong Soo, et al. “Evaluation of wet-cupping therapy for persistent non-specific low back pain: a randomised, waiting-list controlled, open-label, parallel-group pilot trial”. *Trials*, 12:146 (2011), pp. 1-7.
 - 157) KIM, Jungdae; KANG, Dae-In. “Positioning Standardized Acupuncture Points on the Whole Body Based on X-Ray Computed Tomography Images”. *Medical Acupuncture*, Vol. 26, n.º 1 (2014), pp. 40-49.
 - 158) KIM, Jungdae; KANG, Dae-In. “Partially Automated Method for Localizing Standardized Acupuncture Points on the Heads of Digital Human Models”. *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 2015 (2015), Identidade de Artigo: 483805, pp. 1-12.
 - 159) KRAETSCHMER, Kurt. “‘Lege artis’ – an outdated concept in modern medicine?”. *European Journal of Health Law*, Vol. 21, n.º 2 (abril de 2014), pp. 119-122.
 - 160) KUNG, Christine C.. “Defining a Standard of Care in the Practice of Acupuncture”. *American*

- Journal of Law & Medicine*, Vol. 31 (2005), pp. 117-130.
- 161) KUREBAYASHI, Leonice Fumiko Sato; TURRINI, Ruth Natalia Teresa; KUBA, Gisele; et. al. "Chinese phytotherapy to reduce stress, anxiety and improve quality of life: randomized controlled trial". *Journal of School of Nursing of the University of São Paulo*, Vol. 50, n.º 5 (2016), pp. 855-862.
- 162) LAN, Ching; LAI, Jin-Shin. "Tai chi chun". *Sports Medicine*, Vol. 32, n.º 4 (Abril de 2002), p. 217-224.
- 163) LAO, Lixing; HAMILTON, Gayle R.; FU, Jianping; BERMAN, Brian M.. "Is acupuncture safe? A systematic review of case reports". *Alternative Therapies In Health And Medicine*, Vol. 9, n.º 1 (janeiro a fevereiro de 2003), pp. 72-83.
- 164) LEAL, Fátima. "Transmissão de más notícias". *Revista Portuguesa de Clínica Geral*, Vol. 19, n.º 1 (2003), pp. 40-43.
- 165) LEAL-HENRIQUES, Manual. *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial) Volume III Crimes contra a Pessoa (Artigos 128.º a 195.º)*. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014.
- 166) LEAPE, Lucian L.; BRENNAN, Troyen A.; LAIRD, Nan; et. al. "The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II". *The New England Journal of Medicine*, Vol. 324, n.º 6 (7 de fevereiro de 1991), pp. 377-384.
- 167) LEE, Hai Woong. "A Case Note on the Medical Negligence of Traditional Chinese Herbal Medicine in the UK". *Journal of Society of Preventive Korean Medicine*, Vol. 18, n.º 3 (2014), pp. 105-115.
- 168) LEE, Myeong Soo; et. al. "Moxibustion for cancer care: a systematic review and meta-analysis". *BMC Cancer*, Vol. 10, n.º 130 (2010).
- 169) LENDERKING, William; REVICKI, Dennis. *Clinician-reported Outcomes (ClinROs), Concepts and Development*, em *The Evidence Forum*, 2015. Disponível em <https://www.evidera.com/wp-content/uploads/2015/04/Clinician-Reported-Outcomes-ClinROs-Concepts-and-Development.pdf> (acesso em 23 de setembro de 2021).
- 170) LEITÃO, Luís M. Teles de Menezes. *Direito das Obrigações, Vol. 1 – Introdução da Constituição das Obrigações*. 4.ª edição, Almedina, 2005.
- 171) LENS, Vicki. *Natural Death Acts*. Disponível em <http://www.deathreference.com/Me-Nu/Natural-Death-Acts.html> (acesso em 11 de dezembro de 2020).

- 172) LEVIN, Jeffrey S.; GLASS, Thomas A.; SCHUCK, Lawrence H., et al. "Quantitative methods in research on complementary and alternative medicine: A methodological manifesto". *Medical Care*, Vol. 35, n.º 11 (Novembro de 1997), pp. 1079-1094.
- 173) LI, Deli; QIAO, Shanshan; SHI, Duozi; et. al. "The Combination of Traditional Chinese Medicine with Western Medicine". *Medicinal & Aromatic Plants (Los Angel)*, Vol. 5, n.º 6, 1000e179 (2016).
- 174) LI, Gualin; XIE, Fuxia; YAN, Siyu; et. al. "Subhealth: definition, criteria for diagnosis and potential prevalence in the central region of China". *BMC Public Health*, 13:446 (2013), pp. 1-8.
- 175) LI, Guohui. "On the Origin and Fitness Effect of Chinese Traditional Qigong". *WUSHU Science*, Vol. 10, n.º 2 (fevereiro de 2013), pp. 72-76.
- 176) LI, Ju-bao; XIONG, Qi-liang; QU, Shang-ke; et. al. "Application of *Tuina* manipulation for lumbar disc herniation: literature analysis in recent 10 years". *Chinese Journal of Tissue Engineering Research*, Vol. 18, n.º 44 (22 de outubro de 2014), pp. 7211-7216.
- 177) LI, Jun; LIU, Baoyan. "Study of clinical efficacy evaluation of TCM in ancient times". *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, n.º 4 (2011), pp. 383-385.
- 178) LI, Qiuyi; XIE, Yubin; ZHA, Xushan. "The clinical effect of plum blossom needle acupuncture with qi-invigorating superficials-consolidating therapy on seborrheic alopecia". *Annals of Palliative Medicine*, Vol. 9, n.º 3 (maio de 2020), pp. 1030-1036.
- 179) LI, Tao. "Philosophic Perspective: A Comparative Study of Traditional Chinese Medicine and Western Medicine". *Asian Social Science*, vol 7, n.º 2 (Fevereiro 2011), pp. 198-201.
- 180) LI, Xiangwen; LI, Xinghui; LIU, Qiling; et. al. "Traditional Chinese medicine combined with western medicine for the treatment of secondary pulmonary tuberculosis: A PRISMA-compliant meta-analysis". *Medicine*, Vol. 99, n.º 16, e19567 (2020), pp. 1-10.
- 181) LI, Xiu-qing (李秀清). "A nova tendência do direito civil no início do século 20 e o Direito civil da República Popular da China" (20 世纪前期民法新潮流与《中华民国民法》). *Tribune of Political Science and Law (Journal of China University of Political Science and Law)*, Vol. 20, n.º 1 (fevereiro de 2002), pp. 124-136.
- 182) LIN, Yong (林勇); ZHENG, Guojin (郑国进). "Discussion on the Causes of Diagnostic Errors of Traditional Chinese Medicine from the Perspective of Clinical Thinking" (从临床思维探讨中医误诊的原因). *Fujian Journal of TCM*, Vol 49, n.º 4 (julho de 2018), pp. 50-51.
- 183) LINN, Yeh Ching. "Evidence-based Medicine for Traditional Chinese Medicine: Exploring the

- Evidence from a Western Medicine Perspective”. *Proceedings of Singapore Healthcare*, Vol. 20, n.º 1 (2011), pp. 12-19.
- 184) LIU, Baoyan; WENG, Weiliang; XIE, Yanming; et. al. “Report 2: Clinical Efficacy of the treatment of SARS with integrated Traditional Chinese medicine and Western medicine: an analysis of 524 cases”. *Clinical trials on treatment using a combination of Traditional Chinese medicine and Western medicine: report of the WHO International Expert Meeting to review and analyse clinical reports on combination treatment for SARS*, World Health Organization, Geneva, 2004, pp. 31-52.
- 185) LIU, J.P.; et. al. “Observation on therapeutic effect of electroacupuncture therapy for promoting consciousness of patients with coma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 130, n.º 13 (China, março de 2010), pp. 206-208.
- 186) LIU, Qing-chun; DONG, Guang-wei. “110 Cases of Cervical Cervical Spondylopathy Treated with Guizhi Plus Gegen Decoction and Manipulation” (桂枝加葛根汤加味配合手法治疗颈型颈椎病 110 例). *China Practical Medicine*, Vol. 6, n.º 3 (janeiro de 2011), p. 160.
- 187) LIU, Ruijia; YU, Xudong; ZHANG, Liping; ZHANG, Hong; et. al. “Computed tomography (CT) imaging evaluation of integrated traditional Chinese medicine cooperative therapy in treating acute cerebral infarction: A randomized controlled trial”. *Medicine*, Vol. 99, n.º 18 (2020), e19998, pp. 1-6.
- 188) LIU, Tong; YU, Jia-Ni; KUANG, Wei-chuan; WANG, Xiao-yin; JIANG, Ye; WEN Xi; QIU Xiao-jia. “Effect of Electroacupuncture at Auricular Acupoints “Heart” and “Brainstem” in Improving the Consciousness of Patients after Traumatic Brain Injury: Study Protocol for a Randomized Controlled Trial”. *Research Square*. Preprint version (janeiro de 2019), pp 1-16. DOI: 10.21203/rs.2.209/v1.
- 189) LIU, Wen-jun; HAO, Jian-ying. “Systematic review and meta-analysis of Tai Chi exercises for treatment of joint pain, stiffness and dysfunction in patients with bones and joints”. *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 16, n.º 40 (agosto de 2020), pp. 3471-3475.
- 190) LIU, Yuan-mei. “100 Cases of Cervical Spondylopathy Treated with Guizhi Plus Gegen Decoction” (桂枝加葛根汤加味治疗颈型颈椎病 180 例). *Journal of Emergency in Traditional Chinese Medicine*, Vol. 18, n.º 8 (agosto de 2009), p. 1346.
- 191) LIU, Yun-long. “A meta-analysis of the improvement effect of Tai Chi exercise on patients with chronic obstructive pulmonary disease”. *Chinese Journal of Gerontology*, Vol. 41, n.º 16 (agosto

