



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniela Andreia Marques Dias

**TELEMEDICINA E RESPONSABILIDADE CIVIL
MÉDICA
NOVOS DESAFIOS NA ERA DA SAÚDE DIGITAL**

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Ciências
Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil orientada pelo Professor
Doutor André Gonçalo Dias Pereira e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Julho de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Daniela Andreia Marques Dias

TELEMEDICINA E RESPONSABILIDADE CIVIL
MÉDICA

Novos Desafios na Era da Saúde Digital

TELEMEDICINE AND MEDICAL CIVIL LIABILITY
New Challenges in Digital Health

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção em Direito Civil*

Orientador: Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2023

AGRADECIMENTOS

*Aos meus pais, aos meus avós
e a quem se manteve a meu lado ao longo destes verdes anos.*

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.”
Luís Vaz de Camões*

RESUMO

Vivemos numa realidade cada vez mais tecnológica e digital, onde a distância física é facilmente superada, através da utilização das TIC (tecnologias de informação e comunicação), não sendo a saúde uma exceção a esta regra. Por isso mesmo, o recurso à telemedicina tem sido amplamente difundido nos últimos anos, o que justifica a nossa opção pelo tema que, apesar da sua importância no atual contexto, tem sido olvidado nos grandes manuais de Direito da Saúde.

Se as ações de responsabilidade civil médica têm aumentado na medicina tradicional, devido a uma maior consciencialização dos pacientes quanto aos seus direitos, perante esta nova forma de prestação de cuidados médicos (à distância), onde os riscos são, muitas vezes, desconhecidos e imprevisíveis, não poderia ser diferente.

Destarte, com a presente dissertação, propomo-nos a refletir acerca dos contemporâneos problemas trazidos pelo uso da tecnologia na área da saúde. Depois de uma contextualização dos institutos da responsabilidade civil médica e da telemedicina, segue-se, logicamente, o capítulo fulcral do nosso estudo: os novos desafios da prestação de cuidados médicos à distância, desde logo, questões que se prendem com o consentimento informado e a cibersegurança, enquanto pilares da relação jurídico-clínica. Por sua vez, sendo capaz de superar fronteiras, atenderemos à proteção do doente e dos requisitos para que os médicos possam atuar. Apontaremos, ainda, as diferenças na aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil médica neste domínio. Por envolver equipas multidisciplinares e aparelhos ou dispositivos médicos, é indispensável perceber quem será responsabilizado se o paciente sofrer algum dano. Por fim, mencionaremos brevemente os receios que advêm da aplicação Inteligência Artificial na saúde.

Concluiremos o nosso estudo com a consciência de que a Telemedicina reclama regulamentação específica, de forma a gerar segurança quer para o paciente, quer para o médico, que se encontra mais vulnerável, em razão da nota de imprevisibilidade associada ao recurso às tecnologias.

PALAVRAS-CHAVE: Telemedicina; Responsabilidade Civil Médica; Direito da Saúde; Direitos do Paciente; Tecnologia.

ABSTRACT

We live in an increasingly technological and digital reality, where physical distance is easily overcome using information and communication technologies and health is no exception. For this very reason, the use of telemedicine has been widely disseminated in recent years, which justifies our choice of topic which, despite its importance in the current context, has been overlooked in the major health law textbooks.

It's a fact that medical liability actions have increased in traditional medicine, due to greater awareness of patients regarding their rights, and so it could not be different in this new form of medical care provided at distance, where the risks are often unknown and unpredictable.

Thus, in this study, we propose to reflect on the contemporary problems brought about using technology in the health field. After a contextualization of the institutes of medical civil liability and telemedicine, the central chapter of our study follows the new challenges brought up by providing medical care at distance, such as issues related to informed consent and cybersecurity, as pillars of the legal-clinical relationship. For being able to cross borders, we will address patient protection and the requirements for doctors to act. We will also point out the differences in the application of the assumptions of medical civil liability in this field. Since it involves multidisciplinary teams and medical devices, it is essential to understand who will be held liable if the patient suffers harm. Finally, we will briefly mention the fears that arise from the application of Artificial Intelligence in health.

We will conclude our study with the realization that Telemedicine requires specific regulation in order to generate safety for both sides: the patient and the doctor, who is more vulnerable due to the unpredictability associated with the use of technologies.

KEYWORDS: Telemedicine; Medical Civil Liability; Medical Law; Patients' Rights; Technology.

ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------|---|
| Ac. | Acórdão |
| ACSS, IP | Administração Central do Sistema de Saúde |
| AIM | <i>Advanced Informatics for Medicine</i> |
| ATA | <i>American Telemedicine Association</i> |
| CC | Código Civil |
| CDOM | Código Deontológico da Ordem dos Médicos |
| CEDH | Convenção Europeia dos Direitos do Homem |
| CEJ | Centro de Estudos Judiciários |
| Cf. | Conforme |
| CIEDT | Comissão de Acompanhamento da Iniciativa Estratégica para o Desenvolvimento da Telemedicina |
| CNC | Centro Nacional de Cibersegurança |
| CNECV | Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida |
| CNPD | Comissão Nacional de Proteção de Dados |
| CNTS | Centro Nacional de Telesaúde |
| Coord. | coordenado |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DGXIII | <i>Directorate General XIII</i> |
| DL | Decreto-Lei |
| DPA | Diálise Peritoneal Automatizada |
| DPOC | Doença Pulmonar Obstrutiva Crónica |
| ERS | Entidade Reguladora da Saúde |
| GETS | <i>Global Emergency Telemedicine Service</i> |
| IA | Inteligência Artificial |
| INEM | Instituto Nacional de Emergência Médica |
| LDC | Lei de Defesa do Consumidor |
| LPD | Lei Proteção de Dados |
| N.º | Número |
| NASA | <i>National Aeronautics and Space Administration</i> |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |

| | |
|----------|--|
| Op. Cit. | Obra citada |
| PCE | Processo Clínico Eletrónico |
| Pp. | Páginas |
| Proc. | Processo |
| PSD Live | Plataforma de Dados de Saúde Live |
| RAH | Regulamento Arquivístico para os Hospitais |
| RGAPA | Regime Geral dos Arquivos e do Património Arquivístico |
| RGPD | Regulamento Geral de Proteção de Dados |
| RLJ | Revista de Legislação e Jurisprudência |
| RNG | Redes de Nova Geração |
| RTD | Responsável pelo Tratamento de Dados |
| SNS | Serviço Nacional de Saúde |
| STA | Supremo Tribunal Administrativo |
| Starphc | <i>Space Technology Applied to Rural Papago Advanced Health Care</i> |
| STJ | Supremo Tribunal Judicial |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TeleCos | Teleconsulta Ospedaliero |
| TFUE | Tratado de Funcionamento da União Europeia |
| TIC | Tecnologias de Informação e Comunicação |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| UE | União Europeia |
| v.g. | Por exemplo |
| Vol. | Volume |

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMO..... | 4 |
| ABSTRACT..... | 5 |
| ABREVIATURAS E SIGLAS | 6 |
| INTRODUÇÃO | 11 |
| Capítulo I: | 14 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... | 14 |
| 1. Evolução Histórica..... | 14 |
| 2. Em Geral | 19 |
| 3. Modalidades..... | 20 |
| 3.1. Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva..... | 20 |
| 3.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual | 22 |
| 3.2.1. Responsabilidade civil contratual | 23 |
| 3.2.2. Responsabilidade extracontratual..... | 26 |
| 4. Teoria do Cúmulo na Responsabilidade Civil Médica | 28 |
| 5. Elementos constitutivos da responsabilidade civil médica..... | 31 |
| Capítulo II:..... | 48 |
| TELEMEDICINA..... | 48 |
| 1. Conceito | 48 |
| 2. Telemedicina e figuras afins | 49 |
| 3. Vantagens e desvantagens | 51 |
| 4. Evolução histórica..... | 57 |
| 4.1. Plano Mundial | 57 |
| 4.2. Plano nacional | 60 |
| 5. Modalidades..... | 63 |
| 5.1. Telemedicina em função da natureza do ato clínico..... | 63 |

| | |
|---|-----|
| 5.2. Classificação de atividades: <i>store and forward</i> e <i>real-time</i> | 64 |
| 6. Regulamentação específica em Portugal | 65 |
| 7. Relação médico-paciente na telemedicina | 66 |
| 7.1. Contratação eletrónica | 67 |
| 7.2. Identificação da relação médico-paciente | 68 |
| Capítulo III:..... | 74 |
| NOVOS DESAFIOS..... | 74 |
| 1. Consentimento Informado | 74 |
| 1.1. Breve panorama histórico | 74 |
| 1.2. Quadro legislativo | 76 |
| 1.3. Dever de informação | 78 |
| 1.4. Responsabilidade civil perante a falta de prestação de consentimento válido | 81 |
| 1.5. Consentimento Informado no campo da Telemedicina..... | 83 |
| 1.5.1. Nível de informação..... | 83 |
| 1.5.2. Forma de consentimento | 84 |
| 1.5.3. Responsabilidade pela informação..... | 87 |
| 2. Proteção de dados pessoais e Cibersegurança | 88 |
| 2.1. Direito à privacidade e Proteção de dados pessoais | 88 |
| 2.2. Acesso e tratamento de dados..... | 91 |
| 2.3. Medidas promotoras da cibersegurança | 95 |
| 2.4. Consentimento do utente | 99 |
| 2.5. Prazo de conservação | 101 |
| 3. Serviços transfronteiriços e a Sociedade de Informação | 102 |
| 3.1. Telemedicina na União Europeia | 103 |
| 3.2. Licenças e qualificação dos profissionais médicos | 103 |

| | |
|--|-----|
| 3.3. Direitos do paciente na Telemedicina transfronteiriça..... | 106 |
| 4. Aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil médica no domínio da telemedicina..... | 109 |
| 4.1. Ilicitude..... | 109 |
| 4.2. Culpa..... | 111 |
| 4.3. Nexo de causalidade..... | 113 |
| 5. Distribuição de responsabilidade..... | 114 |
| 5.1. No seio da equipa médica..... | 114 |
| 5.2. Do produtor e profissional médico..... | 117 |
| 5.3. Companhias de comunicação..... | 120 |
| 6. Inteligência Artificial na Telemedicina – breve referência..... | 121 |
| 6.1. Panorama atual..... | 121 |
| 6.2. Medicina sem médico?..... | 122 |
| CONCLUSÃO..... | 123 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 127 |
| JURISPRUDÊNCIA NACIONAL:..... | 139 |
| JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA..... | 140 |

INTRODUÇÃO

Num mundo pautado pela tecnologia, onde tudo se encontra à distância de um clique, é indispensável pensar acerca dos mais diversos problemas que a sociedade de informação levanta, desde logo, na medicina. É lógico que os constantes avanços científicos na área médica aumentam a eficácia da intervenção dos médicos, contudo, atendendo ao aumento de consciência dos pacientes acerca dos seus direitos, estes criam expectativas que se desenvolvem paralelamente ao progresso tecnológico. Por conseguinte, quando o profissional de saúde não consegue satisfazer tais expectativas, é confrontado com ações de responsabilidade civil.

Ora, a Saúde é dos setores que mais tem a beneficiar com a utilização dos instrumentos de tecnologia e comunicação, uma vez que permitem uma movimentação da informação e não dos seus atores e, claro está, o alcance de doentes que, de outra forma, não seriam assistidos por se encontrarem afastados geograficamente de institutos prestadores de cuidados médicos.

Neste sentido, escolhemos o presente tema para objeto de estudo por a telemedicina se ter difundido nos últimos anos, revelando-se mesmo como a única opção em determinados casos – como vimos suceder durante a pandemia do Covid-19 – e já não apenas como uma mera alternativa à medicina tradicional, por conseguir ultrapassar distâncias – incluindo fronteiras e órbitas –, de forma a oferecer acompanhamento médico que, de outro modo, não seria possível. No entanto, não se pense que navegamos num mar de rosas, já que são vários os espinhos com que nos poderemos confrontar.

Destarte, propomo-nos, nesta dissertação, a analisar os problemas que o uso da Telemedicina suscita no âmbito da Responsabilidade Civil Médica, iniciando a nossa viagem com uma exposição acerca dos pontos que consideramos relevantes para a contextualização deste instituto, seguindo para o estudo da Telemedicina, designadamente do seu conceito, prós e contras, processo evolutivo, modalidades, regulamentação existente (ou a falta desta) no nosso ordenamento jurídico, encerrando o segundo capítulo com as diferenças na relação médico-paciente celebrada por via de um contrato eletrónico.

Compreendidos que estejam os institutos em causa, penetraremos no mais denso e interessante capítulo deste estudo, no qual imergiremos nas problemáticas jurídicas que decorrem deste “novo” método de prestação de cuidados médicos, em especial no que

tange aos pilares da relação médico-paciente no contexto da telemedicina: o consentimento informado e a confiança. Ora, poderemos afirmar, de antemão, que se mantêm os direitos do paciente, tal como nos moldes tradicionais. No entanto, enquanto juristas pensadores da realidade que vivemos, é inevitável que se nos suscitem questões, especialmente depois de nos termos debruçado sobre a matéria na medicina presencial: estará o médico obrigado a um mais elevado nível de informação a transmitir ao paciente? Que forma deverá revestir o consentimento informado? Teremos de continuar a recorrer ao papel ainda que a assistência médica se preste via informática?

No âmbito telemédico, a confiança – não só na relação, mas também nesta prática à distância – prende-se, em grande parte, com a proteção de dados pessoais, sobretudo, os relativos à saúde. Noutros termos, a garantia da privacidade é, sem dúvida, uma condição crucial para que se mantenha a confiança na prática da medicina à distância. Ora, os dados pessoais gozam de uma imensa proteção legislativa, desde logo, na CRP e no RGPD. Ainda assim, atendendo aos aumentos de ciberataques, toda a prevenção é requerida, pelo que urge pensar acerca de como poderemos contribuir para uma maior salvaguarda destes dados do utente, bem como dos riscos que terão de ser transmitidos para a formação de uma decisão consciente e ponderada no momento de prestar o consentimento para o tratamento de dados (que, como veremos, não é efetuado somente pelo profissional médico). Poderá o médico ser responsável pela quebra na confidencialidade? Em que termos? Por quanto tempo será armazenada a informação do paciente? São mais algumas questões despoletadas aquando da elaboração desta dissertação.

Como apontámos, uma das grandes vantagens da telemedicina consiste em superar distâncias, incluindo fronteiras. Aqui, para além da necessidade de discorrermos acerca dos direitos do paciente, torna-se fundamental analisar os requisitos para que o médico possa exercer serviços transfronteiriços. Será necessária uma licença ou registo no Estado-Membro onde se encontra o paciente que recebe cuidados médicos? Terá de se comunicar na língua do recetor?

Chegaremos, então, ao momento de análise das diferenças na aplicação dos pressupostos da Responsabilidade Civil Médica estudados na fase inicial do nosso caminho. Como não se levantam especificidades quanto ao facto voluntário, nem quanto ao dano (ainda que possam surgir novos danos), daremos destaque à ilicitude, culpa e ao

nexo de causalidade. Quanto a este último, facilmente se deduz que a distância significará um incremento na dificuldade de estabelecer a relação causa-efeito, tornando a sua verificação muito mais complicada. De qualquer modo, procuraremos encontrar resposta a uma possível necessidade de redefinir as *legis artis* médicas, bem como de um novo padrão de conduta para efeitos de se aferir a culpa do profissional médico.

Por fim, como tão frequentemente acontece, envolvendo esta nova forma de prestar a atividade médica vários profissionais (não só médicos), em que termos operará a responsabilidade civil? Parece-nos que a solução se encontra nos artigos 500.º e 800.º do CC, conforme exista um contrato ou não, respetivamente. Por outro lado, considerando que a telemedicina requer o manuseamento de aparelhos ou dispositivos médicos, praticamente em todas as intervenções, em caso de danos causados ao paciente, quem será responsabilizado? Invocaremos, assim, a responsabilidade objetiva do produtor, analisando o Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril.

Num futuro próximo, a medicina poderá sofrer tamanhas alterações que haja a dispensa do médico, que será substituído por sistemas de Inteligência Artificial. Faremos somente uma breve menção à questão, recorrendo ao guia emitido pela Organização Mundial da Saúde.

Por tudo o exposto, se já na medicina tradicional, a relação estabelecida era inegavelmente assimétrica, neste domínio, o paciente carecerá de uma proteção mais sedimentada por a imprevisibilidade pairar no ar. Por outro lado, saber que a segurança lhe é garantida traduzirá um maior conforto caso tenha de receber cuidados de saúde por via das TIC. Parece-nos importante ressaltar que, em face destes riscos desconhecidos e por a telemedicina ser ainda dotada de um certo carácter experimental, o próprio médico se encontra atualmente numa posição mais vulnerável.

Capítulo I:

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1. Evolução Histórica

De acordo com Cícero, *historia est magistral vitae*, isto é, conhecer a história é possivelmente a mais eficaz ferramenta para nos colocarmos em posição de conhecer o passado, de captar o presente e, conseqüentemente, prever o futuro. A verdade é que, através de uma análise da linha temporal, verificamos que sempre existiu uma preocupação em sancionar o erro ou a má prática do médico, tendo, portanto, o rigor exigido na apreciação dos atos praticados por médicos progredido paralelamente com os avanços científicos, isto é, aumentou o rigor exigido na apreciação dos atos praticados por médicos.¹

Embarquemos, então, numa viagem temporal pelo percurso histórico-evolutivo desde os tempos remotos até à modernidade, pois, só assim conseguiremos atingir a plena consciência das bases que alicerçam a atualidade.

Recuando aos primórdios da história, o médico, à semelhança do sacerdote, era considerado um profissional dotado de uma veste sagrada, ou seja, o seu labor possuía uma natureza sacramental por os conhecimentos médicos serem restritos a um grupo de “homens sagrados”². Ora, é lógico que, se a atividade médica era tida como sagrada, as doenças eram pensadas como sendo o resultado de causas divinas, cabendo ao médico a “tarefa elevada de mediação entre os deuses e os homens”.³ Portanto, era como se fosse o mensageiro da vontade divina, detentor de um saber incomensurável e inacessível ao mero homem.⁴

¹ Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 26 e ss; ANTÓNIO CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina e Responsabilidade Civil Médica: dos traços gerais às considerações particulares, na era digital da ciência da vida*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, p. 21.

² Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa”: o dever de informação dos médicos”, *RLJ*, Ano 128, n.º 3852, julho de 1995, p. 70. Portanto, ser-se médico significava sentar-se num dos níveis mais elevados da hierarquia social. Para compreendermos o quão restrito era, importa referir que tais conhecimentos eram vedados a quem não tivesse feito o julgamento religioso, segundo o qual “Per Appolinem (...) et Aesculapium (...) spondeo.”

³ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 70-71 e ainda CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 22.

⁴ A este propósito, vide, CARLA GONÇALVES, *A Responsabilidade Civil Médica, Um Problema Para Além da Culpa*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 16; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 13 e ss.; GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 71.

Destarte, por toda a esfera mítico-mágica que envolvia a atividade médica, durante muito tempo, foi defendido que a responsabilidade dos clínicos seria avaliada através de padrões religiosos ou morais⁵, sendo, inclusive, tida como consideravelmente mais rigorosa do que a jurídica.⁶ Dito de outro modo, a responsabilização do médico – ainda que ajurídica – era uma realidade inegável. Precisamente como forma de a evitar, nomeadamente, por acusações de homicídio, em algumas obras médicas, recomendava-se aos médicos que estes não aceitassem tratar de casos perdidos. Ainda assim, porém, esta responsabilidade – em rigor, *de facto* e não do instituto em análise –, era algo de excecional, sucedendo somente nos casos em que, por exemplo, o doente seria uma figura notável.⁷

Conforme já afluído, desde cedo se fez sentir a necessidade de responsabilizar juridicamente o médico. Os primeiros registos de normatização derivados deste desejo decorreram no Reino da Babilónia, através do Código de Hamurábi (arts. 215º a 227º⁸) – por volta do século XVIII a.C.⁹ Este documento histórico – que não era verdadeiramente um código – previa uma regulação semelhante à da responsabilidade do empreiteiro, o que acentuava, por isso, a nota de obrigação de resultados, ignorando os elementos intencionais, subjetivos e valorativos. Ora, não existia ainda o conceito de culpa como o entendemos atualmente. Assim, neste contexto, as sanções eram aplicadas em

⁵ Aliás, esta ideia é bastante clara se atentarmos no facto de que o médico nas aldeias era participante na vida dos aldeãos, quase como se fosse família, não havendo responsabilidade qualquer. Para além disto, os médicos que descendiam de famílias ricas tinham como pagamento o respeito da população e, dependendo da época do ano, alguns presentes. Cf. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 22. Vide ainda GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 71; CARLA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 16.

⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, na Grécia antiga, era afirmado por Platão que “o médico deve estar isento de qualquer castigo, já que uma pessoa é curada pelo médico, mas morre por si mesmo. Pelo contrário, Hipócrates (460 a 377 a.C.), designadamente na obra *De Lege*, mostrava insatisfação pelo facto de os tribunais gregos não punirem suficientemente os erros dos médicos”, in *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 23.

⁷ Foi o caso do médico francês que, tendo sido chamado à cabeceira de João de Luxemburgo (1296-1346), não conseguindo encontrar cura para a cegueira deste doente, foi lançado ao rio Óder dentro de um saco cozido, impossibilitando-o de se salvar. Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.* p. 71.

⁸ De acordo com o art. 218º, “se 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 olhos, suas mãos deverão ser cortadas.” O artigo seguinte refere que “se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro.” No art. 220º, “se ele tiver aberto o tumor com uma faca de operações e ter tirado o olho (do tumor) ele deverá ser pago a metade do valor contratado.” Cf. DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes...*, *op. cit.*, p. 22, nota 3.

⁹ As Tábuas de Nippur ou o Código de Ur Nammu do ano 2050 a.C. foram o primeiro documento a prever a compensação de danos, três séculos antes do *Codice* referido. Vide, a este propósito, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes*, *op. cit.*, p. 22.

conformidade com o princípio de retribuição *in natura*, dependendo se a vítima era pessoa escrava ou não.¹⁰

Prosseguindo o périplo histórico-evolutivo, já no Egito Antigo, assistimos a um agravamento da sanção, segundo a qual, caso o doente não escravo morresse, seria aplicada a pena de morte ao médico. Não obstante tamanha brutalidade, foi aceite a punição em face do desrespeito pelas regras e métodos previstos no livro de Hermes, sem atender ao eventual resultado produzido.¹¹ Destarte, se o médico se desviasse das ditas regras, seria aplicada a primeira sanção referida – pena de morte –, ainda que se tivesse produzido um efeito positivo. Portanto, existia um verdadeiro desvalor da ação, dificilmente concebível nos termos atuais, dado que o objetivo da responsabilização é indemnizar os danos sofridos e, por conseguinte, apagar o resultado (geralmente, negativo) produzido.¹²

No Direito Romano, havia sido consagrada a responsabilidade do médico aquando da morte do enfermo, se tal fosse imputável ao primeiro por falta de conhecimentos ou insuficiência da sua técnica¹³: “*Sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet.*”¹⁴ Se não fosse juridicamente responsável pela morte, seria pelos danos sofridos em razão desta falta de conhecimentos ou da sua imperícia.

Com o movimento codificador, manteve-se a responsabilização do médico pelos seus atos desvaliosos (erros técnicos, de método e procedimentais) até ao século XIX, sendo-lhe comumente aplicável o regime da responsabilidade civil. Com esta corrente conviviam simultaneamente o respeito pela profissão médica, pelo que a “honra” que pautava o seu exercício possibilitava unicamente a perceção de honorários pelos serviços prestados e não a avaliação pecuniária.¹⁵

Todavia, contra esta maré ergueram-se vozes que fortemente a contrariavam. Assim, em 1829, quebrou-se com a responsabilização jurídica do clínico, através de uma

¹⁰ Neste sentido, *vide* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.* p. 28; DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 22 e ss. A distinção é clara na nota anterior: no caso de se tratar de um escravo, o médico seria condenado na perda da sua mão; à luz dos arts. 215º-217º e 221º a 223º, a compensação do médico dependeria do sucesso da intervenção e da pessoa em quem a realizaria.

¹¹ *Vide* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 28.

¹² *Idem*, p. 29.

¹³ *Vide* ainda DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 24.

¹⁴ Digesto 1, 18, 6, 7, Ulpiano *apud* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 29, nota 29.

¹⁵ TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 29.

decisão da Academia de Medicina de Paris, que declarou a exclusiva responsabilidade moral dos médicos, em detrimento da desvalorização das suas ações. Tal despoletou, logicamente, uma reação negativa face às ações deste género. Verificamos, por isso, que o desejo pela isenção de responsabilização jurídica do médico não se tinha erradicado, não obstante os esforços num diverso caminho, ao longo de séculos.¹⁶

Deu-se, portanto, uma alteração na forma como se viam as sanções aplicáveis aos médicos, daí que se entenda que o século XIX foi um período relevante por ter demarcado a baliza entre um período onde reinava uma exigência desproporcional de responsabilização e outro onde se instaurou um mais eficaz e complacente regime de responsabilidade civil do médico.¹⁷ Trata-se, então, de uma corrente dogmática que, ao criar o conceito de “culpa médica” – enquanto existência de culpa grave na conduta do clínico – edificou um regime de responsabilização daquele mais atenuado, no que ao nível de exigência da sua atividade diz respeito.¹⁸ Aliás, é precisamente pelo surgimento deste regime privilegiado que se adotou a distinção entre obrigação de meios e de resultados, que será explanada mais adiante.

Todas estas mudanças *supra* aludidas, resultaram da mudança de atitude social em face dos médicos, aquando da superação do “conceito helenístico de pessoa”¹⁹, reconhecendo o indivíduo enquanto ser moral autónomo, autodeterminado e autorresponsável, que, em muito, se deveu à teoria kantiana – e da consequente definição de direitos fundamentais –, bem como dos progressos verificados no campo da ciência médica.

Cada vez mais próximos dos dias atuais, o século XX foi palco de um aumento exponencial de vezes com que o tribunal foi confrontado com ações de responsabilidade do médico, que se fizeram acompanhar pelo incremento do quantitativo ressarcitório exigido nas mesmas, o que levou à designada “febre da responsabilidade médica”²⁰ ou a “democratização da responsabilidade profissional”.^{21 22}

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Idem*, p. 30, nota 32.

¹⁸ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 30.

¹⁹ Vide GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa...”, *cit.*, p. 71.

²⁰ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 30-31.

²¹ Neste sentido, vide, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, janeiro, 1984, p. 21.

²² A este propósito, ANDRÉ DIAS PEREIRA considera mesmo poder haver uma emergência do Direito da Saúde por toda a conflitualidade que possa resultar da frustração das expectativas relativas às possibilidades das ciências biomédicas, cf. *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 30.

Assim, a proximidade entre o Direito e a Medicina tornou-se ainda mais clara. Aliás, como escreve ANDRÉ DIAS PEREIRA: “compete também ao Direito contribuir para que a Medicina mantenha o seu grande prestígio e que os profissionais possam exercer com liberdade e competência as suas competências humanas, técnicas e científicas”²³, estando, porém, o paciente da modernidade disposto a processar o seu médico, dado que tem as expectativas que tem face à medicina são elevadas e, por tal, se algo não se desenrola como planeou, surge um processo de crítica e acusação.

Portanto, conforme afluído, à semelhança do que sucedeu noutros países, – nomeadamente os EUA, Itália, Argentina²⁴ e França²⁵ – também em Portugal²⁶ cresceu o interesse pelos problemas que a temática levanta, bem como um aumento destas espécies jurisprudenciais.²⁷

Este incremento deveu-se a vários fatores, dentre os quais, o progresso técnico e a melhoria da conjuntura sócio-económica do homem moderno. Ora, decorre logicamente da “cientifização da medicina, a sua tecnicização e especialização” um aumento das expectativas dos pacientes (mas também dos riscos do tratamento), daí que este progresso seja um dos principais motivos para a popularização de demandas judiciais (e não só) aos médicos.

Por outro lado, o paciente moderno encontra-se cada vez mais conhecedor dos seus direitos e da sua posição na sociedade de consumo, não se conformando com a passividade que lhe cabia anteriormente na relação que estabelecia com o médico. Atualmente, é envolvido num espírito sagaz na reivindicação dos seus direitos, confundindo, todavia, o seu “direito à saúde” com o “direito à cura”. O paternalismo

²³ Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 28-30. Trata-se de ciências práticas que partilham o mesmo objetivo: estão ao serviço da pessoa e da vida.

²⁴ Para mais desenvolvimentos, *vide* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 32, nota 38.

²⁵ Em França, os números dobraram de ano para ano, no século XX, cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “A responsabilidade civil do médico”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo 1, 1978, Almedina, Figueira da Foz, p. 335.

²⁶ Em 2017, atendendo ao relatório publicado pela Inspeção-Geral das Atividades em Saúde (IGAS), ao longo do ano, foram recebidas 739 queixas, denúncias e participações contra “entidades prestadoras de cuidados de saúde ou com os seus trabalhadores”, constituindo a assistência médica a maior fatia de queixas cf. IGAS, *Relatórios, Informações e Pareceres, Análise das denúncias recebidas em 2017*, setembro de 2018, pp. 2-9.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 21-22; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 32. Todavia, em 1998, ELENA BURGOA concluiu existir um fosso entre o interesse no tratamento doutrinário dado ao tema e a ligeira intervenção judicial, o que se devia a uma “acentuada mistificação dos médicos”, pelo que estamos “ante um mito da cabeça de jano; um rosto contempla a justiça e o outro a sua dispensa, e ambos procuram uma tentativa de solução”, *apud* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 32, nota 39.

médico está a acabar²⁸ e, com isso, renasce um novo padrão de paciente, um sujeito ativo na cooperação do seu processo clínico.²⁹ No entanto, este novo paciente aparece-nos com uma menor tolerância³⁰ (que, com efeito, conduz a uma promoção da litigiosidade judicial) perante possíveis erros médicos, quase que apagando da sua mente que os médicos são também seres humanos.

Por sua vez, apesar dos inimagináveis ganhos respeitantes à eficácia e eficiência no combate às doenças decorrentes do progresso técnico, por inferência lógica, parece exigir-se agora ao médico a cura da doença, tratando-o como um “escravo do sucesso”³¹. Poder-se-á afirmar, pois, que a abstenção do médico na prática de alguns atos médicos pelo receio de se ver confrontado com uma demanda judicial é uma atitude natural, considerando o que foi dito anteriormente.

As modificações na relação médico-paciente no âmbito da telemedicina, conforme se esclarecerá em momento oportuno, e atendendo aos riscos desconhecidos que se farão surgir, apenas contribuirão para que não se diminua este fenómeno demandatório.

2. Em Geral

Começamos por atentar na arqueologia da palavra “responsabilidade”, que nos remete para a simbiose entre “a capacidade e obrigação de responder”³², enquanto manifestação do sentido etimológico de *respondere*, procurando reforçar o “compromisso solene em que quem prometo se (com)promete”.³³ Destarte, a responsabilidade traduz a capacidade e obrigação de, reconhecendo as consequência do comportamento adotado (seja uma ação ou omissão), responder ou prestar contas pelos próprios atos.

²⁸ Infelizmente, não poderemos proclamar o seu fim, dado existirem vários exemplos de neo-paternalismo médico. Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Consentimento Informado na Experiência Europeia”, in *I Congresso Internacional sobre: Os desafios do Direito face às novas tecnologias*, Ribeirão Preto, 2010, pp. 3-4.

²⁹ Neste sentido, vide, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: estudo de direito civil*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2004, pp. 28 e ss.

³⁰ Contrariamente ao que HENRIQUES GASPAR afirma em 1972. Este autor, para além de entender que os pacientes que mais se encontravam no seu direito de reivindicar seriam aqueles que já tinham beneficiado de algum apoio da segurança social, através de um estudo realizado, concluiu que o povo português, naquela altura, era um tanto acomodado e habituado ao “fatalismo e infortúnio”, cf. *op. cit.*, p. 336.

³¹ Cf. CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 26.

³² Cf. LUCÍLIA NUNES, “Responsabilidade do Profissional de Saúde – esfera de acção, enquadramento (s) e contexto (s)”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 26.

³³ *Ibidem*.

Portanto, afastados os ditames da consciência moral³⁴ já analisados, perante um prejuízo causado a um interesse protegido, afigura-se imperativo o ressarcimento por parte de quem o lesou, *rectius*, da prática de um ato desvalioso surge a obrigação de reparar os danos causados. Em termos civilísticos, como bem sabemos, a responsabilidade é aquela que opõe o lesado (paciente) ao autor do dano (médico), impendendo sobre este a obrigação de reparar os danos causados, desde que tenha atuado de forma ilícita e culposa, e que tal comportamento seja causa jurídica do dano. Está, então, necessariamente presente o dever de reparação justificado pelo interesse individual e social.³⁵

Ademais, como a medicina é uma atividade repleta de riscos, o médico poderá ainda ser responsabilizado pelas suas condutas que mereçam censura, através da responsabilidade criminal e disciplinar (deontológica ou administrativa).³⁶

3. Modalidades

3.1. Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

Pelo explicitado, na perspectiva clássica, a culpa era condição essencial de responsabilidade. Porém, tomando em consideração o mundo tecnológico e industrializado em que hoje vivemos, a atuação humana ampliou os riscos. É, por isso, manifesto que se acolha a ideia de que exista, ao lado da responsabilidade por culpa (*responsabilidade subjetiva*), o acolhimento de casos excepcionais de responsabilidade independente de culpa – *responsabilidade objetiva*.³⁷ O legislador consagrou esses casos específicos de responsabilidade independentemente da culpa, como sucede com a responsabilidade pelo risco do art. 11º da Lei n.º 31/2008, de 17 de julho³⁸, na realização

³⁴ Ainda que, como recorda MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2014, p. 520, “ não parece exacto (...) dizer que a responsabilidade moral, considerada em si mesma, se apresenta como juridicamente irrelevante: recordemos que constitui fonte de obrigações naturais.”

³⁵ Sobre esta questão, *vide* LUCÍLIA NUNES, *op. cit.*, p. 26 e ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 520-521.

³⁶ Para aprofundamentos, *vide*, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade médica...”, *cit.*, pp. 28 e ss; CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 29-38.

³⁷ Acerca desta distinção *vide* ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 519 e ss.; JÚLIO GOMES, “Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva”, *in Revista de Direito e Economia*, 1987, Ano XIII, pp. 97 e ss.

³⁸ Atualização da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro relativamente ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Demais Entidades Públicas. De acordo com o art. 11º, n.º1, “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve

de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano (art. 14º, n.º1 da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto³⁹) e nas doações de órgãos entre vivos (art. 9º, n.º2 da Lei n.º 12/2009, de 26 de março⁴⁰).

Adiantamos que a responsabilidade objetiva não é aceite no campo da medicina, pois, caso contrário, o médico seria responsabilizado pelos riscos inerentes à sua atividade, uma vez que uma das notas caracterizadoras deste tipo de responsabilidade é precisamente a prescindibilidade da culpa do lesante “e, mais do que isso, inclusivamente da ilicitude da sua conduta, por quanto poderá ser chamado a responder mesmo que se trate de um facto natural, de um facto de terceiros ou inclusivamente do próprio lesado.”⁴¹

Assim, o lesante somente responderá pelos danos causados, isto é, por aqueles emergentes da sua conduta culposa.⁴² Tal como já foi defendido jurisprudencialmente⁴³, é impensável que vigore a responsabilidade objetiva numa área onde tantos riscos existem, como na medicina, por várias razões, dentre as quais um possível futuro onde os clínicos se absteriam de intervir em determinado sentido com receio de serem condenados⁴⁴ e o regresso a um passado eram intocáveis. Resultaria daqui, em último caso, uma estagnação do progresso técnico.

No nosso CC, encontramos ainda duas situações previstas nos arts. 500.º e 800.º CC, em que o médico terá de responder, sem que exista culpa da sua parte, mas sim dos seus representantes ou auxiliares e que, por via de regra, são aplicáveis aquando do trabalho realizado por equipas médicas.⁴⁵

força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.” Mais adiante, exploraremos esta questão.

³⁹ Segundo o qual, “o promotor e o investigador respondem, solidária e independentemente de culpa, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo participante imputáveis ao ensaio.”

⁴⁰ Leia-se: “sem prejuízo do disposto no n.º 1 do art. 5.º, o dador tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos no decurso do processo de dádiva e colheita, independentemente de culpa, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação.”

⁴¹ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 30. Vide também JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 653 e ss; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Separata, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 570-576.

⁴² Esta culpa poderá concretizar-se na chamada “culpa de serviço” existente nas situações em que a culpa existe, mas num estado de diluição por toda a equipa cf. RAPOSO, *Do ato médico...*, cit., p. 30.

⁴³ Designadamente, em 2011, o STJ (Acórdão de 24/05/2011, Processo n.º 1347/04.2TBP.NF.P1.S1) entendeu que “não acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa”.

⁴⁴ Os médicos seriam, seguindo esta lógica, condenados por qualquer morte que viesse a suceder.

⁴⁵ Trataremos devidamente da discussão relativamente à telemedicina no capítulo III, ponto 5.1.

Contrariamente, os casos de responsabilidade subjetiva são mais comuns, abrangendo as hipóteses onde existiu culpa grave, a partir de um facto fortuito potenciado pela conduta culposa do lesante. Imaginemos, por exemplo, que um dos aparelhos hospitalares se avaria por causas não imputáveis ao profissional médico; não sendo prontamente substituído, haverá responsabilidade da sua parte decorrente da sua inércia.⁴⁶

Posto isto, fazemos das palavras de VERA LÚCIA RAPOSO as nossas: “o futuro não passa pela generalização da responsabilidade objetiva à prática médica. Tal caminho iria conduzir-nos a uma medicina defensiva, que se esvai em exames inúteis na procura de certezas que não pode ter, e que submete o paciente a todos os tipos de tratamento para não deixar em aberto nenhuma possibilidade de cura que não tenha sido explorada. Ou paralisaria o médico, receoso em agir por temor em lesar o paciente.”⁴⁷ Parece-nos que esta ideia poderá ser estimulada em novas modalidades de prestação de cuidados médicos, como é o caso da telemedicina, pois o leque de riscos desconhecidos (para ambas as partes da relação) assume uma amplitude mais extensa.

3.2. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

Esta classificação bipartida da responsabilidade civil em contratual e extracontratual é generalizada.⁴⁸ Com efeito, o nosso legislador configura as duas modalidades clássicas, em termos bastante flexíveis, como uma forma de disciplinar as situações abrangidas pelo ilícito civil. Ainda que cada uma se encontre devidamente sistematizada – apesar de o legislador ter acolhido uma orientação tendencialmente coincidente dos regimes⁴⁹ –, no Código vigente, às duas importam os arts. 562º e ss relativos à obrigação de indemnizar em si mesma, independentemente do que a originou.

Em termos gerais, enquanto a responsabilidade contratual deriva do incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, já a responsabilidade

⁴⁶ VERA RAPOSO, *Do ato médico...*, cit., p. 31.

⁴⁷ Cfr. *idem*, p. 32.

⁴⁸ Vide HENRIQUES GASPAR, “A responsabilidade civil...”, cit., pp. 340 e ss; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 518 e ss. Existe, todavia, uma corrente minoritária de autores que sufraga pela recondução da responsabilidade civil a um *tertium genus*, como o da responsabilidade pré-contratual, por entenderem que só assim se poderá atingir uma adequada equação para alguns casos. Para mais desenvolvimentos, vide, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, cit., pp. 298 e ss.

⁴⁹ Já que, na prática, a maioria das “diferenças tradicionalmente admitidas não encontra qualquer justificação prática ou lógica” cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 542.

extracontratual é desencadeada aquando da violação do direito de outrem ou violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

3.2.1. Responsabilidade civil contratual

A ideia de que o ressarcimento dos danos causados pela prestação de assistência médica se fundava somente no regime delitual, rejeitando por completo qualquer contrato celebrado entre médico e doente que pudesse originar responsabilidade contratual foi superada faz tempo.⁵⁰

Os tempos mudam e o Direito acompanha-os. A reviravolta ocorreu a 20 de maio de 1936 na Câmara Civil da *Cour de Cassation*, por via do famoso *arrêt “Mercier”*, decisão que acolheu e reconheceu a natureza contratual da relação médico-paciente. Assim, fez “passar as relações entre médico e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito”, quebrando a discussão mencionada e reforçando a visão de que “o médico é um contraente, um prestador de serviços.”⁵¹

Depois desta tempestade, é tempo da bonança, tanto em terras doutrinárias⁵² como jurisprudenciais⁵³, sendo pacífico o entendimento de que a relação médico-paciente é dotada de espírito contratual. Este instrumento técnico-jurídico possui um carácter essencialmente pessoal (na base da escolha do paciente, reside uma nota de confiança), bilateral (ambas as partes contraem obrigações recíprocas), consensual (nos termos e para efeitos do art. 219.º CC), contínua (amplia-se no espaço temporal), oneroso, podendo estar ainda sujeito a rescisão.⁵⁴

⁵⁰ Esta rejeição do paradigma contratual na prestação de serviços médicos, tal como explica RUTE TEIXEIRA PEDRO, “encontra as suas raízes profundas na concepção presente no direito romano, de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objecto de uma transacção – o que seria acentuado pelo valor superior dos bens (como vida e a saúde humanas) com que a atividade contende.” Ademais, “(...) a diminuta margem para o exercício da liberdade de conformação do respetivo conteúdo (...)” e a “(...) dificuldade de qualificar a espécie de acordo que se geraria” eram também invocadas, cf. *A Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 56 e 57. Acerca das críticas tecidas à visão contratualista, vide DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., pp. 667-670.