- de 2021), pp. 3462-3467.
- 192) LU, Jing; WANG, Li-li; BAI, Jing. "Pre-hospital first aid and traditional Chinese medicine nursing of children with febrile seizures" (小儿热性惊厥的院前急救和中医护理). *China's Naturopathy*, Vol. 18, n.º 2 (fevereiro de 2020), pp. 58-59.
- 193) LUO, Hui, et al. "Can Chinese Medicine Be Used for Prevention of Corona Virus Disease 2019 (COVID-19)? A Review of Historical Classics, Research Evidence and Current Prevention Programs.". *Chinese Journal of Integrative Medicine* (17 de fevereiro de 2020). DOI: 10.1007/s11655-020-3192-6.
- 194) MA, Bitao; JIN, Lilun; LIU, Xiuli; et. al. "An investigation over the impact of conventional Chinese bone setting to cartilage and the VEGF expression in cartilage cells in rats with knee osteoarthritis disease". *International Journal of Clinical and Experimental Pathology*, Vol. 10, n.º 5 (2017), p. 5552.
- 195) MA, H.F.; et. al. "Effect of Acupuncture of Twelve Jing (Well)-points on Cerebral and Serum TNF- α Contents in Rats with Regional Cerebral Ischemia". *Acupuncture Research*, vol. 31, n.º 1 (China, janeiro de 2006), pp. 35-37.
- 196) MA, Yanping. "Experimental Studys on the Effect of Health Qigong exercise on Mental Health of Middle-aged People". *Science & Technology Vision*, n.º 6 (2020), pp. 172-175.
- 197) MA, Yun-zhi. "Sub-health State and Its Prevention and Treatment with Traditional Chinese Medicine". *Henan Traditional Chinese Medicine*, Vol 21, n.º 3 (2001), pp.11-13.
- 198) MACPHERSON, Hugh; THOMAS, Kate; WALTERS, Stephen. "A Prospective Survey of Adverse Events and Treatment Reactions following 34,000 Consultations with Professional Acupuncturists". *Acupuncture in Medicine*, Vol. 19, n.º 2 (dezembro de 2001), pp. 93-102.
- 199) MAIZES, Victoria; RAKEL, David; NIEMIEC, Catherine. "Integrative Medicine and Patient-Centered Care". *Explore*, Vol. 5, n.º 5 (setembro-outubro de 2009), pp. 227-289.
- 200) MARIÉ, Éric. "The Transmission and Practice of Chinese Medicine: An Overview and Outlook". *China Perspectives*, n.º 2011/3 (outubro de 2011), pp. 3-13.
- 201) MARTELO, Lucas Rodrigo. *Aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance na Responsabilidade Civil Médica*, disponível em https://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/aplicabilidade-teoria-perda-uma-chance-na-responsabilidade-civil-medica.htm#indice_14 (acesso em 16 de fevereiro de 2021).
- 202) MARTIN, Brett; YURASEK, Frank. "The Treatment of Primary Hypertension Using Plum Blossom

- Needle Therapy”. *Journal of Chinese Medicine*, n.º 101 (fevereiro de 2013), pp. 37-41.
- 203) MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994.
- 204) MARTINEZ, Pedro Romano. “Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico”. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 459-485.
- 205) MATOS, Filipe de Albuquerque. “Responsabilidade Médica e relação de comissão”, in LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coord.). *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades*, Coimbra, Almedina, 2016.
- 206) MATOS, Luís Carlos; MACHADO, Jorge Pereira; MONTEIRO, Fernando Jorge; GRETEN, Henry Johannes. “Can Traditional Chinese Medicine Diagnosis Be Parameterized and Standardized? A Narrative Review”. *Healthcare (Basel)*, Vol. 9, n.º 2, 177 (7 de fevereiro de 2021), pp. 1-13.
- 207) MCKENZIE, Brennen A.. “Is complementary and alternative medicine compatible with evidence-based medicine?”. *Journal of the American Veterinary Medical Association*, Vol. 241, n.º 4 (15 de agosto de 2012), pp. 421-426.
- 208) MEHTA, Piyush; DHAPTE, Vividha. “Cupping therapy: A prudent remedy for a plethora of medical ailments”. *Journal of Traditional and Complementary Medicine*, Vol. 5, n.º 3 (julho de 2015), pp. 127-134.
- 209) MELO, Helena Gomes; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luis Baptista; et al. *Poder Paternal e Responsabilidade Parentais*, Quid Juris, 2009.
- 210) MEN, Zhi-tao; ZHANG, Hong. “Study on the Mechanism of TCM Massage for Relaxing Muscles” (中医推拿舒筋作用机制研究). *Chinese Manipulation & Qi Gong therapy*, Vol. 24, n.º 3 (março de 2008), pp. 10-13.
- 211) MINISTÉRIO DE SAÚDE DO GOVERNO DE PORTUGAL. *Plano Nacional de Saúde: Revisão e Extensão a 2020*, maio de 2015. Disponível em <https://www.dgs.pt/em-destaque/plano-nacional-de-saude-revisao-e-extensao-a-2020-aprovada-pdf.aspx> (acesso em 8 de maio de 2019).
- 212) MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- 213) MOFFETT, Petter; MOORE, Gregory. “The Standard of Care: Legal History and Definition: the Bad

- and Good News”. *Western Journal of Emergency Medicine*, Vol. XII, n.º 1 (fevereiro de 2011), pp. 109-112.
- 214) MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos: o Acesso à Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- 215) MONTEIRO, António Pinto. “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado – Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”. *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* (fevereiro de 2019), Centro de Estudos Judiciários, pp. 25-38.
- 216) MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.
- 217) MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almeidina, 1990.
- 218) MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983.
- 219) MONTGOMERY, Jonathan. *Health Care Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2003.
- 220) MOURA, Carolina de Castro; CHAVES, Érika de Cássia Lopes; CARDOSO, Ana Carolina Lima Ramos; et. al. “Cupping therapy and chronic back pain: systematic review and meta-analysis”. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 26:e3094 (2018), pp. 1-15. DOI: 10.1590/1518-8345.2888.3094.
- 221) NEALE, Graham; WOLOSHYNOWYCH, Maria; VINCENT, Charles. “Exploring the causes of adverse events in NHS hospital practice”. *Journal of the Royal Society of Medicine*, Vol. 94, n.º 7 (julho de 2001), pp. 322-330.
- 222) NETO, Ana Isabel Dias de Castro. *A Evolução Legislativa do Testamento Vital*, 2013, Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, sob a orientação do Professor Doutor Rui Nunes, 2013. Disponível em <https://hdl.handle.net/10216/70714> (acesso em 14 de dezembro de 2020).
- 223) NETO, Filipe Teixeira. “Responsabilidade Civil e Consentimento do Lesado: um Contributo da Experiência Portuguesa à Ordem Jurídica Brasileira”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, n.º 9 (2014), pp. 7447-7501.
- 224) NEVES, Maria do Céu Patrão. *Declaração (CNECV)*. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053861_P057_Declaracao_MCPNEVES.pdf (acesso em 24 de janeiro de 2020).
- 225) NUNES, Manuel Rosário. *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos*

- Médicos*, Almedina, junho de 2005.
- 226) OLIVEIRA, Guilherme de. “Nota sobre a Informação para o Consentimento (A Propósito do AC. do STJ de 09.10.2014)”. *Lex Medicinae*, Ano 12, n.º 23-24 (2015), pp. 149-153.
- 227) OLIVEIRA, Guilherme de. “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, in *Temas de Direito da Medicina*. 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- 228) OLIVEIRA, Guilherme de. “Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”, in *Temas de Direito da Medicina*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- 229) OLIVEIRA, Guilherme. “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128.º, n.º 3852 (1 de julho de 1995), pp. 70 e ss. e 101 e ss.
- 230) OLIVEIRA, Guilherme de; COELHO, Francisco Pereira. *Curso de Direito da Família, Volume I: Introdução Direito Matrimonial*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008.
- 231) OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André G. Dias. *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006. Disponível em https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/ConsInfLivroPratico_0.pdf (acesso em 30 de janeiro de 2021).
- 232) OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Prescrição na Responsabilidade Médica”. *Responsabilidade Civil em Saúde (Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro)*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, maio de 2021, pp. 237-256.
- 233) OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, (I)Materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.
- 234) OTANI, Márcia Aparecida Padovan; BARROS, Nelson Filice de. “A Medicina Integrativa e a construção de um novo modelo na saúde”. *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, n.º 3 (2011), pp. 1801-1811.
- 235) PAIVA, Dagmara; SILVA, Susana; SEVERO, Milton; LUNET, Nuno. “Limited Health Literacy in Portugal Assessed with the Newest Vital Sign”. *Acta Med Port*, vol 30, n.º 12 (dezembro de 2017), pp. 861-869.
- 236) PANOSSIAN, A.; NIKOYAN, N.; OHANYAN, N.; et. al. “Comparative study of Rhodiola preparations on behavioral despair of rats”. *Phytomedicine*, Vol. 15, n.ºs 1-2 (25 de janeiro de

- 2008), pp. 84-91.
- 237) PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Responsabilidade Civil Médica*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017.
- 238) PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- 239) PENG, F.; et. al. “Clinical observation on continuous electroacupuncture at Neiguan (PC 6) for arousing consciousness of comatose patients with severe craniocerebral trauma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 30, n.º 6 (China, junho de 2010), pp. 465-468.
- 240) PEREIRA, André G. Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- 241) PEREIRA, André G. Dias. *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra, Coimbra Editora, fevereiro de 2015.
- 242) PEREIRA, André G. 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> (acesso em 12 de junho de 2018).
- 243) PEREIRA, André G. Dias; OLIVEIRA, Guilherme de. *Consentimento Informado*. Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006.
- 244) PEREIRA, Maria Aurora Gonçalves. “Má Notícia em Saúde: Um Olhar sobre as Representações dos Profissionais de Saúde e Cuidados”. *Texto & Contexto Enfermagem*, Vol. 14, n.º 1 (janeiro-março de 2005), pp. 33-37.
- 245) PINA, José António Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Edição, Editora Lidel, 2003.
- 246) PINA, José António Esperança. *Ética, Deontologia e Direito Médico*, Editora Lidel, março de 2003.
- 247) PINTO, Fernando A. Ferreira. “O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual”. *Revista de Direito Comercial*, 20 de novembro de 2020, pp. 1945-2018. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5fb7f1ad07ae9c7f2c8c806f/1605890479428/2020-38+-+1945-2018+-+LA-PV.pdf> (acesso em 14 de abril de 2021).
- 248) PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra

- Editora, 2008.
- 249) PINTO, Paulo Mota. “Perda de chance processual”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3997 (março-abril de 2016), pp. 174-201.
- 250) PINTO, Paulo Mota. “Perda de chance processual”. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, Vol. II, pp. 1283-1323.
- 251) PORTA, Miguel. *A Dictionary of Epidemiology*, 5.ª Edição, Oxford University Press, 2008.
- 252) PRATA, Ana (com a colaboração de Jorge CARVALHO). *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.ª Ed., Almedina, fevereiro de 2011.
- 253) RÄIKKÄ, Juha. “Freedom and a Right (not) to Know”. *Bioethics*, vol 12, n.º 1 (1998), pp. 49-63.
- 254) RAJESH, Dr; ABHISHEK, Singh; MUKUL, Chopra, et al. “Patient’s Awareness, Attitude, Understanding and Perceptions towards Legal Nature of Informed Consent”. *J Indian Acad Forensic Med*, vol. 35, n.º 1 (janeiro-março de 2013), pp. 40-43.
- 255) RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Almedina, Coimbra, fevereiro, 2014.
- 256) RAPOSO, Vera Lúcia. “Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida”. *Revista do Ministério Público* (janeiro/março 2011), pp. 171-219.
- 257) RAPOSO, Vera Lúcia. “The right to say yes and the right to say no”. *Book of Proceedings of the Sino-French Symposium on Health Law and Bioethics* (2014), Guangzhou, China.
- 258) RAPOSO, Vera Lúcia. “No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade)”. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 24 (2013), pp. 79-109.
- 259) RAPOSO, Vera Lúcia. “When life is not life (End of life Decisions in Doctor-Patient Relationships)”, *in* Book of Proceedings of the 3rd Annual International Conference on Law, Regulations and Public Policy, 2014. Disponível em https://www.academia.edu/7885947/When_Life_is_not_Life (acesso em 14 de dezembro de 2020).
- 260) RAPOSO, Vera Lúcia. “To Act or Not to Act, That is the Question: Informed Consent in a Criminal Perspective”. *European Journal of Health Law*, vol. 19, n.º 4 (2012), p. 379-390.
- 261) RAPOSO, Vera Lúcia. “Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões me fim da vida”. *Lex Medicinæ*, Ano 9, n.º 18 (2012), pp.115-144.
- 262) RAPOSO, Vera Lúcia. “Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no Código Penal Português”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26 (2013), pp. 319-349.
- 263) RAPOSO, Vera Lúcia. “Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica)”. *Revista do Ministério Público*, 138 (abril-junho de 2014), pp. 9-61.

- 264) RAPOSO, Vera Lúcia. “A medicina não convencional no contexto do direito à saúde e dos direitos dos pacientes”. *Revista Juris Poiesis (Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá)*, ano 19, n.º 21 (set.- dez. de 2016), pp. 1-13.
- 265) RAPOSO, Vera Lúcia. “Complementary and alternative medicine, medical liability and the proper standard of care”. *Complementary Therapies in Clinical Practice*, Vol. 35 (2019), pp. 183-188.
- 266) RATZAN, Scott C.; PARKER, Rute M.; SELDEN, Catherine R.; ZORN, Marcia. “National Library of Medicine Current Bibliographies in Medicine: Health Literacy”. National Library of Medicine Pub. No. CBM 2000-1. Bethesda, MD: National Institutes of Health, U.S. Department of Health and Human Services.
- 267) REECE, Helen. “Losses of Chances in the Law”. *MLR*, Vol. 59, n.º 2 (1996), pp. 188-206.
- 268) RIBEIRO, Geraldo Rocha. “Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos”. *Lex Medicinæ*, n.º 7 (2010), Coimbra Editora, pp. 105-138.
- 269) RICHMAN, Barak D.; HALL, Mark A.; SCHULMAN, Kevin A.. “Overbilling and Informed Financial Consent - A Contractual Solution”. *New England Journal of Medicine*, Vol. 367, n.º 5 (Agosto de 2012), p. 397.
- 270) ROCHA, Nuno Santos. *A “Perda de Chance” como uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, Coimbra, 2014.
- 271) RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos”. *Direito e Justiça*, Vol. XIV. Tomo III (2000), pp. 161-251.
- 272) RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”. *Data Venia*, Ano 1, n.º 01 (julho-dezembro de 2012), pp. 5-26.
- 273) RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. “Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil nas Equipas Médicas”. *O Direito*, a publicar em junho/julho de 2022.
- 274) SALDANHA, Joaquim Alcoforado. “Anotação ao Acórdão do STJ de 25-07-1985”. *ROA*, Ano XLVIII, 1988, pp. 537-551.
- 275) SANTOS, Alberto Marques dos. “Concurso Aparente de Tipos”. *Revista Jurídica do Paraná*, Curitiba: JM Livraria Jurídica, Vol. 1 (janeiro de 2006), pp. 161-199.
- 276) SANTOS, André Teixeira dos. “Do consentimento dos menores para a realização de actos médicos terapêuticos”. *Revista do Ministério Público* (abril/junho), pp. 123-155.

- 277) SANTOS, Hugo Luz dos. “O Direito da União Europeia e o princípio da efectividade – sua leitura à luz do princípio da proibição do défice e da responsabilidade extracontratual do estado-juiz por violação do direito da união europeia – a “perda de chance” como direito?: (ainda) o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014”. *Revista JULGAR*, online, setembro de 2016, pp. 1-39. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/09/20160908-ARTIGO-JULGAR-O-direito-da-UE-e-o-princ%C3%ADpio-da-efectividade-Hugo-Luz-dos-Santos.pdf> (acesso em 29 de julho de 2021).
- 278) SCHIFF, Gordon D.; KIM, Seijeoung; ABRAMS, Richard; et. al. “Diagnosing Diagnosis Errors: Lessons from a Multi-institutional Collaborative Project”. *Advances in Patient Safety: From Research to Implementation (Volume 2: Concepts and Methodology)* (janeiro de 2005), Editora Agency for Healthcare Research and Quality (US), editado por Kerm Henriksen, James B Battles, Eric S Marks, David I Lewin, pp. 255-278.
- 279) SCHNELL, James A.. “The Merging of Traditional Chinese Medicine and Western Medicine in China: Old Ideas Cross-Culturally Communicated Through New Perspectives”. *Explorations in Ethnic Studies*, Vol. 12, n.º 1 (janeiro de 1999), pp. 41-45.
- 280) SEQUEIRA, Ana Maria; MARTINS, Luís; PEREIRA, Victor Hugo. “Natureza e frequência dos erros na actividade de Medicina Geral e Familiar Geral num ACES – Estudo descritivo”. *Revista Portuguesa de Clínica Geral*, Vol. 26, n.º 6 (2010), pp. 572-584.
- 281) SERRA, Vaz. “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”. *BMJ*, n.º 85, 1959, pp. 115-239.
- 282) SETIA, Maninder Singh. “Methodology Series Module 1: Cohort Studies”. *Indian Journal of Dermatology*, Vol. 61, n.º 1 (2016), pp. 21-25.
- 283) SETIA, Maninder Singh. “Methodology Series Module 2: Case-control Studies”. *Indian Journal of Dermatology*, Vol. 61, n.º 2 (2016), pp. 146-151.
- 284) SHAW, Debbie. “Toxicological Risks of Chinese Herbs”. *Planta Medica*, vol. 76 (2010), pp. 2012-2018.
- 285) SHEA, Jeanne L.. “Applying Evidence-Based Medicine to Traditional Chinese Medicine: Debate and Strategy”. *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 12, n.º 3 (2006), pp. 255-263.
- 286) SHEN, Jun; YANG, Yu-tao. “Clinical Observation of Dange Shujing Decoction in Treating Cervical Spondylopathy (Wind-cold Blocking Collateral Type)” (丹葛舒颈汤治疗颈型颈椎病(风寒阻

- 络型)临床观察). *Journal of GuiZhou University of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 29, n.º 3 (maio de 2007), pp. 21-22.
- 287) SHERMAN, Irvin. “The Standard of Care in Malpractice Cases”. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 4, n.º 2 (setembro de 1966), pp. 222-242.
- 288) SHI, X.M.. “Clinical Research on the Treatment of 9005 Cases of Apoplexy with the Acupuncture Method of Sharpening Mind and Inducing Consciousness”. *Hunan Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacology*, vol. 11, n.º 1 (China, janeiro de 2005), pp. 3-5.
- 289) SI, Fu-chun; SONG, Xue-jie; GAO, Yan. “The status and thinking of the development of health preservation and health care of traditional Chinese medicine in China” (我国中医养生保健发展的现状及思考). *Traditional Chinese Medicine Research*, Vol. 26, n.º 7 (julho de 2013), pp. 1-3.
- 290) SIAHPUSH, Mohammad. “Postmodern values, dissatisfaction with conventional medicine and popularity of alternative therapies”. *Journal of Sociology*, vol. 34, n.º 1 (março de 1998), pp. 58-70.
- 291) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “Menores: Incapacidade Versus Autonomia”. In MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Marta Clara; PEREIRA, Maria Assunção do Vale; GONÇALVES, Anabela (coord.). *Direito na Lusofonia. Cultura, direitos fundamentais e globalização*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, pp. 429-436.
- 292) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “A Capacidade dos Menores para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”. *Anuário dos Direitos Humanos*, n.º 0 (2017), pp. 139-166.
- 293) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “Considerations About Medical Liability in the Era of E-Health”, in Maria Miguel Carvalho (ed.), *E. Tec Yearbook – Health Law and Technology*, JusGov/School of Law – University of Minho, 2019, pp. 25-36.
- 294) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “E-Health: Desafios e Problemas da Telemedicina”, Luís Couto GONÇALVES/Cristina DIAS/Eva Sónia Moreira da SILVA/Flávia LOUREIRO (coord.), *Direito e Pessoa no Mundo Digital – Algumas Questões*, Braga, EDUM/JusGov, 2019, pp. 93-122. ISBN: 978-989-54194-9-4.
- 295) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado”. In Benedita Mac CRORIE; Miriam ROCHA; Eva Sónia Moreira da SILVA (coord.). *Temas de Direito e Bioética – Vol. I, Novas questões do Direito da Saúde*, DH-CII- Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 227-250.

- 296) SILVA, Eva Sónia Moreira da. “A Responsabilidade Pré-contratual em Alguns Instrumentos de Regulamentação do Direito Privado Internacional”. *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, n.º 329 (2012), pp. 421-449.
- 297) SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português I – Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.ª Edição, Editora Verbo, novembro de 2010.
- 298) SILVA, João Martins e. “A medicina na Mesopotâmia Antiga – parte 2”. *Acta Med Port*, Vol 23, n.º 1 (2010), pp. 125-140.
- 299) SINGH, Hardeep; MEYER, Ashley N.D.; THOMAS, Eric J.. “The frequency of diagnostic errors in outpatient care: estimation from free large observational studies involving US adult populations”. *BMJ Quality & Safety*, Vol. 23 (2014), pp. 727-731.
- 300) SMITH, J.C.. “Chiropractic ethics: an oxymoron? Contemporary ethical issues in chiropractic”. *Journal of Chiropractic Humanities*, Vol. 9 (dezembro de 1999), pp. 72-88.
- 301) SONG, Li; WANG, Hua. “Exploration and analysis of health preservation by diet in traditional Chinese medicine” (中医饮食养生探析). *Journal of Hubei University of Chinese Medicine*, Vol. 15, n.º 5 (2013), pp. 47-49.
- 302) SONG, Qian. “Observation on the Therapeutic Effect of Acupuncture on Intractable Hypertension”. *Journal of Mathematical Medicine*, Vol. 33, n.º 8 (2020), pp. 1139-1140.
- 303) SONG, W.. “Adverse reactions of Chinese medicine”. *Chin J Basic Med Tradit Chin Med*, vol. 9 (2000), pp. 66-68.
- 304) SONG, Xin-yang; CHEN, Li-yun; YAN, Shi-yun. “Discussion on relationship between yin-yang, neutralization and traditional Chinese medicine”. *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 32, n.º 6 (Junho de 2017), pp. 2433-2437.
- 305) SOUSA, Capelo de. *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- 306) SOUSA, Luís Filipe Pires de. *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões Processuais Atinentes à Tramitação deste Tipo de Acções (Competência, Instrução do Processo, Prova Pericial)*. Disponível em https://www.academia.edu/5016010/O_%C3%93NUS_DA_PROVA_NA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_M%C3%89DICA_QUEST%C3%95ES_PROCESSUAIS_ATINENTES_%C3%80_TRAMITA%C3%87%C3%83O_DESTE_TIPO_DE_AC%C3%87%C3%95ES_COMPET%C3%8ANCIA_INSTRU%C3%87%C3%83O_DO_PROCESSO_PROVA_PERICIAL_ (acesso em 13 de maio de 2021).
- 307) SOUSA, Luís Filipe Pires de. “O ónus de prova na responsabilidade civil médica”. *Data Venia*,

Ano 6, n.º 8, pp. 5-24.

- 308) SOUSA, Miguel Teixeira de. “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica”. *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 1996.
- 309) STUDDERT, David M.; EISENERG, David M.; MILLER, Frances H., et al. “Medical Malpractice Implications of Alternative Medicine”. *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 280, n.º 18 (novembro de 1998), pp. 1610-1615.
- 310) STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Online Edition*, Editora Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, p. 250. Disponível em https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (acesso em 6 de agosto de 2021).
- 311) SUN, An-da; WANG, Li-li; SHANG, Li-li. “Study on Therapeutic Effect and Action Mechanism of Tuina Treating 320 Cases of Infantile Diarrhea Based on Syndrome Differentiation and Type” (辨证分型推拿治疗小儿腹泻 320 例疗效及作用机理研究). *Traditional Chinese Medicinal Research*, Vol. 20, n.º 8 (agosto de 2007), pp. 33-35.
- 312) SZAJEWSKA, Hania. “Evidence-Based Medicine and Clinical Research: Both Are Needed, Neither Is Perfect”. *Annals of Nutrition & Metabolism*, Vol. 72, suppl. 3 (2018), pp. 13-23.
- 313) TANG, J.L.; WONG, T.W.. “The need to evaluate the clinical effectiveness of traditional Chinese medicine”. *The Hong Kong Medical Journal*, Vol. 4, n.º 2 (junho de 1998), pp. 208-210.
- 314) TELES, Carolina; PEREIRA, André G. Dias. “Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão”. *Lex Medicinæ*, Ano 17, n.º 33 (2020), pp. 3-23.
- 315) TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed. (Revista e Atualizada), Coimbra Editora, 1997.
- 316) TEMIDO, Marta; DUSAULT Gilles. “Papéis profissionais de médicos e enfermeiros em Portugal: limites normativos à mudança”. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 32, n.º 1 (2014), pp. 45-54.
- 317) TONELLI, Mark R.; CALLAHAN, Timothy C.. “Why Alternative Medicine Cannot Be Evidence-based”. *Academic Medicine*, Vol. 76, n.º 12 (dezembro de 2001), pp. 1213-1220.
- 318) TOWNSEND, Anne et al. “Autonomy and the patient’s right ‘not to know’ in clinical whole-genomic

- sequencing". *European Journal of Human Genetics*, n.º 22 (2014), p. 6.
- 319) TRIGO, Maria da Graça. *Responsabilidade Civil: Temas Especiais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, março de 2017.
- 320) TURK, Dennis C.; DWORKIN, Robert H.; BURKE, Laurie B.; et. al. "Developing patient-reported outcome measures for pain clinical trials: IMMPACT recommendations". *Pain*, Vol. 125 (2006), pp. 208-215.
- 321) U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT. *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington, U.S. Government Printing Office, julho de 1994, p. 21. Disponível em <https://ota.fas.org/reports/9405.pdf> (acesso em 20 de julho de 2021).
- 322) VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral, Vol. I*, 10.ª Edição, Almedina, julho de 2009.
- 323) VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral, Vol. II*, 7.ª Edição, Almedina, janeiro de 2010.
- 324) VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Lisboa, 5.ª Edição, 2008.
- 325) VASCONCELOS Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*, Almedina, novembro de 2006.
- 326) VERHEOF, Marja J.; CASEBEER, Ann L.; HILSDEN, Robert J.. "Assessing Efficacy of Complementary Medicine: Adding Qualitative Research Methods to the "Gold Standard"". *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 8, n.º 3 (2004), pp. 275-281.
- 327) VINCENT, C.A.. "Research into medical accidents: a case of negligence?". *The British Medical Journal*, Vol. 299 (4 de novembro de 1989), pp. 1150-1153.
- 328) WANG, Haifeng; et. al. "Integrated traditional Chinese and conventional medicine in treatment of severe community-acquired pneumonia: study protocol for a randomized placebo-controlled trial". *Trials*, Vol. 19, n.º 620 (2018), pp. 1-8.
- 329) WANG, Hong-jing. "On Therapeutic Privileges in Medical Activities in China" (论我国医疗活动中的医疗特权). *Soft Science of Health*, Vol. 26, n.º 9 (setembro de 2012), pp. 757-758.
- 330) WANG, Ji-hong; LIU, Xiao-dan; HU, Jun, et. al. "Effects of Tai Chi exercise on lung function and exercise endurance of old patients with chronic obstructive pulmonary disease: a Meta-analysis". *Chinese Journal of Tissue Engineering Research*, Vol. 19, n.º 5 (30 de janeiro de 2015), pp. 815-820.
- 331) WANG, Jinlan. "Analysis of the Safety of Oral Traditional Chinese Medicine and Prevention of Drug Use". *Chinese Medicine Modern Distance Education of China*, Vol. 14, n.º 14 (julho de

- 2016), p. 44.
- 332) WANG, Lin. "Ethics Research on Physician's Obligation of Informing – the Reflection on a Case of Medical Dispute". *Chinese Medical Ethics*, vol. 29, n.º 5 (outubro 2016), pp. 763-766.
- 333) WANG, Pei; LIU, Yufeng; HE, Yingqi; ZHAO, Min. "On the Exercise and Perfection of Doctors' Special Intervention Right". *Medicine and Jurisprudence*, Vol. 11, n.º 4 (2019), pp. 34-38.
- 334) WANG, Q.; LI, H.; ZHANG, Z.. "Causes and countermeasures about adverse reactions of traditional Chinese medicine". *Zhong Yao Cai*, vol. 24 (2001), pp. 430-433.
- 335) WANG, Qi; DONG, Jing; WU, Hongdong; et. al. "Give full play to the characteristic advantages of traditional Chinese medicine in "preventive treatment" and practice health promotion" (发挥中医药“治未病”的特色优势 实践健康促进). *Traditional Chinese Medicine Journal*, n.º 4 (2006), pp. 1-4.
- 336) WANG, Qianfei; WANG, Qianben; WANG, Qi. "The guiding role of TCM constitution theory on disease prevention" (中医体质学说对疾病预防的指导作用). *Liaoning Journal of Traditional Chinese Medicine*, n.º 3 (1993), pp. 15-18.
- 337) WANG, Yue. "The Therapeutic Privilege of Doctors in Emergency". *Chinese Journal of Forensic Sciences*, n.º 4 (2011), pp. 50-54.
- 338) WANG, Yinghui; et. al. "An Idea about Study of Clinical Experience of Famous Veteran Doctors in Traditional Chinese Medicine on the Basis of Information and Data Mining Technology". *World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica*, Vol. 7, n.º 1 (2005), pp. 98-105.
- 339) WANG, Yun-Ting; QI, Yong; TANG, Fu-Yong, et. at. "The effect of cupping therapy for low back pain: A meta-analysis based on existing randomized controlled trials". *Journal of Back and Musculoskeletal Rehabilitation*, Vol. 30, n.º 6 (2017), pp. 1187-1195.
- 340) WEI, Yi; HE, Jia; QIU, Shao-hua. "Research on the Related Problems of the Medical Privilege in Medical Emergency Legislation". *Chinese Hospital Management*, Vol. 31, n.º 6 (junho de 2011), pp. 31-32.
- 341) WEINGART, Saul N.; SHIP, Amy N.; ARONSON, Mark D.. "Confidential Clinician-reported Surveillance of Adverse Events among Medical Inpatients". *Journal of General Internal Medicine*, Vol. 15, n.º 7 (julho de 2000), pp. 470-477.
- 342) WILKINSON, J. D.; WHALLEY, B. J.; BAKER, D., et al. "Is Δ^9 THC responsible for all its effects". *Journal of Pharmacy and Pharmacology*, Vol. 55, n.º 12 (2003), pp. 1687-1694.