⁵¹ Cf. DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., pp. 666-667; DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 31-32.

⁵² Mais aprofundadamente, vide, entre outros, TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 60; FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 79; HENRIQUES GASPARGAR, *op. cit.*, pp. 335 e ss; DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., pp. 670 e ss; JOÃO CARLOS GRALHEIRO, *O Ato Médico é uma Empreitada?*, Verbo Jurídico, 2015, pp. 18 e ss.

⁵³ Vide, Ac. do STJ de 26/04/2016, Processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (Silva Salazar); Ac. STJ de 02/03/2015, Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (Maria Clara Sottomayor).

⁵⁴ De atender que, por parte do profissional, esta possibilidade é bastante restrita: somente nos casos onde não haja prejuízo para o paciente e esteja assegurada a continuidade de tratamento. Se assim não for, o

É, pois, a própria existência do contrato que garante que, perante a sua violação, haja responsabilidade (contratual). Entre nós, encontra-se cimentada a qualificação daquele enquanto contrato de prestação de serviços, inserindo-se no art. 1154.º CC e, como não existe regulação específica⁵⁵, são-lhe aplicadas – com as devidas adaptações – as normas do regime do mandato previstas no art. 1156.º CC (e não as do contrato de depósito ou de empreitada).⁵⁶

Como mencionado, no momento da sua constituição, tratando-se de um sinalagma, ambas as partes contraem obrigações e deveres. Destarte, no que ao médico diz respeito, ocupa o lugar de primazia a “prestação dos melhores cuidados ao seu alcance (*através do emprego de conhecimentos, técnicas e instrumentos que estejam à sua disponibilidade*), agindo sempre com correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos (...)”, cfr. o art. 5.º CDOM⁵⁷. Ademais, tem o dever de documentação e conservação da ficha clínica do paciente (arts. 573.º e 575.º CC; arts. 40.º e ss. CDOM), o dever de informação e obtenção do consentimento informado, como veremos adiante, o dever de se preparar para as intervenções a realizar, avaliar a própria capacidade para as desempenhar e atualizar os seus conhecimentos, tendo de se abster quando sabe, de antemão, não conseguir, exceto em caso de urgência.⁵⁸

médico incorrerá em crime de recusa, cf. VERA RAPOSO, *op. cit.*, p. 39, nota 80. Quanto ao negócio jurídico em causa, *vide* DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 665 e ss; RUTE T. PEDRO, *cit.*, pp. 60 e 70-73; JOÃO GRALHEIRO, *op. cit.*, p. 23; CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 42-43; ESPERANÇA PINA, *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª Edição (Revista, Actualizada e Ampliada), Lisboa, Lidel, 2003, pp. 114-115; HENRIQUES GASPAR, “A Responsabilidade civil...”, *cit.*, pp. 343 e ss.

⁵⁵ Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro. FIGUEIREDO DIAS, SINDE MONTEIRO E FERREIRA DE ALMEIDA sufragaram pela tipificação de um contrato de serviços médicos cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos...*, *cit.*, pp. 672-674.

⁵⁶ RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 39. Para FERREIRA DE ALMEIDA, “embora não seja um tipo legal (porque não tem regulamentação legal própria), é um tipo social e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais”, tratando-se de “um contrato socialmente típico inserido na categoria ampla de contratos de prestação de serviços, onde se incluem prestações de “trabalho intelectual”, cf. *apud* DIAS PEREIRA, *Direitos...*, *cit.*, p. 671. Em sentido contrário, TORRES VOUGA considera tratar-se de um “contrato de prestação de serviços inominado”, por o contrato médico não estar previsto em nenhuma das modalidades do art. 1155.º CC, cf. *apud* CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 45, nota 102. Não se trata de um contrato de empreitada para JOÃO GRALHEIRO, *op. cit.*, pp. 40 e ss.

⁵⁷ Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho.

⁵⁸ Sobre os deveres do profissional médico, *vide* RAPOSO, *op. cit.*, pp. 39-40; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 42 e ss.; HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, pp. 341 e ss.; ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Dever de Documentação, acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspetiva europeia”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XV, n.º 16, 2006, pp. 11-13; FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 89 e ss. e p. 114, defendendo um dever de documentação (seja de acesso, elaboração ou entrega de documentos).

Do outro lado, emerge para o doente o dever de retribuição, o de cumprir o tratamento prescrito pelo médico, durante o tempo necessário e advertido pelo mesmo e sem interrupções injustificadas que possam comprometer a eficácia do dito tratamento⁵⁹ e o de informar corretamente o clínico acerca de tudo o que lhe for questionado, v. g. reações imunológicas e alérgicas.⁶¹

Importará, ainda, dilucidar um aspeto que se nos apresenta como pertinente: poderemos estar perante uma relação jurídica de consumo? A Lei n.º 28/2023, de 4 de julho⁶² (Lei de Defesa do Consumidor) abrange-o plenamente enquanto verdadeiro contrato de consumo ao definir consumidor como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, *prestados serviços* ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” (art. 2.º, n.º 1). Desta feita, o paciente merece a proteção das normas de proteção dos consumidores.⁶³

Todavia, é controversa a questão de saber se a LDC se poderá aplicar no âmbito em análise, já que o art. 23.º estabelece que “o regime de responsabilidade por serviços prestados por profissionais liberais é regulado em leis próprias”. Ora, poderíamos ser levados a concluir que a LDC quis excluir os profissionais liberais do seu guarda-chuva protetivo. Porém, cremos que é precisamente por o legislador reconhecer a relação médica enquanto relação de consumo que consagrou a norma de exceção. Caso contrário, que sentido faria afastar expressamente do âmbito de aplicação desta lei as relações com profissionais liberais? Aliás, o próprio conceito de consumidor *supra* mencionado corrobora este raciocínio. No que nos toca, comungamos pela posição de ANDRÉ DIAS PEREIRA, que afirma a necessidade de se fazer “uma interpretação adaptativa deste texto:

⁵⁹ Esta ideia tem subjacente a imposição pelo princípio da boa-fé de vários comportamentos, dentre os quais, “permitir ou não dificultar o cumprimento da obrigação contraída pelo médico” cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 82; *vide* ainda HENRIQUES GASPAS, *op. cit.*, pp. 342-343.

⁶⁰ VERA RAPOSO entende mesmo constituir um verdadeiro ónus, já que “pode suceder a intervenção ou o tratamento não tenham o resultado pretendido devido a um incumprimento do paciente, o que libera o médico de responsabilidade”, cf. *Do ato médico...*, *cit.*, p. 40. No mesmo sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA defende ser *exigido* ao doente, “sob pena de os desvios praticados poderem ser considerados no âmbito do juízo de valoração da sua contribuição, enquanto lesado (nos termos do disposto no art. 570.º CC), para os danos sofridos e cujo ressarcimento venha a reclamar”, cf. *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 55.

⁶¹ De referir que este dever está intimamente relacionado com o que recai sobre o médico de, enquanto profissional dotado de iniciativa própria, recolher toda a informação para que se consiga alcançar o êxito no ato a realizar cf. RIBEIRO DE FARIA *apud* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 82-83, nota 191.

⁶² Versão mais recente da Lei n.º 24/96 de 4 de julho.

⁶³ Sobre o assunto, *vide* PAULO ROSA, “A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos”, Coimbra, 2013, pp. 12-13.

apenas fica excluído deste diploma o regime da responsabilidade que se imporá ao profissional liberal pelo incumprimento dos seus deveres”, por conseguinte, “outros aspetos do regime de proteção do consumidor, mesmo que regulados na LDC, podem legitimamente ser convocados nesta sede.”⁶⁴

Havendo violação das obrigações contratuais, então, o médico será responsabilizado, nos termos dos arts. 798º e ss do CC. Este regime é, como veremos em sede própria, mais favorável ao paciente, uma vez que, também no campo médico, funciona a presunção de culpa do art. 799º, n.º1 CC, pelo que se assiste a uma inversão do ónus da prova, recaindo esta, já não sobre o paciente, mas sim sobre o médico.

3.2.2. Responsabilidade extracontratual

São vastas as opções jurídico-sanitárias com que o mundo nos pode confrontar, sobretudo se considerarmos o carácter fundamental dos direitos que este ramo de Direito envolve, pelo que, como se deduz, o contrato não consegue abarcar tamanha tarefa.

Conforme afluído, tratamos, de momento, das situações onde a responsabilidade surge sem existir o instrumento técnico-jurídico mencionado: a responsabilidade extracontratual (ou delitual ou aquiliana).⁶⁵ Aliás, entende-se que somente neste caso é que a responsabilidade é fonte autónoma de uma obrigação, na medida em que a relação de direito entre os sujeitos apenas surge com o facto gerador de dano.

Ora, há circunstâncias em que o médico se encontra em posição de assistir aquele paciente, por se tratar, pois, de uma obrigação prevista no CDOM (n.º6 do art. 4.º). Daqui decorre logicamente a aplicação do art. 483.º do CC, que consagra o regime geral da responsabilidade civil extracontratual.

Ademais, esta modalidade aplicar-se-á aos casos de nulidade do contrato por ilicitude quanto ao seu objeto, como no caso de contratos de disposição do corpo humano – nulos por violação de lei, ordem pública ou bons costumes.⁶⁶

⁶⁴ Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos...*, cit., pp. 411-413.

⁶⁵ A lei poderá, por vezes, utilizar a expressão “responsabilidade civil” *strictu sensu* para se referir apenas à responsabilidade extracontratual, tal como sucede no art. 799º, n.º2 do CC e na epígrafe da secção V, livro II, título I, capítulo II do CC, cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 540, nota 1.

⁶⁶ A eutanásia – morte assistida – é um claro exemplo do que falamos.

Da mesma forma, a prática de um ato médico pode integrar o ilícito criminal e, por conseguinte, este incorrerá em responsabilidade delitual para com a vítima. Assim, nestas situações, os danos causados – a uma vítima que não é parte de um contrato – não têm qualquer conexão funcional com o ato praticado pelo profissional de saúde.⁶⁷

O regime extracontratual será também a fundamentação da responsabilidade dos casos em que o médico se torna responsável perante terceiros, como sucede, v.g. quando emite um atestado clínico falso.⁶⁸

Por fim, urge referir o caso do médico que desempenha a sua atividade num Estabelecimento Público de Saúde na rede do Sistema Nacional de Saúde (SNS). Façamos somente uma breve referência a este tão vasto tópico. Tanto no plano doutrinário, como no jurisprudencial, é maioritário o entendimento segundo o qual estamos em face de uma relação de serviço público, não se podendo, por isso, falar de um tradicional contrato entre as partes.⁶⁹ Ora, integrando o médico o SNS, cumpre este uma função do Estado Social prestador, nos termos do art. 64.º CRP, isto é, garante que os cidadãos – enquanto pacientes/utentes – tenham o direito à proteção da saúde realizado através das prestações de estaduais de assistência. Destarte, estamos, em bom rigor, em face de um ato de gestão pública.^{70 71} Assim, será aplicada a Lei n.º 31/2008, de 17 de agosto. Desta

⁶⁷ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 746-747; RAPOSO, *Do ato médico..., cit.*, p. 41; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁶⁸ FERNANDO DIAS SIMÕES, “A Prestação de Serviços Médicos em Portugal. Consentimento Esclarecido e Responsabilidade Civil”, in *Dereito, Revista Xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, Volume 22, n.º 1, 2013, p. 14.

⁶⁹ Vide RUI TORRES VOUGA, “A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)”, *Coleção Formação Contínua*, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 9 e ss; ANDRÉ D. PEREIRA, *Direitos dos Pacientes..., Op. Cit.*, pp. 799-800.

⁷⁰ Acerca desta questão, vide TORRES VOUGA, *op. cit.*, pp. 9-15; RAPOSO, *Do ato médico..., cit.*, pp. 197 e ss; DIAS SIMÕES, “A Prestação de Serviços Médicos em Portugal...”, *cit.*, pp. 13-17; DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Editora Lex, Lisboa, 1991, pp. 129 e ss; MATILDE OLIVEIRA BASTOS, *A responsabilidade civil administrativa por atos médicos praticados em hospitais públicos do Serviço Nacional de Saúde*, Porto, setembro de 2021, p.32, nota 153.

⁷¹ Levanta-se ainda uma questão relacionada com o acolhimento da responsabilidade contratual dos hospitais públicos. Uma corrente doutrinária minoritária – com a qual não nos identificamos – que entende que a responsabilidade civil contratual deveria ser aplicável às instituições hospitalares públicas. Os defensores deste posicionamento invocam que o quadro contratual é o mais apropriado para zelar pela confiança na relação entre o paciente e a entidade prestadora de serviços e por aquele, estando internado ou em tratamento num hospital público, ser um sujeito que tem “positivamente direito a um certo número (e qualidade) de cuidados”. Ademais, poderá o acesso aos registos médicos ser facilitado, bem como evitar a toda a burocracia de um processo administrativo quando é possível utilizar as normas de direito civil. Neste sentido, vide, SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 48 e ss; TORRES VOUGA *apud* CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina..., cit.*, p. 54. Em termos jurisprudenciais, o Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 30/11/2012, Processo n.º 01425/04.8BERBRG, (Rogério Costa Martins).

feita, caso resulte da prática do ato médico algum dano para o utente, cabe ao Estado torná-lo indemne, conforme o art. 22.º da CRP, em termos semelhantes aos previstos no diploma mencionado.⁷²

4. Teoria do Cúmulo na Responsabilidade Civil Médica

Após a análise da natureza do instituto da responsabilidade civil, segue-se uma problemática inerente ao facto de, por vezes – e, em especial no domínio da atividade médica –, um mesmo facto constituir uma violação do contrato e, simultaneamente, um facto ilícito: o *cúmulo ou concurso de responsabilidades*.

O Direito permite-nos pensar, debater e dá-nos liberdade para exprimir as nossas opiniões, pelo que, como não é novidade, a doutrina divide-se perante esta questão, sobretudo, por o legislador ter omitido o preceito expresso que desse resposta. Ora, não é de admirar que, de uma única conduta do profissional médico – seja positiva ou negativa – se suscite a aplicação de ambos os regimes de responsabilidade, pelo que, a este propósito, se questiona se o paciente terá a faculdade de recorrer a ambos ou somente a um deles.

Antes de solucionar a questão propriamente dita, não se nos afigura despidendo mencionar as várias as notas distintivas entre os dois regimes. Poderemos, desde logo, expor que a responsabilidade contratual apresenta mais benefícios para o paciente e, conseqüentemente, mais desvantagens para o médico. No que toca ao *ónus de prova*, tal como mencionado em momento anterior, atendendo ao art. 799.º CC, presume-se a culpa do devedor – não é afastada na obrigação de meios, como é o caso da atividade médica, conforme veremos⁷³ –, ao contrário do que ocorre na responsabilidade extracontratual (art. 487.º, n.1)⁷⁴, na qual a prova dos elementos da pretensão indemnizatória cabe ao lesado, incluindo o elemento da culpa do devedor.

⁷² RAPOSO, *Do ato médico...*, cit., p. 197.

⁷³ Para mais desenvolvimentos acerca da presunção de culpa na responsabilidade médica, vide, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 543; FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, “Responsabilidade Médica e Relação de Comissão”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 22-23; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 109; DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, cit., pp. 701 e ss.

⁷⁴ Para TEIXEIRA PEDRO, existe também presunção de culpa no caso da responsabilidade delitual (art. 493.º, n.º 2 CC), “por força da especial perigosidade dos instrumentos utilizados”, cf. *op. cit.*, p. 86. Vide ainda FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 53; HENRIQUES GASPARGAS, *op. cit.*, p. 351. ANTUNES VARELA esclarece este raciocínio com dois exemplos: o emprego de um bisturi elétrico

Outro benefício que o lesado encontra na escolha do regime da responsabilidade contratual situa-se nos *prazos de prescrição*, dado que são necessários vinte anos (art. 309.º CC), enquanto na responsabilidade extracontratual se aplica uma norma especial, o art. 498.º CC⁷⁵, que fixa que a prescrição se verifica após três anos, que começam a contar a partir do momento em que o direito pode ser exercido (art. 306.º, n.º 1 CC), que somente se verifica quando o lesado tem conhecimento da sua existência – através do dano sofrido – ainda que desconheça o seu autor e o alcance dos danos (art. 498.º, n.º 1 CC). Teremos de atender, contudo, ao facto de, por vezes, a prova do lesado acarretar a necessidade de aceder a dados clínicos, que, por norma, estão disponíveis por apenas 5 anos, o que significaria dificuldades acrescidas no domínio da responsabilidade contratual.

Por outro lado, a escolha pela responsabilidade extracontratual revelar-se-á proveitosa no que toca à *ressarcibilidade dos danos não patrimoniais* por a opinião doutrinária ser unanime, ao invés da questão colocada na responsabilidade contratual.⁷⁶

Poderemos ainda salientar que na responsabilidade extracontratual, é possível a *gradação equitativa da indemnização* (art. 494.º CC), quando haja mera culpa do lesante, ainda que fundada no risco (art. 499.º).⁷⁷

No caso de *pluralidade passiva*, na responsabilidade extracontratual, o regime será o da solidariedade (arts. 497.º e 507.º), contrariamente à contratual, salvo se a própria obrigação tivesse natureza solidária (art. 513.º).

Ora, sendo o nosso objeto de estudo, em especial, a responsabilidade médica, não poderemos deixar de parte um ponto que será relevante em face das equipas médicas:

envolve uma série de riscos decorrentes da sua utilização de eletricidade; e os danos que resultem do uso de uma incubadora com termostato estabilizador da temperatura, tratamentos dentários com broca ou ainda o tratamento médico com ondas curtas ou raios x, cf. *op. cit.*, Vol. I, p. 595. No que respeita a jurisprudência, vide Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de abril de 2007 (*in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXII, 2007, T.I., pp. 105 e ss.) e Ac. STJ de 13 de março de 2007 (*in Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos STJ*, Ano XXXII, 2007, T. I., pp. 122 e ss.).

⁷⁵ Para aprofundamento da questão de possível aplicação deste prazo especial do art. 498.º CC às duas modalidades de responsabilidade civil, vide ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 610 e ss.; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 628 e ss.

⁷⁶ Há quem entenda, então, que a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual é possível, desde que tenham gravidade suficiente e mereçam tutela do direito, o que se verificará, sobretudo, no campo médico, onde os bens lesados são direitos de personalidade. Neste sentido, vide DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 749; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 84-89; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 27. Na jurisprudência, v.g. Ac. Relação de Lisboa de 09/03/2010 (Maria do Rosário Morgado).

⁷⁷ Esta não se estende ao regime de responsabilidade contratual por se desvirtuar das legítimas expectativas do contraente lesado cf. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 544 e RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 34.

a responsabilidade contratual por facto de terceiro não se encontra dependente do pressuposto da comissão, ao contrário do que se exige na extracontratual (art. 500.º), dispensando-se na primeira a relação de dependência ou subordinação entre o devedor e o auxiliar (art. 800.º).⁷⁸

Por fim, os regimes pertencem também a diferentes *jurisdições*, pois, se a responsabilidade contratual respeita a uma relação de direito privado, os litígios são resolvidos em tribunais cíveis; ao passo que, ao envolver um ato de gestão pública (sobretudo no âmbito da medicação), a responsabilidade extracontratual será apreciada em tribunais administrativos.

Regressando à discussão, a corrente maioritária – à qual aderimos – sufraga pela teoria do cúmulo de responsabilidades⁷⁹, *rectius*, é defendida a ideia segundo a qual, na mesma ação, é reconhecida ao paciente a possibilidade de cumular as modalidades de responsabilidade, servindo de fundamentação da causa de pedir. Neste sentido, MOTA PINTO – defensor da tese do cúmulo – afirma que: “representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente, um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável a determinados pontos (p. ex., pluralidade de autores do dano)”.⁸⁰ Pensemos no caso de um cirurgião que deixa uma compressa dentro do corpo do paciente.

Um argumento que abona no sentido de adoção do cúmulo reside no facto de que, ao conferir esta faculdade de escolha ao paciente pelo regime que lhe é mais favorável, estamos a afirmar a solução que melhor incorpora o *princípio do favorecimento da vítima*, salvaguardando a liberdade e autonomia de escolha por parte do doente quanto que se revela mais benéfico para si. Precisamente porque “admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços *sui generis* fossem impunes condutas

⁷⁸ Sobre a questão, *vide*, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 9.ª Reimpressão da 7.ª Edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2013, p. 103, nota 3; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 545 e pp. 615 e ss.; FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 139 e ss.

⁷⁹ Do lado favorável a esta tese, encontramos ANDRÉ D. PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 750 e ss.; VAZ SERRA, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, *BMJ*, n.º 85, pp. 238-239; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, *cit.*, pp. 430-432; CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 411; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 39 e ss.; HENRIQUES GASPAREL, *op. cit.*, p. 345. Em termos jurisprudenciais, cabe destacar o Ac. STJ de 19/06/2001 (Pinto Monteiro), que admitiu expressamente “o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades”, bem como o Ac. Relação de Coimbra de 4/4/2005 (Francisco Lourenço).

⁸⁰ Cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual...*, *cit.*, p. 411.

que – na ausência de contrato – integrariam responsabilidade aquiliana, constituiria o paradigma da não proteção do doente”. Ora, facilmente se deduz que “pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à proteção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é uma proteção acrescida.”⁸¹

Em sentido divergente, é defendida a adoção do *princípio da consunção* para atestar pela exclusão da tese do cúmulo, pelo que o regime da responsabilidade contratual “consume” o da extracontratual. A este propósito, ALMEIDA COSTA defensor da tese escreve que: “se, de um vínculo negocial, resultam danos para uma das partes, o pedido de indemnização deve alicerçar-se nas regras de responsabilidade contratual”, pelo que, em sentido contrário, “quando o facto que produz a violação do negócio jurídico – ou melhor, da relação que dele deriva – simultaneamente preenche os requisitos da responsabilidade aquiliana.”⁸² Portanto, na base deste raciocínio encontramos os princípios de autonomia privada e da liberdade contratual das partes. Sem embargo do exposto, encontra-se aqui a lacuna deste raciocínio, já que, não obstante a escolha das partes pelo regime que deva orientar a sua relação, *in veritate*, sempre que um facto confrontasse os dois regimes, o “ilícito contratual” teria primazia e seriam colocados em causa alguns princípios orientadores da nossa ordem jurídica, bem como a distinção entre as duas modalidades de responsabilidade civil.

5. Elementos constitutivos da responsabilidade civil médica

Depois de nos debruçarmos sobre a teoria do cúmulo, chegamos ao momento de análise dos pressupostos cuja verificação cumulativa é exigida para que se efetive a responsabilidade civil do médico e, conseqüentemente, a obrigação de indemnizar.

No ordenamento jurídico português, em regra, recai sobre o autor o ónus da prova dos factos constitutivos do direito que invoca e que pretende ver reconhecido judicialmente, ao passo que ao réu recai a tarefa de demonstrar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito e do correlativo dever (art. 342.ºCC).⁸³ Destarte, depois de intentar a ação, o lesado (*in casu*, doente), terá de fazer emergir todos os elementos probatórios capazes de sustentar a verificação dos factos fundadores da

⁸¹ Cf. LUÍS PIRES DE SOUSA *apud* DIAS PEREIRA, *Direitos Dos Pacientes...*, *cit.*, p. 752.

⁸² Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, pp. 550-551.

⁸³ O legislador optou por esta regra tendo por base critérios de justiça, oportunidade e certeza. Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 85 e ss.; RAPOSO, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

pretensão – chamamos a atenção para o facto de poderem funcionar presunções de culpa, como mencionado *supra* – e, por sua vez, o lesante (médico) de tudo fará para defender a não verificação dos mesmos factos ou por patentear os que impossibilitem o efeito ressarcitório pretendido pelo autor.

Não nos conseguimos mostrar indiferentes à árdua tarefa que de demonstração de prova que recai sobre o doente, atendendo ao facto de ser um leigo nesta matéria e às barreiras no acesso ao registo médico.⁸⁴ Invocamos as pertinentes palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO acerca da questão, para quem a dificuldade probatória é vista como um “escudo protector do profissional, quase inexpugnável para o doente.”⁸⁵ Acrescenta ainda a autora que, “por consequência, as regras relativas ao ónus da prova deixam de ser, nestes casos, meras regras de distribuição do encargo probatório e de repartição, entre as partes, do risco a ele inerente, transformando-se em mecanismo de pré-determinação sistemática de insucesso de uma delas (o doente), em favor da outra (o médico).”⁸⁶

Como oportunamente tivemos o ensejo de abordar, o regime da responsabilidade contratual encontra o seu refúgio legal no art. 798º CC e ss e o da responsabilidade extracontratual no art. 483º e ss. Assim, para que haja a responsabilização civil do médico, tal como ANTUNES VARELA escreveu, “é necessário, desde logo, que haja um facto voluntário do agente (...), que o facto do agente seja ilícito (...), que haja um nexo de imputação do facto ao lesante (...) e que à violação do direito subjetivo ou da lei sobrevenha um dano (...). Por último, exige a lei que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima.”⁸⁷

Os referidos pressupostos aplicam-se *mutatis mutandis* a ambos os regimes. É de ressaltar que, não sendo a nossa intenção estudar exaustivamente os mesmos, somente

⁸⁴ O próprio recurso a peritos significa despesas acrescidas e não impede que se falhe na dita tarefa probatória. Atentemos no caso *Breen v Williams* (1996), no qual foi recusado a uma paciente o acesso ao seu registo clínico com justificação no facto de que só seria possível se tivesse algum direito derivado do contrato que celebrou com o médico que o permitisse. Acerca deste caso, *vide* MARK TAYLOR, “Confidentiality and Data Protection”, in *Principles of Medical Law*, Fourth Edition (edited by JUDITH LAING/JEAN MCHALE), United Kingdom, Oxford University Press, 2017, p. 709. Ainda DIAS PEREIRA, “Dever de Documentação...”, *cit.*, pp. 14 e ss.

⁸⁵ Cfr. TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 87.

⁸⁶ ELENA BURGOA encontra a causa no baixo número de ações procedentes, em Portugal, nas “enormes dificuldades práticas” de demonstração do nexo de causalidade entre o ato praticado pelo médico e os danos sofridos pelo doente cfr. *apud* TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 87, nota 203.

⁸⁷ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 525-526. *Vide*, neste sentido, TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 84.

nos debruçaremos nas suas especificidades decorrentes da aplicação ao campo da prática médica.

5.1. Facto voluntário do agente

Facilmente se deduz que, para que o médico se constitua na obrigação de indemnizar, seja necessário que pratique um facto (dominável ou controlável pela vontade). Dito de outro modo, trata-se de um comportamento ou uma forma de conduta humana, em que a voluntariedade possui carácter essencial para a constituição da obrigação de indemnizar.⁸⁸

Assim, poderemos estar na presença de um facto desencadeado por uma ação – violação de um direito absoluto ou de uma norma legal destinada a proteger interesses alheios – ou por omissão – o médico abstém-se de praticar um ato que a estaria obrigado⁸⁹ (art. 486º CC).

5.2. Ilicitude

No domínio da responsabilidade civil médica, a ilicitude poderá ser encarada como um verdadeiro “Adamastor”⁹⁰, dadas as especificidades que apresenta nesta área. Ora, a definição deste pressuposto passará, em termos dogmáticos, por um critério de unicidade conceptual, enquanto “aquilo que está em oposição à Ordem Jurídica”⁹¹. Destarte, a ilicitude é o espelho de um “juízo de censura externo”.⁹² Ademais, importa,

⁸⁸ Relativamente à designação “facto voluntário”, importará mencionar a preferência de alguns autores pela expressão “comportamento humano” por, tal como mencionado, entenderem que este tem de ser voluntário no sentido de dominável pela vontade cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, p. 527. No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA esclareceu que “tal qualificação da conduta do agente tem o único sentido de excluir os factos naturais produtores de danos, ou seja, que não dependem da vontade humana e se apresentam por ela objetivamente incontrolláveis (...)”, cf. *op. cit.*, p. 558. Vide ainda TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 83-84; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VIII*, Direito das Obrigações: Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil, Reimpressão da 1.ª Edição do Tomo III da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 435 e ss; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 15.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 283 e ss.

⁸⁹ Seja por imperativo legal ou contratual, tal como salienta ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações... cit.*, pp. 558-559, “o dever jurídico de agir pode resultar da lei ou de negócio jurídico.” No que toca às omissões, estas são a fundamentação mais frequente no caso da responsabilidade contratual, cf. o autor explica.

⁹⁰ Cfr. CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina... cit.*, p. 61.

⁹¹ Cfr. RUI DE ALARCÃO *apud* PEDRO PITTA/CUNHA NUNES DE CARVALHO, *Omissão do Dever de Agir em Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 68.

⁹² Cfr. DIAS PEREIRA, *Direitos Dos Pacientes... cit.*, p. 702.

como já tivemos oportunidade de frisar, mencionar que este requisito pode assumir duas modalidades: violação do direito de outrem *ou* violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Em primeiro lugar, dirigimos a nossa atenção para a ilicitude extracontratual abrangida pelo n.º1 do art. 483.º CC, uma vez que não levanta grandes questões, por se traduzir, via de regra⁹³, na violação de um direito absoluto – geralmente um direito de personalidade – ou na violação de uma norma destinada a proteger interesses do lesado, embora não se exija a atribuição de um correspondente direito subjetivo (norma de proteção).

Revela-se pertinente mencionar, ainda que brevemente, as mais recentes vozes no sentido de se acolher a possibilidade deste preceito normativo admitir uma interpretação extensiva capaz de criar bases para um “conceito global” de ilicitude.⁹⁴ Para corroborar a tese, é invocado o facto de tal se inserir na própria letra da lei – “violado ilicitamente o direito de outrem” –, tornando possível abarcar os direitos de crédito tratados pela responsabilidade contratual (cf. art. 798.º e ss. CC).

Apesar de comportar manifesto interesse para o debate jurídico, de *iure constituto*, tal não será possível, atendendo à natureza dos direitos envolvidos: o art. 483.º abrange direitos absolutos, enquanto os direitos de crédito se traduzem num “direito à prestação”⁹⁵ que, naturalmente, só pode ser exigido ao devedor que, por sua vez, é o único que se encontra em posição de o violar não cumprindo ou cumprindo defeituosamente a prestação.

Voltemos agora a nossa atenção para a ilicitude transposta ao regime da responsabilidade contratual, que, como bem sabemos, resulta da violação dos deveres contratuais. Torna-se relevante relembrar um dos passos já dados no nosso caminho: a complexidade da relação existente entre médico e doente. Ora, esta nota característica é claramente perceptível por a dita relação originar não apenas deveres principais, mas

⁹³ Para além das duas modalidades enunciadas, há autores que entendem que o abuso de direito também poderá ser encarado como uma manifestação de ilicitude com capacidade para instigar a responsabilidade extracontratual. Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 88, nota 205 e p. 89. *Vide* ainda ANTUNES VARELA, *Obrigações em geral...cit.*, Vol. I, pp. 544 e ss.; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 562 e ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, 1.ª Edição, Príncipia Editora, 2017, pp. 146 e ss.

⁹⁴ Cf. ANTÓNIO CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 62, nota 166; RAPOSO, *Do ato médico..., cit.*, p. 45; PITTA/CUNHA, *Omissão e Dever de Agir..., cit.*, p. 72.

⁹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral... cit.*, Vol. I, p. 533.

também deveres laterais ou acessórios de conduta⁹⁶ (com base em normais legais, cláusulas contratuais ou no princípio da boa-fé). Assim, se qualquer um deles for alvo de uma violação – incumprimento ou cumprimento defeituoso – por qualquer uma das partes, de acordo com o art. 798.º CC, tal poderá desencadear a obrigação indemnizatória pelos danos sofridos.

Por tudo o que foi exposto, coloca-se uma questão amplamente debatida na nossa doutrina e jurisprudência, que é fundamental no âmbito da responsabilidade civil médica: a *qualificação da obrigação assumida pelo médico*. Sob pena de nos alongarmos, iremos fazer somente algumas apreciações. No momento de contrair a obrigação, será que o médico se vincula a atingir o resultado ou, não tendo de o causar, terá apenas de o tentar adequadamente alcançar? Movemo-nos, assim, no campo da distinção – um tanto controversa⁹⁷ – entre as obrigações de meios e de resultado.

Ora, a atividade médica é um grande exemplo das obrigações de meios, na medida em que, ainda que o doente, ao recorrer a um médico, procure “a sua cura, a sua saúde perdida – ou que ele evite um estado de doença –, este médico não se obriga à produção de tal resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar-lhe o mal que ele receia.”⁹⁸ Do que ora se expõe, a consecução da finalidade não é garantida, exigindo-se, sim, que o médico se comprometa a “empregar esforços, a utilizar o seu saber e as técnicas que a ciência coloca à sua disposição, respeitando as *legis artis*, em ordem a alcançar a recuperação da saúde do doente.”⁹⁹

⁹⁶ Sobre os deveres secundários de conduta *vide* RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, pp. 39-40; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 89 e ss.

⁹⁷ Relativamente aos autores que defendem a existência de obrigações de meios e de resultados, *vide*, designadamente ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. II, pp. 73 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p.90; MANUEL DE ANDRADE (com a colaboração de RUI DE ALARCÃO), *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1966, pp. 413-415; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 971; HENRIQUES GASPAS, “A Responsabilidade civil...”, *cit.*, pp. 342-343. No que toca à jurisprudência: Ac. STJ de 04/03/2008, Processo n.º 08A183 (Fonseca Ramos).

Por outro lado, *vide*, JOÃO ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual*, 2015, pp. 71 e ss.; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 117. Para estes autores, todas as obrigações são obrigações de resultado, na medida em que, por exemplo, neste domínio da atividade médica, o resultado é o cumprimento de todas as regras que se impõem ao médico e que, não permitindo a cura, permitem uma melhoria da saúde do doente.

⁹⁸ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 414. De ressaltar que a situação será diversa quanto em causa estiverem cirurgias estéticas de beleza (não as reconstitutivas), pois, entende-se serem obrigações de resultado, aplicando-se semelhante raciocínio para os exames de radiologia.

⁹⁹ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 90.

Dito isto, decorre naturalmente que haverá ilicitude na responsabilidade contratual quando, consistindo a obrigação de meios num verdadeiro compromisso assumido pelo médico perante o doente, aquele não atue diligente e prudentemente, mantendo sempre em mente o (possível) alcance do objetivo, mesmo tendo assumido que tal poderá não se verificar. Daqui resulta que, caso não cumpra tal dever – imposto pela assunção da obrigação –, incorrerá numa hipótese de absoluto incumprimento.

É importante ressaltar que o que agora se expõe não contraria o art. 1154.º CC – “certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual” –, na medida em que a expressão “resultado” se refere aos próprios meios empregados pelo profissional médico e não a um efeito final, que nos pudesse remeter para uma obrigação de resultado.

Exposta uma visão acerca da ilicitude – a dicotomia entre extracontratual e contratual – vejamos uma outra abordagem da questão, designadamente a de VERA LÚCIA RAPOSO. Para a autora, a ilicitude é tratada pelas *legis artis*¹⁰⁰, isto é, poderá resultar da violação dos deveres contratualmente estipulados, da violação de deveres funcionais, do de informação, de proteção ou ainda um direito de personalidade.

Ora, sendo a ilicitude o reflexo de uma conduta antijurídica, estas boas práticas médicas servem de baliza ao que se considera, no direito civil¹⁰¹, violação de uma norma legal protetora dos interesses alheios ou direito de outrem. Afigura-se-nos, assim, como uma posição sensata.

Na mesma linha de raciocínio, por o nosso CC não prever qualquer presunção de ilicitude, parece-nos, então, que a prova tenha de ser sempre realizada pelo doente lesado, *rectius* terá este de provar que o profissional médico não cumpriu o ser dever de agir segundo as *legis artis*.¹⁰²

¹⁰⁰ Estas *legis* foram definidas pela nossa jurisprudência como sendo “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” cf. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/12/2015, Processo n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 (Rui Gonçalves). Vide ainda Ac. do STA, decisão de 13/03/2012, processo n.º 0477/11.

¹⁰¹ É-nos explicado por VERA RAPOSO, que “a violação de protocolos, *guidelines*, reuniões de consenso e de normas legais especialmente atinentes à atividade médica é também suscetível de indicar a violação das *legis artis* (embora a violação das *legis artis* não seja uma decorrência necessária, pois que estes procedimentos de atuação são desenhados em abstrato, para o comum das situações e pode ocorrer que a situação concreta dite uma solução específica, sendo que neste caso o médico deve justificar com rigor porque se afastou do procedimento genericamente indicado).”, cfr. *Do ato médico...*, *cit.*, pp. 45-46.

¹⁰² RAPOSO, *op. cit.*, pp. 47, 48 e 49 ensina que “a presunção de ilicitude não tem qualquer fundamento jurídico nem se estriba em considerações de razoabilidade. Nem sequer nas obrigações de resultado se verifica uma presunção de ilicitude, mas tão-só de culpa, sendo que, além do mais, a obrigação médica é,

5.3. Culpa

O próximo requisito cumulativo a explorar na nossa tarefa de enunciação é a culpa, que, no plano prático, poderá ser difícil de distinguir da ilicitude.¹⁰³ Esta revela um juízo subjetivo dirigido ao médico, na medida em que censura a sua conduta – não apenas atendendo à sua componente volitiva, como também pela competência nela empregue¹⁰⁴, como veremos.

O nosso legislador consagrou um padrão abstrato de apreciação de culpa no art. 487º, n.º2 para ambas as modalidades de responsabilidade civil (por via da remissão prevista no art. 799º, n.º2): o critério do *bonus pater familias*¹⁰⁵ – “pela diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. A exigência deste padrão objetivamente determinado justifica-se por se afigurar razoável no afastamento daqueles que não reúnam capacidades para exercerem as tarefas a que se propõem do mercado, especialmente de uma profissão tão complexa como a medicina.

Ora, é precisamente por se afirmar a culpa como deficiência da conduta – e não apenas como deficiência da vontade – que nesta se insere “a falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também a falta de senso, de perícia ou de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade).”¹⁰⁶ Assim, no primeiro caso, o julgamento diz respeito à vontade do sujeito, enquanto no segundo é relativo à sua perícia.

em regra, uma mera obrigação de meios” e conclui que “as presunções de culpa não têm poder para arrastar consigo uma concomitante presunção de ilicitude.” *Vide*, ainda, DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, pp. 703-705.

¹⁰³ Mais aprofundadamente acerca desta dificuldade, *vide* RAPOSO, *op. cit.*, pp. 87 e ss.; DIAS PEREIRA, *op. cit.*, pp. 701 e ss.

¹⁰⁴ Daí que DIAS PEREIRA se refira a esta enquanto “juízo de censura interno ao agente que podia ter agido de outra maneira”, *in* *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 703. Atentemos, ainda, nas palavras de ANTUNES VARELA, “estes conhecimentos e aptidões objetivamente exigíveis podem variar, no entanto, de profissão para profissão e até consoante a idade das pessoas. E variam, além disso, de acordo com os conhecimentos ou a preparação especiais dos indivíduos: o médico especialista deve ter cuidados especiais, cuja omissão é desculpável ao médico de clínica geral, no tratamento de doenças do foro da especialidade daquele.” *Cfr.* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, p. 581.

¹⁰⁵ Não é utilizado por todos os ordenamentos jurídicos. Por exemplo, no ordenamento jurídico alemão, o critério utilizado é o do cuidado exigível no tráfico, atendendo ao §276º, n.º 2 do BGB que se refere exclusivamente à diligência exigível no tráfico, isto é, à intensidade da vontade, ao cuidado, atenção e reflexão necessários, deixando de lado a capacidade, conhecimento, força ou demais qualidades psíquicas e físicas não dependentes da vontade. Sobre isto *vide* ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 575-576, nota 3. Ainda acerca do critério do *bonus pater familias*, *vide*, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 583-584; JOÃO PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 86 e ss.

¹⁰⁶ *Cf.* DIAS PEREIRA, *op. cit.*, p. 707. No mesmo sentido, *vide*, TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 126. É por isto que VERA RAPOSO entende que a culpa adquire um relevo bidimensional: “uma de natureza objetiva, traduzida no dever de diligência violado (...), uma outra subjetiva, que se funda na imputação da

No domínio em análise, será o *reasonable doctor*¹⁰⁷, isto é, o médico normalmente sagaz, prudente, diligente e cuidadoso e, ademais, que possua capacidades físicas, conhecimentos técnicos e intelectuais, de forma a desempenhar as suas funções num circunstancialismo concretamente definido (nos termos e para efeitos do disposto no n.º2 do art. 487.º CC). Neste quadro, é de atender às condições especiais, instrumentais e pessoais do agente concreto, considerando, por exemplo, a urgência da intervenção, o grau de risco da mesma, as condições de saúde do paciente e quaisquer fatores que, em concreto, se relacionem com a consistência das chances de êxito da intervenção médica.