- 343) WILLKE, Richard J.; BURKE, Laurie B.; ERICKSON, Pennifer. "Measuring treatment impact: a review of patient-reported outcomes and other efficacy endpoints in approved product labels". *Controlled Clinical Trials*, Vol. 25, n.º 6 (2004), pp. 535-552.
- 344) WILSON, Kumanan; MILLS, Edward. "Closing Comment: Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine: Is It a Viable Concept?". *The Journal of Alternative and Complementary Medicine*, Vol. 8, n.º 6 (julho de 2004), pp. 875-876.
- 345) WILSON, Ross McL; HARRISON, Bernadette T; GIBBERD, Robert W; et. al. "An analysis of the causes of adverse events from the Quality in Australian Health Care Study". *Medical Journal of Australia*, Vol. 170, n.º 9 (1 de maio de 1999), pp. 411-415.
- 346) WILTENBURG, Joy. "The Carolina and the Culture of the Common Man: Revisiting the Imperial Penal Code of 1532". *Renaissance Quarterly* (Cambridge University Press), Vol. 53, n.º 3 (2000), pp. 713-134.
- 347) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2002-2005*, Geneva, Switzerland, 2002. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67163/WHO_EDM_TRM_2002.1.pdf?sequence=1 (acesso em 10 de junho de 2021).
- 348) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Traditional Medicine Strategy 2014–2023*, Geneva, Switzerland, 2013. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090_eng.pdf;jsessionid=EEEEBD4CEC0D4B20104618873A79649DB?sequence=1 (acesso em 07 de janeiro de 2021).
- 349) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Benchmarks for training in traditional/complementary and alternative medicine: benchmarks for training in traditional Chinese medicine*, Geneva, Switzerland, 2010. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44353/9789241599634_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 14 de novembro de 2019).
- 350) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO International Standard Terminologies on Traditional Medicine in the Western Pacific Region*, Geneva, Switzerland, 2007. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/206952/9789290612487_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 30 de janeiro de 2021).
- 351) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Guidelines on Safety Monitoring of Herbal Medicines in Pharmacovigilance Systems*, Geneva, Switzerland, 2004. Disponível em

- https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43034/9241592214_eng.pdf (acesso em 1 de março de 2021).
- 352) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Diagnostic Errors: Technical Series on Safer Primary Care*, Geneva, Switzerland, 2016, p. 4. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/252410/9789241511636-eng.pdf> (acesso em 7 de julho de 2021).
- 353) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Traditional and Complementary Medicine in Primary Health Care*, Geneva, Switzerland, 2018. Disponível em <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1241145/retrieve> (acesso em 21 de maio de 2021).
- 354) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Constitution of the World Health Organization*, em Basic Documents, 49ª edição. Disponível em https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6 (acesso em 29 de setembro de 2021).
- 355) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *A proposed standard international acupuncture nomenclature: Report of a WHO Scientific Group*, Geneva, 1991. Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/40001/9241544171_eng.pdf (acesso em 10 de outubro de 2021).
- 356) WU, Haoran; TIAN, Jiaying; DAI, Dan; et. al. "Efficacy and safety assessment of traditional Chinese medicine for metabolic syndrome". *BMJ Open Diabetes Research & Care*, Vol. 8, n.º 1 (2020), pp. 1-11.
- 357) WU, Jian-hua; WANG, Hu-cheng. "Research Progress of Bloodletting Therapy in the Treatment of Primary Lower Extremity Varicose Veins". *Popular Science & Technology*, Vol. 23, n.º 6 (junho de 2021), pp. 57-59.
- 358) WU, Mi-man. "Prevention of Diseases – The Idea of Preventing and Treating Diseases in Traditional Chinese Medicine Based on the Concept of "People Oriented"" (治未病 — 贯彻"以人为本"理念的中医防治疾病思想). *Journal of New Chinese Medicine*, Vol. 39, n.º 5 (maio de 2007), pp. 1-3.
- 359) WU, Qunli; LIANG, Xiaochun. "Food therapy and medical diet therapy to Traditional Chinese Medicine". *Clinical Nutrition Experimental*, Vol. 18, (1 de abril de 2018), pp. 1-5.
- 360) WU, Wei-ping; BIAN, Yong-jun. "TCM treatment of sub-health state" (亚健康状态的中医治疗). *Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 41, n.º 4 (2000), pp. 251-252.

- 361) WU, Wen-Long; HUNG, Yu-Chiang; CHANG, Chih-Hao. "Acupuncture for Disorders of Consciousness – A Case Series and Review", capítulo em *Acupuncture – Clinical Practice, Particular Techniques and Special Issues (Ed. Marcelo Saad)*, publicado pela InTech, 2011, pp. 3-28.
- 362) XAVIER, Miguel; CARVALHO, Álvaro de. *Internamento Compulsivo em Portugal – Contexto e Procedimentos*. Disponível em https://www.dgs.pt/accao-de-saude-para-criancas-e-jovens-em-risco/ficheiros-externos/anexo_07_internamento_compulsivo-pdf.aspx (acesso em 22 de março de 2020).
- 363) XU, Bin. "The vascular biological basis of bloodletting therapy" (刺络放血疗法的血管生物学基础). *Chinese Journal of Clinical Rehabilitation*, Vol. 8, n.º 24 (25 de agosto de 2004), pp. 5126-5127.
- 364) XU, Juncai; XIA, Zhijie. "Traditional Chinese Medicine (TCM) – Does its contemporary business booming and globalization really reconfirm its medical efficacy & safety?". *Medicine in Drug Discovery*, Vol. 1, 100003 (março de 2019), pp. 1-5.
- 365) YAMASHITA, Hitoshi; TSUKAYAMA, Hiroshi. "Safety of Acupuncture Practice in Japan: Patient Reactions, Therapist Negligence and Error Reduction Strategies". *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine*, Vol. 5, n.º 4 (dezembro de 2008), pp. 391-398.
- 366) YANG, Chun-zhi. "On the Standards for Doctors' Duty of Disclosure". *Journal of Fujian Medical University (Social Science Edition)*, Vol. 12, n.º 3 (setembro 2011), pp. 18-20.
- 367) YANG, Jin-sheng; WANG, Ying-ying; ZHAO, Mei-li; et. al. "The basic concept of "Sha" and the historical evolution of Gua Sha" ("痧"的基本概念與刮痧的歷史沿革). *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, Vol. 13, n.º 2 (2007), pp. 104-106.
- 368) YANG, Li-xin; WANG, Ling-fang. "On Traditional Chinese Doctor's Report Duty and Liability for Transgressing". *Journal of Gansu Institute of Political Science and Law*, n.º 95 (novembro de 2007), pp. 13-18.
- 369) YANG, Li-xin; YUAN, Xue-shi. "On the Medical Organization's Tort Liability of Violating the Obligation of Informed-consent". *Hebei Law Science*, vol. 24, n.º 12 (dezembro de 2006), pp. 42-48.
- 370) YAO, Qiyu; ZHANG, Lincheng; ZHOU, Jing; LI, Min, et al. "Imaging Diagnosis of Transient Ischemic Attack in Clinic and Traditional Chinese Medicine". *BioMed Research International*, Vol. 2019, Identidade de Artigo: 5094842, pp. 1-10.

- 371) YEK, J.L.J.; LEE, A.K.Y.; TAN, J.A.D.; et. al. "Defining reasonable patient standard and preference for shared decision making among patients undergoing anesthesia in Singapore". *BMC Medical Ethics*, 18:6 (2017), pp. 1-8.
- 372) YIN, Mei-jun. "Nursing on the Food and Drink for Patients with Bone Fracture". *Guiding Journal of TCM*, Vol. 12, n.º 9 (setembro de 2006), pp. 62-63.
- 373) YIN, Shu-zhen. "Sub-health and QT dispersion". *Chinese General Practice*, Vol. 2, n.º 3 (1999), pp. 227-228.
- 374) YU, Jinna; YE, Yongming; LI, Shanshan; et. al. "The effectiveness and safety of plum-blossom needle therapy for Tourette syndrome: study protocol for a randomized controlled trial". *Trials*, Vol 16, n.º do artigo: 320 (29 de julho de 2015), pp. 1-7.
- 375) YU, Mingkun; CHAI, Qianyun; LIANG, Changhao, et al. "An Analyze of The Traditional Chinese Medicine Prevention and Treatment Interventions For COVID-19". *Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 61, n.º 5 (2020), pp. 383-387.
- 376) YU, Xiao-yan; TANG, Shao-liang; WANG, Gao-ling. "Study on preventive health care servisse in Traditional Chinese Medicine and policies under the concept of disease prevention theory". *Chinese Journal of Health Policy*, Vol. 8, n.º 2 (fevereiro de 2015), pp. 71-75.
- 377) YUAN, Bing. "Towards a Clinical Efficacy Evaluation System Adapted for Personalized Medicine". *Pharmacogenomics and Personalized Medicine*, Vol. 14 (2021), pp. 487-496.
- 378) YUAN, Shang-hua. "Directive function of TCM holistic concept in integrally preventing disease". *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 30, n.º 7 (julho de 2015), pp. 2313-2315.
- 379) ZENG, Zhi-Ping; JIANG, Jian-Guo. "Analysis of the adverse reactions induced by natural product-derived drugs". *British Journal Pharmacology*, vol. 159 (2010), pp. 1374-1391.
- 380) ZHAN, Yun-kai. "Clinical Observation on the Treatment of 40 Cases of Cervical Spondylopathy with Huoluo Xiaoling Decoction" (活络效灵汤治疗颈型颈椎病 40 例临床观察). *Guiding Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 16, n.º 4 (abril de 2009), pp. 37-38.
- 381) ZHANG, De-xiu (张德修); LU, Yu-mei (卢玉梅). "TCM Treatment of emergencies" (中医治疗急症). *China Modern Doctor*, vol. 46, n.º 5 (fevereiro de 2008), pp. 99-100.
- 382) ZHANG, Guo-song; YI, Fa-yin. "Discussion on the theory of pricking blood therapy". *China Journal of Traditional Chinese Medicine and Pharmacy*, Vol. 35, n.º 6 (junho de 2020), pp. 2929-2931.
- 383) ZHANG, Juan; LV, Chen; WANG, Hai-na; CAO, Yi. "Synergistic interaction between total

- glucosides and total flavonoids on chronic constriction injury induced neuropathic pain in rats”. *Pharmaceutical Biology*, Vol 51, n.º 4 (2013), pp. 455-462.
- 384) ZHANG, Junhua; et. al. “Acupuncture-related adverse events: a systematic review of the Chinese literature”. *Bull World Health Organ*, n.º 88 (2010), p. 915-921C.
- 385) ZHANG, Kui; TIAN, Maolu; ZANG, Yang; et. al. “The combined therapy of a traditional Chinese medicine formula and Western medicine for a critically ill case infected with COVID-19”. *Complementary Therapies in Medicine*, Vol. 52, 102473 (2020), pp. 1-4.
- 386) ZHANG, Ming-Ming; LIU, Xue-Mei; HE, Lin. “Effect of integrated traditional Chinese and Western medicine on SARS: A review of clinical evidence”. *World Journal of Gastroenterology*, Vol. 10, n.º 23 (2004), pp. 3500-3505.
- 387) ZHANG, Shu-jun. “On moxibustion for preventing diseases”. *Chinese Acupuncture & Moxibustion*, Vol. 28, n.º 10 (outubro de 2008), pp. 739-741.
- 388) ZHANG, Xiao-jiao. “论医师的说明义务 (Discussão sobre o Dever de Informar de Médico)”. *Theory Research*, n.º 26 (2015), pp. 59-60.
- 389) ZHANG, Yan-Hong; LV, Jing; GAO, Wei, et al. “Practitioners’ Perspectives on evaluating treatment outcomes in traditional Chinese medicine”. *BMC Complementary and Alternative Medicine*, 17:269 (2017), pp. 1-10.
- 390) ZHANG, Yan-Hong; LIU, Bao-Yin; LI, Jun, et al. “Research progress on clinician-reported outcomes”. *Chinese Journal of Integrated Traditional And Western Medicine*, Vol. 35, n.º 6 (2014), pp. 764-768.
- 391) ZHANG, Yue. “Discussion on the Integration of Chinese and Western Medicine”. *World Journal of Integrated Traditional and Western Medicine*, Vol. 11, n.º 5 (2016), pp. 721-724.
- 392) ZHAO, Ding; et. al. “Analysis of Black Box Theory and Traditional Chinese Medicine”. *Journal of Sichuan of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 37, n.º 6 (2019), pp. 13-15.
- 393) ZHAO, Ling; ZHANG, Fu-wen; LI, Ying; et. al. “Adverse events associated with acupuncture: three multicentre randomized controlled trials of 1968 cases in China”. *Trials*, Vol. 12, n.º 87 (2011), pp. 1-9.
- 394) ZHAO, Xi-ju. “Informed Consent: the Construction of Composing Elements and the Optimum of the Procedure”. *Chinese Journal of Medical Ethics*, vol. 18, n.º 3 (junho de 2005), pp. 13-17.
- 395) ZHENG, Lu. “Acupuncture treatment for persistent vegetative state after operation of acute subdural hematoma”. *Chinese acupuncture & moxibustion (Zhongguo Zhen Jiu)*, vol. 25, n.º 2

- (China, 2005), pp. 82-84.
- 396) ZHOU, Hong (周虹); TAN, Ji-yong. "Effects of TCM acupuncture first aid technique on neurological function and vascular endothelial injury in stroke patients" (中医针刺急救技术对脑卒中患者神经功能及血管内皮损伤的影响). *Chinese Journal of Gerontology*, vol. 39, n.º 22 (November de 2019), pp. 5440-5443.
- 397) ZHOU, Qiang; CHENG, Ying-wu. "Analysis on Analgesic Mechanism of Tuina". *Liaoning Journal of Traditional Chinese Medicine*, Vol. 39, n.º 7 (2012), pp. 1376-1378.
- 398) ZHU, Bin. "Research on Tortious Liability of Patient's Right of Informed Consent". *Journal of Hubei University of Economics*, vol. 10, n.º 6 (novembro de 2012), pp. 106-110.
- 399) ZONG, Weijie; YANG, Hui; WANG, Meiling; et. al. "Study on the Effect of Health Qigong Exercise Intervention in Gait in Parkinson's Patients". *Journal of Capital University of Physical Education and Sports*, Vol. 33, n.º 3 (maio de 2021), pp. 294-298 e 315.
- 400) ZONG, Wen-jing; ZHAO, Kai-wei; ZHANG, Yu-hui; DU, Song. "Theoretical Research on Diet and Health in "Huangdi Neijing"". *Chinese Journal of Basic Medicine in Traditional Chinese Medicine*, online first (27 de Agosto de 2021). DOI: 10.19945/j.cnki.issn.1006-3250.20210826.001.

II – Dissertações

- 1) FERREIRA, Mara Sofia da Silva. *Da Responsabilidade Civil do Médico por Falta de Consentimento Informado*. Tese de Mestrado em Direito dos Contratos e Empresa, sob a orientação de Eva Sónia Moreira da Silva, janeiro de 2015, Escola de Direito da Universidade do Minho.
- 2) NUNES, Diogo Filipe Martins; ALVES, Sofia Isabel Gouveia. *Passagem de Turno: Impacto na Qualidade dos Cuidados*, Documento realizado no contexto do Ensino Clínico da Área Opcional de Enfermagem Fundamental – Gestão do Autocuidado Terapêutico - do Curso de Licenciatura em Enfermagem, a decorrer no Serviço de Cirurgia A do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra – Hospitais da Universidade de Coimbra, sob orientação pedagógica de Manuela FREDERICO.
- 3) ROSA, Paulo Jorge Ferreira. *A Responsabilidade Civil Médica por Violação do "Consentimento Informado" em Portugal – 'Estado da Arte'*. Tese de Mestrado científico em Direito, sob a orientação de Filipe Albuquerque Matos, 2012/2013, Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra.
- 4) SOUSA, Alexandra Margarida Salvador e. *A Segurança do Paciente: Contributo da Comunicação na Passagem de Turno para a Qualidade dos Cuidados*, Tese de Mestrado da Gestão em

Enfermagem, sob a orientação de Pedro Bernardes LUCAS, 2013, Escola Superior de Enfermagem de Lisboa.

- 5) SOUSA, Nádia Alexandra da Fonseca. *Conceito Medicina Tradicional Chinesa – Conhecimento de uma Comunidade Portuguesa que Frequenta Serviços de Saúde Locais. Estudo Preliminar*. Tese de Mestrado em Medicina Tradicional Chinesa, sob as orientações de Henry Johannes GRETEN, Jorge MACHADO e Liliana de SOUSA, 2013, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar da Universidade do Porto.

III – Textos em Jornais ou *Websites*

- 1) ASSOCIAÇÃO DE ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA. *Responsabilidade Civil: Linha de Sebentas*, pp. 11-30. Disponível <https://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilidade-Civil-AEFDUNL-compressed.pdf> (acesso 20 de novembro de 2021).
- 2) ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO DA FAMÍLIA. *Aborto e Interrupção da Gravidez*. Disponível em <http://www.apf.pt/aborto-e-interrupcao-da-gravidez> (acesso em 10 de novembro de 2021).
- 3) CAMWELL ONCOLOGY CARE. *An Overview of the TCM Basics*. Disponível em <https://ourcamwell.com/resource-library/herbal-compatibility/> (acesso em 29 de junho de 2021).
- 4) DIREÇÃO-GERAL DA SAÚDE. *Texto de Apoio na Norma n.º 015/2013, de 3 de outubro de 2013 (Consentimento Informado, Esclarecido e Livre Dado por Escrito)*. Disponível em <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-0310-2013-pdf.aspx> (acesso em 21 de janeiro de 2020).
- 5) FOOD AND HEALTH BUREAU OF THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION. *Intervention*. Disponível em https://www.fhb.gov.hk/en/chinese_medicine/clinical_services/intervention.html (acesso em 10 de outubro de 2021).
- 6) HEALTH PRODUCTS REGULATORY AUTHORITY (IRELAND). *Medicine and side effect*. Disponível em http://www.hpra.ie/docs/default-source/publications-forms/information-leaflets/medicines-and-side-effects_web.pdf?sfvrsn=2 (acesso em 14 de novembro de 2021).
- 7) HONG KONG GLENEAGLES HOSPITAL. *Receive arterial or intravenous contrast agente: information for patients (接受動脈或靜脈注射造影劑：病人須知)*. Disponível em

- https://gleneagles.hk/user_uploads/GRTO-A02-R2-Information-to-Patients-Concerning-Intravascular-Contrast-Media-Chi.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).
- 8) HUANG, Meizhi. *Extravasation Injury*. Disponível em https://www.skh.org.tw/skh_resource/leap_do/gallery/001/1543304773084/%E6%B3%A8%E5%B0%84%E6%B6%B2%E5%A4%96%E6%BC%8F%E5%82%B7%E5%AE%B3.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).
 - 9) INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE OFFICE. *Die Da (跌打)*, in Hong Kong Intangible Cultural Heritage Database. Disponível em <https://www.hkichdb.gov.hk/zht/item.html?a8557510-d7cc-468d-8403-fcc6125417e7> (acesso em 21 de outubro de 2021).
 - 10) LEHENY, Shelby. *'Adverse Event' Not the Same as 'Side Effect'* (22 de fevereiro de 2017). Disponível em <https://www.pharmacytimes.com/view/adverse-event-not-the-same-as-side-effect> (acesso em 14 de novembro de 2021).
 - 11) LEIRIA, Isabel. *Medicinas alternativas a caminho do ensino superior* (28 de novembro de 2015). Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2015-11-28-Medicinas-alternativas-a-caminho-do-ensino-superior> (acesso em 11 de junho de 2021).
 - 12) LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Ação direta*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/acao-direta> (acesso em 21 de novembro de 2021).
 - 13) LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Estado de necessidade*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/estado-necessidade> (acesso em 21 de novembro de 2021).
 - 14) LEXIONÁRIO DO DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. *Legítima defesa*. Disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/legitima-defesa> (acesso em 21 de novembro de 2021).
 - 15) LIN, Wen-bin (林文彬). *Discussion on misdiagnosis of traditional Chinese medicine (谈中医误诊的探讨)*. Disponível em <http://linyen.uncma.com.tw/u4/u42/u42-a.pdf> (acesso em 4 de novembro de 2021).
 - 16) MANAGEMENT SCIENCES FOR HEALTH AND WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Drug and Therapeutics Committee Training Course* (2007). Disponível em https://www.who.int/medicines/technical_briefing/tbs/04-PG_Dug-Safety_final-08.pdf?ua=1 (acesso em 14 de novembro de 2021).
 - 17) MILLSTINE, Denise. *Visão geral da medicina integrativa, complementar e alternativa*, em Manual