Ora, é um critério objetivo de aferição da culpa, uma vez que o modelo que se emprega é exterior ao agente específico, criado em função de “um paradigma ideal abstractamente edificado”¹⁰⁸ – *in casu*, o profissional médio. Todavia, a referida abstração não é absoluta, na medida em que vários elementos poderão ser considerados na tarefa de aferição de culpa, por exemplo, se estamos perante um médico com mais ou menos anos de experiência, o seu histórico de diligência e de bons resultados, as próprias características do profissional em causa.¹⁰⁹ Naturalmente, na prática, não poderemos sufragar pela existência de um único arquétipo, quanto mais não seja pela diversidade de especialidades médicas.

Seguindo com o raciocínio, facilmente se depreende que há que respeitar um *nível mínimo de exigência*. Qual será este nível mínimo de diligência exigível ao médico? Encontramo-nos, assim, perante uma das grandes questões doutrinárias que se colocam neste campo da culpa.

Um dos argumentos que frequentemente se ergue para “medir” a intensidade do mencionado nível de diligência, no campo da medicina, é a especialidade do médico, mais precisamente a dicotomia entre o médico generalista e o médico especialista.¹¹⁰ Não poderemos avançar o raciocínio sem antes mencionar que, nos dias de hoje, este

violação do dever ao agente pelo facto de o agente conhecer (ou devesse conhecer) esse dever, e ter possibilidade efetiva de agir de outra forma para, desse modo, não o violar” cf. *Do ato médico...*, cit., p. 81. No sentido de não restringir a culpa à condição de mera deficiência da vontade vide ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 547 e ss.

¹⁰⁷ Cf. DIAS SIMÕES, “A Prestação de Serviços Médicos em Portugal...”, *cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...*, *cit.*, p. 128.

¹⁰⁹ É precisamente isto que revela a flexibilidade do critério de aferição da culpa. Neste sentido, os conhecimentos e as aptidões exigíveis “variam de acordo com os conhecimentos ou a preparação especiais dos indivíduos: o médico especialista deve ter cuidados especiais, cuja omissão é desculpável ao médico de clínica geral, no tratamento de doenças do foro da especialidade daquele.” Cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, p. 581. Vide ainda HENRIQUES GASPAREL, *op. cit.*, p. 346.

¹¹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p.128; RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 94.

argumento perdeu validade, pelo facto de os médicos generalistas não se transformarem em médicos especialistas, como advém dos arts. 2.º, 3.º, 26.º e ss. do DL n.º 13/2018, de 26 de fevereiro e do Regulamento n.º 628/2016, de 6 de julho (Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades). Neste sentido, cremos não se tratar de uma maior exigência, mas sim de se exigir algo *diverso* consoante a área de especialização. Equivale a dizer que deverá ser adotado um novo referencial interpretativo, segundo o qual o nível mínimo de diligência exigido ao clínico especialista será estabelecido por via de *standards* base instituídos pela e para a sua especialidade médica.

Destarte, vale aqui por inteiro o princípio *consimili casu, cosimile debet esse remedium*, ou seja, são tomados em consideração não apenas o estado da arte médica em sentido amplo, como também o conjunto de orientações que os médicos especialistas têm de atender consoante cada uma das especialidades individualmente atendidas.¹¹¹

Passemos da teoria para a prática: imaginemos que um médico generalista se encontra numa posição de ter de tratar de um doente com pneumonia. Perante a falta de capacidade para tal tratamento, este deverá aconselhar um colega de profissão dotado e capaz para a resolução do problema de saúde, abstendo-se de realizar qualquer ato médico, exceto em caso de urgência. Esta ideia resulta conjuntamente dos art. 7.º, 29.º, 36.º, n.º 5 e 138.º do CDOM. Se não o fizer, haverá culpa na assunção de obrigação. Um outro exemplo, aliás, o mais decorrente, é o caso de esquecimento de objetos (e.g. compressas, pinça hemostática, agulhas, etc.) dentro do corpo do paciente após uma intervenção cirúrgica. Ora, havendo regras próprias a seguir na sala de operações com o intuito de evitar este problema, por regra, tem-se sempre como comportamento culposos, a menos que tenha ocorrido em situações de extrema urgência (graves hemorragias abdominais, por exemplo).

Em suma, o critério permanece uno, ainda que seja, por natureza, variável pelo facto da sua implementação pressupor uma adequação à especificidade do caso concreto, de forma que possamos concluir que “no juízo de aferição da culpa, o julgador atenderá à natureza probabilística da actividade médica, modulando o critério – maleável – em função da especificidade do caso concreto.”¹¹²

¹¹¹ Cfr. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 72.

¹¹² Cfr. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 142.

Por tudo o que foi exposto e atendendo ao conteúdo normativo do art. 798.º CC – “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor” – na tarefa de averiguação da culpa, dever-se-á atender ao “estado de conhecimentos do clínico e à respetiva prática médica” juntamente com as *legis artis* já referidas.^{113 114} Por tal, e não havendo diferenças no conceito de culpa na responsabilidade contratual e na extracontratual, age com culpa o devedor (*in casu*, o médico) que, perante o circunstancialismo concreto do caso, gozando de plena capacidade e consciência, não só podia como *deveria* ter atuado de modo diverso relativamente ao comportamento que efetivamente veio a adotar.

Importará, ainda, referir que a distinção entre obrigação de meios e de resultado a que anteriormente tivemos o ensejo de abordar, está relacionada com este critério exigente da culpa, na medida em que, como vimos, na atividade médica se encontra, via de regra, uma obrigação de meios – o profissional médico não se vincula a obter o resultado (a cura), mas sim a empregar o cuidado devido, a diligência com o objetivo de tratar o doente. Pelo que, do acolhimento deste critério e recordando a presunção de culpa do n.º 1 do art. 799.º CC, resulta que, quanto ao ónus da prova, o devedor (médico) terá de expor que fez “tudo o que, segundo o direito e a exigência da vida, devia ter feito; apesar disso, deu-se a impossibilidade em consequência destas e daquelas circunstâncias”¹¹⁵, devendo prová-las.

Assim, e reforçando o que já vimos escrevendo, a violação dos deveres contratuais por parte do médico compõe o cumprimento defeituoso.¹¹⁶ É precisamente por este motivo que há quem defenda que, de forma a equilibrar a relação (só por si assimétrica), para que a presunção de culpa funcione, cabe ao paciente a prova do facto

¹¹³ CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 72. RAPOSO, *op. cit.*, p. 82. Assim, estamos perante um juízo de censurabilidade que incide não só sobre a conduta havida, como também sobre o próprio devedor cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. II, p. 97.

¹¹⁴ Sem olvidar que quanto mais pormenorizadamente regulado pelas *legis artis* se encontra o ato médico, mais fácil se tornará a apreciação do desvalor da conduta do médico, dado o aumento do controlo que o clínico conseguirá ter sobre ele, tanto no seu desenrolar como nos efeitos que possa gerar, o que, consequentemente, lhe exige uma “menor atividade valorativa.” Pelo contrário, e atendendo à probabilidade e multiplicidade de incertezas que envolvem a medicina – e o corpo humano –, “o juízo de censura é mais difícil para um julgador, leigo na matéria mesmo com o auxílio dos pareceres de peritos – que refletirão aquela incerteza e variedade.” Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁵ Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, “Culpa do Devedor ou do Agente”, *in BMJ*, n.º 68, 1957, p. 17.

¹¹⁶ No mesmo sentido, CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 76; DIAS SIMÕES, “A prestação de serviços...”, *cit.*, pp. 25-27; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado*, *cit.*, pp. 422-429; HENRIQUES GASPAR, *op. cit.*, p. 345; RAPOSO, *Do ato médico...cit.*, p. 100; PINTO OLIVEIRA *apud* DIAS SIMÕES, *op. cit.*, pp. 26-27.

ilícito¹¹⁷ – que é um elemento essencial para o nascimento da obrigação de indemnizar. De ressaltar que tal posição jamais significaria beneficiar o médico, que se encontra invariavelmente em melhores condições de provar que não infringiu as *legis artis*.¹¹⁸ Não obstante, entendemos que, na prática, a prova do ilícito é igualmente difícil à da culpa no campo da atividade médica, uma vez que, como tivemos oportunidade de mencionar, os conceitos de ilicitude e culpa são bastante similares, sobretudo, para alguém que é leigo em matéria científica da medicina.

Neste seguimento, invocam os autores que competirá ao doente a “demonstração cabal da tipicidade, recaindo sobre aquele o *onus probandi* da desconformidade objetiva entre o comportamento ou atuação do médico inadimplente e a respetiva conformação, ou falta dela, com as leis que regulam o estado da arte.”¹¹⁹ ¹²⁰ Por sua vez, o médico teria de provar a inexistência da culpa, demonstrando que, em face das circunstâncias do caso concreto, adotou a conduta que lhe era devida. Caso não consiga, responderá por força de tal presunção.¹²¹ Mais uma vez, o médico encontra-se em melhor posição por ter conhecimentos na área.

Neste sentido, cremos como lógico o equilíbrio desta relação – naturalmente assimétrica – existente entre o médico e o paciente, desde que funcione a presunção de culpa invertendo o *onus probandi*, sendo indubitavelmente mais fácil ao médico a prova do facto culposos, até porque a ilicitude já era tarefa do paciente (por não funcionar qualquer tipo de presunção). A nosso ver, só desta forma se garantirá a justiça, tratando de forma igual o que é igual e diferente, o que é diferente.¹²²

¹¹⁷ Com o mesmo entendimento, CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 75-76; DIAS SIMÕES, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹¹⁸ É incontestável que o médico “(...) disporá de excelentes meios de prova no seu arquivo, na ficha técnica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos.” Cf. ÁLVARO GOMES RODRIGUES *apud* CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 75; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 46. São vários os exemplos que encontramos na nossa jurisprudência: Acórdão do STJ, de 17/12/2002, Processo n.º 02A4057, (Afonso Melo).

¹¹⁹ Cfr. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁰ Tratando-se de uma obrigação de meios, diz-nos CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 76 que “o doente lesado deverá evidenciar em juízo que o médico lesante não percorreu todo o iter procedimental a que a ciência médica obriga para a obtenção de um determinado desiderato, e tão-pouco se serviu de todos os meios de que dispunha para enfrentar adequadamente a eventual situação enferma.”

¹²¹ Existe uma discussão doutrinal em torno deste ponto. Alguns autores consideram que o grau de dificuldade do médico lesante ao tentar ilidir a culpa traduz uma aproximação do regime da presunção da culpa a uma imputação (quase) objetiva da responsabilidade. Não nos alongaremos neste ponto, por isso, *vide* CARLA GONÇALVES, *A responsabilidade civil...*, *cit.*, pp. 30-32.

¹²² Consiste numa forma de tratar por igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente reconhecendo simultaneamente que a lei é “*honestas, iustas, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in*

5.4. Dano

Ora, tratando-se de requisitos cumulativos, na falta de dano, não existe obrigação de indemnização. É, portanto, indispensável que haja um “prejuízo a ressarcir”¹²³. É tido como dano “toda e qualquer ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”.¹²⁴ Deste modo, perante a prática de um ato desvalioso por parte do agente, o Direito é capaz de oferecer uma resposta que tenha em consideração a “afetação da plenitude de vida”.¹²⁵ Não esqueçamos que, na verdade, a necessidade de apreciar o nexo de causalidade – o último requisito da responsabilidade civil – no domínio da medicina, poderá afetar os novos danos ressarcíveis, uma vez que a sua ressarcibilidade se encontra dependente da árdua tarefa de afirmação do nexo causal.

Neste ponto, vejamos o que é referido no art. 564º, n.º 1 e 2 CC: a indemnização não abrange somente os prejuízos, mas também os benefícios que o lesado deixou de obter em razão da lesão sofrida. Desconstruindo, o nosso legislador tomou em consideração uma multiplicidade de danos¹²⁶, tais como, o dano patrimonial e o não patrimonial, o real e o de cálculo, danos pessoais e não pessoais, os danos emergentes e os lucros cessantes, danos morais puros, os danos presentes e os futuros (art. 564.º, n.º 2), os danos puramente económicos, danos diretos e indiretos, danos de cumprimento e danos de confiança, dano da perda de chance¹²⁷, entre outros¹²⁸.

captionem contineat, nullo provato commodo, sed pro comuni utilitate civium scripa” cfr. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 77, nota 220.

¹²³ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direitos das Obrigações...cit.*, p. 590.

¹²⁴ Cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 591. Para RIBEIRO DE FARIA, o dano simboliza “toda a perda causa em bens jurídicos, legalmente tutelados, de carácter patrimonial ou não”, cf. *apud* TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 142.

¹²⁵ Cfr. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 144.

¹²⁶ Não nos alongaremos na exposição dos mencionados danos, dado não apresentar relevância para o tema em análise. *Vide* ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 594 e ss; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 599 e ss; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 144 e ss.

¹²⁷ Dada a profundidade deste tema, apenas poderemos mencionar as obras mais relevantes na sua aplicação à responsabilidade civil médica, entre as quais TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 179 e ss; TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a revisão de um tema”, in *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes – Responsabilidades, Almedina, 2016, pp. 73 e ss; RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, pp. 145 e ss; RAPOSO, “Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, in *Revista do Ministério Público*, 138, Ano 35, abril-junho de 2014, pp. 9-61.

¹²⁸ A referência à expressão “entre outros” assume particular importância nos dias de hoje, dada a tendência “ampliação do círculo de danos ressarcíveis”, sobretudo no domínio da responsabilidade civil médica e na telemedicina objeto deste estudo. “Por um lado, a proteção jurídica abrange um número crescente de interesses que são alçados à categoria de bens jurídicos, e por outro lado, é reconhecida relevância a uma maior diversidade de ataques a esses bens.” Cfr. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 142.

Foi graças ao novo olhar sobre o Homem enquanto ser integral – e não como um mero “*homo faber* dotado de capacidade de trabalho e de produção”¹²⁹ – que surgiram “novos danos” ou, pelo menos, uma consciencialização do impacto destes na vida humana, que deve ser pautada por um completo estado de bem-estar físico, mental e social.

Desde logo, o “dano biológico” – desenvolvido na doutrina e jurisprudência italianas, tendo já merecido destaque nos nossos tribunais – que consiste “na privação ou diminuição do gozo de bens espirituais insuscetíveis de avaliação pecuniária, como a saúde, a inteligência, os sentimentos, a capacidade afetiva e criadora, a liberdade, a reserva da privacidade individual e o prazer proporcionado pela vida e pelos bens materiais”¹³⁰. Pela sua imaturidade no nosso ordenamento, levantam-se, contudo, divergências quanto à categoria em que se insere e, por conseguinte, quanto ao seu ressarcimento.¹³¹ Pretende espelhar “a integridade psíco-física que caracteriza a pessoa humana, numa visão aglutinadora das várias vertentes do seu ser.”¹³² Neste sentido, trata-se de uma lesão à mencionada plenitude oriunda de um comportamento causador de responsabilidade, salvaguardada no art. 25.º, n.º1 CRP e no art. 70.º, n.º1 do CC.¹³³ É como se este dano da saúde *strictu sensu* estivesse na origem de outros danos – os danos-consequência –, como se existisse “um dano para além do dano”, significando que, no que ao *quantum indemnizatório* diz respeito, este não se pode ficar pelo dano real aprovado e aparente.¹³⁴

Terminamos a análise deste pressuposto com notas relativas à ressarcibilidade dos danos provocados por uma conduta (ação ou omissão) desvaliosa do médico. Ora, é inegável que os danos patrimoniais serão indemnizados – desde que se verifiquem cumulativamente os restantes pressupostos, claro está –, tal como os não patrimoniais, no domínio da responsabilidade delitual (art. 496.º, n.º1), apresentando-se a lesão como

¹²⁹ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 142, nota 348.

¹³⁰ Cf. Ac. da Relação do Porto de 7 de abril de 1997, in *CJ*, Vol. II, 1997, pp. 204 e ss.

¹³¹ Veja-se os Acs. Tribunal da Relação de Guimarães, de 8 de abril de 2019, Processo n.º 344/12.9TAFAG1 (Cândida Martinho); Ac. do STJ, de 18 de outubro de 2018, Processo n.º 3643/13.9TBSTB.E1.S1 (Hélder Almeida).

¹³² ÁLVARO DIAS, *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 15, 99, 125, 120, 136. Vide, ainda LUÍSA QUEIROZ, “Do Dano Biológico”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, janeiro-junho de 2015, pp. 185 e ss; MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Adoção do conceito de “Dano Biológico” pelo Direito Português”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 629 e ss.

¹³³ Ac. do STJ, de 10 de janeiro de 2019, Processo n.º 499/13.5TBVVD.G1.S2 (Rosa Tching).

¹³⁴ Cf. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 81.

objetivamente grave, já que somente esta será digna de merecer tutela jurídica. Todavia, no campo contratual, a resposta não se afirma com tamanha clareza. Recordando a especialidade da relação médico-paciente e os bens jurídicos que facilmente poderão ser ofendidos no seu decurso, cremos que são passíveis de serem ressarcidos ao abrigo do disposto no art. 496.º CC (e da leitura conjunta dos arts. 798.º e 804.º, n.º1 CC), juntandolos, assim, à corrente maioritária.¹³⁵

Apesar da sua aceitação nos vários danos mencionados, erguem-se dificuldades referentes à operação de identificação e quantificação dos danos não patrimoniais perante o caso concreto da atividade médica, desde logo porque “o estado de debilidade originária do doente importa uma complexidade acrescida para a destrição, dentro do quadro final em que o mesmo se encontra, entre o que resultaria da natural evolução daquele estado e o que pode ser imputado ao acto censurável do profissional.”¹³⁶

Por tal, compreendemos que tamanha vulnerabilidade influencie e dificulte o apuramento do pressuposto da responsabilidade civil que será analisado de seguida: o nexo de causalidade entre o ato do agente e os danos causados ao lesado.

5.5. Nexo de causalidade

Por todo o caminho traçado até aqui, eis a hora de discorrer sobre a afirmação de que os danos somente assumirão relevância jurídica se for possível atribuí-los à atuação do agente. Neste sentido, facilmente se depreende que a intenção por detrás desta regra é vincar a tese segundo a qual “ainda que se revelem preenchidos todos os requisitos necessários ao nascimento de uma obrigação de indemnizar na esfera jurídica do lesante, a mesma só terá lugar na exata medida em que o facto constitua causa do dano.”¹³⁷ Dito de outro modo, apenas nascerá a obrigação de indemnizar na esfera jurídica do lesante se se demonstrar a estreita relação entre o dano e o facto (arts. 483º, 563º, 798º CC).¹³⁸

¹³⁵ Vide ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, cit., pp. 603 e ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre a Reparação dos Danos Morais”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano I, n.º1, Coimbra, 1992, pp. 17-25; GALVÃO TELES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 378 e ss.; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 602 e ss.; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, Vol. I, pp. 316 e ss. Em termos jurisprudenciais, vide, Ac. do STJ de 1 de outubro de 2015, Processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P.S1 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza).

¹³⁶ Cf. TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 147-148.

¹³⁷ Cf. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁸ Sobre a causalidade e o seu nexo vide PESSOA JORGE, *Ensaio sobre...*, cit., pp. 388 e ss.; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 617 e ss.; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 605 e ss.

A mencionada ligação entre os dois pressupostos poderá ser alvo de entendimentos diversos: por um lado, um “horizonte processualista” e, por outro, “uma perspetiva eminentemente jurídica”.¹³⁹ A primeira visão pretenderá auxiliar o julgador a apurar se, *em termos reais*, aquele facto praticado pelo agente deu azo ao dano ocorrido; já a segunda, - uma verdadeira questão de direito – consiste numa verdadeira “equação jurídica”, dado procurar, através de conceitos normativistas e de um juízo abstrato, saber se é possível que aquele facto concreto possa ter sido a causa daquele dano sofrido.¹⁴⁰

A este pressuposto é tradicionalmente atribuída uma *dupla função*, que o distingue dos demais: a de pressuposto da responsabilidade civil e a de instrumento de cálculo do *quantum* indemnizatório devido.¹⁴¹ Assim, o nexu causal, para além de servir para imputar os danos ao ato praticado, mede também os danos a indemnizar.

Relativamente ao critério de aferição, atente-se ao disposto nos arts. 562.º e 563.º CC: “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, revelando a consagração da *teoria da causalidade adequada*, na formulação negativa de ENNECCERUS-LEHMAN com notas da teoria da conexão do risco de ROXIN.¹⁴²

Destarte, “o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.”¹⁴³ Portanto, “do conceito de causalidade adequada pode extrair-se, desde logo, como corolário que para que haja causa adequada, não é de modo nenhum

¹³⁹ Acerca desta visão, *vide* CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Vide* ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, p. 605; TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 148. Em sentido oposto, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, para quem, no âmbito da responsabilidade extracontratual, a teoria da causalidade adequada não se revela suficiente para responder à problemática que a atividade médica suscita neste âmbito, sufragando, por isso, uma teoria com natureza binária: causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade. Para mais desenvolvimentos acerca da visão da autora, *vide* MAFALDA DE MIRANDA BARBOSA, “Algumas considerações acerca da causalidade e da imputação objetiva ao nível da responsabilidade médica”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes – Responsabilidades, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 41-71; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Novas Perspetivas em torno da causalidade na responsabilidade médica”, in *Revista CEJ*, n.º1, 2017, pp. 16 e ss; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Do nexu de causalidade ao nexu de imputação”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Coleção Formação Contínua, CEJ, outubro 2018, pp. 39 e ss.

¹⁴² RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, pp. 49 e ss.

¹⁴³ Cf. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 890-891.

necessário que o facto, só por si, sem a colaboração de outros, tenha produzido o dano.” De facto, o relevante é que o facto seja condição do dano, mas nada obsta a que, como frequentemente sucede, ele seja apenas uma das condições desse dano.”¹⁴⁴

A questão que traduz o nexo de causalidade neste domínio resume-se em saber em que medida é que determinada conduta ou atuação médica terá sido a causa adequada (idónea) da produção de determinado resultado lesivo na esfera jurídica do doente. Conseguirá a teoria da causalidade adequada adotada pelo nosso CC – arts. 562.º e 563.º – fornecer uma resposta suficiente a complexidade que encontramos no domínio da atividade médica?

Ora, o campo do saber médico não pertence às ciências exatas, pelo que são várias as causas complexas com que o julgador será confrontado aquando da reconstrução do processo clínico, desde logo, pela imprevisibilidade quanto à biologia do corpo humano e pelas circunstâncias anómalas que se poderão verificar.^{145 146} Por conseguinte, não existindo uma definição lúcida do decurso dos acontecimentos, é clara a dificuldade no apuramento do nexo causal no domínio da responsabilidade civil médica, como aliás, foi aflorado no ponto anterior.

Esta relação causa-efeito entre a transgressão das *legis artis* e a lesão na esfera do paciente (isto é, o resultado antijurídico que ocorreu) poderá sofrer atenuações por via das mencionadas variáveis probabilísticas. Não se conseguindo atingir um pleno estado de certeza quanto à existência desta conexão, exige-se, por via de uma causalidade científica, um “juízo de probabilidade, mas de probabilidade elevada a um grau tão elevado, que é quanto basta para as exigências da segurança social”,¹⁴⁷ que resulta do

¹⁴⁴ Cf. RAPOSO, *op. cit.*, p. 55. De forma a esclarecer este raciocínio, a autora escreveu que “no direito civil a conclusão de que o evento ocorreria de qualquer forma, ainda que o agente tivesse atuado de modo lícito, não condiciona decisivamente o nexo causal, e a figura jurídica da causa virtual – a que mais se aproxima ao dito comportamento lícito alternativo – não é usada para afastar a causalidade, mas sim para ilidir a presunção de culpa nos casos previstos na lei”, *in Do ato médico...*, *cit.*, p. 57.

¹⁴⁵ RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 51. Em termos jurisprudenciais, *vide* Ac. STJ de 13/03/2008, Processo n.º 08A369.

¹⁴⁶ A este propósito, HENRIQUES GASPAR esclareceu que “qualquer que seja o rigor dos princípios, só poderá ser considerada como falta do médico, a não previsibilidade do “risco previsível”, que varia com os dados e as características de cada operação, mas que o médico pode determinar dentro do limite dos conhecimentos anatómicos, fisiológicos, físicos e biológicos adquiridos e já não o “risco imprevisível”, que se desliga da lição dos factos, inseparável da fatalidade que se cruza cegamente com o destino dos homens.”, cf. “A responsabilidade civil...”, *cit.*, p. 348.

¹⁴⁷ Cfr. ALBERTO DOS REIS *apud* RAPOSO, *op. cit.*, p. 57.

próprio elemento literal do art. 563.º – “(...) em relação aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido (...)”.

Capítulo II:

TELEMEDICINA

1. Conceito

Um ponto de partida para a análise de qualquer tema é, sem dúvida, o seu conceito. Começamos por atentar à morfologia da palavra: *tele* deriva do grego e significa à distância, enquanto *medicina* é uma palavra latina que se refere à cura, a um remédio.¹⁴⁸

Atualmente, são vários os conceitos que encontramos, não sendo possível declarar a existência de um conceito único, dada a natureza célere e dinâmica presente na sua evolução.¹⁴⁹ Não obstante, todas elas convergem para uma característica essencial da telemedicina: a distância existente na prestação de cuidados de saúde desde os cuidados básicos à realização de consultas – tanto de diagnóstico como de acompanhamento –, cirurgias, entre outros.

De acordo com a OMS, “*the delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communication technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all the interests of advancing the health of individuals and their communities.*”¹⁵⁰

Já a Comissão Europeia define como sendo “*the provision of healthcare services, through use of ICT, in situations where the health professional and the patient (or two health professionals) are not in the same location. It involves secure transmission of medical data and information, through text, sound, images or other forms needed for the prevention, diagnosis, treatment and follow-up of patients.*”¹⁵¹

¹⁴⁸ JOSÉ DA COSTA FERREIRA, *Telemedicina – dos conceitos à prática*, Dissertação de Mestrado em Gestão da Informação nas Organizações, especialização em Métodos Científicos de Gestão pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002, p. 15.

¹⁴⁹ Em 2007, existiam cerca de 107 definições, cf. ROSA MATOS *et al*, *Telemedicina em Portugal: Onde Estamos?*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.14. Vide ainda JOSÉ FERREIRA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Telemedicine - Opportunities and developments in member states*, Report on the second global survey on eHealth (Global Observatory for eHealth series – Vol. 2), WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2010, p. 9.

¹⁵¹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Telemedicine for the Benefit of Patients, Healthcare Systems and Society*, 2008, p.3.

A própria *American Telemedicine Association* (ATA), em 2012, complementando a já fornecida pela OMS, definiu telemedicina como incluindo, para além de serviços relacionados aos cuidados de saúde, a formação remota – quer para o médico, quer para o paciente –, pelo que não lhe deve ser atribuído o estatuto de especialidade, mas sim de método de prestação de cuidados.¹⁵²

Por sua vez, a Associação Médica Mundial define-a como “o exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnóstico, decisões de tratamento e recomendações baseadas em dados, documentos e outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicação.”¹⁵³ Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA encontra na telemedicina uma combinação entre várias áreas – direito da medicina com direito da informática e as telecomunicações –, o que terá um reflexo no plano jurídico, como veremos.¹⁵⁴

2. Telemedicina e figuras afins

Cumpre-nos, de momento, desmitificar a ambiguidade conceptual¹⁵⁵ subjacente aos termos de *e-health*, telemedicina e *telehealth*, que tão frequentemente são atribuídos a fenómenos que, embora semelhantes, se revestem de distintos sentidos, dependendo da sua área de atuação.¹⁵⁶

¹⁵² Cf. ROSA MATOS *et al*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵³ Declaração Telavive sobre a responsabilidade e normas éticas na utilização da telemedicina, adotada em 51^a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Telavive, Israel, outubro de 1999.

¹⁵⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *cit.*, p. 550. No mesmo sentido, MARIA HELENA MONTEIRO refere resultar da “simbiose entre tecnologias em permanente evolução – as telecomunicações – telefone, rádio, televisão, internet ... e os sistemas computacionais – e um conjunto de serviços de saúde destinados a promover um maior bem-estar na sociedade” cf. “A Telemedicina como um vector de profunda transformação no espaço da saúde e do bem estar”, in *VI Congresso Português de Sociologia, Mundos Sociais: Saberes e Práticas*, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, 25 a 28 de junho de 2008, p. 3.

¹⁵⁵ Apesar de o conceito *E-health* ser o mais abrangente, não é o mais utilizado, sendo o de Telemedicina a ocupar a posição de destaque cfr. FARHAD FATEHI/RICHARD WOOTTON, “Telemedicine, telehealth or e-health? A bibliometric analysis of the trends in the use of these terms”, in *Journal of Telemedicine and Telecare*, Vol. 18, Issue 8, 2012, pp. 460-464; e ainda de acordo com um estudo realizado por Medline, cfr. M. LOANE, R. WOOTTON, “A Review of Telehealth”, *Medical Principles and Practice*, Vol. 10, Issue 4, Centre for Online Health, University of Queensland, Australia, 2001, p. 163.

¹⁵⁶ Sobre a distinção, *vide* COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 17; DIANA ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão sobre a telemedicina: um caso de sucesso ou fracasso?”, *Anuário de Direitos Humanos*, n.º 0, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, dezembro de 2017”, p. 49; ROSA MATOS, *et al*, *op. cit.*, pp. 15 e ss.

Ora, tal como referido, existem similaridades entre as figuras¹⁵⁷: seja ao nível da educação médica, utilização de serviços de saúde *wireless*, realização de consultas por videoconferência, monitorização eletrónica de pacientes, entre outros. Embora os pontos em comum possam acarretar uma acrescida dificuldade na separação dos conceitos, não podem implicar uma errónea utilização dos mesmos.

Em regra, a definição de *e-health* – que é o conceito mais recente dentre os que analisamos – parte do uso de tecnologias de informação e comunicação, que resulta na conjugação entre a internet e a prestação de serviços de saúde, tendo como o seu enfoque os “consumidores”. Basicamente, envolve todas e quaisquer formas de prestação de saúde por via da internet, inclusive produtos com uma vertente educacional, informativa e comercial, projetada diretamente para profissionais, público em geral, investidores ou gestores. É, portanto, um conceito mais amplo que engloba “outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias *online*, as bases de dados eletrónicos e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas.”¹⁵⁸

Tal como o conceito acabado de analisar, a *telehealth* consiste na aplicação das tecnologias de informação e comunicação (TIC) para a prestação de cuidados de saúde, educação e serviços de saúde pública à distância, formação de pacientes e profissionais de saúde.¹⁵⁹ É, portanto, orientado para o campo da gestão pública e, deste modo, utilizado como ferramenta de trabalho para enfermeiros, assistentes sociais e terapeutas, permitindo um apoio remoto ao doente¹⁶⁰, tendo como foco a proteção da população através da promoção da saúde.¹⁶¹ Noutros termos, abrange, o conceito de telemedicina *supra* desenvolvido.

¹⁵⁷ A ATA estabeleceu que “*Telemedicine and Telehealth both describe the use of medical information exchanged from one site to another via electronic communications to improve patients’ health status. Although evolving, Telemedicine is sometimes associated with direct patient clinical services and Telehealth sometimes associated with a broader definition of remote healthcare and is sometimes also perceived to be more focused on other health related services.*” apud VERA RAPOSO, “Você tem uma nova mensagem”: A prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 10, n.º 20, Centro de Direito Biomédico, 2013, p.17, nota 2.

¹⁵⁸ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Telemedicina e Farmácia Online: Aspectos Jurídicos da eHEALTH” in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol. 4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 56.

¹⁵⁹ ROSA MATOS *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁰ Por exemplo, aos doentes que tenham tido alta do hospital, mas continuem com a necessidade de continuidade no acompanhamento e apoio.

¹⁶¹ COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 16; JOSÉ AUGUSTO SIMÕES/SANDRA BARREIRO MARTINS, “Aspectos Éticos na Monitorização Remota de Pacemakers através da Telemedicina”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 16, março de 2012, pp. 48-50.

Destarte, podemos concluir que a *e-health* se refere ao campo abrangente de todas as fontes de informação e à “utilização de dados clínicos, educacionais ou administrativos em formato digital, transmitidos por via electrónica, localmente e/ou à distância”¹⁶², enquanto a *telehealth* revela a transmissão dessa informação e dados relativos à promoção da saúde – incluindo da saúde pública – e prevenção da doença, sendo a telemedicina a área que atua no desenvolvimento de consultas, diagnóstico, tratamento e transferência de dados clínicos, pelo que se resume à *forma* de prestar os cuidados de saúde à distância.

A título exemplificativo e para uma melhor compreensão dos conceitos, pensemos na utilização de uma aplicação móvel. Na *e-health*, a utilização dessa aplicação de saúde pública tem a intenção de alertar e prevenir o público acerca de um surto duma doença, permitindo um maior leque de destinatários, *v. g.* a aplicação StayAway Covid desenvolvida no âmbito da pandemia. Já na telemedicina, o seu uso terá como objetivo principal a prevenção específica um destinatário concreto.¹⁶³

Em suma, apesar de se poderem traçar semelhanças, a telemedicina não implica uma sinonímia com os conceitos de *e-health* (e-saúde) ou *telehealth* (telesáude), sendo a primeira focada no paciente concreto e as restantes na saúde pública e global.

3. Vantagens e desvantagens

São inegáveis as vantagens decorrentes da prática da Telemedicina para ambas as partes da relação médico-paciente. No que diz respeito ao paciente, é-lhe oferecida a possibilidade de quebrar as barreiras erguidas pelo espaço físico, uma vez que poderá ser assistido sem se deslocar de casa¹⁶⁴ – o que resulta numa redução de custos inerentes às mesmas – e ainda pelo espaço temporal, já que poderá beneficiar de assistência sem perder tempo em viagens, de uma diminuição no tempo médio de espera para a primeira

¹⁶² ROSA MATOS *et al*, *Telemedicina em Portugal*, *cit.*, p. 17.

¹⁶³ ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 50.

¹⁶⁴ Sendo que são muitos os casos onde não seria possível fazer chegar os ditos cuidados de saúde, daí que se possa dizer que a telemedicina é – não somente uma alternativa – como, em especial nestas situações, a única opção *cfr.* COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 22. Segundo o autor, “regra geral, os grandes aglomerados populacionais estão nas cidades ou nas suas proximidades, e é aí que se encontram as instituições de saúde especializadas, mas existem muitas pessoas que estão longe destes grandes centros, em locais de difícil acesso ou muito distantes, mas com as mesmas necessidades, no que diz respeito aos cuidados de saúde, para estas pessoas a Telemedicina será a solução para as suas necessidades.”

consulta¹⁶⁵ e ainda pela possibilidade do apoio poder ser prestado sem que se encontrem simultaneamente no mesmo espaço digital, como desenvolveremos adiante.

Além disto, verifica-se uma facilitação no acesso a cuidados médicos – incluindo medicina especializada¹⁶⁶ e a uma segunda opinião médica – pela população que habite em locais remotos e/ou de difícil acesso e que se encontrem numa condição económico-financeiramente carente, uma maior facilidade no acompanhamento de doentes crónicos – através da telemonitorização¹⁶⁷ – e, em determinadas especialidades, um maior conforto para o doente¹⁶⁸, o que poderá contribuir para um melhor tratamento, como é o caso da Telepsiquiatria¹⁶⁹. Outra vantagem reside na oferta de um diagnóstico antecipado e, conseqüentemente, no tratamento célere dos sintomas iniciais que contribui em grande escala para a redução de riscos de saúde por agravamento de doença.¹⁷⁰

Por fim, e face ao contexto que enfrentámos nos últimos anos, existe também a certeza de auxílio médico em momentos de desgraça, como durante pandemias ou conflitos armados (como o que decorre atualmente entre a Rússia e a Ucrânia). A propósito da pandemia do vírus Covid-19, os números de teleconsultas ascenderam significativamente, em razão da orientação da Direção-Geral de Saúde n.º 010/2020, de 16 de março relativa ao distanciamento social e isolamento, segundo a qual “devem evitar-se deslocações ao seu médico assistente e deve ser realizado contacto prévio com os serviços de saúde, averiguando alternativas à deslocação (ex: teleconsulta, prescrição de medicação à distância)”, bem como a Normativa 07/2020, em 29 de março¹⁷¹ que encaminhou os hospitais na direção da “redução de toda a atividade de consulta presencial, idealmente substituindo-a por atividade de consulta não-presencial.” A própria escassez de recursos humanos causada pelos elevados números de doentes

¹⁶⁵ CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 122-123. No mesmo sentido, *vide* COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 20; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Patient Safety in e-Health and Telemedicine”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, número especial, 2014, p. 96.

¹⁶⁶ COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 20; JOSÉ SIMÕES/SANDRA MARTINS, “Aspectos éticos...”, *cit.*, pp. 55 e ss.

¹⁶⁷ Vários estudos comprovaram que, graças a esta forma de prestação de serviços à distância, foram vários os ganhos na cardiologia, v.g., eficiência nos cuidados médicos e redução da mortalidade em pacientes com insuficiência cardíaca cfr. JOSÉ SIMÕES/SANDRA MARTINS, “Aspectos éticos...”, *cit.*, p. 55.

¹⁶⁸ O facto de os familiares poderem estar mais próximos dos doentes tem um certo efeito reconfortante.

¹⁶⁹ Atendendo a determinadas patologias do foro psíquico, o doente terá, deste modo, a oportunidade de se sentir confortável num local escolhido pelo mesmo.

¹⁷⁰ COSTA FERREIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 20.

¹⁷¹ Com o assunto de Prevenção e Controlo de Infecção por SARS-CoV-2 (COVID-19): Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

internados, comprovou a telemedicina como particularmente relevante neste clima pandêmico, tendo sido capaz de possibilitar que várias pessoas fossem assistidas sem se terem de deslocar ao hospital, evitando filas de espera que possivelmente poderiam ter como efeito o contágio da doença, tratar os internados e salvaguardar os – ainda assim – poucos profissionais de saúde que estavam disponíveis.¹⁷²

No tocante ao médico, bem como aos prestadores de cuidados de saúde (instituições, hospitais), é de realçar a importância relativamente à uniformização de tais cuidados, a melhoria na realização de exames complementares de diagnóstico, redução de custos em deslocações, devido à “descentralização” de assistência e ainda promove uma melhor distribuição dos saberes dos especialistas.¹⁷³ É verdadeiramente um “corolário da evolução da ciência aplicada à medicina”¹⁷⁴ na visão do profissional de saúde, dada a imprescindibilidade de uma medicina capaz de solucionar os problemas dos pacientes, facilitar o diagnóstico e permitir um tratamento médico adequado.

Pelos argumentos *supra* expostos, somos forçados a concluir que, sem qualquer sentimento de dúvida, a telemedicina é uma ferramenta imprescindível na aproximação dos cidadãos aos cuidados de saúde e dos cuidados de saúde aos cidadãos, de forma rápida, dotada de qualidade e eficácia, proporcionando conveniência a ambos os lados da relação médico-paciente.

Todavia, como bem sabemos, nem tudo o que luz é ouro. E, no caso da telemedicina, as desvantagens não poderão ser ignoradas. A primeira decorre da distância que envolve e prende-se com a possível impessoalidade na relação médico-paciente, que poderá ter como efeito direto e nefasto uma verdadeira despersonalização ou

¹⁷² Outras especialidades não relacionadas com o COVID-19 encontraram na telemedicina a resposta para tratar pacientes mais eficazmente durante a pandemia cfr. ANA PAULA CABRAL, “Telemedicina versus Proteção de Dados Pessoais”, in *Percursos & Ideias*, ISCET, n.º 12, 2022, p. 17. Ainda assim, a falta de recursos humanos nos hospitais revelou-se notória.

¹⁷³ Sobre este ponto *vide* COSTA FERREIRA, *op. cit.*, pp. 23 e 24; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 122-123. Para ANDRÉ DIAS PEREIRA, “o conhecimento de especialistas pode estar acessível para qualquer paciente sem limitações de espaço ou de tempo”, cfr. *O Consentimento Informado...*, *cit.*, p. 345.

¹⁷⁴ Cf. ARAÚJO COUTINHO, *op. cit.*, p. 53.

desumanização da relação.¹⁷⁵ ¹⁷⁶Logo, constitui um dos maiores perigos desta prática, dada a natureza basilar que a confiança representa nesta especial relação. Contudo, este fenómeno é suscetível de ser ofuscado através do diálogo aberto e claro entre o médico e o paciente, fomentando aquele o esclarecimento e informação de quaisquer questões levantadas por este, mesmo na ausência de presença física.