- MSD Versão para Profissionais de Saúde, 2018. Disponível em <https://www.msmanuals.com/pt/profissional/t%C3%B3picos-especiais/medicina-integrativa-complementar-e-alternativa/vis%C3%A3o-geral-da-medicina-integrativa-complementar-e-alternativa> (acesso em 22 de julho de 2021).
- 18) NOVAIS, Vera. *Medicina tradicional chinesa. Uma opção segura ou um risco para a saúde?* (9 de maio de 2018), in Observador, disponível em <https://observador.pt/especiais/medicina-tradicional-chinesa-uma-opcao-segura-ou-um-risco-para-a-saude/> (acesso em 22 de fevereiro de 2021).
- 19) PEOPLE'S DAILY ONLINE. *Bo LIU: Using medical imaging to better research and develop Chinese medicine* (31 de maio de 2020), disponível em <http://health.people.com.cn/n1/2020/0531/c14739-31729970.html> (acesso em 26 de julho de 2021).
- 20) RUSSEL, Aimee Lee. *What are Clinician-Reported Outcomes (ClinROs)?* (26 de setembro de 2019), em *Blog of the National Health Council of USA*. Disponível em <https://nationalhealthcouncil.org/blog/blog-what-are-clinician-reported-outcomes-clinros/> (23 de setembro de 2021).
- 21) THE NOBEL PRIZE. *The Nobel Prize in Physiology and Medicine 2015*. Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/2015/tu/facts/> (acesso em 29 de junho de 2021).
- 22) TSOI, Yan Wang. *Principles of bone-setting and commonly used drugs (跌打原理及常用药物)*, in Sportsoho. Disponível em <https://www.sportsoho.com/pg/pages/view/193262> (acesso em 20 de outubro de 2021).
- 23) UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Acupuncture and moxibustion of traditional Chinese medicine*. Disponível em <https://ich.unesco.org/en/RL/acupuncture-and-moxibustion-of-traditional-chinese-medicine-00425?RL=00425> (acesso em 12 de outubro de 2021).
- 24) UNIVERSITY OF WASHINGTON MEDICAL CENTER. *Contrast Extravasation: when contrast material leaks outside the vein*, dezembro de 2011. Disponível em https://healthonline.washington.edu/sites/default/files/record_pdfs/Contrast-Extravasation-CH.pdf (acesso em 10 de agosto de 2021).
- 25) UPPSALA MONITORING CENTRE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). *Glossary of pharmacovigilance terms*. Disponível em

<https://www.who-umc.org/global-pharmacovigilance/publications/glossary/> (acesso em 14 de novembro de 2021).

- 26) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)*. Disponível em <https://www.who.int/classifications/classification-of-diseases#> (acesso em 24 de junho de 2021).
- 27) WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Trial Registration Data Set (Version 1.3.1)*. Disponível em <https://www.who.int/clinical-trials-registry-platform/network/who-data-set> (acesso em 22 de setembro de 2021).

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

I – Supremo Tribunal Administrativo

- 1) STA, acórdão de 10 de dezembro de 1992, Processo n.º 030514 (relatora Queiroga Chaves).
- 2) STA, acórdão de 9 de março de 1995, Processo n.º 029537 (relator Anselmo Rodrigues).
- 3) STA, acórdão de 2 de maio de 1996, Processo n.º 034486 (relator Edmundo da Silva).
- 4) STA, acórdão de 17 de dezembro de 1996, Processo n.º 035469 (relator Padrão Gonçalves).
- 5) STA, acórdão de 22 de abril de 1999, Processo n.º 044467 (relator João Cordeiro).
- 6) STA, acórdão de 9 de março de 2000, Processo n.º 042434 (relator Vítor Gomes).
- 7) STA, acórdão de 16 de janeiro de 2003, Processo n.º 045121 (relator Adérito Santos).
- 8) STA, acórdão de 20 de abril de 2004, Processo n.º 0982/03 (relator Políbio Henriques).
- 9) STA, acórdão de 8 de julho de 2004, Processo n.º 01129/03 (relator João Cordeiro).
- 10) STA, acórdão de 6 de junho de 2007, Processo n.º 0295/05 (relator Costa Reis).
- 11) STA, acórdão de 3 de julho de 2007, Processo n.º 0443/07 (relator Jorge de Sousa).
- 12) STA, acórdão de 30 de abril de 2008, Processo n.º 0913/07 (João Belchior).
- 13) STA, acórdão de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 0763/09 (relator Pires Esteves).
- 14) STA, acórdão de 21 de setembro de 2010, Processo 0468/09 (relator São Pedro).
- 15) STA, acórdão de 9 de junho de 2011, Processo n.º 0762/09 (relator Adérito Santos).
- 16) STA, acórdão de 9 de maio de 2012, Processo n.º 093/12 (relator Costa Reis).
- 17) STA, acórdão de 24 de maio de 2012, Processo n.º 0756/10 (relator Adérito Santos).
- 18) STA, acórdão de 16 de janeiro de 2014, Processo n.º 0445/13 (relator São Pedro).
- 19) STA, acórdão de 15 de outubro de 2014, Processo n.º 0873/14 (relatora Madeira dos Santos).
- 20) STA, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).

II – Supremo Tribunal de Justiça

- 21) STJ, acórdão de 3 de outubro de 1995, Processo n.º 087439 (Torres Paulo).
- 22) STJ, acórdão de 19 de junho de 2001, Processo n.º 01A1008 (relator Pinto Monteiro).
- 23) STJ, acórdão de 9 de maio de 2002, Processo n.º 02A4057 (relator Afonso Melo).
- 24) STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2002, Revista n.º 4057/02 – 6.ª Seção (relator Manso de

Melo).

- 25) STJ, acórdão de 17 de dezembro de 2002, Processo n.º 02A4057 (relator Afonso Melo).
- 26) STJ, acórdão de 15 de maio de 2003, Processo n.º 03B535 (relator Lucas Coelho).
- 27) STJ, acórdão de 22 de maio de 2003, Processo n.º 03P912 (relator Neves Ribeiro).
- 28) STJ, acórdão de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183 (relator Fonseca Ramos).
- 29) STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2008, Processo n.º 08A3323 (Mário Cruz).
- 30) STJ, acórdão de 25 de junho de 2009, Recurso n.º 4117/08 – 4.ª Seção (relator Mário Pereira).
- 31) STJ, acórdão de 18 de março de 2010, Processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1 (relator Pires de Rosa).
- 32) STJ, acórdão de 29 de abril de 2010, Processo n.º 2622/07.OTBPNF.P1.S1 (relator Sebastião Póvoas).
- 33) STJ, acórdão de 7 de outubro de 2010, Processo n.º 220/13.8TTBCL.G1.S1 (relator Ferreira de Almeida).
- 34) STJ, acórdão de 15 de outubro de 2010, Processo n.º 08B1800 (relator Rodrigues dos Santos).
- 35) STJ, acórdão de 10 de março de 2011, Processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1 (relatora Távora Victor).
- 36) STJ, acórdão de 22 de setembro de 2011, Processo n.º 674/2001.P L.S1 (relator Bettencourt de Faria).
- 37) STJ, acórdão de 27 de novembro de 2011, Processo n.º 37/12.7JACBR.C1.S1 (relator Santos Cabral).
- 38) STJ, acórdão de 15 de dezembro de 2011, Processo n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1 (relator Gregório Silva Jesus).
- 39) STJ, acórdão de 18 de outubro de 2012, Processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1 (relatora Serra Baptista).
- 40) STJ, acórdão de 5 de fevereiro de 2013, Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1 (relator Helder Roque).
- 41) STJ, acórdão de 14 de março de 2013, Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).
- 42) STJ, acórdão de 30 de maio de 2013, Processo n.º 2531/05.7TBBRG.G1.S1 (relatora Serra Baptista).

- 43) STJ, acórdão de 6 de março de 2014, Processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1 (relator Pinto de Almeida).
- 44) STJ, acórdão de 1 de julho de 2014, Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1 (relator Fonseca Ramos).
- 45) STJ, acórdão de 9 de julho de 2014, Processo n.º 934/05.6TBMFR.L1.S1 (relatora Granja da Fonseca).
- 46) STJ, acórdão de 9 de outubro de 2014, Processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1 (relator João Bernardo).
- 47) STJ, acórdão de 9 de dezembro de 2014, Processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1 (relator Sebastião Póvoas).
- 48) STJ, acórdão de 30 de abril de 2015, Processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).
- 49) STJ, acórdão de 5 de maio de 2015, Processo n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1 (relatora Silva Salazar).
- 50) STJ, acórdão de 2 de junho de 2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor).
- 51) STJ, acórdão de 17 de junho de 2015, Processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1 (relator Mário Mendes).
- 52) STJ, acórdão de 9 de julho de 2015, Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 (relator Tomé Gomes).
- 53) STJ, acórdão de 28 de janeiro de 2016, Processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).
- 54) STJ, acórdão de 26 de abril de 2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (relator Silva Salazar).
- 55) STJ, acórdão de 19 de maio de 2016, Processo n.º 6473/03.2TVPRT.P1.S1 (relator António da Silva Gonçalves).
- 56) STJ, acórdão de 11 de janeiro de 2017, Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 (relator Alexandre Reis).
- 57) STJ, acórdão de 7 de março de 2017, Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1 (relator Gabriel Catarino).
- 58) STJ, acórdão de 23 de março de 2017, Processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1 (relator Tomé

- Gomes).
- 59) STJ, acórdão de 24 de março de 2017, Processo n.º 389/14.4T8EVR.E1.S1 (relator Salazar Casanova).
- 60) STJ, acórdão de 30 de março de 2017, Processo n.º 12617/11.3T2SNT.L1.S1.S1 (relator Olindo Geraldés).
- 61) STJ, acórdão de 2 de novembro de 2017, Processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1 (relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).
- 62) STJ, acórdão de 30 de novembro de 2017, Processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (relator Tomé Gomes).
- 63) STJ, acórdão de 21 de março de 2018, Processo n.º 917/11.7TAGMR. G1.S1 (relator Pires da Graça).
- 64) STJ, acórdão de 22 de março de 2018, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).
- 65) STJ, acórdão de 17 de maio de 2018, Processo n.º 236/14.7TBLMG.C1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).
- 66) STJ, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1 (relatora Maria da Graça Trigo).
- 67) STJ, acórdão de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora Rosa Tching).
- 68) STJ, acórdão de 6 de dezembro de 2018, Processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1 (relator Ilídio Sacarrão Martins).
- 69) STJ, acórdão de 19 de dezembro de 2018, Processo n.º 233/14.2T8BRG.G1.S2 (relatora Maira Olinda Garcia).
- 70) STJ, acórdão de 19 de dezembro de 2018, Processo n.º 1337/12.1TVPRP.P1.S1 (relator Fonseca Ramos).
- 71) STJ, acórdão de 14 de março de 2019, Processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1 (relator Helder Almeida).
- 72) STJ, acórdão de 26 de março de 2019, Processo n.º 877/18.3YRLSB.S1 (relatora Fátima Gomes).
- 73) STJ, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 6720/14.5T8LRS.L2.S2 (relatora Rosa Tching).