Outra contrariedade que podemos expor, atendendo às vantagens referidas – v. g. a antecipação de diagnóstico e a desnecessidade de o médico e o paciente se encontrarem simultaneamente no mesmo espaço físico /ou digital –, consiste na potencialização do erro no diagnóstico, que pode ocorrer em razão da ausência de contacto pessoal. Façamos de momento um exercício mental: imagine-se que o médico nunca consultou presencialmente aquele doente, isto é, nunca houve um contacto físico entre ambas as partes (a designada *cybermedicina*¹⁷⁷). Como poderá o profissional médico proceder a um diagnóstico correto sem ter observado fisicamente o paciente? Ainda que haja a possibilidade deste exame físico ser realizado por um colega, esta “avaliação subjectiva do médico”¹⁷⁸ poderá conduzir o médico primeiramente referido em erro. E, se assim é, imagine-se quando é apenas o paciente, um leigo em matéria de medicina, a transmitir os sintomas ao médico.¹⁷⁹ Por estes motivos, o CDOM (tal como a

¹⁷⁵ Sobre este ponto, vide CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, cit., p. 124; ARAÚJO COUTINHO, *op. cit.*, pp. 54-55; SÓNIA MOREIRA, “E-health: desafios e problemas da telemedicina”, in *Direito e Pessoa no Mundo Digital – Algumas questões*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governança, julho de 2019, pp. 81 e 82; VERA LÚCIA RAPOSO/INÊS RIBERA, “Telemedicina: a descoberta da pólvora?”, in *Flash Informativo: Vieira de Almeida & Associados*, outubro de 2013, pp. 1 e ss.; VERA LÚCIA RAPOSO, “Você tem uma nova mensagem”: A prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 10, n.º 20, 2013, p. 20.

¹⁷⁶ De acordo com RAPOSO, “no contexto da telemedicina o âmago da relação médico-paciente será completamente alterado. Agora que a tradicional hierarquia, e quase veneração, do lado do paciente desapareceu quase por inteiro, corremos o risco de entrar numa “click loyalty”, em que a relação de confiança, respeito e lealdade apenas se manterá enquanto o computador estiver ligado”, in “Você tem...”, cit., p. 28.

¹⁷⁷ Há quem assuma que se trata de uma verdadeira modalidade de medicina isolada da telemedicina definida pelo “uso do e-mail ou de salas de chat e desprovido de qualquer réstia de contacto pessoal entre os participantes, logo, suscetível de maior cuidado.” cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “The doctor just poked you (os Novos Desafios da E-Health)”, in *Boletim de Ciências Económicas*, LVII/III, 2014, p. 2093. vide ainda MOREIRA, “E-health...”, cit., p. 81.

¹⁷⁸ Cfr. MOREIRA, *op. cit.*, p. 81. Erro este que, no contexto da medicina tradicional, poderia perfeitamente ser evitável, daí que seja tão fundamental a consulta presencial prévia e que o médico reúna as condições necessárias para poder declarar a segurança de consultar ou intervir à distância. Vide RAPOSO, “Você tem...”, cit., p. 36.

¹⁷⁹ Sobre estes riscos inerentes às consultas telefónicas, por e-mail ou internet, bem como sobre o momento a partir do qual se entende existir uma relação médico-paciente, que será analisado no devido momento vide RAPOSO, “Você tem...”, cit., pp. 22 e ss. Quanto ao facto de, por vezes, ser o paciente o único portador do seu historial clínico, podendo significar uma responsabilização do médico (que nunca o

Declaração de Tel Aviv) prevê que o médico não possa recorrer à teleprática se entender que não dispõe da informação necessária para compreender o estado de saúde do doente (art. 46.º, n.º2).

Acresce ainda o aumento potencial de erro no diagnóstico decorrente da obsolescência dos instrumentos utilizados¹⁸⁰, de iliteracia por parte dos médicos ou dos pacientes e de possíveis falhas na comunicação, como por exemplo, a quebra no sinal da internet ou de rede telefónica. Consequentemente, para o evitar, acrescerão custos relacionados com a manutenção ou atualização dos mesmos, bem como das infraestruturas de comunicação e formação dos profissionais.¹⁸¹

A questão que imediatamente se coloca é se estará a telemedicina a facilitar a procedência de ações com base em erro por parte do médico no diagnóstico efetuado ao paciente? Ora, à primeira vista, poderemos ser levados a responder afirmativamente¹⁸², aliás, a possibilidade de erro no diagnóstico é acrescida neste campo. Todavia, basta atender aos n.ºs 1 e 3 do art. 47.º do CDOM, segundo os quais, “o médico tem liberdade e completa independência de decidir se utiliza ou recusa a telemedicina”, esclarecendo no n.º3 a consequência de o fazer: “o médico teleconsultado não é obrigado a emitir uma opinião se não tem conhecimentos ou suficiente informação do doente para emitir um parecer fundamentado, mas, caso a emita, é responsável por ela.” Destarte, ainda que o médico esteja exposto a uma elevada possibilidade de erro médico, assiste-lhe sempre a possibilidade de se afastar dessa problemática.

Voltando ao nosso trajeto, facilmente se deduz que, tratando-se de uma prática que envolve os TIC, estará sempre presente o risco de violação da privacidade do

consultou presencialmente), em caso de erro no diagnóstico, *vide* CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 124-125. Apesar de reconhecermos como válido este pensamento, teremos, porém, de chamar a atenção para o facto de ser um dever do médico registar todas as informações no processo clínico do paciente, pelo que este não é o único detentor de informações (não nos referimos a primeiras consultas sobre determinado problema de saúde, cujos sintomas são, sim, únicos no enfermo) e para a possibilidade de coresponsabilização deste último.

¹⁸⁰ Ainda que não se encontrem desatualizados, da própria utilização de tamanha tecnologia decorre, inevitavelmente, um aumento do risco de erro médico e de eventuais falhas nos aparelhos e dispositivos utilizados. Todavia, no reverso da moeda, a utilização de tais ferramentas atualizadas dará azo a uma evolução inovadora no campo da medicina. *Vide* LISA RANNEFELD, “The Doctor Will E-mail You Now: Physicians’ Use of Telemedicine to Treat Patients Over the Internet”, in *Journal of Law and Health*, Vol. 19:75, 2004-05, pp. 85-86.

¹⁸¹ Cfr. ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 54 e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, p. 553.

¹⁸² Tal como MOREIRA, “E-Health: desafios...”, *cit.*, pp. 81 e ss.; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 124-125.

paciente, revelando-se importante a menção aos dados especialmente sensíveis, como é o caso dos dados de saúde.¹⁸³ São vários os momentos onde encontramos a recolha destes dados, desde logo, no processo clínico eletrónico (PCE), na transmissão de imagens e áudio em *streaming*. A própria conduta do médico é revestida de importância neste aspeto, já que deve proceder adequadamente à proteção da regulamentação normativa, desde logo, a Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto (Lei da Proteção de Dados Pessoais), que procedeu à transposição, para a ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (RGPD).

Recorrer à medicina digital poderá significar ter de fazer face a preconceitos tecnológicos, possíveis receios no que concerne à falta de conhecimentos para os manusear, como sucede na faixa etária idosa ou junto da população mais empobrecida e isolada geograficamente.

Um outro aspeto que traduz um indiscutível perigo para a telemedicina reside na dificuldade em obter o consentimento informado e esclarecido do paciente. Como veremos adiante, apesar de o *e-consent* poder ser uma boa solução, não o será em absoluta medida, dada a complexidade de ter a certeza que o paciente o leu e entendeu o ato médico previsto na intervenção que irá ser realizada e, para além disso, é ainda questionável a forma como este deverá ser formulado: se se tem de ter em conta o paciente concreto, significa isso a definição de vários formulários? Desenvolveremos as respostas a tais questões no devido momento.

Por fim, a credibilidade da informação disponibilizada *online* pelos prestadores de cuidados de saúde será posta em causa nos casos em que tal informação não seja clara, precisa e atual, pois só assim se acautelará diligentemente a veracidade dos conteúdos introduzidos.

Face ao exposto, somos forçados a concluir que os benefícios e as desvantagens da telemedicina caminham lado a lado. Apesar de haver ainda alguma reticência por parte da população em aceder à telemedicina, bem como dos próprios médicos – o que é, logicamente, um entrave – a verdade é que, dado o contexto pandémico que enfrentámos nos últimos anos, há cada vez mais confiança e mais conhecimento acerca desta nova

¹⁸³ A exposição acerca desta problemática encontra-se no Capítulo IV, ponto 2 do presente estudo.

forma de prestação de cuidados médicos, pelo que se deve contornar as falhas na instalação de projetos de telemedicina.¹⁸⁴

4. Evolução histórica

Compreender a origem e a evolução da Telemedicina é indispensável no presente estudo. Começamos pelo panorama mundial, seguido da delimitação ao território lusitano. Como veremos, tem havido uma preocupação em fazer cumprir as promessas de disponibilização de cuidados de saúde com qualidade a uma maior percentagem populacional, através de uma modernização e racionalização das estruturas e do processo, bem como na disseminação de informação junto dos pacientes e dos profissionais de saúde.¹⁸⁵

4.1. Plano Mundial

Os primeiros relatos acerca da existência da Telemedicina datam do início do século XX¹⁸⁶ (1906) aquando do primeiro eletrocardiograma realizado por Willem Einthoven, um médico holandês, a um doente que se encontrava num hospital a 1.5kms de distância. Os resultados foram publicados pelos *Archives Internationales de Physiologie*.^{187 188}

Durante a 1ª Guerra Mundial, em 1916, os cuidados de saúde aos militares feridos em campo de batalha eram prestados por via do rádio¹⁸⁹ que, mais tarde – cerca de 1920 –, se estendeu aos conselhos médicos fornecidos pelo Hospital de Sahlgrenska a embarcações de comércio.¹⁹⁰ Por sua vez, a televisão, ao permitir conciliar a imagem com o som, despoletou enormes avanços na utilização dos sistemas de informação e comunicação na área da medicina.

¹⁸⁴ Para maiores desenvolvimentos, vide ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 54 e COSTA FERREIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 24-28.

¹⁸⁵ Vide COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁶ O início deste século ficou igualmente marcado pelo nascimento do primeiro estetoscópio elétrico a funcionar pelo telefone cfr. JOSÉ BAPTISTA, *Telemedicina em catástrofe*, Dissertação de Candidatura ao Grau de Mestre em Medicina de Catástrofe submetida ao Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, Porto, 2010, p. 50.

¹⁸⁷ BAPTISTA, *op. cit.*, p. 50; CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 107-108.

¹⁸⁸ Esta prática revelou-se, mais tarde, um mecanismo amplamente empregue e difundido.

¹⁸⁹ A sua invenção foi verdadeiramente revolucionária no campo da prestação de cuidados médicos à distância, tendo sido, como se referiu, um enorme auxílio da assistência médica a soldados que se encontravam geograficamente isolados durante as guerras.

¹⁹⁰ BAPTISTA, *op. cit.*, pp. 50-53.

Não obstante todos os progressos a que se assistiu nas duas primeiras metades do século XX, a viragem na forma como a telemedicina passou a ser encarada deu-se no século XXI. Com a necessidade de controlar o estado de saúde do astronauta, aquando da corrida ao espaço, as instituições envolvidas nas viagens aeroespaciais viram no fenómeno da telemedicina o sucesso das suas missões. Assim, nos anos 60, a NASA, através dos programas militares e espaciais, foi uma verdadeira pioneira na utilização das TIC para prestar cuidados de saúde e assistência aos astronautas.¹⁹¹

Em solo terrestre, por volta do mesmo período, realizavam-se consultas por via de uma ligação audiovisual entre o Hospital Geral de Massachusetts e o Aeroporto de Logan em Boston com o desígnio de prestar auxílio médico a viajantes e funcionários do aeroporto.¹⁹² Podemos afirmar que a demarcação (e a propagação) deste fenómeno tecnológico resultou do desenvolvimento de vários projetos nos anos 70 e 80, tais como o *Space Technology Applied to Rural Papago Advanced Health Care (Starphac)* criado pela NASA, o *Teleconsulto Ospedaliero (TeleCos)* e o *Global Emergency Telemedicine Service (GETS)*.¹⁹³

Em 1993, com o inequívoco fim de disseminar a Telemedicina pelo globo, promover a prestação de cuidados médicos acessíveis a toda a população, os Estados Unidos criaram a *American Telemedicine Association (ATA)*.¹⁹⁴

No novo milénio, foram inovadoras as oportunidades trazidas pelo desenvolvimento das tecnologias de transmissão de dados, como os satélites, a banda larga e a fibra ótica¹⁹⁵. Neste sentido, no ano de 2001, foi graças àqueles recursos que se realizou a primeira telecirurgia transatlântica – o cirurgião encontrava-se em Nova York e a paciente em Estrasburgo – apelidada de operação *Lindergh*¹⁹⁶. Deste modo, infere-se que “é o estado de evolução permanente dos ditos meios que sustentam a progressiva expansão da telemedicina; e esta última já não é o resultado sinérgico de três forças

¹⁹¹ Vide COSTA FERREIRA, *op. cit.*, p. 20. Os dados monitorizados através da tecnologia de telemetria fisiológica em órbita eram posteriormente analisados e armazenados em Terra. Cfr. BAPTISTA, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹² BAPTISTA, *Telemedicina..., cit.*, p. 50.

¹⁹³ Acerca destes projetos, vide BAPTISTA, *op. cit.*, pp. 50-53; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 109.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ As três integram o grupo das Redes de Nova Geração (RNG).

¹⁹⁶ O título resultou da homenagem prestada ao piloto de aviação Charles Lindergh, já que, à semelhança do referido ato médico, sobrevoou o atlântico cfr. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 110 e BAPTISTA, *op. cit.*, pp. 54-55.

motrizes, como o telefone, o rádio e a televisão, mas uma união a cinco, pela junção subsequente do frenesim da internet e da alta ciência computacional.”¹⁹⁷

De facto, vivemos num mundo cada vez mais rápido, onde a evolução digital ascende apressadamente como nunca sucedeu na história humana, contribuindo para a conexão de tudo e de todos e para a completa alteração do mundo como o conhecemos: nasceu a sociedade de informação e do conhecimento. Numa linha temporal como aquela em que vivemos, os próprios cuidados de saúde – inseridos na designada economia digital – sofreram inovações capazes de desafiar o plano ético e jurídico. A título de exemplo, a designação de doente foi substituída por “utilizador” ou ainda por “doente-consumidor”, o que espelha os reflexos deste período tecnológico e económico.

A criação da rede móvel 5G, que veio substituir a já considerada inovadora 4G, simboliza uma maior conectividade a todo o tempo e em qualquer lugar e, em concreto, no que à prestação de cuidados médicos à distância¹⁹⁸ diz respeito, um mais fácil e célere acesso, em razão da redução da denominada latência, dito de outro modo, reduz o tempo decorrido entre o momento em que a ordem é emitida e o tempo de resposta para a execução da mesma. É, pois, o manifesto da construção de um sistema capaz de abranger assistência médica de emergência possibilitando ao médico, através da conectividade constante, avaliar cuidadosa e rigorosamente o doente dispondo dos equipamentos médicos que tem ao seu dispor na unidade móvel em que se encontra. Deste modo, o doente poderá ser encaminhado para o hospital capaz de aplicar o tratamento necessário atendendo aos dados recolhidos por via de exames complementares de diagnóstico (v.g. análises clínicas ou ecocardiogramas).

Durante a pandemia do vírus COVID-19, a China foi dos países onde o recurso à telemedicina foi mais intenso. Neste estado, foram desenvolvidas aplicações móveis que tinham como objetivo controlar a disseminação do vírus. Para além disto, em Wuhan, foi edificado um hospital de campanha que funcionava somente com máquinas humanoides que monitorizavam os pacientes por via de termómetros conectados à internet, alertando os profissionais de saúde sempre que os dados recolhidos revelavam necessidade.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Cfr. CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, cit., p. 110.

¹⁹⁸ O leque de setores de atividade que saem beneficiados com a rede 5G é amplo, v.g. agricultura, automóvel e energia cfr. CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁹ CABRAL, “Telemedicina versus...”, *cit.*, p. 16.

4.2. Plano nacional

Em território português, o primeiro contacto com a Telemedicina foi tardio aquando da realização, em 1994, da conferência relativa ao 3º programa quadro da *Advanced Informatics for Medicine (AIM)* com o apoio da *Directorate General XIII (DGXIII)*, que era um serviço da Comissão Europeia – atualmente União Europeia – que dava trato às políticas relacionadas com matéria de telecomunicações, mercado de informação e inovação tecnológica.²⁰⁰ No ano seguinte, no Hospital Pediátrico de Coimbra, assistiu-se à criação da consulta de Telemedicina Cardiológica e Fetal – tida como a vanguardista do fenómeno da telemedicina em Portugal – e, três anos mais tarde, outras duas unidades hospitalares seguiram o exemplo: a maternidade Júlio Dinis no Porto e o Hospital de Santo André em Leiria.²⁰¹ No fim do milénio, em 1999, institui-se a Comissão de Acompanhamento da Iniciativa Estratégica para o Desenvolvimento da Telemedicina (CIEDT).²⁰²

No início deste milénio, foram vários e bastante profícuos os avanços da teleprática que, apesar de não sermos dotados de suficientes páginas para expor todos, irão ser alvo de análise. Em 2003, nos Hospitais e Centros de Saúde do Alentejo, foi possível testemunhar o desenvolvimento de atos telemédicos.²⁰³ O ano de 2004 fica positivamente distinto pelos projetos ao longo do território português que visavam a promoção da interoperabilidade ente centros hospitalares e centros de saúde (cuidados de saúde primários) e a utilização do telediagnóstico: “TeleMed Alentejo”, Rede Digital de Saúde da Ria de Aveiro e a Rede Telemática da Saúde.²⁰⁴ O ano de 2006 merece destaque pelo nascimento da Associação Portuguesa de Telemedicina (APT) e pela execução do Projeto Urgência Pediátrica Integrada do Porto (UPIP) verdadeiramente capaz de derrubar as barreiras impostas pela distância física.²⁰⁵

²⁰⁰ Para maiores desenvolvimentos acerca da evolução da telemedicina em Portugal, vide CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 113-117; MONTEIRO, “A Telemedicina como vetor...”, *cit.*, pp. 6 e ss.; BAPTISTA, *op. cit.*, pp. 50 e ss.; ANTÓNIO CAPITÃO, *et al*, *Telemedicina: uma análise da situação portuguesa*, 3ª Conferência Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação, Vol. I, Espanha, junho de 2008, pp. 2 e ss.

²⁰¹ Vide BAPTISTA, *Telemedicina em Catástrofe...*, *cit.*, p. 54; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 114.

²⁰² MONTEIRO, *op. cit.*, p. 6; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 114.

²⁰³ MONTEIRO, “A telemedicina como vetor...”, *cit.*, p. 6; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 114.

²⁰⁴ CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 115; MONTEIRO, *op. cit.*, p. 6; BAPTISTA, *Telemedicina em Catástrofe...*, *cit.*, p. 52; CAPITÃO *et al*, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁵ Foi também neste ano que se realizou um estudo capaz de comprovar que 94% dos hospitais possuíam acesso à internet por banda larga, mas que apenas 22,8% desses realizaram uma atividade de telemedicina cfr. CAPITÃO *et al*, *op. cit.*, p. 3.

Em 2007, foi desenvolvido e implementado o Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde, um sistema de interação celeberramente denominado de linha de Saúde 24.²⁰⁶ Atualmente conhecido como SNS 24, funcionando 24 horas por dia, 7 dias por semana, este sistema de interação na saúde teve na sua implementação o intuito de fornecer aos cidadãos portugueses um instrumento de esclarecimento de dúvidas sobre o seu estado de saúde e também oferecer vários serviços, como por exemplo, o agendamento de consultas com o médico de família e teleconsultas em estabelecimentos prisionais.²⁰⁷ Perante o cenário catastrófico vivido durante os confinamentos provocados pelo Covid-19, mostrou-se indispensável na luta contra a propagação do vírus, dada a sua natureza célere na resolução de determinadas questões, v.g. disponibilização de certificados de isolamento e resposta afirmativa no caso de ter de haver efetivamente uma deslocação a um hospital, nas situações mais graves.

O ano de 2007 terminou com a criação pelo INEM (Instituto Nacional de Emergência Médica) de um serviço pré-hospitalar designado de Suporte Imediato de Vida (SIV) capaz de disponibilizar uma remota assistência médica por via de equipamentos de transmissão de dados, áudio e vídeo.²⁰⁸

No que toca à evolução de instrumentos, em 2009, a Universidade de Aveiro criou o “Vital Jacket” de forma a telemonitorizar os sinais vitais, como a temperatura e a frequência cardíaca, e ECG, através de tecnologia *wireless*.²⁰⁹

Já nos primeiros anos da segunda metade do século XXI, especificamente em 2014, a Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS, IP.) financiou um projeto-piloto no campo da telemonitorização da Doença Pulmonar Obstrutiva Crónica (DPOC) atribuído à Unidade Local de Saúde do Alto Minho (ULSAM). Passados dois anos, além do surgimento da app MySNS²¹⁰ e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 67/2016

²⁰⁶Na verdade, em 2005, foi criada uma linha telefónica de apoio pediátrico designada por “Dói, Dói? Trim, Trim!”, tendo sido substituída por esta linha de Saúde 24, que tem uma maior capacidade e é mais abrangente. Cfr. ERS, *Prestação de Telemedicina nos Hospitais do Serviço Nacional de Saúde*, 2022, p. 15; MONTEIRO, *op. cit.*, p. 7; CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 115.

²⁰⁷ Cfr. informação disponível em <https://www.spms.min-saude.pt/2023/03/balcao-sns-24-ministro-da-saude-assiste-a-primeira-teleconsulta-no-estabelecimento-prisional-de-faro/>

²⁰⁸ CRUZ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 116.

²⁰⁹ BAPTISTA, *Telemedicina em Catástrofe...*, *cit.*, p. 52.

²¹⁰ O propósito desta aplicação móvel é disseminar notícias do SNS, permitir um célere acesso ao SNS24, emitir alarmes de saúde pública, recolher a opinião de utentes acerca do SNS e possibilitar de forma rápida e fácil acesso a informações relativas a dados de contacto e localização de instituições de saúde.

que criou o Centro Nacional de TeleSaúde (CNTS)²¹¹, o “Telemedicina em Diálise Peritoneal”, criado com o desígnio de conectar remotamente os doentes que realizam Diálise Peritoneal Automatizada (DPA) em casa e os profissionais de saúde que os seguem nos respetivos hospitais, recebeu acolhimento nos centros hospitalares de Lisboa Norte e Lisboa Ocidental e, no norte do país, o Centro Hospitalar de São João.²¹² Outra especialidade que beneficiou de avanços merecedores de destaque, foi a dermatologia, já que, em 2017, se iniciou a teleconsulta dermatológica nos estabelecimentos prisionais.²¹³ No mesmo ano, foi criado um meio de realização de teleconsultas em tempo real por via de vídeo designado de Plataforma de Dados de Saúde Live (PSD Live), que contribuiu para o bom funcionamento e eficácia na partilha de informações – v.g. resultados de exames e imagens.

Tal como já tivemos oportunidade de mencionar, o período da pandemia, de 2020 a 2022, revelou a imprescindibilidade da saúde digital, não só para evitar o contágio de uma maior percentagem da população portuguesa, como também para tratar daqueles que contraíram o vírus e cujo isolamento era obrigatório.

Nos dias de hoje, assistimos a uma célere evolução tecnológica, pelo que a própria velocidade com a tecnologia evolui apresenta-se como um risco de crescente *iliteracia digital*, na medida em que, ainda que haja desejo de aceder a esta nova forma de prestação de cuidados de saúde por parte da população, ser-lhe-á difícil que se mantenha atualizada e o consiga efetivamente fazer, em especial, as faixas etárias mais idosas e habitantes de regiões isoladas, onde infelizmente o próprio sinal *web* é pouco desenvolvido. Não obstante, a realidade da massificação da telemedicina a nível mundial é, portanto, inegável e incontornável.²¹⁴

²¹¹ O referido Centro é composto por uma unidade coordenadora central que opera nos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E. P. E., uma unidade de desenvolvimento e investigação em Telesaúde e por unidades de prestação de cuidados à distância especializadas articuladas com unidades do SNS e uma de teleformação do SNS.

²¹² CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, cit., p. 117.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ O surgimento de várias plataformas de sintomatologia e teleconsultas revela o exposto. A título de exemplo, a “Ping an Good Doctor” e “We Doctor”.

5. Modalidades

5.1. Telemedicina em função da natureza do ato clínico

A telemedicina apresenta uma panóplia de modalidades²¹⁵ que, embora possa ser complexa a tarefa de as distinguir face às teleespecialidades, não implica um número tão elevado. Desta feita, focar-nos-emos somente nas demais: telemonitorização, teleformação, teleintervenção, teleconsulta, contacto entre 2 ou mais profissionais de saúde.²¹⁶

A telemonitorização (ou televigilância) é uma modalidade que revela a transmissão – por parte do paciente com auxílio de enfermeiros ou outro profissional de saúde – dos seus dados médicos ao médico.²¹⁷ Dito de outro modo, permite o controlo de sinais vitais (v.g. valores de glicemia, pressão arterial) à distância por via de, em alguns casos, sistemas portáteis pelo próprio paciente. Em caso de emergência, estes sistemas enviam sinais de alerta para um centro de controlo remoto. Tal como VERA LÚCIA RAPOSO aponta, é uma importante ferramenta na redução de custos de saúde, uma vez que o paciente continua a ser monitorizado no conforto de sua casa depois de lhe ser concedida a alta médica. É um recurso particularmente proveitoso para doentes crónicos (diabéticos, doentes cardíacos, hipertensão) e para grávidas.²¹⁸

Relativamente à teleassistência, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA esclarece que diz respeito a uma “interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre num tipo de meio a que não tem acesso a um médico local (por exemplo, no caso de calamidades e situações de urgência).”²¹⁹

Por seu turno, a teleintervenção consiste no emprego de mecanismos – mecânicos, informáticos e robóticos – que, através de uma aplicação interoperável, permite a prática remota de intervenções cirúrgicas.²²⁰

Já a teleconsulta – enquanto modalidade mais utilizada, especialmente nos dias de hoje – espelha uma interação direta entre o paciente e o médico através de qualquer

²¹⁵ Apesar de carecer de atualizações, a Declaração de Telavive refere apenas quatro modalidades: teleassistência, televigilância, teleconsulta e interação entre dois médicos.

²¹⁶ Relativamente a vertentes, existirão tantas quantas as especialidades de medicina, v.g. teledermatologia, telepsiquiatria, telenefrologia, teleoncologia, etc.

²¹⁷ Cfr. ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 51.

²¹⁸ Vide RAPOSO, “Você tem uma nova mensagem...”, *cit.*, p. 18; ARAÚJO COUTINHO, “Uma Breve Reflexão...”, *cit.*, p. 51.

²¹⁹ Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, op. cit., p. 553.

²²⁰ RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 19; CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 127.

telecomunicação, sendo mais frequentemente utilizada a videoconferência (por via da internet) e o telefone.²²¹ É, portanto, semelhante à consulta médica, somente com a particularidade de o médico e o paciente não se encontrarem fisicamente no mesmo espaço. Em determinadas situações, os estetoscópios eletrónicos permitem ultrapassar a distância física; para além disto, o facto de o paciente estar acompanhado por outro profissional de saúde (enfermeiro) torna possível aplicar a teleconsulta a quase todas as especialidades.²²²

Por fim, a telemedicina pode consistir no contacto entre dois ou mais profissionais de saúde com o intuito de analisar o estado clínico do paciente de um deles. Entendemos que este contacto é extremamente profícuo, no sentido em que os médicos poderão trocar ideias e conhecimentos, ampliando a probabilidade de sucesso de qualquer intervenção a realizar.

5.2. Classificação de atividades: *store and forward* e *real-time*

Para além das já analisadas modalidades, poderemos ainda dividir a Telemedicina em duas formas de prestação baseadas no tipo de interação, que, não obstante as diferenças, potenciam de igual modo o acesso a cuidados de saúde em casos onde a distância é um elemento a considerar: *store and forward* e *real-time*.²²³

Como o próprio nome indica, os serviços *real-time* ocorrem em tempo real, caracterizados pela recolha, transmissão e exibição da informação em direto. É frequente nas teleconsultas e em ações de formação ou reuniões de trabalho realizadas através de videoconferência. A principal vantagem deste serviço encontra-se no facto da interação ocorrer ao mesmo tempo, permitindo uma mais rápida observação do doente – por exemplo, em caso de urgência. E, dado o contacto direto existente, é possível que a confiança da relação entre médico e paciente, que, como vimos, sofre o grave risco de ser abalada no âmbito da prática médica à distância, mantenha o nível da existente numa consulta médica presencial.

Por outro lado, os serviços assíncronos – *store and forward* – não carecem de simultaneidade na utilização, uma vez que a informação poderá ser transmitida num

²²¹ Cfr. RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 19.

²²² *Idem*, p. 20.

²²³ Acerca desta distinção, *vide* MATOS *et al*, *Telemedicina em Portugal...*, *cit.*, p. 17; RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 15.

determinado momento pelo paciente ou médico e consultada pelo outro em momento diverso, seja, por exemplo, por e-mail. Naturalmente que, ao contrário da interação anterior, a confiança pode ser mais frágil.²²⁴

6. Regulamentação específica em Portugal

Atualmente, em Portugal, não existe regulamentação específica da telemedicina.²²⁵ Contudo, o CDOM é particularmente importante neste âmbito, por ser o único capaz de sustentar juridicamente esta prática. Antes de iniciarmos o presente ponto, cumpre ressaltar que, apesar de a telemedicina não ser proibida, não é (ainda) uma forma preferencial de prestação de cuidados médicos.

Todo o seu capítulo VII é dedicado à telemedicina, sendo capaz de estabelecer determinados pressupostos para a prática médica nestes termos. Desde logo, no n.º1 do art. 46.º – o início do capítulo – é revelada uma preocupação com a salvaguarda da relação médico-paciente, com a manutenção da “confiança mútua, a independência de opinião do médico, a autonomia do doente e a confidencialidade”, pelo que, nos casos em que o doente pretenda aceder a uma teleconsulta, por exemplo, “esta não deve substituir a relação médico-doente e deve realizar-se em condições sobreponíveis a uma consulta presencial” (n.º2), que só poderá ser “dada quando o médico tiver uma ideia clara e justificável da situação clínica.” Deste modo, podemos concluir que o recurso à telemedicina apenas sucederá nos casos em que não seja fisicamente e/ou economicamente possível a prática presencial, cabendo ao médico decidir se “utiliza ou recusa a telemedicina” (art. 47.º, n.º 1).

Caso o médico não proceda da forma prevista, designadamente, avaliando cuidadosamente a informação recebida, de modo a dar opiniões, recomendações ou a tomar decisões médicas de qualidade (n.º3 do art. 46.º), este será responsabilizado profissionalmente²²⁶ (cf. art. 47.º, n.º3).

²²⁴ Vide LOANE/WOOTTON, “A Review of Telehealth”, *cit.*, p. 163.

²²⁵ Tem-se verificado uma simples tentativa de promoção de iniciativas legislativas – claramente de natureza experimental – que tem como objetivo o desenvolvimento e a implementação semelhante à correção de assimetrias. Em sentido completamente oposto ao nosso ordenamento jurídico, encontramos, o caso da Polónia, “em que a licitude do ato médico exige a presença física simultânea do paciente e do profissional de saúde no mesmo local” cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Telemedicina e Farmácia Online...”, *cit.*, p. 56.

²²⁶ Sem prejuízo de cúmulo de outros tipos de responsabilidade, nomeadamente, civil ou criminal.

Encontramos um escudo de proteção aos direitos do paciente nos n.ºs 4 e 6 do art. 47.º e nos arts. 48.º e 49.º, especialmente no que toca ao direito à proteção e tratamento dos seus dados pessoais que, como vimos anteriormente, é tida como uma das maiores desvantagens no recurso à telemedicina.

Relativamente ao consentimento informado, o art. 47.º, n.º5 é remissivo para os arts. 20.º, 21.º, 22.º e 23.º, o que, a nosso ver, não basta, já que não estabelece qualquer diferença quando comparado com o prestado nas práticas presenciais.

Após uma análise descritiva, propugnamos pela necessidade de o legislador nacional elaborar legislação curativa (por vezes mesmo paliativa), contrariando o típico normativo preventivo. Urge, então, um “legislador mais reativo e menos punitivo.”²²⁷ Assim, apesar das regras deontológicas, torna-se imperativa o enquadramento legal da telemedicina para efeitos de proteção tanto do paciente, como do médico. Em suma, entendemos que só o legislador poderá incentivar o recurso à telemedicina por parte dos médicos, através de uma delimitação do que é exigido ao profissional.

7. Relação médico-paciente na telemedicina

Recorrendo aos ensinamentos *supra* expostos, a relação que se celebra entre o médico e o paciente pode revestir-se de natureza contratual ou extracontratual – dicotomia esta que se pode encontrar na telemedicina. De facto, tal como ANDRÉ DIAS PEREIRA refere, a prática da telemedicina não significa uma nova disciplina médica, “antes significa o aumento de possibilidade de melhoria da qualidade e eficiência dos serviços médicos.”²²⁸

Apesar das fragilidades já apontadas – maior risco na quebra de confidencialidade e distanciamento pessoal entre as partes –, a boa teleprática contribuirá para o fortalecimento desta relação, uma vez que, em alguns casos, o médico poderá estar mais presente. De ressaltar que o paciente assumirá um papel muito mais participativo nos dias de hoje, graças à facilidade de acesso a conhecimentos médicos, através da internet, e dos seus direitos, procurando reivindicá-los sempre que possível.

²²⁷ Cf. CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, cit., p. 113. Neste sentido, vide ainda SÓNIA MOREIRA, “Considerations about medical liability in the era of E-health”, in *E.Tec Yearbook – Health Law and Technology*, School of Law of the University of Minho, 2019, p. 36.

²²⁸ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 552.

Por não acrescer nenhuma verdadeira distinção para com os moldes clássicos, a natureza da relação contratual não será alvo de análise; somente a variação quanto ao modo de contratar: é um contrato celebrado por via eletrónica.²²⁹ Para além disso, as grandes dificuldades presentes neste âmbito consistem em identificar a presença de uma relação médico-doente, bem como quando se inicia a mesma.²³⁰

7.1. Contratação eletrónica

Estamos perante um contrato de prestação de serviços de saúde à distância, conseqüentemente, enquadra-se nos serviços da sociedade de informação²³¹, conforme o previsto na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 (Diretiva sobre o comércio eletrónico).^{232 233} Destarte, como escreveu ALEXANDRE DIAS PEREIRA, nos arts. 25.º e 26.º, este diploma “estabelece a idoneidade da via eletrónica como meio de declaração negocial”, equiparando-o ao documento escrito e proibindo “cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores”²³⁴ que, no final das contas, acaba por reforçar o princípio da liberdade contratual e o princípio da liberdade de forma instituídos nos arts. 405.º e 219.º do CC.²³⁵ É ainda reafirma a ideia de que a validade e a eficácia dos contratos celebrados por esta via não sofrem prejuízos.

²²⁹ Neste sentido, *vide* FRANCISCO PACHECO ANDRADE, “Contratação eletrónica”, in *Direitos dos Contratos*, Coleção Formação Contínua, CEJ, novembro de 2017, p. 43.

²³⁰ Para VERA LÚCIA RAPOSO, “nem sempre é fácil identificar, numa situação concreta, a prática de um genuíno ato médico, com todas as conseqüências jurídicas que daí decorrem, pois poder-se-á tratar de um mero fornecimento de informação que não pode ser considerado um ato médico”, *cfr.* “Você tem uma...”, *cit.*, pp. 22-23. Por isto mesmo, é extremamente ténue a linha que separa a prática de um ato médico e o simples fornecimento de uma informação (que pode acarretar, nos termos do art. 485.º do CC, responsabilidade civil pela prestação de informações).

²³¹ Apoiamo-nos nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, segundo a qual “*the definition of information society services (...) covers any normally remunerated kind of service, provided at a distance, per electronic equipment for data processing (including digital comprehension) and for data storage, at the individual request of the service recipient. Therefore, every healthcare service supplied at distance for any kind of fee falls within the scope of this Directive*”, *cfr.* “Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe”, in *GMS Health Technology Assessment*, Vol. 12, 2016, pp. 7 e 8.

²³² Relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

²³³ Esta diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, atualizada pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, relativa ao Regime Jurídico do Comércio Eletrónico.

²³⁴ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Telemedicina...”, *cit.*, p. 67.

²³⁵ PACHECO ANDRADE, “Contratação Eletrónica...”, *cit.*, pp. 47-48. Concordamos com as palavras do autor ao escrever que “esta consagração acaba por refletir a preocupação de transposição da Diretiva 2000/31/CE, que no seu art. 9.º/1 impõe que os sistemas jurídicos não só permitam a celebração de contratos por meios eletrónicos como, sobretudo, não criem obstáculos à utilização da contratação eletrónica, não

Todavia, não se aplica a estes contratos de prestação de serviços de cuidados de saúde à distância²³⁶ o regime dos direitos dos consumidores – Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe a Diretiva n.º 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011 – conforme o art. 2.º, n.º3, f).²³⁷

7.2. Identificação da relação médico-paciente

Segue-se agora o segundo problema que invocámos anteriormente: a identificação de uma relação médico-paciente no domínio da telemedicina. Na prática, esta relação origem de direitos e obrigações nem sempre é clara. Vejamos. Se é óbvia a sua existência em teleconsultas entre um médico e um paciente que já tenha sido presencialmente seguido por aquele; e a sua inexistência no contexto do acesso por parte de um utilizador não identificado a informações genéricas sobre saúde publicadas por um médico num site, as situações que se encontrem no meio de ambas já não serão tão claras. A complexidade relacionar-se-á, à semelhança do que invoca VERA LÚCIA RAPOSO, com o facto de não se encontrar uma definição de ato médico do qual possam decorrer todas as consequências jurídicas naturais.²³⁸

Cumpra agora explorar o momento que dita o início desta relação, já que “quando o espaço físico do consultório médico desaparece da equação esfuma-se igualmente aquele que era o marco indicador da relação médico-paciente, logo, da prática de atos médicos.”²³⁹ Haverá um verdadeiro *duty of care*²⁴⁰ entre nós capaz de revelar esta

privando os contratos eletrónicos de efeitos legais nem da validade pelo facto de serem celebrados por meios eletrónicos.” Cf. *op. cit.*, p. 48.

²³⁶ A título de curiosidade, trata-se de um contrato do tipo B2C (*Business-to-Consumer*), de um modo simples, consiste num negócio celebrado entre um empresário/profissional e um consumidor que se efetiva por via eletrónica, de acordo com os arts. 3.º, n.º1 e 28.º, n.º1 do Regime Jurídico do comércio Eletrónico), sendo o seu objeto, segundo o art. 3.º, n.º1 RJCE, “qualquer serviço prestado à distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário”. Sobre este ponto, vide CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 131.

²³⁷ Para maiores desenvolvimentos, vide PAULO MOTA PINTO, “O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”, in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, edição especial, Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p.55 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O Direito à Não-Infamação”, *idem*, p. 45.

²³⁸ RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 22.

²³⁹ Cf. *Idem*, p. 23.

²⁴⁰ Em Portugal, este conceito é entendido de forma diferente. Segundo VERA RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 23, “embora o conceito de dever de cuidado exista igualmente entre nós, este pretende apenas expressar o comportamento esperado do médico naquela situação concreta, sem com isso implicar qualquer função de identificação da presença de uma relação suscetível de dar azo a um processo de responsabilidade médica”, o que encontra justificação no facto de “à luz do nosso ordenamento, qualquer tipo de

ligação entre o profissional e o doente? No nosso entender, tal momento varia consoante a modalidade de telemedicina a que se recorre – encontrando-se a maior dificuldade na teleconsulta – por exemplo, no caso de uma consulta por telefone, tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto. De facto, a nossa jurisprudência nunca foi confrontada com uma hipótese deste género, por isso, atentemos ao panorama norte-americano, que defende serem indícios da relação a existência de um prévio encontro presencial (tendo o médico examinado fisicamente o paciente), a consulta do processo clínico, a identificação pelo nome e ainda o pagamento pelo serviço concedido.²⁴¹

Desta forma, recorremos a um caso norte-americano²⁴², em que o paciente contactou telefonicamente o médico por ter fortes dores nas costas, tendo sido aconselhado pelo profissional a comparecer o mais depressa possível no consultório; o que efetivamente sucedeu. Todavia, algumas horas depois, sofreu um ataque cardíaco na sala de espera. No caso *sub iudice*, o tribunal entendeu não existir um *duty of care* que recaísse sobre o médico, ainda que as opiniões sejam diferentes: para VERA LÚCIA RAPOSO, o facto de não existir responsabilidade civil médica reside no facto da leviandade do próprio paciente, não podendo o dano ser imputado ao médico.²⁴³ Não obstante tal decisão, em face de uma situação semelhante, entendeu-se que a simples chamada telefónica bastava para o estabelecimento da relação enunciada.²⁴⁴

São várias as questões que um breve olhar para a situação exposta levanta: poderá um simples telefonema constituir a relação médico-paciente? Quando é que se tem por celebrado o contrato de prestação de serviços médicos? As respostas a tais questões decorrem logicamente de apurar se o facto de o médico ter um consultório aberto ao público significa uma proposta contratual ou um simples convite a contratar.

Entre nós, as características para que uma proposta contratual possa ser, de facto, válida são consensuais: completude, revelar manifesta intenção de contratar e terá de revestir a forma prevista para a celebração daquele negócio.²⁴⁵ Neste ponto, somos

comportamento que o médico tenha para com um paciente (desde que no exercício da sua profissão, caso contrário, não será mais um processo de responsabilidade médica), é suscetível de ser judicialmente analisado e de conduzir a uma condenação civil ou criminal no contexto da responsabilidade médica.”

²⁴¹ RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 24.

²⁴² *Miller v. Sullivan*, 214 .d.2D, Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Third Department, April 13, 1995.

²⁴³ RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 24.

²⁴⁴ *Cogswell v. Chapman*.

²⁴⁵ Vide FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*, Coimbra, Livraria Almedina, 3.^a edição, 2005, pp. 9 e ss. No mesmo sentido, MOTA PINTO enuncia que “uma proposta

levados a crer que estamos em face de um mero convite a contratar, pelo facto de que a abertura ao público não revela a existência de dois dos pressupostos necessários para que se possa concluir pela existência de uma efetiva proposta contratual: de que seja completa e que haja uma intenção inequívoca de celebrar contrato.²⁴⁶ Ora, não é por o médico ter um consultório aberto com acesso livre a qualquer cidadão, permitindo o agendamento de consultas, que o próprio clínico o vai efetivamente fazer: pode reconhecer não possuir as capacidades suficientes para tratar o problema específico daquele paciente, podendo inclusivamente recomendar um colega. Assim, o nosso raciocínio culmina com a afirmação de que a deslocação do paciente ao consultório não significa necessariamente a celebração do contrato de prestação de serviços médicos, pelo que, logicamente, o telefonema também não.

Pelo exposto e voltando a ter como presente o caso enunciado, atendendo ao panorama legislativo português, somos forçados a concordar com a não responsabilização do médico por quaisquer danos provocados ao paciente declarada na decisão do tribunal norte-americano, por não se ter verificado uma assunção de quaisquer obrigações, o que resulta na ausência de preenchimento do pressuposto da ilicitude.

Tratando-se de um contacto entre dois médicos – um que se encontre ao lado do paciente e outro à distância – a questão assume outra proporção: será que poderá ser responsabilizado o médico que não teve contacto físico com o paciente? No caso *McKinnery v. Scharter*, o tribunal concluiu que, apesar de o médico que recebeu o telefonema do colega que estava na mesma sala que o doente não ter tido um contacto pessoal com o mesmo, poderia ser responsável desde que se tivesse estabelecido um *duty of care* na sequência dos conselhos que forneceu e que pudessem influenciar verdadeiramente a decisão clínica.²⁴⁷ A improcedência desta ação assentou no facto de o médico não estar ao abrigo de qualquer dever de serviço, tendo prestado apenas voluntariamente uma opinião médica – e não tendo médico que o contactou qualquer

contratual só existirá se for suficientemente precisa, dela resultar a vontade do seu autor se vincular e houver consciência de se estar a emitir uma verdadeira declaração de contratar”, cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição (2.ª Reimpressão), 2012, p.651.

²⁴⁶ Com o mesmo entendimento, vide TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade...*, cit., pp. 61 e 62, nota 136; ANDREIA SANTOS DUARTE, *Telemedicina: os novos desafios à responsabilidade civil médica – A emergência de uma nova forma de prestar consentimento*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do Grau Académico de Mestre em Direito, Porto, setembro de 2018, p. 27.

²⁴⁷ O mesmo foi dito quanto a possíveis prescrições de medicamentos e se tiver assumido o dever de atender doentes perante o hospital.

dever de seguir a recomendação²⁴⁸ –, pelo que não se materializou qualquer relação jurídica entre este e o paciente.

Logicamente que se trata de uma questão com uma natureza bastante complexa, não podendo ser tratada levemente, desde logo, porque a própria complexidade da medicina exige que os médicos comuniquem entre si, de forma a beneficiarem da experiência uns dos outros, aprendendo sobre matérias que não dominam tão pormenorizadamente ou beneficiando de uma segunda opinião, tal como é exigido pelas boas práticas médicas – podendo a sua ausência acarretar, como bem sabemos, responsabilidade sobre o médico.²⁴⁹ Perante uma hipótese em que o paciente sofra um dano, poderá, assim, haver uma responsabilização de ambos os médicos – do que solicitou a opinião não divulgando suficiente informação e do que forneceu conselhos, ainda que consciente da insuficiência de dados.²⁵⁰

As teleconsultas podem ainda ser prestadas por via e-mail (um tanto mais seguro e fidedigno do que as mensagens instantâneas enviadas por *Skype* ou *WhatsApp*) – modalidade que tem crescido ao longo dos anos, estando os médicos mais recetivos a este meio de prestação de cuidados de saúde. A relação médico-paciente estabelece-se, *in casu*, quando o paciente deixa de procurar outro médico por ter recebido resposta positiva no sentido de ser seguido por aquele que contactou. É exemplo a hipótese em que o médico forneceu um diagnóstico ou mesmo o caso de ter requerido mais dados ao paciente que entrou em contacto consigo.²⁵¹

Neste caso, o risco de os médicos responderem a pacientes não convenientemente identificados é assumido quase que inconscientemente – dito de outro

²⁴⁸ Esta posição é a prevista no nosso CDOM no art. 95.º, n.º2 C, segundo o qual “o médico que pede opinião de um colega é responsável pelo tratamento e pelas decisões e recomendações por ele dadas ao doente”. Se assim não fosse, o médico consultado seria tido como auxiliar do que o consultou, resultando na responsabilidade do segundo nos termos do art. 800.º, n.º1 CC.

²⁴⁹ Aliás, “do nível mínimo de exigência que deve estar presente em todo e qualquer caso consta a obrigação de pedir opinião a outro profissional quando não se sinta suficientemente preparado, nomeadamente, pedir conselho a um outro médico mais experiente ou mais conhecedor do assunto”, cf. RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 94.

²⁵⁰ No que concerne a este último, poderá haver recusa sem constituir crime? Seguimos a posição de VERA LÚCIA RAPOSO ao escrever que “perante um cenário de informação insuficiente, deve o médico recusar-se a emitir qualquer parecer, sem que com este comportamento incorra em prática criminosa (exceto se for uma situação de urgência que não se compadeça com mais delongas)” e conclui ensinando que “pelo contrário, deve requerer a informação adicional ao médico que segue habitualmente o paciente e, sendo recusada (o que, por sua vez, configurará, pelo menos, uma falta deontológica), deverá manter a recusa em intervir.”, cf. “Você tem...”, *cit.*, p. 26.

²⁵¹ *Vide* RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 26.

modo, é uma atitude altamente questionável do ponto de vista ético e jurídico²⁵² –, colocando a sua carreira em perigo ao proverem diagnósticos e conselhos médicos.²⁵³ Neste sentido, de forma a evitar demandas judiciais – responsabilidade civil por danos resultantes de conselhos e prescrições realizadas via e-mail –, o médico terá de se precaver, recusando dar seguimento a contactos por e-mail de doentes que não conhece pessoalmente²⁵⁴, em especial daqueles cuja identificação é indevidamente efetuada. Porém, poderá – e deverá – encaminhá-los para uma consulta pessoal. Em termos conclusivos, deve haver uma consciencialização por parte dos médicos de que as respostas a estes contactos poderão dar azo a uma relação entre eles e o paciente, sem temerem que a ausência de resposta dará azo a consequências jurídicas, tais como crime de recusa ou omissão de auxílio.²⁵⁵

Ainda no campo *online*, é relevante atender aos contactos estabelecidos por via de sites. Tem-se por assente a posição segundo a qual a relação médico-paciente é materializada quando o usuário cria uma conta nesse mesmo site e paga o serviço, já que a informação disponibilizada assume a proposta contratual que o paciente aceita no momento em que cria a conta e efetua o pagamento.

E quando o acesso ao site é gratuito? Ainda que não exista uma obrigação pecuniária neste caso, ao associar-se ao site, o paciente está a revelar a aceitação à proposta contratual, à semelhança do que sucede no caso anterior. Apesar de não haver jurisprudência portuguesa acerca deste tema, levantar-se-ia a possibilidade de aplicar *mutatis mutandi* o que foi mencionado para os contactos telefónicos e por e-mail, contudo, muitas vezes estes sites não são sequer administrados por médicos, mas sim por profissionais de *e-health* – que não tiveram qualquer formação médica, mas somente relativa a tecnologias de informação –, o que nos remete para a “responsabilidade civil das empresas que fornecem aconselhamento (mais ou menos) genérico sobre questões de

²⁵² Dado que poderá ser responsabilizado no caso de subvalorização do problema apresentado pelo paciente que o contacta por esta via, como também por ter confiado em informações pouco fidedignas e ter sugerido uma comunicação por uma via como a internet, que potencia a insegurança na transmissão de dados sensíveis (como é o caso dos dados de saúde).

²⁵³ À semelhança do que foi explicado no domínio das teleconsultas por via telefónica, o médico poderá recusar, não assumindo a não resposta como algum tipo de resposta.

²⁵⁴ *A contrario*, revela-se bastante útil esta forma de acompanhamento de pacientes com quem já estabeleceu contacto presencial, especialmente para transmitir resultados de exames e seguir doentes crónicos.

²⁵⁵ RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 27. Acerca das regras que devem ser cumpridas na comunicação por correio eletrónico, *vide* RAPOSO, “The doctor...”, *cit.*, pp. 2926-2927.

saúde”²⁵⁶, bem como do administrador – ou até de ambos. No entanto, jamais se poderá olvidar a importância de atentar no caso concreto.

Por fim, um recurso de contratação de médicos que tem sido alvo de crescimento na atualidade são as *apps* móveis, como por exemplo a “*Knok Care*”²⁵⁷. Para este caso, parece-nos aplicar-se a mesma lógica anteriormente descrita para os sites, isto é, sendo suficientemente completa a informação disponibilizada na *app*, constituir-se-á a proposta contratual, cuja aceitação se verifica no momento em que o paciente seleciona livremente o médico para se dirigir a sua casa e paga a consulta.

Porém, quem será o responsável caso, no decorrer do uso de aplicações de saúde²⁵⁸, seja fornecido ao paciente um diagnóstico incorreto? A relação é estabelecida entre quem? Terá o paciente que sofreu danos de intentar uma ação de responsabilidade civil contra o médico? Ou, antes, contra os responsáveis pela plataforma?

O raciocínio a que temos de recorrer de momento é semelhante ao que se faz nas plataformas tecnológicas de transporte – como a *Uber* –: o médico é um mero auxiliar dos titulares da aplicação ou esta funciona apenas como uma maneira inovadora de celebrar o contrato que estabelece a relação de confiança entre o médico e o paciente? De facto, se uma parte da remuneração efetuada pelo paciente é retida pela plataforma – não sendo a totalidade atribuída ao prestador de serviços –, esta deve também sofrer os prejuízos que lhe são inerentes, nomeadamente, algum dano adveniente da sua utilização. Trata-se, no fundo, de invocar o art. 800.º, n.º1 CC de forma a responsabilizar os produtores e detentores da *app* pelos atos do médico devidamente registado na plataforma.²⁵⁹

²⁵⁶ Acerca do tema e da possibilidade de se inserirem no âmbito da responsabilidade civil médica ou não, vide RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, pp. 27 e ss.; RAPOSO, “The doctor just poked...”, *cit.*, pp. 2920-2925.

²⁵⁷ A “*knokcare*” é uma *start up* portuguesa com origem em 2015, que tem como objetivo permitir chamar um médico ao domicílio e fazer vídeo consultas, através da aplicação móvel para o smartphone ou por via do site. São vários os médicos que estão disponíveis para que o paciente possa escolher aquele que deseja que se dirija a sua casa. Já as vídeo consultas auxiliam o médico no seguimento de um doente ou na obtenção de informações sobre o estado de saúde do paciente. Para mais informações vide <https://knokcare.com/>.

²⁵⁸ Em 2017, 37 mulheres da Suécia engravidaram indesejadamente por terem confiado na *app Natural Cycles* como método contraceptivo não hormonal. O objetivo da aplicação consistia em exibir um cálculo – através da análise de temperatura corporal inserida pelos utilizadores todas as manhãs – capaz de demonstrar a probabilidade de engravidar. Deste modo, o utilizador receberia um alarme nos dias em que a proteção sexual seria imperativa. Resultando em gravidez indesejada, quem é o responsável? Os produtores desse mecanismo? Vide SANTOS DUARTE, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 29, nota 79.

²⁵⁹ SANTOS DUARTE, *op. cit.*, pp. 29 e 30.

Capítulo III:

NOVOS DESAFIOS

1. Consentimento Informado

As ações de responsabilidade médica podem ser despoletadas por duas vias: pela má prática médica (*malpractice actions*), como abordado anteriormente, ou violação dos direitos dos pacientes, nomeadamente o desrespeito pelo consentimento informado (*informed consent actions*), como agora importa analisar.²⁶⁰

1.1. Breve panorama histórico

Em razão do paternalismo médico, defendia-se que “as coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunicá-las aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência.”²⁶¹ Neste sentido, era comumente proliferada a ideia de que o paciente se deveria encontrar num estado de ignorância no que à sua saúde, intervenções a realizar e possíveis riscos diz respeito, sendo-lhe omitida a informação acerca do seu diagnóstico e prognóstico²⁶², pelo que o único pensamento que lhe era aceitável e permitido imaginar era aquele que se direcionava à melhoria do seu problema. Ora, esta perspetiva herdada de Hipócrates foi ultrapassada ao atribuir-se primazia ao princípio da autonomia do paciente²⁶³.

²⁶⁰ Por economia de espaço, apenas serão abordados os pontos que entendemos serem úteis na construção do nosso raciocínio, deste modo, para maiores desenvolvimentos acerca do consentimento informado, *vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *cit.*; JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; GUILHERME DE OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; MANUEL DA COSTA “Anotações aos artigos 149º, 150º, 156º e 157º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense ao Código Penal* (Direção de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra, Coimbra Editora, 1999; MARA SOFIA DA SILVA, *Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado*, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015; GERALDO ROCHA RIBEIRO, “O Cuidado Médico Transfronteiriço e o Consentimento Informado”, *in Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira* (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol. 3, Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 235 e ss.

²⁶¹ Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da “arte silenciosa”...”, *cit.*, pp. 70 a 72 e 101 a 104.

²⁶² Daí que “a afirmação de que o médico pode ter a obrigação de prestar esclarecimentos sobre o que parece tecnicamente recomendado (...) significa negar toda a tradição” cf. GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 102.

²⁶³ A preocupação com o princípio da autonomia é partilhada tanto pelo direito como pela filosofia. As obras de John Locke possibilitaram o seu desenvolvimento ao defender o direito à proteção contra intervenções médicas não consentidas. Por sua vez, o filósofo alemão Immanuel Kant considerava que a vontade era um dos mais importantes aspetos do ser humano, tornando-o um ser racional. Para mais

No ano de 1880, assistiu-se a um pioneiro caso de responsabilidade disciplinar do médico por violação do consentimento informado. O Prof. Gerhard Hansen, médico norueguês, abusou da sua posição e realizou uma operação dolorosa num paciente sem o seu consentimento.²⁶⁴

Foi no início do século XX que as decisões de responsabilidade civil por violação do consentimento informado ganharam destaque por todo o mundo. Este direito à autodeterminação do paciente foi jurisprudencialmente afirmado pelo Juiz Benjamin Cardozo, em 1914, ao declarar que “*every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages.*”²⁶⁵ Em França, o caso *Arrêt Teyssier* no *Cour de Cassation* em 1942 foi o primeiro a abordar o tema do consentimento informado. Todavia, somente em 1957 é que surgiu, nos EUA²⁶⁶, o conceito “*informed consent*” revelador do dever de informação – tal como de evidenciar os riscos – que o médico tem para com o paciente e que rapidamente se popularizou por outros ordenamentos jurídicos.

Já na segunda metade, no pós 2ª Guerra Mundial, o paradigma mudou devido a todas as desumanidades consumadas pelo regime nazi. Assim, em 1947, foi criado o primeiro diploma legal que exige o consentimento informado – o Código de Nuremberga.²⁶⁷

No ano de 1964, foi aprovada a Declaração de Helsínquia pela Associação Médica Mundial, que previa o consentimento como um dos princípios éticos aplicáveis às pesquisas médicas que envolvam humanos. Dois anos mais tarde, o Pacto Internacional de Direitos Civis estabeleceu no seu art. 7º²⁶⁸ a primeira norma internacional e de carácter vinculativo destinada a salvaguardar o direito ao consentimento. Desde então, foram vários os diplomas internacionais que surgiram com o desígnio de disseminar e proteger

desenvolvimentos *vide* EDUARDO DANTAS/RAFAELLA NOGAROLI, “Consentimento Informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, in *Lex Medicinæ*, Ano n.º 33, 2020, pp. 30 e 31; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, pp. 25-26.

²⁶⁴ *Vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O Consentimento Informado na Experiência Europeia...”, *cit.*, p. 2.

²⁶⁵ Caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals*. Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O consentimento informado na experiência europeia”, p. 3.

²⁶⁶ Caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*.

²⁶⁷ *Vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, pp. 26 e ss e pp. 59-60.

²⁶⁸ Onde se lê: “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.”

o consentimento do paciente, tais como a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes (1994), a Convenção de Oviedo (1997 – art. 5.º)²⁶⁹, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente da Associação Médica Mundial (1981) e, no âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2002 – art. 3.º).

Portanto, tal como GUILHERME DE OLIVEIRA ensina, “a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado ganhou sentido na prática médica, como um aspecto da boa prática clínica; isto é: tratar bem não é apenas actuar segundo as regras técnicas da profissão mas também considerar o doente como um centro de decisão respeitável.”²⁷⁰ E continuou a evoluir, considerando-se que não é somente uma boa prática clínica e uma forma de legitimar intervenções médicas sem que estas se tenham por ofensas à integridade física – constituindo um ato ilícito –, mas sobretudo “o cumprimento do dever de respeitar um direito autónomo do doente à livre determinação em matéria de saúde.”²⁷¹ Dito isto, constitui, atualmente, um verdadeiro dever existente na esfera jurídica do médico, na medida em que a todos os direitos se contrapõem a deveres. Tem de cumprir o axioma de *voluntas aegroti suprema lex esto*.²⁷²

1.2. Quadro legislativo

Chegados aos dias de hoje, o direito ao consentimento informado é perspectivado pela responsabilidade médica como uma útil ferramenta de respeito pela pessoa (em especial, do doente), sendo, por isso, um postulado axiológico e normativo consagrado no nosso ordenamento jurídico, à semelhança de outros tantos²⁷³.

²⁶⁹ Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Comentário ao Artigo 5º”, in *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina – 20 Anos de Vigência em Portugal* (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Instituto Jurídico da FDUC, 2022, pp. 133-150.

²⁷⁰ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 103.

²⁷¹ No mesmo sentido, vide JOAQUIM CORREIA GOMES, “Constituição e Consentimento Informado: Portugal”, in *Julgar – Consentimento Informado*, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Número especial, 2014, Coimbra Editora, pp. 81 e 82.

²⁷² “A vontade do paciente é a lei suprema”.

²⁷³ Espanha com LEY 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Boletín Oficial del Estado de 15.11.02; França com LOI n.º 2002-303 du mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé; Bélgica com a lei relativa aos direitos dos pacientes, de 22 de agosto de 2002. Fora da União Europeia, todos os estados dos EUA têm uma lei acerca dos direitos dos pacientes; na Nova Zelândia, *The HDC Code of Health and Disability Services Consumers’ Rights Regulation* de 1996; na Argentina, em 2009, foi promulgada a *Ley sobre Derechos de los Pacientes*; em Israel a *Patient’s Right Act* de 1996.

No plano constitucional, encontra manifestação nos arts. 25.º da CRP ao prever o direito à integridade física e moral, no art. 26.º, n.º1 que estabelece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e no n.º3 ao garantir a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”. Estes direitos são uma manifestação da Dignidade Humana prevista no art. 1.º.

No plano civilístico, o nosso CC, ao tutelar o direito geral de personalidade – art. 70.º – abrange o direito ao consentimento²⁷⁴ e, por outro lado, o art. 340º consagra o consentimento do lesado enquanto forma de exclusão do ato lesivo. No domínio contratual, alguma doutrina invoca o princípio da boa-fé como fundamento do dever de informar o paciente, ainda que o prognóstico seja pessimista.²⁷⁵

Também o Código Penal revela este dever ao tipificar criminalmente no seu art. 156.º a realização de intervenções ou tratamentos médicos sem o consentimento do paciente e ao estabelecer o dever de esclarecimento no art. 157.º.

O próprio CDOM faz menção expressa a esta salvaguarda nos arts. 20º e ss. Há que salientar que este dever assume uma verdadeira natureza de dever profissional – tem uma fonte legal e deontológica –, pelo que não desaparece aquando da cessação ou suspensão do contrato celebrado entre o médico e paciente.²⁷⁶ Disto se infere que não é a existência de um contrato que impõe o respeito pelo dever de informar, já que este não traduz qualquer obrigação contratual em si.

Por fim, também a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º95/2019, de 4 de setembro²⁷⁷) atribui, por via da Base 2, n.º1, e), aos pacientes o direito a “ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a

²⁷⁴ De acordo com VAZ RODRIGUES, o direito de liberdade do paciente é abrangido pelo guarda-chuva do direito geral de personalidade, uma vez que o consentimento informado implica “mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana)” cf. VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 25. E ainda ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 98-100.

²⁷⁵ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica”, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 438; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., p. 100.

²⁷⁶ Para mais desenvolvimentos, vide RAPOSO, *Do ato médico...*, cit., pp. 238 e 239 e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento...*, cit., pp. 101-103.

²⁷⁷ Aprovou e revogou a Lei n.º48/90, de 24 de agosto e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto. Ressalvamos para o facto de a nova versão ser mais pormenorizada e mais atenta às especificidades de cada paciente.

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” podendo “decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos.”

1.3. Dever de informação

De facto, a Dignidade Humana é a base da nossa sociedade e do Direito, pelo que se impõe um princípio à autodeterminação e o respeito pela integridade pessoal do paciente, que só será verdadeiramente concretizado através do consentimento devidamente prestado pelo paciente, que é quem se encontra em posição primordial de saber o que é melhor para a sua saúde e corpo.

Intimamente relacionado à obrigação de prestar consentimento esclarecido por parte do doente encontra-se o dever de esclarecimento²⁷⁸ de que o médico é encarregue, cf. art. 157.º CP – norma fundamental no nosso ordenamento jurídico no que toca a esta matéria – e art. 19.º CDOM.²⁷⁹ Em regra, este dever de esclarecer pertence ao médico que recomendou a realização do tratamento ou intervenção médica, sendo que o destinatário é o paciente e somente este, atendendo ao requisito de pessoalidade.²⁸⁰

Quid iuris quanto ao conteúdo deste dever? Devem ser transmitidas todas aquelas informações que se revelem essenciais e que digam respeito ao tratamento ou intervenção²⁸¹ – diagnóstico, aspetos que se prendam com a doença e evolução da mesma,

²⁷⁸ Seguimos a posição de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES ao adotar a expressão “dever de esclarecimento” em detrimento de “dever de informação”, uma vez que “já não é uma simples informação superficial, mero cumprimento formal de uma imposição legal que está em causa. Para o paciente poder prestar validamente o seu consentimento, deve o mesmo ser convenientemente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento” cfr. CUNHA RODRIGUES, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia – Revista Jurídica Digital*, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, p. 20, nota 22.

²⁷⁹ O dever de esclarecimento sofre algumas exceções, tais como a urgência, o privilégio terapêutico e o direito a não saber. Relativamente a estas questões, vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, cit., pp. 450 e ss.

²⁸⁰ Salvas algumas exceções (incapazes e menores), os familiares não se poderão fazer substituir a este, uma vez que poderá suceder inclusivamente que o doente não aceite que esses estejam a par do seu estado de saúde, respeito que se impõe legalmente por via do sigilo médico e da confidencialidade. Sobre o tema vide RAPOSO, *Do ato médico...cit.*, pp. 236-238.

²⁸¹ Apesar de não serem tomadas em conta pela lei nem pela jurisprudência, na maioria das vezes, o médico poderá ter em atenção outras informações no momento de fornecer pontos de reflexão ao paciente para que este decida ponderadamente, tais como longas listas de espera e a identidade do médico que irá realizar o ato médico. Tem havido uma progressiva defesa de os custos médicos serem devidamente informados, tal como da possibilidade de ser prestado um tratamento menos dispendioso. Vide RAPOSO, *Do ato...*, cit., pp. 222 e 223.

procedimento a realizar, tratamentos alternativos (especialmente os que se apresentem como menos ou até mesmo não invasivos), objetivo do tratamento, resultados pretendidos e riscos (de realizar o ato naquelas condições, consequências secundárias, não ser bem sucedido, contágio de terceiros e como o evitar) – e, no campo da medicina à distância, acerca dos maiores perigos relacionados com os dados sensíveis, como veremos.

Acresce que a própria gravidade da intervenção ditará uma maior ou menor exigência de precisão no que concerne aos esclarecimentos, bem como a natureza inovadora do ato a realizar, a urgência da intervenção médica – apenas prestada *a posteriori*, nos casos em que é extrema – e a necessidade da intervenção, pelo que, quanto mais indispensável esta se revelar para o tratamento do doente, mais detalhada deverá ser a informação prestada pelo médico.²⁸² Por fim, importa ressaltar que tudo o que seja de conhecimento geral e senso comum não é abrangido pela obrigação de informar.²⁸³

Todavia, esta tarefa de discernir o que caracteriza uma informação de essencial ou não é revestida de complexidade. De forma a solucionar esta questão, surgiu o critério do paciente razoável – “*reasonable patient*” – em detrimento do “*reasonable physician*”²⁸⁴ –, na medida em que se revela o único capaz de perceber quais as informações que assumem relevo para um razoável doente, fixando também uma maior exigência para os atos médicos.

No entanto, na nossa perspectiva, o critério mais adequado será o subjetivo – o paciente concreto²⁸⁵ –, já que possibilita uma aferição especializada da informação a prestar para aquele doente, atendendo às suas habilitações cognitivas, permitindo uma melhor compreensão e capacidade para colocar questões.²⁸⁶ Daqui decorre, porém, uma consequência nefasta: ora, uma obrigação de informar demasiadamente exigente implicará mais custos decorrentes de uma maior delonga na consulta, retirando ao médico a possibilidade de observar e consultar outros pacientes igual ou ainda mais necessitados,

²⁸² *Idem*, p. 225.

²⁸³ Para mais desenvolvimentos, *vide, idem*, p. 223.

²⁸⁴ De acordo com o critério do médico razoável, a informação tem-se por essencial e suficiente se um outro médico razoável a teria fornecido da mesma maneira ou quando se tem por aceitável junto daquela classe profissional, cf. SANTOS DUARTE, *Telemedicina...*, *cit.*, p. 36. *Vide* ainda RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, p. 224.

²⁸⁵ No mesmo sentido *vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, p. 556.

²⁸⁶ É através do esclarecimento de possíveis questões que o paciente tenha que se estabelece – ou até mesmo fortalece – a confiança existente na relação médico-doente, na medida em que o esclarecimento “serve para afastar os medos e preocupações do doente, reforçar a sua atitude positiva e o seu apoio à terapia” cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE *apud* VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 245.

sendo, por isso, imperativa uma análise custos/benefícios. Acresce ainda que o facto de o paciente ter recebido demasiada informação poderá ter o efeito indesejado de não a conseguir compreender e, por tal, não fazer a escolha devidamente ponderada.

Ora, se a finalidade fundamental do esclarecimento é a de possibilitar ao paciente a aceitação ou recusa da intervenção que lhe é recomendada, é evidente que os riscos associados também terão de ser expostos. Deste modo, uma das maiores problemáticas – quer na doutrina, quer na jurisprudência – no presente domínio prende-se precisamente com quais os riscos que devem ser comunicados, em especial os riscos graves, mas raros. Se, por um lado, existe uma posição defensora de que todos os riscos muito graves deverão ser comunicados, ainda que sejam dificilmente concretizados²⁸⁷ – v.g. morte, incapacidade grave para trabalhar, paralisia –, por outro, e, seguindo um entender mais moderado, a de que se deve atender à previsibilidade de tais riscos se efetivamente verificarem.²⁸⁸

Creemos, assim, que se revela imperativo invocar uma análise casuística²⁸⁹, de forma a efetivar o direito à autodeterminação do paciente com a conseqüente garantia de respeito pela doutrina do consentimento informado e pelo princípio da justiça²⁹⁰, remando no sentido contrário a uma “medicina defensiva”²⁹¹.

²⁸⁷ É a posição dominante em França, tendo sido jurisprudencialmente sufragada pelo *Cour de Cassation* em 1998 e pelo *Conseil d'Etat* em 2000. Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado... cit.*, pp. 409-412.

²⁸⁸ Tanto em Espanha como na Bélgica, mantém-se como entendimento marcante. No primeiro ordenamento jurídico, acolheu-se legalmente a informação acerca dos “riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente e os riscos prováveis em condições normais, de acordo com a experiência e o estado da ciência ou directamente relacionados com o tipo de intervenção”, cfr ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O consentimento informado na experiência europeia...”, *cit.*, p. 11. O CDOM parece defender esta posição no art. 19º, n.º5, ao referir que “o esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e facultando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente.” Todavia, no art. 19º, n.º3 refere um critério objetivo (“em termos compreensíveis, adaptados a cada doente”).

²⁸⁹ À semelhança do que ANDRÉ DIAS PEREIRA escreveu: “estamos num domínio em que o casuismo é a regra e em que as condições e características da relação clínica variam extraordinariamente (...) o caminho que se propõe é o de – reflectindo sobre a experiência da jurisprudência de outros países europeus – procurar apontar critérios, *standards* e *topoi* que orientem o jurista e o médico na dilucidação deste “enigma” que é o dever de esclarecer na relação médico-paciente”, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica” in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 440-441

²⁹⁰ De acordo com ANDRÉ DIAS PEREIRA, “o princípio da justiça impõe que a responsabilidade médica se mantenha dentro de níveis que visem a preservação dos *standards*, em termos técnicos e em termos deontológicos, mas que não se extravase para uma conflituosidade estéril que em última análise viole os princípios da justiça distributiva e prejudique os próprios pacientes.”, cfr. “O consentimento informado na experiência...”, *cit.*, p. 12.

²⁹¹ Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado... cit.*, p. 37-39; ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, pp. 441-457.

Invocando as esclarecedoras palavras de JOÃO VAZ RODRIGUES, “pode dizer-se que o paciente está esclarecido quando compreendeu o sentido e o alcance das informações por forma a consentir livre e racionalmente num tratamento que lhe é proposto, ciente das suas consequências previsíveis, das alternativas e do demais que esteja em causa.”²⁹²

1.4. Responsabilidade civil perante a falta de prestação de consentimento válido

Se as informações prestadas ao doente transmitem os riscos da intervenção médica para a sua esfera jurídica, o conhecimento dos mesmos torna válido o consentimento informado, tornando-se im procedente qualquer ação de responsabilidade que tenha como objetivo o ressarcimento dos danos que revelem a materialização daqueles contra o médico. Porém, ainda que não se tenha concretizado qualquer dos riscos omitidos ao paciente, haverá sempre uma lesão ao seu direito à autodeterminação capaz de fundamentar uma ação de responsabilidade civil. Vejamos brevemente em que termos.

Tratando-se de uma omissão, é imputado ao agente um facto voluntário negativo por não ter cumprido integralmente o seu dever de esclarecimento e, assim, do dever de obtenção de um consentimento válido.

Por sua vez, a ilicitude prende-se com a realização da intervenção sem o consentimento do paciente, o que se traduz na violação da sua integridade física e na violação da sua autonomia.²⁹³ Sendo intrínseca a qualquer intervenção médica a obtenção do consentimento do paciente para a sua realização, é condenado pela nossa ordem jurídica o desrespeito por este dever.²⁹⁴

²⁹² Cf. VAZ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 242. No mesmo sentido, a ERS definiu como componentes fundamentais do consentimento informado a compreensão e o livre consentimento, uma vez que a combinação de ambos assegura que qualquer que seja a decisão tomada pelo paciente a mesma tenha como fundamento a autorresponsabilização e a liberdade de escolha cfr. *Consentimento Informado – Relatório Final*, maio de 2009, p. 3.

²⁹³ Invocando as palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA, se se “concluir que a informação (*máxime* sobre os riscos) não foi suficiente para o paciente se poder autodeterminar com toda a informação de que necessitava, o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude, visto que a causa de justificação – consentimento – não é eficaz, como resulta dos arts. 81.º e 340.º do CC e art. 157.º do CP. Por isso mesmo, a violação do dever de esclarecimento do paciente é fundamento de responsabilidade médica independentemente de negligência no que respeita à intervenção médica em termos técnicos e independentemente do seu resultado positivo ou negativo”, cf. *Direitos dos Pacientes...*, *cit.*, p. 406. Ora, ao negar ao paciente o seu direito a escolher se permite ou rejeita a intervenção médica, está-se perante a violação ao seu direito à autodeterminação do seu próprio corpo sendo que, segundo COSTA ANDRADE, “bem jurídico protegido só pode ser a autonomia ou liberdade pessoal numa sua particular expressão ou dimensão”, cf. *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, 1991, p. 452.

²⁹⁴ SANTOS DUARTE, *op. cit.*, p. 43.

Quanto à culpa, frequentemente estaremos perante uma mera culpa ou negligência. Porém, poderá suceder que o médico não informe deliberadamente o paciente acerca de todos os riscos – e, deste modo, impedir que o mesmo possa consentir validamente – o que traduz dolo na sua atuação. Relembramos, por isso, a existência da presunção de culpa do art. 799º, n.º1 do CC que funciona no plano contratual, recaindo o ónus de prova ao médico, o que significa que terá de ser este a ilidir a culpa através da demonstração de que a invalidade do consentimento do paciente não decorre de culpa sua.²⁹⁵

Como exposto anteriormente, o dano decorrente da falta de consentimento, para além da violação do direito à integridade física e psíquica do paciente, simboliza a violação do direito à autodeterminação. De modo que, perante a omissão de determinados riscos – ainda que não se tenham verificado, não tendo havido uma lesão à sua saúde –, o médico deve ser responsabilizado pela violação dos direitos absolutos mencionados, nos termos do art. 483.º, n.º 1 do CC.²⁹⁶ Em face da existência de um contrato de prestação de serviços, invoca-se o art. 798.º, n.º1 do CC por incumprimento de um dever acessório de conduta do médico. Por sua vez, o art. 496.º do CC é fundamental por se tratar de danos de natureza não patrimonial.

Por último, mas não menos importante, no que concerne ao nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano causado, “sem informação não há consentimento e, conseqüentemente, na ausência de consentimento, a intervenção do médico não será mais do que uma verdadeira ofensa à integridade física”, ou seja, se a informação for insuficiente, esta é, naturalmente, suscetível de lesar o paciente. Logo, “o paciente desprovido de toda a informação não está habilitado a formar uma vontade séria, livre e esclarecida e a agir em consonância com esse querer.”²⁹⁷ À dificuldade de provar que o paciente teria consentido se tivesse sido informado de todos os riscos, contrapõe-se a

²⁹⁵ Acerca do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica *vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes...*, *cit.*, pp. 677-689; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado...*, *cit.*, pp. 110-118; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, “Responsabilidade Médica...”, *cit.*, pp. 45-47.

²⁹⁶ Em termos jurisprudenciais *vide* Ac. do STJ de 02.06.2015, proc. 1263/06.3TVPRT.P1.S1, no qual se lê “a obrigação de indemnizar existe mesmo que a operação não autorizada não cause danos à saúde. A lei não exige a ocorrência de danos para a atribuição de uma indemnização em sede de direito civil, pois que o objetivo do consentimento informado não é evitar lesões à saúde ou ao corpo do paciente, mas salvaguardar a sua autodeterminação e o direito à disposição do seu corpo.”

²⁹⁷ MARA FERREIRA, *Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado*, *cit.*, p. 110.

facilidade da prova dos danos decorrentes da concretização de algum dos riscos que não foram comunicados.

Em suma, verificados que estejam todos estes pressupostos, o médico será civilmente responsabilizado pelos danos que o paciente tenha sofrido por não ter sido devidamente informado e pela ineficácia do consentimento prestado.²⁹⁸ Assim, parece-nos que recai sobre o médico uma obrigação de resultados, neste específico caso do consentimento informado, já que, se o paciente não ficou efetivamente esclarecido, não foi cumprida a obrigação.

1.5. Consentimento Informado no campo da Telemedicina

Na telemedicina, surgem novos riscos para o paciente, pelo que se torna imprescindível perceber quais devem ser comunicados pelo médico, como garantir o respeito pelos dados pessoais do doente, a forma como o consentimento deverá ser prestado e quem será responsabilizado no caso de ser acompanhado por mais do que um profissional médico.

1.5.1. Nível de informação

Em regra, é possível afirmar que a telemedicina garante aos pacientes os mesmos direitos à informação e ao consentimento que na medicina tradicional. Atendendo ao panorama atual, em que toda – ou quase toda – a informação se encontra à distância de um clique, o que contribui para que os pacientes formem um autodiagnóstico, coloca-se uma pertinente questão: deve baixar-se o nível de exigência no que toca à transmissão da informação por parte do médico ou devem estas ser mais detalhadas?

Agora, mais do que nunca, torna-se imprescindível o critério objetivo do paciente concreto, na medida em que os doentes estão muito mais conscientes dos seus direitos e capazes de colocar questões. Assim sendo, o médico terá de estar mais alerta para eventuais informações erróneas que tenham chegado ao paciente, tendo de as corrigir. Portanto, cremos que, quando os pacientes já obtiveram informações *a priori*, as que o médico lhes vai transmitir devem ser mais densas e detalhadas.

²⁹⁸ Encontramos vários exemplos de casos de responsabilidade médica por falta ou invalidade do consentimento do paciente nos tribunais portugueses, *vide*, a título exemplificativo, o Ac. do STJ de 02/06/2015 (Proc. 1263/06.3TVPR.T.P1.S1); Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/11/2016 (Proc. 23592/11.4T2SNT.L1-2).

Além dos riscos expostos anteriormente, no caso específico da telemedicina, há outros que devem constar das informações transmitidas ao enfermo aquando da sua consciencialização para a prestação de cuidados médicos por via da telemedicina, desde logo, os riscos e consequências para a saúde do paciente, probabilidade de se verificarem, benefícios (obter a opinião de um profissional distante) e limitações (por exemplo, equipamento). Acresce ainda a necessidade de transmitir a possibilidade – e o seu direito – de recusar o recurso a este método de prestação de cuidados de serviço, bem como os efeitos da mesma, tal como as alternativas existentes, as desvantagens e os custos da terapia.

Destarte, é inegável que o nível de informação se revela mais elevado quando se recorre – ou equaciona recorrer – à telemedicina, não se podendo sufragar por um menor encargo ou uma obrigação leviana do médico cumprir o seu dever de informar e esclarecer que se justifique pelo facto de o paciente ter, nos dias de hoje, acesso a uma panóplia imensa de informação.²⁹⁹

1.5.2. Forma de consentimento

Uma das grandes questões trazida à tona pela prestação do consentimento na telemedicina relaciona-se com a forma e o modo como este é prestado³⁰⁰. De acordo com o art. 219.º CC, prevalece a liberdade de forma na medicina tradicional, mas será que se transpõe este raciocínio para o novo método de prestar cuidados de saúde? Cremos ser razoável exigir a forma escrita³⁰¹, tanto pela natureza da telemedicina (ainda) experimental, como fundamentalmente por questões de segurança para ambas as partes da relação: em caso de litígio, a prova de que cumpriu o dever de esclarecimento é

²⁹⁹ Vide ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 57; SANTOS DUARTE, *op. cit.*, pp. 49-50.

³⁰⁰ Iremos tratar do consentimento informado na prática do ato médico e não do consentimento para tratamento de dados pessoais, por enquanto.

³⁰¹ A forma escrita para o consentimento é obrigatória na Califórnia pelo *Business and Professions Code*. Vide RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 33. Atualmente, também no ordenamento jurídico português, de acordo com a Norma da Direção Geral de Saúde n.º 010/2015, de 15 de junho, com o assunto “Telemedicina; teleconsulta” é exigido que o paciente preste o seu consentimento por escrito aquando da sua submissão a teleconsultas. Podemos encontrar neste documento permissão legal para se estender às restantes modalidades de telemedicina.

facilitada para o médico e o paciente toma consciência de que a sua assinatura significa que compreendeu todas as informações que lhe foram fornecidas, assumindo os riscos.³⁰²

Levanta-se agora uma questão: que formato deverá adquirir? Bastará o mero formulário de “aceito e concordo com os termos e condições”? De facto, a informação escrita revela-se bastante profícua, todavia, jamais substituirá o diálogo³⁰³, não podendo ser encarada como um “expediente de os médicos aligeirarem a sua obrigação de esclarecer para o consentimento”.³⁰⁴ Mais a mais, tais formulários não respeitam o critério do paciente concreto e, ao serem entregues por funcionários administrativos desconectados do ato médico, comprovam, por tal, a sua existência pouco razoável.