- 74) STJ, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 22174/15.6T8PRT.P1.S1 (relator Tomé Gomes).
- 75) STJ, acórdão de 10 de setembro de 2019, Processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1 (relatora Graça Amaral).
- 76) STJ, acórdão de 23 de abril de 2020, Processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2 (relatora Maria da Graça Trigo).
- 77) STJ, acórdão de 5 de maio de 2020, Processo n.º 27354/15.1T8LSB.L1.S2 (relator António Magalhães).
- 78) STJ, acórdão de 8 de setembro de 2020, Processo n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1 (relatora Maria João Vaz Tomé).
- 79) STJ, acórdão de 7 de outubro de 2020, Processo n.º 2036/17.3T8VRL.G1.S1 (relator Bernardo Domingos).
- 80) STJ, acórdão de 17 de novembro de 2020, Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1 (relator Pedro de Lima Gonçalves).
- 81) STJ, acórdão de 2 de dezembro de 2020, Processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1 (relatora Maria Clara Sottomayor).
- 82) STJ, acórdão de 16 de dezembro de 2020, Processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching).
- 83) STJ, acórdão de 21 de janeiro de 2021, Processo n.º 1314/17.6T8 PVZ.P1.S1 (relator Ilídio Sacarrão Martins).
- 84) STJ, acórdão de 26 de janeiro de 2021, Processo n.º 6122/17.1T8FNC.L1.S1 (relator José Rainho).
- 85) STJ, acórdão de 17 de junho de 2021, Processo n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1 (relatora Rosa Tching).

III – Tribunal Constitucional

- 86) TC, acórdão n.º 418/2013, Processo n.º 120/11, de 15 de julho de 2013 (relatora Catarina Sarmiento e Castro).
- 87) TC, acórdão n.º 225/2018, Processo n.º 95/17, de 7 de maio de 2018 (relator Pedro Machete).
- 88) TC, acórdão n.º 465/2019, Processo n.º 829/2019, de 18 de outubro de 2019 (em Plenário).

IV – Tribunal dos Conflitos

- 89) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 5 de julho de 1979, Processo n.º 000085 (relatora Rocha e Cunha).
- 90) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 29 de setembro de 2005, Processo n.º 09/05 (relator António Samagaio).
- 91) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 2 de outubro de 2008, Processo n.º 012/08 (relator Costa Reis).
- 92) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 4 de novembro de 2009, Processo n.º 020/09 (relator João Camilo).
- 93) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 25 de março de 2015, Processo n.º 53/14 (relatora Teresa de Sousa).
- 94) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 25 de março de 2015, Processo n.º 55/14 (relatora Teresa de Sousa).
- 95) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 21 de abril de 2016, Processo n.º 06/15 (relatora Maria do Céu Neves).
- 96) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 19 de outubro de 2017, Processo n.º 041/17 (relatora Ana Paula Boularot).
- 97) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 15 de março de 2018, Processo n.º 036/17 (relatora Ana Paula Portela).
- 98) Tribunal dos Conflitos, acórdão de 30 de maio de 2019, Processo n.º 08/19 (relator Manuel Augusto de Matos).

V – Tribunal da Relação de Coimbra

- 99) TRC, acórdão de 4 de abril de 1995, Recurso n.º 995/94 (relator Francisco Lourenço).
- 100) TRC, acórdão de 19 de dezembro de 2012, Processo n.º 298/10.6TBAGN.C1 (relatora Regina Rosa).
- 101) TRC, acórdão de 10 de dezembro de 2013, Processo n.º 1112/12.3TBVNO-A.C1 (relatora Regina Rosa).
- 102) TRC, acórdão de 27 de setembro de 2016, Processo n.º 51/14.8TBVIS.C1 (relatora Maria

Domingas Simões).

103) TRC, acórdão de 11 de fevereiro de 2020, Processo n.º 3670/18.0T8VIS.C1 (relator Moreira do Carmo).

VI – Tribunal da Relação de Évora

104) TRE, acórdão de 22 de novembro de 2018, Processo n.º 2063/15.5T8PTM.E1 (relator Paulo Amaral).

VII – Tribunal da Relação de Guimarães

105) TRG, acórdão de 27 de setembro de 2012, Processo n.º 330/09.6TBPTL.G1 (relatora Rita Romeira).

106) TRG, acórdão de 16 de março de 2017, Processo n.º 1958/10.7TBVNF.G1 (relator Cavalho Guerra).

107) TRG, acórdão de 14 de janeiro de 2021, Processo n.º 304/17.3T8BRG.G2 (relatora Cristina Cerdeira).

VIII – Tribunal da Relação de Lisboa

108) TRL, acórdão de 16 de maio de 2002, Processo n.º 0019288 (relator Paixão Pires).

109) TRL, acórdão de 24 de outubro de 2002, Processo n.º 0028539 (relatora Silveira Ventura).

110) TRL, acórdão de 19 de abril de 2005, Processo n.º 10341/2004-7 (relator Pimental Marcos).

111) TRL, acórdão de 22 de março de 2007, Processo n.º 5177/2006-2 (relator Neto Neves).

112) TRL, acórdão de 24 de abril de 2007, Processo n.º 10328/2006-1 (relator Rui Vouga).

113) TRL, acórdão de 11 de setembro de 2007, Processo n.º 1360/2007-7 (relatora Rosa Ribeiro Coelho).

114) TRL, acórdão de 15 de maio de 2008, Processo n.º 121/2008-9 (relator Calheiros da Gama).

115) TRL, acórdão de 7 de abril de 2011, Processo n.º 5239/07.5TVLSB.L1-2 (relator Jorge Leal).

116) TRL, acórdão de 20 de março de 2012, Processo n.º 1524/11.0TVLSB.L1-1 (relator Manuel Marques).

- 117) TRL, acórdão de 8 de maio de 2012, Processo n.º 1499/08.2TDLSB-A.L1-5 (relatora Alda Tomé Casimiro).
- 118) TRL, acórdão de 28 de junho de 2012, Processo n.º 2859/09.7TJLSB.L1-8 (relator Ilídio Sacarrão Martins).
- 119) TRL, acórdão de 13 de dezembro de 2012, Processo n.º 2146/05.0TVLSB.L1-2 (relator Sérgio Almeida).
- 120) TRL, acórdão de 16 de dezembro de 2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 (relator Rui Gonçalves).
- 121) TRL, acórdão de 5 de julho de 2018, Processo n.º 487/12.9TVLSB.L1-8 (relatora Carla Mendes).
- 122) TRL, acórdão de 28 de abril de 2020, Processo n.º 1765/12.2TVLSB.L1-1 (relator Rijo Ferreira).
- 123) TRL, acórdão de 14 de julho de 2020, Processo n.º 18383/17.1 T8LSB-A.L1-6 (relatora Ana de Azeredo Coelho).

IX – Tribunal da Relação do Porto

- 124) TRP, acórdão de 4 de outubro de 2010, Processo n.º 105/09.2TBMDL.P1 (relator Soares de Oliveira).
- 125) TRP, acórdão de 1 de abril de 2014, Processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1 (relator Rui Moreira).
- 126) TRP, acórdão de 17 de junho de 2014, Processo n.º 11279/09.2TBVNG.P1 (relator M. Pintos dos Santos).
- 127) TRP, acórdão de 10 de fevereiro de 2015, Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1 (relator Rodrigues Pires).
- 128) TRP, acórdão de 26 de janeiro de 2016, Processo n.º 5152/10.9TBVNG.P1 (relator José Igreja Matos).
- 129) TRP, acórdão de 27 de março de 2017, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1 (relator Jorge Seabra).
- 130) TRP, acórdão de 12 de novembro de 2019, Processo n.º 289/12.2TVPRT.P1 (relator Rodrigues Pires).
- 131) TRP, acórdão de 23 de março de 2020, Processo n.º 401/16.2T8PVZ.P1 (relatora Fátima Andrade).

132) TRP, acórdão de 14 de maio de 2020, Processo n.º 21966/15.0T8PRT.P2 (relator Carlos Portela).

JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

- 1) Acórdão de 14 de maio de 1974, Comptoir national technique agricole (CNTA) SA contra Comissão das Comunidades Europeias, 74/74, EU:C:1975:59.
- 2) Acórdão de 18 de maio de 1995, Wafer Zoo Srl contra Comissão das Comunidades Europeias, T-478/93, EU:T:1995:92.
- 3) Acórdão de 21 de março de 1996, Frederick Farrugia contra Comissão das Comunidades Europeias, T230/94, EU:T:1996:40.
- 4) Acórdão de 21 de maio de 2008, Belfass SPRL contra Conselho da União Europeia, T-495/04, EU:T:2008:160.
- 5) Acórdão de 20 de setembro de 2011, Evropaïki Dynamiki contra Banco Europeu de Investimento, T-461/08, EU:T:2011:494.
- 6) Acórdão de 20 de março de 2014, Jean-François Giordano contra Comissão Europeia, C-611/12, EU:C:2014:195.
- 7) Acórdão de 27 de abril de 2016, European Dynamics Luxembourg SA e o contra Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, T-556/11, EU:T:2016:248.
- 8) Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, Vakakis kai Synergates contra Comissão Europeia, T-292/15, EU:T:2018:103.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

1. ICC International Court of Arbitration, Paris, Case No. 8624, Arbitral Award (00-04-1997).
2. ICC International Court of Arbitration, Barranquilla (Colombia), Case No. 10346, Arbitral Award (00-12-2000).
3. Ad hoc arbitration (San José, Costa Rica), Arbitral Award (30-04-2001).
4. ICC International Court of Arbitration, Case No. 9078, Arbitral Award (00-10-2001).
5. World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (Geneva), Arbitral Award (25-01-2007).
6. Ad hoc Arbitration, The Hague, Case No. IIC 421 (2010), Arbitral Award, Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (30-03-2010).
7. Permanent Court of Arbitration, Case No. 2009-04, Arbitral Award, William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada (10-01-2019).