É de salientar que diversos foram os estudos³⁰⁵ que comprovaram que a explicação oral é mais facilmente retida do que a escrita – que quase não é lida. Acresce ainda que, apesar da sua popularidade nos sites da internet, listas de consentimento extensas (e que cubram todos os riscos possíveis) e cujo consentimento consiste apenas em clicar num mero quadrado de “aceito os termos e condições” ou “não aceito” têm sido desconsideradas pelos tribunais precisamente por ninguém as ler.³⁰⁶

Concluimos o nosso raciocínio escrevendo que, no nosso entender, apesar de *jure conditio* prevalecer a liberdade de forma (art. 219ºCC), de *jure condendo*, atendendo às especificidades da telemedicina, dever-se-ia exigir a forma escrita, na medida em que,

³⁰² Vide JOSÉ SIMÕES/SANDRA MARTINS, “Aspectos éticos...”, *cit.*, p. 52; JEAN V MCHALE, “Consent to Treatment: The Competent Patient”, in *Principles of Medical Law*, Fourth Edition, United Kingdom, Oxford University Press, 2017, pp. 433-434.

³⁰³ Invocando as sábias palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, “(...) hoje em dia, são os médicos que têm de cuidar da sua retórica!”, in “O fim da “arte silenciosa”, *cit.*, p. 104.

³⁰⁴ Cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 453-456. Para o autor, as cláusulas gerais excludentes da responsabilidade previstas no diploma das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, cuja versão mais recente é a Lei n.º10/2023, de 3 de março), bem como cláusulas contratuais especiais excludentes de responsabilidade serão nulas, atendendo à natureza dos bens em causa (vida, integridade física, etc.), caso contrário, estaríamos perante uma fraude ao consentimento informado.

³⁰⁵ Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O consentimento para intervenções...”, *cit.*, p. 456; KAPIL C. MADATHIL, *et al*, “An investigation of the efficacy of electronic consenting interfaces of research permissions management system in a hospital setting”, in *International Journal of Medical Informatics*, n.º 82 (9), 2013; W. ROWAN, *et al*, “Exploring User Behaviours when Providing Electronic Consent on Health Social Networks: A “Just Tick Agree” Approach”, in *Procedia Computer Science*, n.º 121, 2017.

³⁰⁶ RAPOSO, “Você tem uma...”, *cit.*, p. 34. Contrariamente, deve ser atendido pelos tribunais o esforço dos médicos que, para além dos formulários, tomam notas – possíveis de consultar no processo clínico – das conversas que têm com os pacientes no decorrer da consulta, podendo até dispensar-se a assinatura do mencionado formulário.

no plano fáctico, não é um método eficaz por o paciente quase nunca ler integralmente o termo de consentimento informado, embora a leitura lhe seja legalmente exigida.³⁰⁷

Como meio de ultrapassar estas particularidades da telemedicina, surgiu uma modalidade específica de consentimento informado na prestação de cuidados médicos à distância: o *e-consent*.

Com o intuito de esclarecer o paciente acerca da intervenção médica que lhe foi proposta, bem como de todos os riscos e benefícios associados – contornando a possível não leitura por parte deste – o referido método recorre a componentes multimédia interativos como, v. g., imagens, vídeos e gráficos. Ainda que o programa computacional obrigue o paciente a visualizar todos os dados necessários e relevantes para formar a sua decisão de consentir ou não³⁰⁸, tal não assegura uma efetiva e atenta leitura, muito menos que tenha compreendido o que lhe foi mostrado. Isto porque pode simplesmente ter simulado o movimento de deslizar o rato ao longo do documento, à semelhança do que o programa esperava que fosse realizado numa análise cuidada.

O facto de todo o processo ser feito através de meios tecnológicos poderia colocar em causa o requisito da pessoalidade no consentimento informado. Para colmatar este problema e o de a distância física impedir que o médico entregue o formulário em papel (substituído por um formulário *online*³⁰⁹), recorre-se à assinatura eletrónica³¹⁰. De facto, parece-nos o mecanismo mais rigoroso para verificar a autoridade e autenticidade de que o consentimento foi prestado pelo paciente e somente por este e não por um terceiro que possivelmente tenha tido acesso ao seu computador.

No nosso entender, este é, sem dúvida, o caminho a seguir, principalmente por não existir legislação específica, em Portugal, para a telemedicina – e, em especial, para o consentimento prestado nestes termos. No entanto, ergue-se uma lacuna por vivermos num país cujo interior se encontra cada vez mais isolado, maioritariamente habitado por pessoas idosas que vivem sozinhas. Para além de quase não terem acesso a computadores e a internet, não têm literacia para operarem estes meios tecnológicos. Aproveitamos o

³⁰⁷ No mesmo sentido *vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *o consentimento informado...*, *cit.*, p. 560; SANTOS DUARTE, *op. cit.*, pp. 50-51.

³⁰⁸ Utilizámos a expressão “obrigue”, na medida em que o paciente apenas tem autorização para avançar para o passo seguinte se todos os anteriores tiverem sido visualizados durante um mínimo de tempo.

³⁰⁹ Poderão suscitar-se questões semelhantes àquelas que surgem no âmbito da medicina pessoal, mas na qual o processo é um PCE.

³¹⁰ Regulamentada nos arts. 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, republicado em Anexo ao Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de abril.

enjoy para expressar a indispensabilidade de o legislador se versar sobre este tema e da imperatividade de solucionar falhas no acesso à saúde e fazer com que a literacia digital na saúde cresça em Portugal.

Em suma, entendemos que, além da redução a escrito, é imprescindível analisar e criar uma forma de prestação de consentimento acessível a todos os pacientes, independentemente da sua faixa etária ou localização geográfica, já que um dos grandes objetivos primários da telemedicina é quebrar barreiras físicas que se imponham entre os cidadãos e o acesso à saúde.

1.5.3. Responsabilidade pela informação

Em breves termos, não sendo válido o consentimento prestado pelo doente por falta de informação ou esclarecimento defeituoso, tal poderá desencadear responsabilidade civil médica. Prosseguindo com o nosso raciocínio e atendendo ao que analisámos acerca da responsabilidade por esclarecimento defeituoso, debruçemo-nos agora sobre a problemática de saber quem deverá ser responsável nos casos em que a teleprática envolva mais do que um profissional médico, como sucede na telecirurgia e telemonitorização, por exemplo.

É claro que, sendo as informações prestadas somente por um médico, será esse o responsável, se forem fornecidas indevida ou incorretamente. Por sua vez, estabelecido o contacto com mais do que um profissional, quem será o responsável por informar e obter o consentimento? Aquele que acompanha pessoalmente o doente, o telecirurgião ou ambos? Entendemos que, à semelhança do que regulado na Califórnia, através do *California Telemedicine Development Act* de 1996 (entretanto, modificado), a solução reside no facto de o consentimento informado dever ser obtido pelo médico que se encontra fisicamente ao lado do paciente, já que é este profissional que, por se encontrar cara a cara, tem uma maior confiança com aquele.

Neste âmbito, invocamos os ensinamentos de ANDRÉ DIAS PEREIRA, que esclarece que a resposta se encontra nos princípios relativos à medicina de equipa e da colaboração entre médicos, entendendo, assim, que são ambos solidariamente responsáveis pelo cumprimento do dever de informar e esclarecer. Porém, tal não obsta a

que, no plano das relações internas, se onere o médico que se encontra pessoalmente com o paciente, pois é o que mais facilidade tem em dialogar com este.³¹¹

Claro está que, decorrente do que anteriormente se deixou expresso, haverá a obrigação de confirmar se o paciente recebeu as informações necessárias, antes de se dar início à intervenção médica (que se traduz verdadeiramente numa boa prática médica), o que, como se deduz, revela a importância do dever de documentação.

2. Proteção de dados pessoais e Cibersegurança

A quebra da confidencialidade dos dados pessoais é, como apontámos, uma das desvantagens da Telemedicina, podendo representar um verdadeiro risco para a relação médico-paciente. Esta nova forma de prestação de cuidados de saúde apresenta uma vulnerabilidade clara, dada a transmissão à distância de imagens, mensagens, áudios e vídeos do paciente, podendo o médico assumir um papel ativo na garantia da sua privacidade.

É inegável que a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais são a base que sustenta uma sociedade evoluída e consciente do valor dos seus dados, que se encontra dependente do respeito pelos mencionados direitos. Neste sentido, o RGPD mostrou-se fundamental no incremento da consciencialização dos cidadãos europeus acerca da matéria.³¹² Por estarem intimamente conectados, não haverá uma verdadeira proteção de dados no espaço digital sem cibersegurança.

2.1. Direito à privacidade e Proteção de dados pessoais

Apesar da ligação entre os conceitos de privacidade e confidencialidade, estes possuem distintos significados. Ao passo que a privacidade se prende com o “direito a ficar sozinho” ou com o direito de obstar a intromissões de terceiros, a confidencialidade

³¹¹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Consentimento Informado...*, cit., pp. 558-559.

³¹² Este crescimento foi estudado, em 2018, tendo-se concluído que a preocupação dos titulares de dados com a violação de dados pessoais (52%) é superior à de, por exemplo, perder a carteira (23%). Todavia, através do Relatório Cibersegurança em Portugal de 2019, com 52% da população a manifestar pouco conhecimento acerca da cibersegurança, revelou-se urgente corrigir a discrepância entre esta e a proteção de dados. Cfr. DIOGO ALVES, “O papel fundamental da Cibersegurança na Proteção de Dados Pessoais”, *Anuário da Proteção de Dados*, 2021, op. cit., pp. 126-127. Vide ainda, CENTRO NACIONAL DE CIBERSEGURANÇA, *Relatório de Cibersegurança em Portugal de 2019*, Observatório De Cibersegurança, dezembro de 2019, p. 7.

relaciona-se com o direito de proteger as próprias informações de possíveis divulgações indesejadas.³¹³

Em termos legislativos, o art. 8º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e o art. 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”, pelo que “esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”, de acordo com o n.º2 do primeiro art. mencionado. Também a Convenção de Oviedo dispõe, no art. 10º, que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde”, o que fortifica o raciocínio de que os dados de saúde integram a vida privada de cada indivíduo e, por isso, não são passíveis de conhecimento público.³¹⁴

A definição de dados pessoais é-nos fornecida no art. 4.º do RGPD³¹⁵ – verdadeiro reforço do nível de proteção dos dados pessoais –: são dados relativos a uma pessoa identificada ou identificável, como por exemplo, um nome, dados de localização, número de identificação, elementos específicos da identidade física, genética, económica ou cultural dessa pessoa. O art. 9.º, ao estabelecer um princípio geral de proibição de tratamento de dados de categorias especiais – concretizando o disposto no n.º3 do art. 35.º da CRP –, complementa o raciocínio, esclarecendo que os dados relativos à saúde³¹⁶ são

³¹³ CARLA BARBOSA, “A proteção dos dados pessoais e a indústria farmacêutica (os casos particulares da investigação clínica e ensaios clínicos e da farmacovigilância)”, in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, (Coord. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol.5 – Saúde e Direito: Entre a Tradição e a Novidade, Almedina, Coimbra, 2016, p. 172, nota de rodapé n.º 8.

³¹⁴ No mesmo sentido, HELENA MONIZ considera que o “núcleo da vida privada é composto pelos danos relativos à filiação, residência, número de telefone, estado de saúde, (...) as informações transmitidas por carta ou outros meios de telecomunicações (...)”, in “Notas Sobre a Protecção de Dados Pessoais Perante a Informática (O Caso Especial dos Dados Pessoais Relativos à Saúde)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2º, abril-junho, 1997, pp. 231-298.

³¹⁵ Regulamento EU 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 sobre a proteção de pessoas singulares através do tratamento de dados pessoais e da livre circulação dos mesmo. No ordenamento português, é a Lei n.º58/2019, de 8 de agosto (Lei de Proteção de Dados Pessoais) que assegura a execução do RGPD.

³¹⁶ ALEXANDRE DIAS PEREIRA (cf. “Telemedicina e farmácia...”, *cit.*, p. 6) esclarece que os dados de saúde abrangem “quaisquer dados pessoais estritamente relacionados com o estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo de medicamento, álcool e drogas ou quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (número de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médicos.” Neste sentido, *vide*, ainda, CARLA BARBOSA, “A proteção dos dados...”, *cit.*, pp. 177- 180.

abrangidos pelos dados pessoais.³¹⁷ Deste modo, se o PCE se traduz numa forma de tratamento de dados sensíveis (os de saúde), a aplicação do RGPD é uma consequência natural e previsível.

Ora, o tratamento de dados pessoais acarreta uma necessidade de proteger a vida privada – e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada constitucionalmente salvaguardado no art. 26.º da CRP – por todos os perigos decorrentes do acesso ilícito por terceiros, tais como uma discriminação da pessoa titular dos dados³¹⁸ fundada, por exemplo, no conhecimento do património genético³¹⁹. Portanto, o erróneo tratamento de dados sensíveis pode simbolizar uma verdadeira afetação da vida da pessoa.³²⁰

Por tudo isto, desde 1976 que a CRP concedeu dignidade constitucional à matéria de proteção de dados informatizados, contendo um artigo no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias acerca da utilização da informática: o art. 35.º.

O próprio Tribunal Constitucional – no Acórdão n.º 355/97 de 7 de maio de 1997 – proferiu que o mencionado artigo reconhece direitos que impedem “que a pessoa se transforme em simples objecto de informações”, afirmando que estes, enquanto medidas de proteção contra qualquer intrusão na esfera da vida privada, podem compor um “direito

³¹⁷ São explicitados no considerando (35) do RGPD: “deverão ser considerados dados pessoais relativos à saúde todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente e no futuro (...) qualquer número, símbolo ou sinal particular atribuído a uma pessoa singular para a identificar de forma inequívoca (...); as informações obtidas a partir de análises ou exames de uma parte do corpo ou de uma substância corporal, incluindo a partir de dados genéticos e amostras biológicas; e quaisquer informações sobre, por exemplo, uma doença, deficiência, um risco de doença, historial clínico, tratamento clínico ou estado fisiológico ou biomédico do titular de dados, independentemente da sua fonte, por exemplo, um médico ou outro profissional de saúde, um hospital, um dispositivo médico ou um teste de diagnóstico *in vitro*.”

³¹⁸ O utente poderá ser discriminado no ambiente laboral ou para efeitos de conclusão de um seguro. Relativamente ao primeiro caso, PAULO MOTA PINTO, (cf. “A Proteção da Vida Privada e a Constituição”, *BFD*, Coimbra, 2000, p. 202, escreveu que “a realização de testes genéticos para a conclusão de contratos de trabalho deve igualmente ser discutida”, entendendo que “apenas deverá ser admissível se interesses como o da segurança de terceiros estiverem em questão”.

³¹⁹ O art. 11.º, n.º1 da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto relativa à Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (versão mais recente da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro) consagra o princípio da não discriminação, pelo que “ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético.” Concordamos com PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 202 ao referir que “os dados genéticos são elementos que devem ser considerados como integrantes também da esfera de vida privada protegida pelo direito à protecção da vida privada – a exemplo do que acontece com outros elementos relativos à identidade da pessoa (assim, por exemplo, o grupo sanguíneo).”

³²⁰ O considerando (85) do RGPD enuncia alguns dos danos que podem surgir da violação dos dados pessoais, sejam eles físicos, materiais ou imateriais, desde logo, “a perda de controlo sobre os seus dados pessoais, a limitação dos seus direitos, a discriminação, o roubo ou usurpação da identidade, (...) a reputação, a perda de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional.”

à autodeterminação informativa”, à semelhança do decidido pelo TC alemão em 1983.³²¹ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO concluiu que “os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira (...) fazem parte da vida privada de cada um.”³²²

Portanto, podemos entender que, deste direito à autodeterminação informativa, decorrem outros, tais como o direito ao controlo de dados – abrangente do direito de atualização, retificação e conhecimento do propósito – e o direito à não difusão – enquanto impedimento de acesso por terceiros e interconexão de ficheiros, previsto no art. 35.º, n.º4 da CRP.³²³ Assim, a CRP prevê que somente poderão ser tratados os dados relativos à vida privada (*in casu*, os de saúde) com o prévio consentimento do titular (n.º 3, art. 35.º).³²⁴

2.2. Acesso e tratamento de dados

Nos termos do art. 15.º do RGPD, o titular dos dados pessoais³²⁵ tem o direito de aceder aos seus dados pessoais, havendo mesmo a possibilidade de o responsável pelo tratamento de dados (RTD) lhe fornecer uma cópia dos mesmos na fase de tratamento. Este tratamento consiste numa “operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meio automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a

³²¹ Vide MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 200; CARLA BARBOSA, “A proteção dos dados...”, *cit.*, pp. 170 e ss.; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Big Data, e-Health e “Autodeterminação Informativa”: A Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)”, in *Lex Medicinæ*, n.º 29, 2018, pp. 4 e ss. Esta figura foi consagrada pela jurisprudência em vários acórdãos, vide Ac. do TC, n.º 403/2015, Proc. n.º 773/15, (Lino Rodrigues Ribeiro); Ac. TC n.º 442/2007, de 14/08/2007, Proc. n.º 815/07, (Joaquim de Sousa Ribeiro); Ac. Tribunal da Relação de Évora, de 5/11/2013, Proc. 679/05.7TAEVR.E2, (Ana Barata Brito).

³²² Cfr. MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 167.

³²³ Vide CARLA BARBOSA, *op. cit.*, pp. 176-177.

³²⁴ Na visão de HELENA MONIZ, este número constitui uma garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada, enquanto o número 2 garante o direito à reserva da vida privada, uma vez que esta autora, ao defender que existe um núcleo do direito à reserva da intimidade no domínio do direito à reserva da vida privada, faz uma distinção entre dados pessoais e sensíveis: os primeiros abrangem o âmbito da reserva da vida privada, ao passo que os segundos se relacionam com a intimidade da vida privada. Cfr. “Notas sobre...”, *cit.*, p. 240.

³²⁵ Os titulares de dados pessoais são apenas pessoas singulares. Ainda que as pessoas coletivas possam ter direitos de personalidade, o regime de dados pessoais é exclusivo das pessoas singulares. Neste sentido, vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Big Data...”, *cit.*, p. 6; Ac. do TC n.º 569/98, Proc. 505/96 (Luís Nunes de Almeida).

divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação, interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição” (art. 4º, n.º 2 RGPD).

Embora esteja consagrada uma proibição geral de tratamento de dados pessoais (art. 9.º), esta não é absoluta, possibilitando derrogações, desde que o titular tenha consentido; seja necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular de dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; por motivos de interesse público importante; para efeitos de medicina preventiva; por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; entre outros (cfr. n.º 2).³²⁶

O RTD é tido como “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais” (art. 4.º, n.º 7 RGPD).³²⁷ Quem será, então, o RTD no âmbito da telemedicina? É inegável que a prática da telemedicina envolve equipas técnicas extensas e multidisciplinares – como engenheiros e técnicos informáticos³²⁸ – e já não somente o médico e o paciente. Com efeito, surge uma bola de neve: quantos mais sujeitos intervenientes na teleprática (muitos não médicos), mais pessoas têm a possibilidade de aceder aos dados sensíveis, por conseguinte, mais complexa se torna a tarefa do titular/paciente de controlar o trajeto que percorrem desde o momento em que se tornam cognoscíveis por alguém além de si.

³²⁶ No entender de ALEXANDRE D. PEREIRA, a proibição geral tratamento dos dados especiais – ainda que abra exceções verificados que estejam determinados requisitos – poderá constituir um entrave à liberdade de circulação de dados no interior da EU. Cf. “O Responsável pelo Tratamento de Dados segundo o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCV, Tomo II, Coimbra, 2019, pp. 1172-1173. Vide ainda EMILY JACKSON, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, United Kingdom, Oxford University Press, 2016, pp. 418-434.

³²⁷ Deste modo, poderemos estar perante uma pessoa de direito privado (singular ou coletiva, v.g. uma fundação, associação) ou uma autoridade pública (por exemplo, entidade pública empresarial), não assumindo, na prática, relevância a sua natureza por somente importar se a entidade em causa (por si só ou conjuntamente com outras) circunscreve as finalidades e os meios de tratamento de dados. Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “O Responsável...”, *cit.*, p. 1163. O tratamento poderá ser realizado em conjunto com o subcontratante (art. 4º, n.º8 RGPD), como fornecedores de armazenamento na *cloud* ou de serviços de Internet que hospedam o conteúdo. Apesar de o médico (RTD) poder chamar a si todo o processo, não nos parece viável.

³²⁸ De facto, no que à telemedicina diz respeito, não é apenas o médico que tem acesso aos dados pessoais, mas também o técnico informático, pelo que “*in order to solve this difficulty it is recommendable to issue a more flexible regulation, allowing the access to health data by IT technicians provided they sign a contractual commitment of confidentiality*” cfr. RAPOSO, “Telemedicine: the legal...”, *cit.*, p. 7.

Se o titular dos dados pessoais (utente) é o principal sujeito de direitos no RGPD, o RTD é o primordial destinatário dos deveres e obrigações impostos pelo regulamento, tais como o dever de respeitar os princípios de tratamento de dados³²⁹: licitude, lealdade, transparência, limitação da conservação, integridade e confidencialidade (art. 5.º, n.º1). Na verdade, o n.º 2 do art. 5.º esclarece que a responsabilidade do RTD é em si mesma um princípio, recaindo sobre este o ónus da prova do cumprimento desses princípios.³³⁰

Entre os direitos do utente, encontra-se o direito à transparência das informações, comunicações e regras para o seu exercício, devendo o RTD – que, como vimos, poderá ser o próprio médico, no campo da telemedicina – prestar esclarecimentos por escrito (ou outro meio razoável), por via de uma linguagem simples e clara, de forma a ser facilmente compreensível.³³¹ No que tange ao direito de acesso, como *supra* mencionado, o titular dos dados deverá ser informado acerca dos dados que serão tratados, dos fins, da duração e do modo como se processará o dito tratamento, bem como do destinatário (art. 15.º RGPD).³³²

Assistindo, ainda, ao utente o direito de retificação e de apagamento (ou direito a ser esquecido³³³ – art. 16.º), direito à limitação do tratamento (arts. 17.º e 18.º), direito de portabilidade dos dados (art.20.º) e direito de oposição ao tratamento e a decisões individuais automatizadas (art. 21.º), gera-se a obrigação de o RTD comunicar “a cada destinatário a quem os dados pessoais tenham sido transmitidos qualquer retificação ou

³²⁹ Sobre os princípios fundamentais do tratamento de dados, *vide* ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Big Data...”, *cit.*, pp. 8-9; VICTORIA CHICO, “The impact of the General Data Protection Regulation on health research”, in *British Medical Bulletin*, Volume , Issue 1, december 2018, pp. 9-18; EMILY JACKSON, *op. cit.*, pp. 408-409; MARK TAYLOR, “Confidentiality and Data Protection”, in *Principles of Medical Law*, Fourth Edition (edited by JUDITH LAING/JEAN MCHALE), United Kingdom, Oxford University Press, 2017, pp. 691-694; LISA CHERKASSKY, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, United Kingdom, Pearson Education Limited, 2015, pp. 265-266.

³³⁰ Ao contrário da regra geral da responsabilidade civil extracontratual, é o RTD quem terá de “provar que de modo algum é responsável pelo evento que deu causa aos danos”, *cf.* art. 82.º, n.º3 RGPD.

³³¹ ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “O Responsável...”, *op. cit.*, p. 1173.

³³² Para mais desenvolvimentos acerca dos deveres do RTD *vide* ALEXANDRE D. PEREIRA, “O Responsável...”, *cit.*, pp. 1170-1183; ALEXANDRE D. PEREIRA, “Big Data...”, *cit.*, pp. 13-14.

³³³ Em termos jurisprudenciais, *vide* Ac. do TJUE de 13/05/2014, Proc. C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc c. Associação Espanhola de Dados Pessoais (AEPD) e Mário Costeja Gonzalez*. Para aprofundamentos doutrinários, *vide* CROWTHER, “Remember to forget me: The recent ruling in Google v AEDP and Costeja”, *Computer and Telecommunications Law Review*, n.º 20, 2014, pp. 163-165; J. JONES, “Control-alter-delete: The ‘right to be forgotten’”, in *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 595-601; SOFIA VASCONCELOS CASIMIRO, “O direito a ser esquecido pelos motores de busca: o Acórdão Costeja”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º2, Lisboa, 2014, pp. 307-353.

apagamento dos dados pessoais (...), salvo se tal comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado”, cfr. art. 19.º.³³⁴

Na tarefa de tratamento de dados, mantém-se a obrigação de sigilo como na medicina tradicional, pelo que o RGPD não anula a lei interna do Estado-membro (art. 90.º)³³⁵, nomeadamente, o CDOM que, no seu art. 37.º, encarrega o RTD relativos à saúde de adotar as “providências adequadas à proteção da sua confidencialidade, garantindo a segurança das instalações e equipamentos, o controlo no acesso à informação, bem como o reforço do dever de sigilo e da educação deontológica de todos os profissionais”. Este dever é reiterado no Capítulo VII sobre a telemedicina. Um outro documento legal que atesta este reforço do dever de sigilo é a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto relativa à Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde no seu art. 4.º.

Para finalizar a análise de deveres do RTD, segundo o n.º 2 do art. 25.º do RGPD, este terá de garantir que somente serão alvo de tratamento aqueles dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento, o que se aplica “à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade”. E, no caso de haver mais do que um responsável pela tarefa em análise, o art. 26.º do RGPD esclarece o titular dos dados poderá exercer os direitos que lhe são conferidos pelo regulamento em relação a cada um dos responsáveis.

Destarte, se ocorrer alguma violação dos seus direitos previstos no RGPD, o utente tem direito à ação judicial contra um RTD ou subcontratante, devendo esta ser intentada nos tribunais do Estado-Membro de estabelecimento dos réus (cfr. art. 79.º RGPD). Ademais, se da violação resultarem danos materiais ou imateriais, o lesado tem direito a receber uma indemnização do RTD ou subcontratante pelos danos sofridos, havendo a possibilidade de isenção de responsabilidade se provarem não serem

³³⁴ É de ressaltar que os direitos do titular de dados poderão sofrer limitações, desde logo, por motivos de interesse público, já que “a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de *controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal*, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a *segurança e a fiabilidade do serviço prestado* pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular”, de acordo com o considerando (71).

³³⁵ Encontra-se previsto no art. 10º da LPD que “o encarregado de proteção de dados, bem como os responsáveis pelo tratamento de dados, incluindo os subcontratantes, e todas as pessoas que intervenham em qualquer operação de tratamento de dados, estão obrigados a um dever de confidencialidade que acresce os deveres de sigilo profissional previsto na lei.”

responsáveis pela fonte que deu origem aos danos, de acordo com os arts. 82.º RGPD e 33.º LPD.

2.3. Medidas promotoras da cibersegurança

Ainda que seja um risco, a quebra na confidencialidade e na proteção dos dados sensíveis poderá ser evitada, por via de medidas de cibersegurança integradas no RGPD, especialmente porque, como vimos, sendo a confiança o núcleo da relação médico-paciente, a violação da autonomia do paciente e da confidencialidade médica poderá originar responsabilidade médica, nomeadamente civil, uma vez que este utiliza um sistema informático como instrumento de trabalho – útil para tratamento de dados.

Ora, os riscos de acesso ilícito a dados do paciente³³⁶, a propagação de informação e violação da confidencialidade são prováveis de se verificarem, o que, com efeito, revela uma maior insegurança nas informações trocadas, podendo frustrar as expectativas do paciente, bem como criar neste um certo receio em fornecer os dados necessários para o diagnóstico ou tratamento terapêutico. De facto, “a interposição da tecnologia dificilmente conseguirá um nível de segurança capaz de preservar a totalidade da privacidade do paciente”³³⁷, pelo que o profissional médico – no caso de ser o RTD³³⁸ – terá um dever redobrado de utilizar as medidas de cibersegurança, contribuindo para a manutenção da qualidade e segurança do serviço prestado.³³⁹

Destarte, a preocupação pela cibersegurança – enquanto qualquer medida implementada com o intuito de proteger e garantir a segurança da informação que reside no espaço digital³⁴⁰ – tem conquistado terreno, desde logo, através da Lei n.º 46/2018, de

³³⁶ Este acesso poderá suceder por via de *phising*, *ransomware*, *malware*, *cloud computing*, etc, contrariando o pensamento corrente de que somente existirá a possibilidade de ataque cibernético com técnicas pouco conhecidas e bastante sofisticadas. De facto, na esmagadora maioria dos casos, os *hackers* recorrem a técnicas de extrema simplificada, como é o caso do e-mail. Sobre este tema veja-se VERIZON, “2019 Data Breach Investigations Report”, pp. 66-67.

³³⁷ JOSÉ SIMÕES/SANDRA MARTINS, “Aspectos éticos...”, *cit.*, p. 51.

³³⁸ Poderá ser uma empresa de tratamento de dados ou o próprio hospital cfr. RAPOSO, “Telemedicine: The legal...”, *cit.*, p. 7.

³³⁹ ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve reflexão...”, *cit.*, p. 60. Decorre do RGPD – designadamente do art. 32.º – o dever do RTD de aplicar medidas técnicas e organizativas capazes de assegurar um nível adequado ao risco, através da pseudonimização, cifragem de dados, integridade, confidencialidade, disponibilidade e resiliência inerente aos sistemas e serviços de tratamento, bem como a sua eficácia. Além disso, o paciente espera que sejam tratados com confidencialidade. *Vide* Caso *R (on the application of W, X, Y and Z) v Secretary of state for Health* do *Court of Appeal*, cf. MARK TAYLOR, “Confidentially...”, *cit.*, pp. 647-648.

³⁴⁰ *Vide* ALVES, “O papel fundamental...”, *cit.*, p. 127; CENTRO NACIONAL DE CIBERSEGURANÇA, *Quadro Nacional de Referência para a Cibersegurança*, 2019, p. 10.

13 de agosto (Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço), que transpôs a Diretiva (EU) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016.

O próprio RGPD simbolizou um passo vital neste âmbito, ao consagrar regras para o tratamento dos dados pessoais, contribuindo, por conseguinte, para a “maturidade digital de segurança das organizações.”³⁴¹ Porém, o conceito de “medidas técnicas e organizativas adequadas” presente no RGPD surge como indeterminado, o que possibilita que as organizações o definam, podendo resultar em efeitos nefastos e irreversíveis para a proteção dos dados pessoais.³⁴²

A isto acresce o facto de, atendendo ao disposto no art. 30.º, n.º1, g) do RGPD, relativo ao registo das atividades de tratamento, ser conferido um carácter facultativo à descrição das medidas técnicas e organizativas no domínio da segurança mencionadas no art. 32.º, n.º 1, revelando uma postura pouco cautelosa, tendo em conta todos os riscos que se relacionam com a presença destes dados no mundo digital. Com o intuito de fazer face a medidas que possam colocar em causa a cibersegurança, cremos que o registo destas medidas deveria revestir carácter obrigatório para todas as organizações, independentemente do n.º de trabalhadores (contrariando o n.º5 do artigo), já que este risco se verifica sempre (estando inevitavelmente preenchido um dos requisitos que permite a sua aplicação).³⁴³

Portanto, vimos que o RTD tem de aplicar as medidas técnicas e organizativas capazes de salvaguardarem um adequado nível de segurança (art. 24.º RGPD), caso contrário, será responsabilizado pelas falhas, mas qual será o nível exigido para que estas medidas garantam a segurança dos dados pessoais?

Merece, por isso, destaque o conceito constante do art. 25.º RGPD: proteção de dados desde a conceção e por defeito, que pretende estabelecer uma ligação entre as ferramentas providenciadas pela sociedade de informação e as preocupações associadas

³⁴¹ ALVES, *op. cit.*, p. 128.

³⁴² Quanto ao programa de cibersegurança que deveria ser adotado pelas organizações, *vide* NATIONAL CYBER SECURITY CENTER, “Cyber Security Toolkit for Boards”, pp. 18 e ss. O CNC elencou também algumas medidas técnicas e organizativas que poderão integrar o conceito indeterminado do RGPD, designadamente, “a implementação de uma política de segurança, procedimento de notificação de incidentes, desenho e implementação de arquitetura e segurança perimétrica (*firewalls*, sistemas de deteção e proteção de intrusão IDS/IPS/HIDS), implementação de sistema de recolhas e armazenamento de fluxos de tráfego, inventariação de ativos (CMDB), mapa de rede, recolha centralizada de registos (*logs*), criação de instrumentos de correção ou mitigação de incidente” cfr. ALVES, *op. cit.*, p. 143.

³⁴³ No mesmo sentido, *vide* ALVES, *op. cit.*, pp. 138-139.

à privacidade do paciente.³⁴⁴ Decompondo a equação, o “*privacy by default*” (proteção desde a conceção) significa uma limitação, desde o início, do acesso aos dados a um número de pessoas (a minimização a que o n.º1 do art. 25.º RGDPD se refere), permitindo a adoção de uma atitude mais preventiva relativamente àqueles, uma vez que o RTD apenas poderá tratar os dados que se revelem necessários para o objetivo próprio do tratamento, respeitando o princípio da proporcionalidade.³⁴⁵

Por sua vez, o “*privacy by design*” (proteção por defeito) poderá traduzir-se na pseudonimização ou na cifragem³⁴⁶ dos dados pessoais (art. 25.º, n.º2 e art. 32.º, n.º1, a) RGDPD). É precisamente para promover este conceito que as denominadas “tecnologias de aprimoramento de privacidade”³⁴⁷ – “*privacy-enhancing technologies*” – surgiram e ganharam palco nos últimos anos, já que, por utilizarem cada vez menos dados, possibilitam o anonimato e são eficazes na prevenção de ataques digitais.³⁴⁸ Em última instância, estas medidas asseguram as de proteção desde a conceção: a não disponibilização de dados pessoais a um número indeterminado de pessoas sem a intervenção humana, cfr. art. 25.º, n.º 2 RGDPD.^{349 350}

³⁴⁴ O seu não cumprimento significará, nos termos e para efeitos do art. 38.º, n.º1, alínea c) da LPD, a aplicação de coimas. Acerca destas medidas, *vide* LISA JASMONTAITE, *et al*, “Data Protection by Design and by Default: Framing guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR”, in *European Data Protection Law Review*, 4 Eur. Data Prot. L. REV. 168, 2018, pp. 168-189.

³⁴⁵ De acordo com este princípio, mencionado no considerando (4) do RGDPD, a quantidade de dados recolhidos não deverá exceder o necessário para o eficiente funcionamento do serviço. Este raciocínio também se aplica às *apps* móveis.

³⁴⁶ Pelo facto de a pseudonimização poder sofrer uma inversão não autorizada – considerando (85) RGDPD –, a cifragem ou encriptação dos dados sensíveis é a medida mais aconselhável, sendo verdadeiramente capaz de diminuir o risco de violação dos mesmos. Tornar os dados indecifráveis para quem não tenha autorização de acesso, através da encriptação de todos os dispositivos que contenham dados pessoais (PC, *pens* USB, telemóveis ou outros aparelhos móveis), bem como a de todos os *e-mails* que contenham esses dados e possam erroneamente ser enviados para um destinatário que não o desejado e ainda de serviços *cloud*, é, para além de salvaguardar a privacidade, uma eficiente forma de lidar com possíveis situações de violação de dados, uma vez que mesmo que sejam roubados, não poderão ser acedidos.

³⁴⁷ Sobre estes mecanismos, *vide* HERMAN T. TAVANI/JAMES H. MOOR, “Privacy Protection, Control of Information, and Privacy-Enhancing Technologies”, *Computers and Society*, March 2001, pp. 9-11. Alguns exemplos frequentes destas tecnologias são a utilização de VPNs, gerenciadores de *passwords* e ferramentas de autenticação de acesso.

³⁴⁸ Cfr. RAPOSO, “Telemedicine: the legal...”, *cit.*, p. 7. *Vide* ainda JOSÉ SIMÕES/SANDRA MARTINS, *op. cit.*, p. 52.

³⁴⁹ É de salientar que, perante um processo contínuo, como poderá suceder no domínio da telemedicina, as medidas implementadas no início poderão não ser adequadas numa fase mais avançada, potenciando o risco de acesso ilícito, pelo que se torna fundamental averiguar o seu estado periodicamente, a fim de as atualizar, sem que tal implique um investimento demasiadamente avultado, não podendo, por sua vez, o elevado custo significar uma “causa justificativa para o não cumprimento da proteção dos dados pessoais” cfr. ALVES, *op. cit.*, pp. 137-138.

³⁵⁰ Enquanto medidas técnicas e organizativas adequadas impostas ao RTD, assegurando o tratamento em conformidade com o RGDPD, nos termos e para efeitos do disposto no art. 24.º, pode este recorrer a códigos de conduta ou a procedimento de certificação aprovados pelo RGDPD para demonstrar o cumprimento das

Reportamo-nos, então, às especificidades da telemedicina. cremos que as melhores medidas de segurança que reforcem a integridade, autenticidade e confidencialidade se prendem com uma mais complexa encriptação dos dados, uma rede *wireless* fechada³⁵¹ e assinaturas eletrônicas³⁵².³⁵³ Frequentemente, a teleprática médica envolve uso de aplicações móveis de saúde e aparelhos eletrônicos, neste sentido, proclama-se a adoção de regras de segurança e privacidade adequadas, por exemplo, relativas à localização GPS, responsabilidade do produtor e relacionadas com esses dispositivos médicos.³⁵⁴ Por fim, é de ressaltar que a transferência de dados de saúde para fora da UE requer um maior nível de segurança, só sendo legítima quando esse consiga ser alcançado ou, não sendo, que tal suceda somente em circunstâncias extremamente delimitadas e com a exigibilidade de apertados requisitos.³⁵⁵

Infelizmente, estas medidas ainda não se revelam suficientes, havendo a necessidade de recorrer a “outra abordagem de modo a criar uma sociedade digital consciente dos riscos relativamente à qual não poderá ser colocado de parte nenhum dos intervenientes já que uma sociedade só funciona, na sua plenitude, se existirem garantias de respeito dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, não sendo a sociedade digital diferente, nem devendo ser tratada como tal, nem estar sujeita ao livre arbítrio de cada um.”³⁵⁶

Existe somente uma forma capaz de garantir uma segurança impenetrável: não tratar os dados, o que é, logicamente, impensável. Portanto, tendo a consciência de que os ciberataques poderão suceder a qualquer momento, traduzindo um elevado risco para

suas obrigações (arts. 41.º e 42.º). É de ressaltar, porém, que estes fatores demonstrativos de cumprimento das obrigações não excluem automaticamente a responsabilidade, em caso de incumprimento.

³⁵¹ Assegurando que os dados conservados não sejam alvo de falsificações por possíveis disfuncionamentos do sistema (salvaguardando a integridade dos mesmos); que sejam somente acedidos por um limitado número de profissionais, mantendo-se o dever de sigilo ou confidencialidade após a cessação do contrato celebrado ou das funções; a restauração do sistema em caso de bloqueio; o impedimentos de introdução não autorizada de dados pessoais ou alteração ou eliminação de dados pessoais conservados.

³⁵² Acerca de assinaturas eletrônicas, vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Assinaturas eletrônicas e responsabilidade civil das entidades certificadoras”, *Estudos do Direito do Consumidor*, 2015, pp. 209-250.

³⁵³ RAPOSO salienta que os grandes perigos se relacionam com “*poor encryption, flaws in the process of separating internal networks, lack of inventories regarding computer devices and other equipment authorized to access the hospital network, deficiencies in user’s authentication, and inability to identify intruder devices on the wireless network*” cfr. “Telemedicine: the legal...”, *cit.*, p. 7. Vide RAPOSO, “The doctor just...”, *cit.*, pp. 2913-2914.

³⁵⁴ As referidas medidas de segurança respeitantes a aparelhos médicos são bastante rígidas no contexto da União Europeia, segundo a Diretiva 93/42/CEE, de 14 de junho.

³⁵⁵ Ac. do TJUE de 6/11/2003, Proc. C-101/01, *Bodil Lindqvist*.

³⁵⁶ Cfr. ALVES, “O papel fundamental...”, *cit.*, p. 124.

os direitos e liberdades do titular dos dados, é vital que se proceda a avaliações periódicas de impacto sobre a proteção de dados. Não se deve olvidar o papel do RTD nesta tarefa, procurando ao máximo manter-se atualizado no seu nível de preparação (através de formações ou simulações desenvolvidas com o desígnio de aprender a reagir em face de um ciberataque).

Ora, perante a ocorrência de falhas no tratamento dos dados – que podem decorrer da não adoção das mencionadas medidas de segurança –, a responsabilidade caberá, *prima facie*, ao RTD, que deverá também ter cuidado na escolha de um subcontratante capaz de zelar pela aplicação de medidas de segurança. Ademais, é requerida a definição sólida e clara das obrigações e responsabilidades decorrentes da legislação de proteção de dados para assegurar o efetivo controlo das atividades de tratamento, bem como a atribuição de responsabilidades concretas.³⁵⁷

Terminamos este ponto concluindo que a segurança dos dados do paciente é uma mais-valia na confiança destes na telemedicina, nos profissionais que a prestam e, em geral, na sociedade de informação. Ademais, os mecanismos de que o lesado dispõe quando confrontado com um dano provocado pelas falhas no tratamento de dados pessoais asseguram que o RTD adote as medidas adequadas a prevenir o acesso ilícito.

2.4. Consentimento do utente

À semelhança do que sucede na medicina tradicional, o médico não poderá revelar informações clínicas sem o consentimento do paciente³⁵⁸ – à exceção das situações admitidas por lei em nome da proteção do interesse público ou do indivíduo.³⁵⁹ Se o dever de confidencialidade se estende aos dados que constam do registo médico, na telemedicina, haverá um aumento de riscos: de acesso, utilização, exposição³⁶⁰, modificação, visualização ou ainda eliminação.

³⁵⁷ RAPOSO, “The doctor just...”, *cit.*, p. 2916.

³⁵⁸ Dito de outro modo, um consentimento primário mantém a necessidade de consentimento secundários. Assim, quando o paciente consente a telemonitorização por via de um dispositivo eletrónico, não significa que consinta na utilização desses dados recolhidos para investigação médica, por exemplo.

³⁵⁹ “(...) usually the person’s consent is required. However, sensitive data processing can still be licit, even without consent, in some particular contexts, as for instance, ‘preventive medicine, medical diagnosis, the provision of care or treatment or the management of health-care services’ (article 8/3 of data protection directive and article 9/2 of GDPR)” cfr. RAPOSO, “The legal framework...”, p. 6. *Vide* ainda RAPOSO, “The doctor...”, *cit.*, pp. 2917-2918; MARK TAYLOR, “Confidentiality...”, *cit.*, pp. 662-666.

³⁶⁰ Frequentemente os dados de saúde são alvos de crimes virtuais. No ano de 2017, por toda a Europa – incluindo Portugal - vários hospitais e empresas foram atacados por via cibernática cfr. “empresas e

É, portanto, necessário o consentimento do paciente para o tratamento dos dados sensíveis, tendo de receber informações acerca da finalidade da utilização dos seus dados, dos riscos de tratamento irregular ou acesso ilícito por terceiros, tal como explicado aquando da enunciação dos seus direitos.³⁶¹ Em 2019, a ERS emitiu um “Alerta de Supervisão” com o intuito de clarificar os médicos acerca dos casos em que é necessário obter o consentimento do doente para o tratamento dos seus dados de saúde, esclarecendo que este não é necessário “quando esses dados sejam utilizados, apenas e exclusivamente, no diagnóstico médico e prestação de cuidados e tratamentos de saúde.”³⁶² Nos termos do art. 7.º do RGPD, este consentimento deve ser livre³⁶³, demonstrável, específico e livremente revogável, respeitando o disposto no art. 13.º RGPD quanto às informações a facultar.

Em síntese, relativamente ao tratamento de danos na telemedicina, o consentimento livre e esclarecido do utente tem de “ser específico a uma determinada finalidade, incluindo a autorização para o uso, por exemplo, de fotografias, filmagens ou de outros registos, inclusive históricos de conversas ou outros dados obtidos e potencialmente transferíveis a terceiros.”³⁶⁴

Todavia, atendendo à sensibilidade do tópico em discussão, somos confrontados com uma questão: será um verdadeiro consentimento esclarecido? Assim como EDUARDO FIGUEIREDO e JULIANA FILIPA CAMPOS³⁶⁵, cremos ser difícil responder afirmativamente, atendendo à falta de literacia digital, não só em geral, mas especificamente no campo da

hospitais sofrem ataque cibernético em massa” disponível para consulta em: <https://veja.abril.com.br/economia/empresas-e-hospitais-sofrem-ataque-cibernetico-em-massa-na-europa/>

³⁶¹ Se o paciente sofrer danos resultantes da quebra de confidencialidade por falta de consentimento informado poderá ser compensado, vide *Cornelius v De Taranto* (2001) EMLR 329; *Lady Archer v Williams* (2003) EWHC 1670; *Campbell v MGN* (2002) EWHC 499.

³⁶² ORDEM DOS MÉDICOS, “Alerta – Tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde”, janeiro de 2020, <https://ordemdosmedicos.pt/alerta-tratamento-de-dados-pessoais-necessarios-a-prestacao-de-cuidados-de-saude/>

³⁶³ Tem-se por consentimento livre aquele que não é condição *sine qua non* da prestação de um serviço. Vide considerando (42) e (43) do RGPD.

³⁶⁴ Cf. DANTAS/NOGAROLI, “Consentimento Informado do Paciente...”, *cit.*, p. 51.

³⁶⁵ Vide EDUARDO SILVA FIGUEIREDO/JULIANA SOUSA CAMPOS, “A proteção de dados genéticos em tempos de (R)evolução dos sistemas de saúde”, in *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4, Vol. I, Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 195 e ss; VANESSA SALIBA, *et al*, “Telemedicine across borders: A systematic review of factors that hinder or support implementation”, in *International Journal of Medical Informatics*, n.º 81, 2012, p. 801; RAPOSO, “The doctor...”, *cit.*, pp. 2919-2920.

saúde, ao desconhecimento do direito à identidade informacional do doente “médio”³⁶⁶. Acresce também a possibilidade de o consentimento dado na fase inicial se tornar obsoleto ao longo do processo por modificação de políticas de privacidade. Então, se o dever de esclarecimento e informação do médico assume um nível mais elevado para a prestação de cuidados à distância, no que toca ao tratamento de dados, este terá de ser exponencialmente mais qualificado, mas não tanto que sobrecarregue o paciente com pedidos excessivos.

Invocamos as palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA que revelam ser vital “uma descrição do tipo de telemedicina que se vai realizar (telemonitoração, telemanipulação, ou cirurgia robótica), a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou fins educacionais), e quais os objetivos e meios de controlo de armazenamento da informação médica computarizada numa base de dados”, concluindo que “o paciente deve ter a garantia de que a sua privacidade será respeitada tal como na medicina tradicional, mas que, enquanto estiverem a trabalhar *online* sempre já o risco de um terceiro ter acesso (ilícito) às informações.”³⁶⁷

Ad summam, cumprido o dever de informação qualificado e adequado a esta equação, a garantia da confidencialidade dos dados do utente será mais facilmente atingida pelo médico: tanto enquanto RTD por dados recolhidos no decorrer da sua prestação, como pelo dever de sigilo que impende sobre si, segundo o art. 9.º, n.º3 do RGPD.³⁶⁸

2.5. Prazo de conservação

O próprio prazo de conservação dos dados pessoais poderá ser uma das medidas destinadas à cibersegurança. Há quem defenda que deverão ser armazenados pelo mínimo de tempo possível, para que se mantenham atualizados (em caso de consulta), havendo,

³⁶⁶ SOUSA PINHEIRO *apud* ANA PINTO DIAS, “Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do controller por factos próprios e por factos de outrem”, *in Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, p. 1288.

³⁶⁷ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, p. 557.

³⁶⁸ Perante o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever, o paciente, enquanto titular dos dados, poderá acionar judicialmente o profissional médico, nos termos e para efeitos do art. 79.º RGPD, sem prejuízo dos efeitos ressarcitórios do art. 82.º.

ainda assim, a possibilidade deste período se estender, se houver motivações de interesse público ou investigação científica.

De acordo com o art. 21.º da LPD, este prazo será “o que estiver fixado por norma legal ou regulamentar ou, na falta desta, o que se revele necessário para a prossecução da finalidade.” No decorrer desta norma, a ERS clarificou que “não existindo disposição legal que identifique o período mínimo de conservação de dados relativos à saúde, devem ser tidos em consideração, à semelhança do que a CNPD decidiu nas suas autorizações prévias para o tratamento de dados pessoais deste tipo, os prazos apresentados no RAH (Regulamento Arquivístico para os Hospitais³⁶⁹).”³⁷⁰

Se, como mencionámos, o PCE reúne todos estes dados, o tratamento da informação é feito por via do mesmo, obedecendo aos requisitos estabelecidos no Regime Geral dos Arquivos e do Património Arquivístico³⁷¹ (RGAPA). Todavia, surge uma pedra no nosso caminho: este documento legal não se aplica a arquivos áudio-visuais (cf. art. 1.º, n.º2), formato amplamente utilizado na telemedicina, pelo que funcionará o RAH.

Por regra, os processos clínicos são conservados por cinco anos³⁷² (RAH e Portarias 1212/2010 e 164/2014), iniciando-se a contagem deste prazo “a partir da data final dos processos, dos documentos integrados em coleção, dos registos ou da constituição dos dossiers” (art. 2.º, n.º 4 do RAH). Para efeitos do disposto no art. 8.º, n.º1 do RAH, após o prazo de conservação fixado, se os documentos não possuírem valor arquivístico – o que significa que não há justificação para a sua conservação perpétua –, serão imediatamente eliminados.³⁷³

3. Serviços transfronteiriços e a Sociedade de Informação

Decorre, logicamente, da telemedicina a prestação de cuidados médicos transfronteiriços. As questões que mais poeira têm levantado estão intimamente relacionadas com a qualificação, registo e licenças dos profissionais que prestam cuidados, em específico, nesta nova forma de prestação de cuidados à distância.

³⁶⁹ Portaria n.º 247/2000, de 8 de maio.

³⁷⁰ ERS, *Tratamento de Dados em Saúde: Prazos de Conservação*, 2019, p. 1.

³⁷¹ Decreto-Lei n.º 16/93, de 23 de janeiro.

³⁷² No específico caso da telemedicina, o processo clínico eletrónico poderá conter meios complementares de diagnóstico de imagem, invocando-se também os cinco anos.

³⁷³ Por outro lado, poderão ser anonimizados, dependendo do seu valor arquivístico.

3.1. Telemedicina na União Europeia

A União Europeia sempre manifestou uma forte preocupação com a melhoria dos cuidados de saúde e com o acesso destes a toda a população, sendo mesmo um dos seus objetivos consagrados no TFUE, designadamente nos arts. 6º-A e 9º. São vários os diplomas legais que manifestaram o desejo pela prossecução da saúde pública, desde logo, em 1993, ao constar do Tratado de Maastricht (art. 129º) e, em 1999, do Tratado de Amesterdão.

A Diretiva 2011/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011³⁷⁴, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços surgiu com o intuito de dar resposta a vários problemas que se colocavam no âmbito dos cuidados de saúde transfronteiriços³⁷⁵ – frequentes na telemedicina – que, anteriormente à sua existência, eram salvaguardados pela liberdade de circulação do Tratado da União Europeia e, mais tarde, pelo TFUE. É inegável que as características da telemedicina, especialmente pressupondo a interação com diferentes ordenamentos jurídicos, exigem uma maior segurança e certeza jurídica nas relações que se estabelecem.

3.2. Licenças e qualificação dos profissionais médicos

Como facilmente se depreende, os cuidados de saúde prestados à distância não carecem de movimento por parte do médico que os presta, nem do paciente recetor. Deste modo, somos confrontados com uma pertinente questão: carecerá este profissional de licenças ou registo no Estado-Membro onde o paciente que recebe os serviços se encontra? A resposta, como veremos *infra*, encontra-se no princípio do país de origem.

³⁷⁴ Foi neste ano que se abordou a questão da e-health através do regime de saúde em linha previsto no art. 14.º, bem como do princípio de cooperação em matéria de avaliação das tecnologias da saúde do art. 15.º. Importa mencionar que, inicialmente, os eurodeputados e o Governo portugueses se opuseram à aprovação da mencionada diretiva, justificando a sua posição com a incerteza relativamente ao impacto financeiro decorrente do acesso a cuidados de saúde privados cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/MIGUEL SOUSA FERRO, “Diretiva 2011/24/UE: Porta Aberta ao Mercado Interno da Prestação de Cuidados de Saúde”, in *Update Momentum – Europeu e Concorrência*, 5 de abril de 2011.

³⁷⁵ Em termos jurisprudenciais, o *Watts Case* (Case C-372/04. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 May 2006) é um exemplo que poderemos mobilizar na matéria que agora estudamos. No caso *sub iudice*, um doente britânico viajou até França, a fim de receber tratamento médico, tendo visto negado o reembolso das despesas pelas autoridades britânicas. Vide RAPOSO, “Telemedicine: the legal...”, *cit.*, p. 4.

A Diretiva 2000/31/CE³⁷⁶ – sobre o comércio eletrónico – aplica-se à prática da telemedicina³⁷⁷, (art. 3.º, n.º1), reafirmando o disposto na alínea d) do art. 3.º e no art. 4.º, n.º1, a) da Diretiva 2011/24/UE relativamente ao facto de o Estado de tratamento – território onde efetivamente é prestado o cuidado ao paciente – ser, no caso da telemedicina, o Estado em que o prestador de saúde se encontre estabelecido, independentemente da nacionalidade do doente.^{378 379} Como decorrência legal da ausência de mobilidade do prestador para praticar atos médicos, a Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de setembro de 2005, relativa ao

³⁷⁶ Alterada pelo Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais. De acordo com o art. 2.º, n.º 3 o regulamento não afeta a aplicação da Diretiva, uma vez que se dirige somente a serviços intermediários, o que não é o caso da telemedicina. *Vide* ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Patient Safety...”, *cit.*, p. 100, nota 25.

³⁷⁷ *Ab initio* o exercício da telemedicina incluía-se nos arts. 56.º e 57.º do TFUE, por se qualificarem os cuidados de saúde enquanto serviços abrangidos pela livre circulação de serviços caracterizadora do mercado único. Neste âmbito, a liberdade assiste ambas as partes: os pacientes que pretendem receber cuidados e os médicos que os pretendem prestar. O TJUE corroborou este raciocínio nas decisões de 31 de janeiro de 1984, nos casos 286/82 e 26/83, *Luisi and Carbone*. *Vide* RAPOSO, “The doctor just...”, *cit.*, pp. 2904-2905.

³⁷⁸ *Vide* RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 9; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Patient Safety...”, *cit.*, pp. 101-102; RAPOSO, “The doctor...”, *cit.*, pp. 2905-2906. No entanto, os Estados-Membros poderão adotar medidas derogatórias da liberdade de circulação, atendendo às circunstâncias enunciadas no n.º 4 do art. 3.º da Diretiva 2000/31/CE. Para que estas limitações possam operar, os Estados em causa terão de notificar a Comissão Europeia e os demais Estados antes da adoção, de forma a garantir que tudo se desenvolve de acordo com os moldes previstos, sem erguer obstáculos à livre circulação e à sociedade de informação.

³⁷⁹ Sob pena de nos alongarmos, façamos, neste seguimento, somente uma breve referência quanto à lei e jurisdição aplicáveis em caso de litígio. Em regra, como vimos, aplica-se a lei do Estado onde o prestador se encontra, através de uma leitura conjunta das mencionadas diretivas. No entanto, existindo um contrato, poderão as partes acordar qual a lei aplicável (art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre as leis aplicáveis às obrigações contratuais – Roma I). Caso não o façam, é a lei do país onde o prestador tem a sua residência habitual que regula a relação contratual (art. 4.º, n.º1, b). Por outro lado, não existindo qualquer relação contratual – entramos, assim, no ensejo extracontratual –, aplicar-se-á a lei do Estado onde o dano ocorreu, ou seja, onde o recetor se localizava no momento em que o ato médico à distância foi praticado (art. 4.º, n.º1). Relativamente à jurisdição, é de invocar o Regulamento (UE) n.º 281/2015, de 25 de fevereiro, relativo à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial. De acordo com o art. 25.º, as partes podem acordar previamente qual o tribunal responsável por dirimir eventuais litígios. Na ausência desta convenção, conforme o art. 4.º, será no tribunal onde se encontra domiciliado o réu. Contudo, existem desvios a esta regra. Em caso de responsabilidade extracontratual, será competente o tribunal onde o dano ocorreu, portanto, o lugar onde o paciente se encontrava no momento da execução do ato médico. Já na responsabilidade contratual, terá de ser feita uma distinção, já que, se a atividade do médico for dirigida ao Estado-Membro onde reside o paciente – é notório, desde logo, por o profissional se expressar na língua, utilizar a moeda ou números telefónicos desse Estado –, a opção de acionar o médico no tribunal do domicílio deste ou no seu cabe ao recetor (art. 18.º); mas, não sendo a atividade direcionada para aquele local, o tribunal competente para dirimir o litígio será aquele onde, segundo o contrato, os serviços foram ou devam ser prestados (art. 7.º, n.º1, b), ou seja, onde o médico se encontre estabelecido. Acerca desta matéria, *vide* ALEXANDRE D. PEREIRA, “Patient Safety...”, *cit.*, pp. 103-106; RAPOSO, “The doctor just poked you...”, *cit.*, pp. 2907 e ss; SHERIHANE BENSEMMANE/RITA BAETEN, “Cross-border telemedicine: practices and challenges”, in *OSE Paper Series*, n.º 44, Observatoire social européen, Brussels, October 2019, pp. 27-28.

reconhecimento das qualificações profissionais não se aplica a estes profissionais que prestam serviços de saúde transfronteiriços, conforme o art. 5.º, n.º2.³⁸⁰

Por conseguinte, e respeitando o princípio do país de origem, a tarefa de regulamentar acerca dos aspetos médico-legais e deontológicos da medicina – inclusive da telemedicina – com fundamento na sua ordem jurídica, cabe a cada Estado-Membro³⁸¹, não sendo de exigir ao prestador de cuidados médicos outros requisitos, nomeadamente os do país onde o paciente recebe o tratamento. O controlo pelo respeito das regras profissionais por parte dos prestadores de serviços da sociedade de informação cabe aos Estados-Membros, cf. o disposto no art. 8º da Diretiva 2000/31/CE.

Daí que, no que diz respeito à licença, esta seja exclusivamente requerida no país onde este se encontre fisicamente estabelecido. Em Portugal, o registo do profissional médico é feito na Ordem dos Médicos, devendo respeitar determinados requisitos: como a conclusão de licenciatura numa faculdade de medicina portuguesa ou, no caso de uma faculdade estrangeira, que esta seja reconhecida pela dita Ordem. Uma vez inscrito, o médico terá de obedecer às regras que lhe são impostas, sob pena de responsabilidade disciplinar.³⁸²

Tem-se assistido a um movimento de defesa pela exigibilidade de uma licença com traços específicos, não por se tratar de um cuidado transfronteiriço, mas sim por estarmos perante um ato telemédico, algo com o qual concordamos.³⁸³ Uma vez que a telemedicina envolve tecnologias – que sofrem um constante avanço –, essa licença poderia ser entendida como método de estímulo à literacia digital no mundo dos médicos.

Tudo isto cria um incentivo aos médicos para a teleprática transfronteiriça, dado que não estarão sujeitos à burocracia de reconhecimento profissional, nem a custos de deslocações entre países para prestarem cuidados médicos. Um outro fator de relevante menção é o regime linguístico utilizado na prestação dos serviços: estará o médico obrigado a fornecer os cuidados no idioma do paciente? Exigindo-se, em Portugal, a

³⁸⁰ De acordo com a disposição legal, somente será aplicada quando o elemento de mobilidade esteve presente, ficando o prestador de serviços ao abrigo das normas de conduta profissional do Estado-Membro de acolhimento.

³⁸¹ Cfr. RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 6. Neste sentido, *vide*, ainda LISA RANNEFELD, “The Doctor Will E-mail You Now...”, *cit.*, pp. 92-93.

³⁸² *Vide* ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Patient Safety...”, *cit.*, p. 102; RAPOSO, “The doctor...”, *cit.*, pp. 2911-2912.

³⁸³ No mesmo sentido, *vide* RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 5 e LISA RANNEFELD, *op. cit.*, pp. 103-104.

prova de comunicação médica – exame de proficiência linguística – a médicos formados no estrangeiro para que possam exercer a profissão no nosso país³⁸⁴, deduzimos que, em face de uma prestação transfronteiriça, o médico português – ou o estabelecido em Portugal – tenha somente de falar a língua portuguesa, sem prejuízo da possibilidade de o paciente escolher um profissional que tenha conhecimentos linguísticos no seu idioma, sem limitar a sua liberdade de escolha.³⁸⁵

3.3. Direitos do paciente na Telemedicina transfronteiriça

A maioria dos direitos dos pacientes na telemedicina transfronteiriça é salvaguardada pela mencionada Diretiva 2011/24/UE. Em lugar de destaque, encontramos o direito a receber cuidados médicos noutros Estados-Membros (art. 1.º), exceto se se tratar de cuidados de saúde continuados, transplantações de órgãos e programas de vacinação pública contra doenças infecciosas dirigidas estritamente à proteção da saúde da população de determinado Estado (n.º3 do art. 1.º). Este direito manifesta-se na proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade na prestação do serviço (art. 4.º, n.º 3 e 4).

Nos termos e para efeitos do disposto no art. 4.º, nomeadamente no n.º2, a), estes têm o direito a receber, se o pedirem, informação acerca dos prestadores de cuidados de saúde³⁸⁶, da acessibilidade dos hospitais para pessoas portadoras de deficiência e da qualidade e segurança do Estado onde se encontra estabelecido o teleprestador, no caso da telemedicina. Tal como enunciado em sede própria, o médico deverá fornecer todas as informações relevantes que permitam uma decisão esclarecida do paciente, designadamente, as opções de tratamento, qualidade e segurança, disponibilidade de

³⁸⁴ Vide artigo disponível em: <https://ordemdosmedicos.pt/prova-de-comunicacao-medica-dia-11-de-janeiro-de-2023/>. Durante o período do Covid-19, este exame foi dispensado, atendendo à emergência da situação que vivemos. O mesmo se verificou aquando da chegada de refugiados, em específico, de médicos ucranianos a Portugal.

³⁸⁵ A ERS apurou que uma das fraquezas mais vincadas, para além das restrições financeiras no acesso a cuidados transfronteiriços, que poderão não ser tão limitadoras na telemedicina, ainda assim, o facto de não haver informação disponível numa língua que não a do Estado-Membro que a disponibiliza é um problema. Vide ERS, *Análise do Impacto da Diretiva dos Cuidados de Saúde Transfronteiriços*, Porto, 2017, p. 37; VANESSA SALIBA, *et al*, *op. cit.*, pp. 802-803; SHERIHANE BENSEMMANE/RITA BAETEN, *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁶ Designadamente o seu nome, o endereço geográfico em que se encontra estabelecido, endereço eletrónico que possibilite um contacto célere e efetivo, organização profissional em que esteja inscrito, o título profissional, bem como o Estado-Membro em que foi concedido e as regras profissionais que se aplicam no Estado de estabelecimento (alínea f), n.º 1) do art. 5.º da Diretiva 2000/31/CE.

cuidados de saúde prestados no Estado de tratamento (alínea b). Prestado o tratamento requerido pelo paciente, este terá direito a ter acesso ao processo clínico escrito ou informático ou, pelo menos, a uma cópia do registo do tratamento recebido (alínea f).

A diretiva protege ainda, e como tivemos oportunidade de frisar, o direito fundamental à privacidade, em especial, no que ao tratamento de dados pessoais diz respeito (alínea e), remetendo para as disposições do RGPD. Na telemedicina transfronteiriça, poderão ser levantados problemas inerentes à transmissão de dados para tratamento noutros Estados-Membros ou até em países fora da UE.³⁸⁷ Ora, podendo envolver vários países, a proteção de dados pessoais no domínio da telemedicina poderá suscitar dificuldades na aplicação do RGPD, determinando este que, de acordo com o art. 25.º, na hipótese de transmissão de dados com estados não membros, deverão ser adotadas medidas adicionais capazes de garantir o nível de proteção adequado no que diz respeito ao estado não membro. E no que diz respeito a estes? Parece-nos que “para facilitar o fluxo transfronteiriço de dados, é recomendável implementar um procedimento de consentimento rápido do paciente, aceite em todas as ordens jurídicas europeias.”³⁸⁸

Para além da informação, os serviços transfronteiriços transferem para a esfera do paciente o direito ao reembolso. Até ao surgimento da Diretiva 2011/24/UE, o reembolso era tido como uma equação problemática para o mercado livre de cuidados médicos. Por isso, com o objetivo de ultrapassar esta barreira, a Diretiva prevê, no art. 7.º, que o paciente obtenha o reembolso por parte do Estado-Membro de afiliação por cuidados de saúde que tenha recebido de um prestador estabelecido noutro Estado, desde que “os cuidados de saúde em questão figurarem entre as prestações a que a pessoa segurada tem direito no Estado-Membro de afiliação”, segundo o n.º 1.³⁸⁹

Em regra, os custos são pagos diretamente pelo Estado de afiliação, mas existe um senão: há um teto para os custos reembolsados que será a quantia que teria sido assumida por esses Estado se “os cuidados tivessem sido prestados no seu território”, havendo, ainda assim, a possibilidade de ser reembolsada a totalidade se o estado assim

³⁸⁷ Sobre esta questão *vide* ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “O Responsável...”, *cit.*, p. 1182; RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 7.

³⁸⁸ Cfr. a nossa tradução de RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 7.

³⁸⁹ Quanto ao direito ao reembolso, *vide* RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 4; ALEXANDRE D. PEREIRA, “Patient Safety...”, *cit.*, p. 102-103; ANIKA D. CLIFTON, “Licensure, Reimbursement and Liability in Telemedicine: An Academic Perspective”, in *Annals of Health Law – Advanced Directive*, Vol. 18, 2008, p. 62-65.

o decidir.³⁹⁰ Além disto, poderá ainda impor restrições, desde que fundadas em “razões imperiosas de interesses geral”, como v.g. “requisitos de planeamento relacionados com o objetivo de garantir um acesso suficiente e permanente a uma gama equilibrada de tratamentos de elevada qualidade (...) ou desejo de controlar os custos e evitar, tanto quanto possível, o desperdício de recursos financeiros, técnicos e humanos” (cfr. n.º9 do art. 7º) e se os cuidados pudessem ter sido prestados no seu Estado (art. 8.º, n.º 6, d).

Ainda que o Estado de afiliação possa impor à pessoa que solicita o reembolso “as mesmas condições, critérios de elegibilidade e formalidades legais e administrativas, quer sejam estabelecidos a nível local, nacional ou regional, que importaria se esses cuidados de saúde tivessem sido prestados no seu território” (cfr. art. 7º, n.º7), não poderá sujeitar o reembolso a autorização prévia (cfr. n.º8, art. 7º), salvo algumas exceções do art. 8º, n.º 2, como o recurso a equipamentos médicos especializados e onerosos, bem como pelos riscos envolvidos para o paciente, pelo que nos parece que a Telemedicina se enquadra neste âmbito, atendendo às tecnologias a que recorre, constituindo um exímio exemplo de hipótese em que o médico se poderá recusar a utilizá-la.

Em suma, “*all limitations imposed to reimbursement must be necessary and proportionate and can never operate as discriminatory mechanisms or as an obstacle to the free circulation freedoms typical of European law*”.³⁹¹ De facto, a Telemedicina enquadra-se nas hipóteses enunciadas de limitações ao reembolso por, desde logo, levantar preocupações inerentes à qualidade e segurança dos cuidados prestados e pelos riscos que teoricamente orbitam a teleprática médica.

Portanto, seguindo a linha de raciocínio, cremos que a regulação específica da Telemedicina a nível europeu é imprescindível, de forma que a imposição de um mínimo de segurança e qualidade crie expectativas assentes acerca dessa segurança. É de salientar que, apesar de estarmos a analisar o reembolso, apela-se também à harmonização de outros aspetos da telemedicina, tais como a responsabilidade médica, consentimento informado e privacidade de dados pessoais.³⁹²

³⁹⁰ Apesar da Diretiva chamar a atenção para o facto de poderem ser reembolsados outros custos, “nomeadamente despesas de alojamento ou de viagem”, no caso da telemedicina, estas nem se chegam a verificar, na medida em que o paciente não se desloca de país.

³⁹¹ Cf. RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 5.

³⁹² De acordo com VERA RAPOSO, *in what concerns healthcare and the practise of medicine there are no uniform regulations at the European level*”, somente a Diretiva 2011/24/UE, pelo que “*many issues still lack uniform regulation, mainly the domain of medical liability and medical leges arties*”, cfr.

De forma a assegurar a reparação de possíveis danos que possam resultar da prestação destes cuidados, os doentes dispõem, segundo a alínea c) do n.º2 do art. 4.º, de procedimento de reclamação transparentes nos termos da legislação do Estado onde se encontra o profissional de saúde. Indo de encontro a este ponto, na alínea seguinte, é assegurada proteção ao prestador de cuidados, através do regime de seguro de responsabilidade profissional ou de garantia similar comparável ao dos tratamentos realizados no seu território. Em última instância, esta medida acaba por beneficiar os pacientes por assegurar que, em caso de dano, terão compensação.³⁹³

4. Aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil médica no domínio da telemedicina

Os pressupostos de responsabilidade civil cujo preenchimento é necessário foram já alvo de análise neste trabalho, pelo que se segue agora a sua aplicação ao concreto domínio da telemedicina. Adiantamos, desde já, que os que merecem um estudo mais detalhado são a culpa, ilicitude e nexos de causalidade, dadas as especificidades do contexto em causa.

4.1. Ilicitude

Para evitarmos repetições, o pressuposto da ilicitude encontra-se já enunciado em sede própria, pelo que, de momento, faremos apenas considerações relativas às especificidades da telemedicina.

Antes de mais, há que salientar que se poderá afastar este pressuposto verificada que esteja alguma causa excludente – v.g. legítima defesa, estado de necessidade ou consentimento do lesado³⁹⁴. No que tange a esta última – o consentimento informado – voltamos a reforçar a ideia de que crescem exigências na obrigação de esclarecimento que recai sob o profissional de saúde, desde logo, as próprias qualificações e a sua experiência profissional – o que contribui para o fortalecimento da confiança na relação com o paciente, potencialmente afetada neste plano digital –, o âmbito de intervenção, os

“Telemedicine...”, *cit.*, p. 1. Com o mesmo entendimento *vide* ARAÚJO COUTINHO, “Uma breve...”, *cit.*, p. 62.

³⁹³ Cfr. RAPOSO, “Telemedicine...”, *cit.*, p. 4.

³⁹⁴ Revela-se necessário invocar o art. 81º, n.º1 do CC como forma de garantir que o consentimento não extravasa os limites impostos pela ordem pública.

riscos que a utilização por via tecnológica despoleta³⁹⁵ e as normas relativas à confidencialidade dos dados recolhidos previstas no RGPD, bem como o disposto nos arts. 46º, n.º2, *in fine* e n.º3, 47º, n.ºs 4 e 5, 48º e 49º do CDOM.

Portanto, atendendo ao exposto *supra*, entendemos não haver necessidade de um novo padrão de conduta, exigindo-se, sim, que sobre o médico recaiam exigências acrescidas, como manifestado anteriormente. Apela-se, assim, a uma redefinição das *legis artis* médicas, impondo novos deveres de conduta ao médico,³⁹⁶ cujo incumprimento acarreta a violação das mesmas, preenchendo-se, então, a ilicitude geradora de responsabilidade civil.

Afigura-se relevante explicar que, em razão do uso das tecnologias, alguns dos erros de diagnóstico “podem ser despoletados pelo próprio paciente, por lapso na recolha e transmissão de dados acerca do seu estado de saúde a um médico distante”, na medida em que “ao envolver o paciente no sucesso do ato médico em causa, atribuindo-lhe funções que eram tradicionalmente desempenhadas por profissionais de saúde, a telemedicina coresponsabiliza o paciente pelo resultado do procedimento, devendo o paciente ser informado de forma clara do papel que lhe cabe.”³⁹⁷

Todavia, não se pense que tal desresponsabiliza completamente o médico, desde logo, porque o CDOM, no seu art. 94.º, n.º2, estabelece obrigatoriamente que este profissional apenas poderá recorrer à telemedicina quando “tiver uma ideia clara e justificável da situação clínica”, o que logicamente revela a necessidade de uma consulta presencial prévia capaz de evitar (ou, pelo menos, atenuar) erros médicos com origem em informação errónea transmitida ao médico, procurando simultaneamente contornar um possível enfraquecimento da confiança, enquanto pilar da relação médico-paciente.

Por estes motivos, acresce ainda ao profissional de saúde o dever de assegurar que o paciente dispõe de toda a informação pertinente acerca dos procedimentos clínicos e da possibilidade de ser coresponsabilizado.³⁹⁸ Destarte, tendo o médico dirigido as

³⁹⁵ Vide RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 31.

³⁹⁶ No mesmo sentido vide RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, pp. 31-32; ANTÓNIO CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina e Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 143-144; MOREIRA, “*E-Health*: desafios e problemas da telemedicina...”, *cit.*, pp. 88-89.

³⁹⁷ Cf. RAPOSO/INÉS RIBERA, “Telemedicina...”, *cit.*, p. 3.

³⁹⁸ De forma a esclarecer o raciocínio, pensemos no caso de um paciente ter de se sujeitar à telemonitorização; claramente que terá de ser consciente quanto à sua responsabilidade no que tange à recolha e transmissão dos dados que serão transmitidos para um centro e, de seguida, interpretados pelo médico. Por isto, o médico terá de o esclarecer e assegurar que as condições adequadas são cumpridas.

questões apropriadas ao paciente de forma a recolher a informação de que carece para averiguar o seu estado de saúde, caso este não tenha fornecido a informação correta, tendo como efeito um erro no diagnóstico, este não será imputado ao profissional por não se ter verificado qualquer ilicitude na sua conduta.³⁹⁹

Por fim, como tivemos oportunidade de frisar, o médico deve assegurar que a privacidade do paciente se encontra protegida, na medida em que esta “é o direito que qualquer indivíduo tem de controlar quem tem acesso à informação sobre a sua saúde e em que circunstâncias.”⁴⁰⁰

Portanto, surgem vários novos deveres de conduta para o médico. Tornando-se, assim, pertinente lembrar a já exposta distinção entre obrigações de meios e de resultados. A nosso ver, na telemedicina, no que diz respeito aos novos aspetos que levanta, como a proteção de dados, prestação de consentimento, estaremos perante obrigações de meios, na medida em que o clínico tem de empregar determinadas medidas para a salvaguardar, não devendo ser responsabilizado no caso de falhas quando tenha agido devidamente, especialmente pelo que escrevemos acima.

4.2. Culpa

Fora já mencionado o padrão do *bonus pater familias* utilizado na aferição da culpa do profissional médico, atendendo às circunstâncias em que o agente concreto atuou ou deixou de atuar. Porém, será que este critério subjetivista se revela suficiente no plano da telemedicina, considerando todos os riscos inerentes à prestação desta nova modalidade à distância, os riscos surpresa (e, porventura, desconhecidos) que poderão advir da utilização de dispositivos tecnológicos, bem como os bens jurídicos que se pretende salvaguardar?

Contrariamente a algumas vozes que se têm erguido no sentido da necessidade de pugnar por um modelo semelhante ao da responsabilidade objetiva⁴⁰¹, acreditamos que

³⁹⁹ Nestes casos, parece-nos que as gravações das consultas são imprescindíveis no que respeita à prova.

⁴⁰⁰ SANDRA BARREIRO MARTINS/JOSÉ AUGUSTO SIMÕES, “Aspectos éticos na monitorização remota de *pacemakers* através da telemedicina”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 16, março de 2012, p. 51.

⁴⁰¹ Neste sentido *vide* CRUZ OLIVEIRA, *Telemedicina...*, *cit.*, pp. 146-147. Não obstante, reconhecemos a validade dos seus argumentos, desde logo, por entender que o mencionado critério é incapaz de dar respostas às questões que vêm surgido neste campo e pela mobilização do art. 493º, n.º 2 do CC que permite legalmente a sua evolução atendendo aos perigos emergentes do progresso da sociedade de risco. Com o mesmo entendimento, *vide* SINDE MONTEIRO, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal – A lei e o Futuro (Considerações de *lege ferenda* a propósito da discussão da “alternativa sueca””, in *Separata da*

se mantém o critério, todavia, ter-se-á em mente o médico médio a exercer a telemedicina e já não um profissional médio com características semelhantes às daquele que praticou o facto. Em outras palavras, é agora colocada a questão de “como se teria comportado o médico-médio naquela situação concreta, isto é, se estivesse a fazer uso da telemedicina?”⁴⁰²

O n.º 2 do art. 487.º do CC, ao mencionar as circunstâncias concretas do caso, não aponta somente para um modelo de avaliação de conduta do médico, mas sim para vários. Contudo, a telemedicina nem sempre reclama um padrão para todas e quaisquer especialidades, pense-se, por exemplo, numa análise de uma radiografia: não há diferença entre a que é efetuada na medicina tradicional e na que é à distância. Para evitar que a definição deste padrão seja exclusivamente atribuída aos tribunais, apela-se às organizações profissionais – a Ordem dos Médicos – para o fazerem atendendo às especialidades de medicina.⁴⁰³

*“This means that if the patient dies in the middle of the surgery because the communications system failed, normally the doctor will not be held liable: if he acted correctly, verifying the equipment, making sure it functioned properly, if there is not a defect on the software (which could be the doctor’s responsibility if he hadn’t detected the problem when he should have detected it) and the failure is due to non-compliance of the company that provides the distance communications (internet, etc.), it is not the doctor’s fault. He did everything on his power to avoid the damage. Thus, he cannot be held liable.”*⁴⁰⁴

Aproveitamos o ensejo para referir que a prova da culpa será facilitada neste campo, dado o facto de a telemedicina operar mediante meios tecnológicos que permitem armazenar dados mais fidedignamente. Assim, a telemedicina representa também um progresso no que respeita à prova, já que esta nova modalidade de prestação de cuidados médicos se processa por via de imagens ou vídeos que ficam armazenados e arquivados no PCE do paciente.

Colectânea de Jurisprudência, ano XI, Tomo IV, 1986, p. 7; BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, 2008, Reimp. Novembro de 1997, p. 240.

⁴⁰² Cf. RAPOSO, “Você tem uma...”, *cit.*, p. 30.

⁴⁰³ A título exemplificativo, existe, nos EUA, a *American College of Radiology* e a *American Electroencephalograph Society*.

⁴⁰⁴ Cf. MOREIRA, “Considerations about medical...”, *cit.*, p. 29.

Em termos extracontratuais, e de forma a conferir mais proteção ao paciente que recebe tratamentos ou intervenções à distância, o art. 11.º da Lei n.º 31/2008, de 17 de julho será relevante. Ora, façamos o seguinte raciocínio: se o preceito menciona que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público incorrerão em responsabilidade pelos danos decorrentes de serviços especialmente perigosos, se tal abrangesse a telemedicina – em especial, teleconsultas e telecirurgias –, parece-nos lógico que a proteção conferida aos doentes seria reforçada, na medida em que o hospital (público) seria considerado responsável pelos danos sofridos, a menos que, como ressalva o artigo, “se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado”. Além desta proteção acrescida, a tarefa de prova que recai sobre o lesado seria facilitada, pois não a teria de fazer. No que ao médico diz respeito, ao não ser responsabilizado – já que não se exige que se trate de um ato ilícito culposos –, não se sentiria inibido de atuar à distância por não ter de responder pelos danos.⁴⁰⁵

4.3. Nexo de causalidade

Em razão da distância física existente entre o médico e o paciente, o estabelecimento de causa-efeito é de ampla complexidade, sendo, por isso, o pressuposto de verificação mais difícil. Assim, na telemedicina, é imperativo considerar a distância na tarefa de avaliar se a ação ou omissão do médico foi condição geradora daquele dano sofrido pelo paciente. Isto é, se o dano sofrido tiver sido intensificado pela distância, o mesmo não poderá ser imputado ao médico. Aliás, SÓNIA MOREIRA chama a atenção para esta situação, referindo que “o bom senso dita que se tenha em consideração que há circunstâncias aqui que não podem imputar-se ao médico, desde que o paciente tenha sido perfeitamente esclarecido dos riscos inerentes a esta intervenção à distância.”⁴⁰⁶

É precisamente por isto que o paciente tem de estar plenamente ciente dos riscos que o recurso à telemedicina envolve, na medida em que alguns não se encontram na esfera de controlo do médico. Por outro lado, assume relevo tudo o que já abordámos acerca das informações que devem ser transmitidas ao paciente e do modo como o consentimento é prestado.

⁴⁰⁵ Cf. MOREIRA, “Considerations about medical...”, *cit.*, pp. 34-35. Tal não significa que possa atuar sem a devida diligência, sob pena de incorrer em responsabilidade disciplinar.

⁴⁰⁶ Cfr. MOREIRA, “*E-Health*: desafios e problemas...”, *cit.*, p. 98.

Em suma, apesar da distância poder ser um fator agravador do risco de deterioração da condição clínica do doente, tendo sido este devidamente esclarecido e informado acerca dos mesmos, não se poderá imputar ao médico o dano sofrido pelo lesado, já que vigora o axioma de *nemo tenetur ad impossibile*⁴⁰⁷.

5. Distribuição de responsabilidade

Outra das grandes questões trazidas ao de cima pela telemedicina encontra-se na distribuição da responsabilidade. *Quid iuris* quanto a quem será responsabilizado perante um dano sofrido pelo paciente no caso de haver uma equipa geograficamente distanciada, em que parte dos elementos que a constituem acompanham o doente de perto, enquanto os restantes se encontram à distância? E no que respeita à responsabilidade dos fabricantes dos dispositivos médicos a que a telemedicina recorre para prestar cuidados médicos?

Já expusemos a hipótese de delimitação de responsabilidade civil no caso da falta de informações ou indevido esclarecimento relativamente ao consentimento informado, todavia, como são vários os riscos que enunciámos, são também várias as problemáticas que se colocam em diversos níveis.

5.1. No seio da equipa médica

Cada vez menos o médico atua sozinho, não sendo, por isso, novidade que na prestação de cuidados à distância o mesmo se verifique. É até vantajoso que assim seja, por permitir que especialistas de várias áreas se juntem para atingir um melhor resultado. Aliás, algumas das modalidades analisadas neste texto apenas poderão ser executadas com mais do que um profissional médico, tais como a telecirurgia e o contacto entre dois profissionais de saúde.

Ora, é frequente que na telemedicina o médico que habitualmente consulta aquele paciente recorra a um colega – que somente consultou o doente à distância ou nem chegou a esse ponto –, fornecendo-lhe os sintomas e o histórico clínico, tal como explicámos anteriormente.⁴⁰⁸ Nas teleintervenção, como a telecirurgia, poderá suceder que uma equipa se encontre no mesmo local do paciente enquanto outra, à distância,

⁴⁰⁷ Ninguém é obrigado ao impossível.

⁴⁰⁸ Capítulo II, ponto 7.2.

manuseia os equipamentos clínicos. Portanto, o médico que é consultado à distância poderá ser responsabilizado pelos danos que a sua prática médica cause ao paciente, mesmo que este seja pessoalmente acompanhado por um outro profissional ou tenha pedido conselhos a um colega.⁴⁰⁹

E nos casos em que o médico requer conselhos a outro colega que não teve qualquer contacto – nem físico, nem telemédico – com o paciente acerca da condição de saúde deste? Cumpre invocar o art. 485º do CC, em cuja epígrafe se lê “conselhos, recomendações ou informações”. Conforme o n.º 1, “os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá”, ressalvando no n.º seguinte as circunstâncias em que existe obrigação de indemnizar, como “quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível.”

Destarte, o médico que forneceu um conselho – aquele que não teve contacto direto com o paciente – não será responsabilizado, pois, tal como explicitado no n.º1 *supra* mencionado, a simples emissão de um conselho não origina responsabilidade, nem estamos em face de uma das circunstâncias presentes no n.º 2. Para além disto, acresce o facto de não existir qualquer relação entre este médico e o paciente, pelo que o conselho emitido não se traduz num verdadeiro ato médico.⁴¹⁰

No caso da telecirurgia, por exemplo, a equipa carece de uma devida coordenação por um médico – que a irá dirigir e determinar as tarefas de cada um dos membros –, pelo que, sendo causado algum dano ao paciente que daqui decorra (por exemplo, derivado da imperícia no manuseamento de robots à distância), ter-se-á de invocar a aplicação dos arts. 800º e 500º do CC, distinguindo as situações em que existe um contrato, daquelas em que a intervenção médica se deu sem este, respetivamente.

No caso de haver um contrato, nos termos e para efeitos do disposto no art. 800.º, n.º1 CC, o médico encontra-se contratualmente responsável pelos atos das pessoas que utilizar no cumprimento das suas obrigações, tal como se fossem praticadas por si próprio,

⁴⁰⁹ Vide RAPOSO, “Você tem uma...”, *cit.*, p. 40.

⁴¹⁰ Tal como mencionado anteriormente, o segundo médico apenas seria responsabilizado se tivesse uma verdadeira obrigação de aconselhamento – presente, por exemplo, no contrato de prestação de serviços – para com o outro médico, conforme o previsto no n.º 2 do art. 485º do CC. Assim, reforçamos que o médico somente deverá proferir conselhos se possuir suficiente informação, na medida em que respeite o grau de segurança que lhe é exigível. Sobre esta questão *vide* RAPOSO, “Você tem uma...”, *cit.*, p. 40.

ou seja, que tenham agido com culpa, o que revela que não se trata de uma responsabilização ilimitada.⁴¹¹ Resulta, então, que o médico responde como que objetivamente pelos atos dos seus auxiliares, uma vez que não se exige que tenha tido culpa; contudo, no caso de estes não terem culpa, responde o médico por *culpa in elegendo, culpa in contrahendo ou culpa in instruendo*.⁴¹²

Já na responsabilidade delitual, como no caso dos hospitais públicos⁴¹³, funcionará o art. 500º, que, na sua essência, é similar ao anterior preceito. Ora, uma relação de comissão traduz uma relação de dependência entre a pessoa (comissário) que usa alguém (comitente) para uma tarefa, estando este sob as ordens do primeiro, que será responsável pelos danos que cause na execução daquela tarefa.⁴¹⁴ Destarte, o médico será responsabilizado pelas ofensas causadas pelos membros da equipa que coordena, exceto pelos atos de outros médicos, uma vez que não poderão ser considerados subordinados. Assim é, pois, os clínicos, ao estarem subordinados às regras deontológicas, às *legis artis*, respondem por si próprios, salvo se se tratar de estagiários que vigiam.⁴¹⁵

Surge, assim, uma outra questão: poderá o médico ser comissário de um não-médico, como, por exemplo, um paciente ou uma clínica? Relativamente ao primeiro, a resposta afigura-se simples, já que não existe uma verdadeira relação de comissão. Vejamos, se só a possibilidade de direção tem a capacidade para fundamentar a responsabilidade do comissário pelos atos do comitente, naturalmente se deduz que o médico que trata o doente não é seu comissário. Cremos que se vislumbra, assim, a

⁴¹¹ Vide MOREIRA, “Considerations about medical...”, *cit.*, pp. 32 e ss.; FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, “Responsabilidade Civil Médica e Relação de Comissão”, in *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 2 – Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 22-26; MOREIRA, “E-Health: desafios e problemas da telemedicina...”, *op. cit.*, p. 89; HENRIQUES GASPAS, “A Responsabilidade Civil...”, *cit.*, pp. 349-351.

⁴¹² Cf. RAPOSO, *Do ato médico...*, *cit.*, pp. 298-299.

⁴¹³ Como não funciona a presunção de culpa e, por conseguinte, a inversão do ónus da prova, esta recai sobre o paciente, que tem de demonstrar a culpa do comissário, de forma a poder intentar uma ação com base no art. 483º. Se o conseguir fazer, o comitente também será responsabilizado, mesmo que não tenha culpa, dado que o art. 500º estabelece um regime estrito de responsabilidade. Foi para salvaguardar estes casos que foi criada a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Acerca da responsabilidade extracontratual por danos causados nos hospitais públicos vide ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 33 e ss. De qualquer modo, no caso da responsabilidade de hospitais públicos, como o autor só poderá intentar a ação contra o próprio hospital, esta individualização de responsabilidade apenas relevará para o exercício do direito de regresso do hospital, cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 51-52. Vide, ainda, MOREIRA, “Considerations...”, *op. cit.*, p. 33.

⁴¹⁴ Sobre a relação de comissão, vide, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, pp. 639-642.

⁴¹⁵ ALBUQUERQUE MATOS entende que é precisamente esta independência dos médicos que os impede de serem comitentes, cf. *op. cit.*, p. 14-19, 39. No mesmo sentido, vide, MOREIRA, “Considerations...”, *cit.*, p. 32.

resposta à segunda parte: contrariamente ao paciente, o dono de uma clínica já se poderá configurar comitente do médico que presta os serviços, precisamente por existir claramente a relação mencionada.⁴¹⁶

A vantagem da aplicação deste último, na perspetiva do doente, consiste em poder demandar duas pessoas: o médico que dirigia a equipa (comitente) e o membro da mesma (comissário), sendo os dois responsáveis perante o paciente. Ora, este poderá exigir a compensação a um ou a outro na totalidade ou metade de cada um, uma vez que estaremos perante responsabilidade solidária (art. 500.º, n.º3; art. 497.º; art. 512.º; art. 519.º).⁴¹⁷

5.2. Do produtor e profissional médico

Se a telemedicina utiliza aparelhos tecnológicos – v.g. computadores, robots, transmissão de som, imagem e vídeo, versões eletrónicas de instrumentos médicos tradicionais – para assistir medicamente os pacientes, é lógico que surjam questões relativas à delimitação de responsabilidade do produtor e do médico.

Ora, por não existir qualquer regulação para os aparelhos utilizados na telemedicina, parece-nos que, em caso de danos causados ao paciente por falhas no funcionamento daqueles, o mais vantajoso será aplicar o regime da responsabilidade do produtor – DL n.º 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril.⁴¹⁸ Conforme o art. 1.º do mencionado diploma, o produtor é responsável pelos danos que o paciente sofra, independentemente de culpa. O acolhimento da responsabilidade objetiva, neste caso, justifica-se, tal como CALVÃO DA SILVA nos ensina, pelos riscos inerentes ao rápido desenvolvimento tecnológico, detendo a capacidade

⁴¹⁶ Com o mesmo entendimento, *vide*, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, Vol. I, p. 640. Contrariamente, VAZ SERRA escreveu que “são incompatíveis com a qualidade de proposto as profissões que (...) supõem a posse de certos diplomas (v.g. médico, advogado, farmacêutico), salvo se os comitentes forem pessoas que possuírem esses diplomas”, *apud* HENRIQUES GASPAREL, *op. cit.*, p. 350. Para tal, invoca que um não-médico jamais seria capaz de dar instruções relacionadas com a atividade médica a este profissional; estando, porém, aberta a possibilidade de o ser no que toca a atos não relacionados com essa atividade. Ora, vimos pertinentemente que os médicos são independentes, perdendo a validade os argumentos invocados pelo ilustre autor.

⁴¹⁷ Cfr. MOREIRA, “Considerations...”, *cit.*, pp. 32-33.

⁴¹⁸ No mesmo sentido, *vide* Ac. do STJ de 02/06/2016, Processo n.º 2213/10.8TVLSB.L1.S1, (Orlando Afonso) e RAPOSO, “A Responsabilidade do Produtor por Danos Causados por Dispositivos Médicos”, *in* *RIDB*, ano 2, n.º5, 2013, pp. 4286 e ss.

necessária para assegurar uma proteção mais adequada e eficaz do consumidor (e das suas legítimas expectativas) inserido numa sociedade de risco.⁴¹⁹

Apesar disso, esta responsabilidade objetiva não é absoluta, já que é admitida pelo legislador uma panóplia de causas de exclusão de responsabilidade do produtor presentes no art. 5.º do DL, dentre as quais se destaca o estado da ciência ou da técnica, também denominada por estado da arte.⁴²⁰ Simplificando, é concedida ao produtor a possibilidade de exclusão da responsabilidade se conseguir provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação⁴²¹, não permitia detetar a existência do defeito” (alínea e)⁴²². Esta ideia traduz os chamados riscos de desenvolvimento (*Entwicklungsgefare, Entwicklungsfehler*), que consistem nos “defeitos cuja existência no momento da entrada do produto em circulação não era cognoscível ou previsível mesmo de acordo com o mais avançado estado geral dos conhecimentos científicos e técnicos.”^{423 424}

Portanto, infere-se uma exclusão expressa dos riscos de desenvolvimento, cuja verificação não é tão descabida assim, atendendo à natureza tecnológica – um tanto experimental e em constante desenvolvimento – dos aparelhos ou dispositivos médicos a que a telemedicina recorre e à necessidade de encorajar empresas a

⁴¹⁹ Quanto à natureza objetiva da responsabilidade, vide CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 496-503; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 126 e ss.

⁴²⁰ A apreciação do estado da arte deverá pautar-se pelo critério do mais avançado estado da ciência e da técnica mundial – incluindo opiniões científicas minoritárias, mas que sejam reconhecidas e verificadas – objetivamente perspectivado, sob pena de enveredarmos por um caminho que atente somente nos conhecimentos e informações de que aquele produtor em concreto dispunha, o que geraria uma imensa incerteza jurídica. Vide RAPOSO, “A Responsabilidade...”, *cit.*, p. 4308.

⁴²¹ Recorrendo às esclarecedoras palavras de CALVÃO DA SILVA, “se o estado da arte relevante e determinante fosse o do momento do dano ou o seu julgamento, teríamos uma inequívoca aplicação retroactiva do padrão ou da medida da responsabilidade, pois à luz do novo conhecimento e tecnologia responsabilizar-se-ia o fabricante por um defeito existente mas indetectável no estado da ciência e da técnica em momento anterior, o momento da distribuição do produto”, cf. *op. cit.*, p. 509.

⁴²² Não se pense que este estado da ciência e da técnica equivale às normas técnicas ou profissionais, costumes da indústria ou à lei. Aliás, é precisamente por este motivo que CALVÃO DA SILVA defende que “o estado da ciência e da técnica constitui a grande moldura do novo regime da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, moldura que o produtor deve acompanhar *pari passu*, sem poder fiar-se nas normas legais existentes que, a qualquer momento, podem ser ultrapassadas”, cfr. *Responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 727.

⁴²³ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, p. 516. Como consequência desta definição, advém o uso da expressão “danos tardios” para nos referirmos aos danos gerados pelos riscos de desenvolvimento.

⁴²⁴ Sob pena de nos alongarmos nesta exposição, mencionaremos somente que a prova liberatória do estado da arte poderá desencadear uma “reintegração ou persistência da culpa” no instituto da responsabilidade do produtor que, como vimos, é, salvas as mencionadas exceções, independente de culpa. Para mais aprofundamentos, vide CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 503 e ss.

desenvolverem/aperfeiçoarem os seus produtos.⁴²⁵ Isto posto e assente, concluímos que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos seus produtos circulantes no mercado, à exceção dos causados pelos riscos do desenvolvimento.

Ponderemos mais desenvolvidamente a questão. A própria entidade que disponibiliza os cuidados de saúde “mantém uma quota importante de responsabilidade na escolha do equipamento correto em termos de facilidade de uso, qualidade do som e da imagem e adequação para a função que irá desempenhar.”⁴²⁶ Além disto, também poderá ser responsabilizada se não tiver oferecido formação para o uso, conservação ou manutenção do equipamento aos profissionais de saúde (não exclusivamente os médicos), uma vez que o seu manuseamento requer conhecimentos específicos e adequados.

Por outro lado, se os médicos foram instruídos e simplesmente não manobram os aparelhos consoante as informações transmitidas pelo produtor (e repassadas pela entidade onde exercem funções), os danos ser-lhes-ão imputados, já que, conforme se depreende, estes resultaram da sua inércia ou imperícia. Ademais, estes profissionais dever-se-ão abster de atuar perante a falta de informação – causada pela utilização dos aparelhos ou dispositivos médicos – para fornecer um diagnóstico ou tratamento, caso contrário, poderão incorrer em responsabilidade. Daqui resulta a responsabilidade do médico, perante um dano resultante de uma falha no aparelho percecionada pelo mesmo; ao invés, em caso de inconsciência do problema, será o produtor o responsável pela falha do seu equipamento (nomeadamente, se estivermos a falar de falhas na transmissão da informação entre o paciente e o médico que o consulta).⁴²⁷

Obviamente que, provada que seja a falta de segurança do produto, mantém-se a responsabilidade do produtor, pelo que, em última instância, a responsabilidade poderá recair em ambos (tem de haver culpa da parte do médico, claro está). De ressaltar que, no que toca ao profissional de saúde, este poderá responder a título individual ou solidário

⁴²⁵ Sem prejuízo de se poder acionar o produtor por via da responsabilidade subjetiva, se não tiver feito nada para corrigir o defeito (v.g. retirá-lo do mercado ou introduzir as devidas alterações nos novos produtos produzidos) depois de ter obtido conhecimento do defeito, cfr. RAPOSO, “A Responsabilidade Civil do Produtor...”, *cit.*, p. 4307.

⁴²⁶ Cfr. RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 41. *Vide* ainda LISA RANNEFELD, “The Doctor Will E-mail...”, *cit.*, pp. 86-88.

⁴²⁷ *Vide* LISA RANNEFELD, *op. cit.*, pp. 87-88.

com o hospital onde exerce funções, podendo suceder, ainda, que seja apenas a instituição a responder.⁴²⁸

Importa destacar, por fim, o facto de que, tendo a própria conduta do paciente contribuído para o dano, a indemnização poderá sofrer atenuações ou até mesmo ser excluída, segundo o art. 7.º, n.º 1 do DL. Todavia, o n.º 2 esclarece que o raciocínio não é transponível quando a conduta de um terceiro – em regra, o médico – haja contribuído para o dano, mantendo a responsabilidade do produtor intacta.

Poderemos afirmar o mesmo relativamente a hospitais que integrem o SNS? Quando confrontado com esta questão, o TJUE⁴²⁹ entendeu que impor aos hospitais públicos a responsabilidade por danos causados pelos instrumentos, independentemente de culpa, é possível e não se revela contrário aos princípios da Diretiva mencionada. Todavia, esta resposta adveio de um caso francês, cujo ordenamento o permite, uma vez que nada impede que o hospital acione o produtor em momento posterior. Entre nós, considerando o disposto na Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, nem sequer se poderia levantar esta questão, já que o documento leal não permite a responsabilidade independentemente de culpa por danos causados por aparelhos no decurso do ato médico, a menos que a situação se possa incluir no art. 11.º.⁴³⁰

5.3. Companhias de comunicação

Façamos, por fim, uma breve menção à possibilidade de haver responsabilidade das companhias de comunicação. Esta responsabilidade será originada por falhas no serviços de internet, rede telefónica ou fibra ótica que possam interferir – causando más condições nas imagens ou som transmitidos – ou interromper consultas e, por conseguinte, potenciar o erro no diagnóstico.

Não obstante, tal configura uma hipótese difícil de dar seguimento, uma vez que, como estudado anteriormente, o nosso CC acolhe a teoria da causalidade adequada e não a *conditio sine qua non*, pelo que a afirmação do nexó de causalidade é dificilmente estabelecida – se é que é possível, sequer –, na medida em que, como se antevê, uma falha na comunicação não causa uma morte. Só não seria assim se a companhia tivesse

⁴²⁸ Sobre este ponto, vide RAPOSO, “A Responsabilidade do Produtor...”, *cit.*, p. 4293.

⁴²⁹ TJUE, *Centre Hospitalier Universitaire de Besançon. v. Thomas Dutruex*, processo C-495/10, decisão de 21 de dezembro de 2001. Trata-se de um caso em que o paciente sofreu severas queimaduras provocadas por falhas no sistema de controlo de temperatura do colchão onde se deitou durante a cirurgia.

⁴³⁰ RAPOSO, “A Responsabilidade...”, *cit.*, pp. 4293-4394.

assegurado que não aconteceria qualquer quebra na comunicação e – somente se – essa quebra tivesse provocado, pelo momento em que decorreu, a morte ou um dano.⁴³¹

6. Inteligência Artificial na Telemedicina – breve referência

A Telemedicina é uma porta de entrada para a Inteligência Artificial (IA) na saúde, pelo que seria impensável terminar este estudo sem a mencionar – ainda que brevemente –, bem como aos problemas que gravitam na sua órbita.

6.1. Panorama atual

Segundo a Comissão Europeia, a IA “refere-se a sistemas que apresentam comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e decidindo ações – com algum grau de autonomia – para atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em IA podem ser puramente baseados em software, atuando no mundo virtual (por exemplo, assistentes de voz, software de análise de imagem, motores de busca, sistemas de reconhecimento de fala e rosto) ou pode ser incorporada em dispositivos de hardware (por exemplo, robôs avançados, carros autónomos, drones ou Internet das Coisas).”⁴³²

Na Saúde, atualmente, a IA presta auxílio ao médico – sobretudo aquele que recorre à telemedicina –, facilitando o trabalho deste, desde logo, na telemonitorização do paciente, ao enviar alertas para os profissionais de saúde depois de analisar os sinais vitais daquele. Permite, ainda, através de algoritmos, um aceleração e precisão no diagnóstico de doenças, fortalecimento da pesquisa em saúde – por conseguinte, o desenvolvimento de medicamentos –, ajuda em intervenções de saúde pública (designadamente em momentos de surtos) e fornece ao médico opções para que adote o tratamento mais adequado, personalizado e eficaz – a designada medicina personalizada.⁴³³ Outro ponto a destacar serão os robôs utilizados nas cirurgias à distância ou aqueles destinados ao cuidado de idosos. Por fim, são de mencionar os chatbots e os assistentes virtuais utilizados na triagem de doentes.

⁴³¹ Neste sentido, *vide* SÓNIA MOREIRA, “Considerations about medical...”, *cit.*, p. 30; RAPOSO, “Você tem...”, *cit.*, p. 41.

⁴³² CNECV, *Relatório sobre o Estado de Aplicação das Novas Tecnologias à Vida Humana – Tecnologias Disruptivas em Saúde: Edição Genómica e Inteligência Artificial*, dezembro de 2022, p. 22.

⁴³³ *Vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Inteligência Artificial, Saúde e Direito: considerações jurídicas em torno da Medicina de Conforto e da Medicina Transparente”, in *JULGAR*, n.º 45, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 237-238; AMANDA BERNARDES, “Inteligência Artificial na Telemedicina: aplicações e benefícios”.

A OMS, através do *Ethics and governance of artificial intelligence for health: OMS guidance*⁴³⁴, já se pronunciou no sentido de a IA modificar, no futuro – não tao longínquo assim – o modo como os cuidados de saúde são prestados, nomeadamente, pelo que expressámos acima. Apesar das claras vantagens, alertou ainda para as consequências nefastas da utilização destes sistemas de IA no campo médico. Como já tivemos oportunidade de mencionar no nosso estudo, a proteção de dados e a confidencialidade são constantemente colocados em perigo durante a utilização da telemedicina, sendo este risco potenciado pelo uso de algoritmos com IA que se alimentam com aqueles dados. Assim, o relatório em análise chama a atenção para o processamento e armazenamento se poder manifestar antiético, olvidando a cibersegurança e a própria segurança do paciente.

Ademais, os mencionados sistemas poderão não conseguir atingir o seu potencial máximo em países com rendimentos mais baixos, contrariando o seu objetivo de disponibilizar cuidados de saúde a povos mais carenciados.

6.2. Medicina sem médico?

Estaremos nós a viver o “Admirável Mundo Novo” de Huxley? Poderemos nós ser tratados por quem é incapaz de sentir empatia e dor? Significará a intervenção da IA na saúde uma *substituição* do médico humano? Ora, os sistemas de IA, pela sua célere capacidade de análise, contribuem para a já abordada “medicina personalizada”, que consiste na efetivação de um modelo adaptado a cada indivíduo que permita conhecer a sua disposição para determinada doença, permitindo uma prevenção ou uma otimização do tratamento que se revele como mais eficaz ou com menos reações perniciosas. Assim, tal como alerta ANDRÉ DIAS PEREIRA, haverá o risco de uma “limitação da autonomia e de um total olvido do princípio da justiça.”⁴³⁵

Portanto, é indubitável que o progresso e a extensão desta tecnologia na área da saúde acarreta vários problemas, sendo o mais assustador uma possível desumanização da relação médico-paciente que tanto necessita de contacto humano. De facto, um dos principais desafios a enfrentar no futuro será a salvaguardar das relações humanas, aproveitando, ainda assim, os benefícios da IA.

⁴³⁴ Disponível para consulta em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>

⁴³⁵ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Inteligência Artificial...”, *cit.*, p. 238.

CONCLUSÃO

Apesar de termos sido confrontados com imensas questões verdadeiramente desconcertantes ao longo do caminho percorrido até aqui, entendemos ter chegado a bom porto com um sentimento apaziguante de clareza no nosso raciocínio desenvolvido através de uma exaustiva tarefa.

Sem dúvida que os desenvolvimentos científicos na telemedicina são responsáveis pela revolução na forma como os cuidados de saúde são prestados atualmente. Ademais, por ter sido uma ferramenta imprescindível no combate à propagação do vírus e salvaguarda da saúde pública durante o período da pandemia do Covid-19, a Telemedicina ganhou palco, tendo sido este um momento efetivamente decisivo na sua sedimentação entre a população. De facto, foi por se aconselhar (ou impor) o seu uso – desde logo, a pacientes contaminados – que se fomentou a confiança (não só dos doentes, mas também dos próprios profissionais de saúde) nesta “nova” forma de prestação de cuidados de saúde.

Todavia, é erróneo pensar que tal significaria uma eliminação total dos riscos e da imprevisibilidade natural da atividade médica, podendo até mesmo verificar-se o inverso: uma potencialização da aleatoriedade dos perigos e do diagnóstico provido. Daqui advém o aumento das demandas judiciais por responsabilidade civil médica, tendo sido ou não celebrado um contrato entre as partes.

Com o intuito de evitar a responsabilização do médico, levantámos várias hipóteses que a poderiam fundamentar no âmbito da saúde digital, desde logo, no que ao consentimento informado diz respeito. A internet é um oceano de informação – ainda que, por vezes, seja contaminada de desinformação – pelo que, quando o paciente se encontra na presença – ainda que virtual – do médico, já poderá ter um autodiagnóstico. Por isso, é fundamental que o clínico estabeleça um diálogo coerente e atento com o doente, procurando perceber que informações aquele detém e como as corrigir. Equivale isto a dizer que não é por o paciente ter um acesso prévio à informação que se deverá afirmar uma diminuição do encargo de cumprir o dever de esclarecimento do médico. Antes pelo contrário, deverá ser atendido o critério do paciente concreto, o que significa que os pacientes que se encontrem melhor informados têm direito a uma explicação mais densa e adaptada ao seu nível intelectual e cultural, bem como a adequadas respostas às questões muito provavelmente farão.

Além disto, é manifesta a necessidade de repensar uma forma de consentimento adequada para que o paciente se encontre devidamente consciente dos riscos da intervenção, bem como das alternativas, no momento em que decide pela sua submissão aos mesmos ou pela recusa, respeitando plenamente o princípio da liberdade de escolha do método terapêutico e da independência por parte do clínico. É assente que formulários escritos não são eficazes na transmissão de informação, apesar de facilitarem a prova, pelo que o *e-consent* assumirá relevância. No entanto, este não assegura ainda uma completa leitura, por haver a possibilidade de o defraudar e de colocar em causa o requisito da pessoalidade que, no entanto, é reforçado pelo uso da assinatura eletrónica.

No geral, recorrendo-se à telemedicina, o conteúdo da informação, deverá abranger a descrição da modalidade de telemedicina a que se pretende recorrer, a experiência do profissional de saúde e ainda os fins para os quais a informação poderá ser utilizada, os objetivos e meios de armazenamentos dos dados relativos à saúde. Em síntese, cremos ter de ser dada ao paciente a garantia de que a sua privacidade se manterá intacta, tal como na medicina tradicional, ainda que, como facilmente se depreende, o acesso ilícito por parte de terceiros seja sempre uma possibilidade.

Vimos que a velocidade a que a informação se movimenta, nos dias de hoje, faz com que o reforço da proteção de dados sensíveis seja indispensável. A cibersegurança é de extrema importância neste domínio, tendo sido fortalecida pelo RGPD, dependendo esta da execução daquele. Assim, o RGPD é o passo que precisávamos (e continuamos a necessitar) na direção da implementação da segurança no espaço digital, sendo tida como uma prioridade para o RTD (médico ou hospitais, no caso da telemedicina), que poderá ser responsabilizado (civilmente ou por via de prejuízos financeiros). Portanto, urge definir claramente as medidas técnicas e procedimentais capazes de assegurar um adequado nível de segurança dos dados de saúde e no tratamento destes. O próprio prazo de conservação dos dados de saúde poderá, em última instância, contribuir para a privacidade.

A possibilidade de receber cuidados médicos transfronteiriços não é novidade e, por via digital, esta é facilitada. De forma a demonstrar alguns dos incentivos à teleprática médica, percebemos que não há a exigência de requisitos específicos além dos já exigidos no território onde se encontra estabelecido, incluindo o idioma, pois mesmo que seja estrangeiro e exerça atividade médica em Portugal, em princípio, já terá feito o exame de

competências linguísticas. Quanto ao paciente, não lhe poderá ser negado o cuidado médico noutro Estado que não o seu, sob pena de violação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade. Acresce que tem o direito a ser reembolsado, em regra, pelo seu estado de afiliação, o que significará também um encorajamento.

Relativamente aos pressupostos da responsabilidade civil médica aplicada à telemedicina, constatámos existirem especificidades merecedoras de destaque. De facto, é inegável que existem novas obrigações que devem ser atendidas no preenchimento da ilicitude, tais como a salvaguardar da privacidade, garantir um consentimento verdadeiramente informado e manter-se atualizado acerca dos meios tecnológicos que utiliza.

Quanto à averiguação da culpa, concluímos pela desnecessidade de um novo padrão de conduta, já que somente se deverá atender ao profissional médio colocado perante a utilização da telemedicina. Ainda assim, uma definição mais estruturada deste padrão poderá ser feita pela Ordem dos Médicos e não somente pelos tribunais.

Por fim, a distância é um fator que dificulta a tarefa de apurar a relação causa-efeito, especialmente devido aos problemas relacionados com o meio digital que podem surgir, tais como possíveis falhas de ligação, interrupção de linhas de comunicação, deterioração de imagens dos exames, incertezas por o paciente não ser fisicamente examinado e por envolver grandes equipas multidisciplinares e aparelhos médicos, o que justifica a atenção dispensada à distribuição de responsabilidade. Havendo contacto entre dois médicos, o art. 485.º CC esclarece que os simples conselhos não fundamentam a responsabilidade. Já passando para o plano de relações entre médico e os restantes prestadores de cuidados (como enfermeiros), poderemos afirmar a existência de uma relação de comissão, o que invoca os arts. 500.º e 800.º CC, tratando-se de responsabilidade delitual ou contratual, respetivamente.

Não existindo regulamentação específica para os aparelhos da telemedicina, cremos que a resposta perante danos causados pela sua utilização se encontra na responsabilidade objetiva do produtor, prevista no DL 131/2001, de 24 de abril. Como vimos, nem todos os danos poderão ser imputados ao produtor, desde logo aqueles que se prendem com os riscos de desenvolvimento, responsáveis pelo aperfeiçoamento dos dispositivos e avanço tecnológico. Neste domínio, a instituição onde o médico exerce as funções poderá incorrer em responsabilidade, se não prestar aos médicos formações

relativas ao manuseamento, conservação e manutenção de equipamentos, mas também pela escolha do equipamento. Por sua vez, o clínico será responsabilizado se tiver atuado com imprecisão (o que se encaixa no critério *bonus pater familias*). Nem se pense que a conduta do próprio paciente lesado, se tiver contribuído para a consumação do dano, implica uma eliminação da responsabilidade dos anteriores.

No último ponto, mencionámos a IA por a Telemedicina ser uma verdadeira porta de entrada para aquela, o que implicará ainda mais riscos, especialmente se atentarmos na medicina preditiva, que se alimenta de dados pessoais. Poderemos abdicar da nossa privacidade e dos nossos dados por um bem maior, como a saúde pública e gerações possivelmente mais saudáveis? Ademais, ainda que os sistemas de IA sejam atualmente auxiliares dos médicos, receamos que, num futuro não tão longínquo assim, haja uma medicina sem médico, sem toque e sem empatia, onde tanto são requeridos.

Em termos conclusivos, entendemos que a Telemedicina é um instrumento que contribui para a aproximação entre o médico e o paciente. Porém, ainda que a existência de um ecrã entre ambos possa levar a uma desumanização da relação (que, como vimos, cremos não ter de existir necessariamente), o profissional de saúde jamais poderá ignorar a importância do diálogo.

Observou-se, ao longo deste trabalho, que é imprescindível uma regulação específica da telemedicina – tanto a nível nacional, como europeu – capaz de conferir a proteção adequada a ambas as partes da relação: por um lado, para que o médico não se abstenha de a praticar (podendo mesmo haver um incentivo à prática), por outro, para que o doente não tenha receio em utilizar este meio. Ademais, é de extrema necessidade instituir medidas de literacia digital e, ainda que represente elevados custos, desenvolver políticas públicas que tenham como foco equipar devidamente os institutos hospitalares públicos com os aparelhos necessários a um bom funcionamento da telemedicina, caso contrário, estaremos a escavar um abismo que reforça ainda mais a desigualdade no acesso à saúde (o oposto do fundamento desta nova forma de prestação de cuidados de saúde).

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*, 3.^a Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2005
- , “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico.” *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75-120.
- ALVES, Diogo Lopes, “O papel fundamental da Cibersegurança na Proteção de Dados Pessoais”, *Anuário da Proteção de Dados*, 2021, pp. 121-154
- AMARAL, Diogo Freitas do, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos Praticados em Estabelecimentos de Saúde”, *Direito da Saúde e Bioética*, Editora Lex, Lisboa, 1991
- ANDRADE, Francisco Pacheco, “Contratação eletrónica.” *Direitos dos Contratos*. Coleção, Formação Contínua, CEJ, novembro de 2017, pp. 41-56, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=paRgWx3PFrw%3d&portalid=30>
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991
- , “Anotações aos artigos 149º, 150º, 156º e 157º do Código Penal”, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, (com a colaboração de RUI DE ALARCÃO), Coimbra, Almedina, 1966
- ANTUNES, Henrique Sousa, *Direito e Inteligência Artificial*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020
- BARBOSA, Carla, “A Proteção dos dados pessoais e a indústria farmacêutica (os casos particulares da investigação clínica e ensaios clínicos e da farmacovigilância)”, *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*, (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/ CARLA BARBOSA), Vol. 5: Saúde e Direito: Entre a Tradição e a Novidade, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 169-193
- BARBOSA, Mafalda Miranda, “Do nexó de causalidade ao nexó de imputação.” *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Coleção Formação Contínua, CEJ, outubro 2018, pp. 41-79, disponível em

<https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=HW198NqmZeY%3D&portalid=30>

- , *Lições de Responsabilidade Civil*, 1.^a Edição, Cascais, Príncipia Editora, 2017
- , “Novas Perspetivas em torno da Causalidade na Responsabilidade Médica”, *Revista CEJ*, n.º 1, Almedina, 2017
- , “Algumas considerações acerca da causalidade e da imputação objetiva ao nível da responsabilidade médica.” *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 2 - Profissionais de Saúde e Pacientes - Responsabilidades, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 41-71
- , “Assinaturas eletrónicas e responsabilidade civil das entidades certificadoras.” *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, edição especial, Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico, FDUC, 2015, pp. 209-250, disponível em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf
- “Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, 2011, pp. 559-576
- BASTOS, Matilde Oliveira, “A responsabilidade civil administrativa por atos médicos praticados em hospitais públicos do Serviço Nacional de Saúde”, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas, com a orientação da Professora Juliana Ferraz Coutinho e a coorientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, Porto, setembro de 2021, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/138459/2/520243.pdf>
- BENSEMMANE, Sherihane, e Rita BAETEN. “Cross-border telemedicine: practices and challenges.” Em *OSE Working Paper Series, Research Paper*, Brussels, European Social Observatory, 2019, disponível em https://www.ose.be/sites/default/files/publications/Bensemmane_Baeten_2019_OseResearchPaper44.pdf
- BERNARDES, Amanda. *Inteligência Artificial na Telemedicina: aplicações e benefícios*, disponível em <https://deltapoint.com.br/blog/inteligencia-artificial-medicina-tecnologia-inovacao-telessaude-telemedicina-avanco/>

- CABRAL, Ana Paula, “Telemedicina versus Proteção de Dados Pessoais. Os dados de Saúde como Dados Pessoais”, *Percursos & Ideias, ISCET*, n.º 12, 2022, disponível em https://www.percourseideias.iscet.pt/articles/pi_2022_n12_0002.pdf
- CAPITÃO, António, *et al*, “Telemedicina: uma análise da situação portuguesa.” 3.ª Conferência Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação, Vol. I, Espanha, junho de 2008, disponível em https://www.researchgate.net/publication/278020133_Telemedicina_Uma_analise_da_situacao_portuguesa
- CASIMIRO, Sofia Vasconcelos. “O direito a ser esquecido pelos motores de busca: o Acórdão Costeja”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, Lisboa, 2014, pp. 307-353
- CENTRO NACIONAL DE CIBERSEGURANÇA, “Quadro Nacional de Referência para a Cibersegurança”, 2019, em <https://www.cncs.gov.pt/docs/relatorio-sociedade-2019-observatorio-de-cibersegurana-cncs-v3-1.pdf>
- CHERKASSKY, Lisa. *Text, Cases and Materials on Medical Law*, United Kingdom, Pearson Education Limited, 2015
- CLIFTON, Anika D., “Licensure, Reimbursement and Liability in Telemedicine: An Academic Perspective”, *Annals of Health Law*, Volume 18, 2008, pp. 62-65
- CNECV, “Relatório sobre o Estado de Aplicação das Novas Tecnologias à Vida Humana – Tecnologias Disruptivas em Saúde: Edição Genómica e Inteligência Artificial”, dezembro de 2022, em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/relatorios-de-novas-tecnologias/relatorio-sobre-o-estado-2022>
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Telemedicine for the Benefit of Patients, Healthcare Systems and Societ*, 2008
- CORDEIRO, António Menezes, “O Direito à Não-Informação”, *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, edição especial, Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, disponível em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf
- , *Tratado de Direito Civil VIII*, Direito das Obrigações: Gestão de Negócios, Enriquecimento Sem Causa, Responsabilidade Civil, Coimbra, Almedina, 2017

- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.^a Edição Revista e Actualizada. 12.^a Edição, Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2014
- COUTINHO, Diana Sofia Araújo, “Uma breve reflexão sobre a telemedicina: um caso de sucesso ou fracasso?” *Anuário de Direitos Humanos*, n.º 0, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, dezembro de 2017, pp. 45-68
- DANTAS, Eduardo, e Rafaella NOGAROLI, “Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial)”, *Lex Medicinæ*, Ano 17, n.º 33, 2020, pp. 25-63
- DIAS, Ana Pinto, “Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais: a responsabilidade do controller por factos próprios e por factos de outrem”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano I, 2019, em <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/responsabilidade-civil-pelo-tratamento-de-dados-pessoais-a-responsabilidade-do-controller-por-factos-proprios-e-por-factos-de-outrem-ana-francisca-pinto-dias/>
- DIAS, João António Álvaro, *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- DIAS, Jorge de Figueiredo/Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 332, janeiro de 1984, pp. 21-58
- DUARTE, Andreia Filipa Santos. “Telemedicina: os novos desafios à responsabilidade civil médica - A emergência de uma nova forma de prestar consentimento”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para a obtenção do Grau Académico de Mestre em Direito, Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, Porto, 2018, em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117905/2/304384.pdf>
- ERS, “Prestação de Telemedicina nos Hospitais do Serviço Nacional de Saúde,” 2022, <https://www.ers.pt/media/5oldn3b4/presta%C3%A7%C3%A3o-de-servi%C3%A7os-de-telemedicina-nos-hospitais-do-servi%C3%A7o-nacional-de-sa%C3%BAde.pdf>

- , “Tratamento de Dados em Saúde: Prazos de Conservação,” 2019, <https://www.ers.pt/media/3135/ers0442019-delibera%C3%A7%C3%A3o-final-vnc.pdf>
- , “Análise do Impacto da Diretiva dos Cuidados de Saúde Transfronteiriços.” Porto, 2017.
- , *Consentimento Informado - Relatório Final*, maio de 2009, em [https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2048/ERS -
Estudo Impacto Diretiva CST.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2048/ERS_-_Estudo_Impacto_Diretiva_CST.pdf)
- FATEHI, Farhad/Richard WOOTTON, “Telemedicine, telehealth or e-health? A bibliometric analysis of the trends in the use of these terms”, *Journal of Telemedicine and Telecare*, Vol. 18, Issue 8, 2012, pp. 460-464
- FERREIRA, José Henrique da Costa, “Telemedicina - dos conceitos à prática”, Dissertação de mestrado em Gestão da Informação nas Organizações, especialização em Métodos Científicos de Gestão pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002
- FERREIRA, Mara Sofia da Silva, “Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado,” Dissertação de Mestrado, Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, janeiro de 2015
- FIGUEIREDO, Eduardo/Juliana Sousa CAMPOS, “A proteção de dados genéticos em tempos de (R)evolução dos sistemas de saúde.” *Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4, Vol. I - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Instituto Jurídico, FDUC, 2019
- GASPAR, António Silva Henriques, “A responsabilidade civil do médico”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, Tomo I, Figueira da Foz, Almedina, 1978, pp. 335-355.
- GOMES, Joaquim Correia, “Constituição e Consentimento Informado: Portugal”, *Julgar - Consentimento Informado*, Número especial, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- GOMES, Júlio, “Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva.” *Revista de Direito e Economia*, Ano XIII, Coimbra, 1987, pp. 95-125

- GONÇALVES, Carla, *A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema Para Além da Culpa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- GRALHEIRO, João Carlos, *O Ato Médico é uma Empreitada?*, Dissertação de Pós-Graduação em Responsabilidade Médica, Verbo Juridico, 2015, disponível em https://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/civil/joaocarlogralheiro_atomedicoe_mpreitada.pdf
- HENRIQUES, Miguel Gorjão/Miguel Sousa FERRO, *Diretiva 2011/24/UE: Porta Aberta ao Mercado Interno da Prestação de Cuidados de Saúde*, 5 de abril de 2011, em https://www.academia.edu/8604098/A_directiva_dos_servi%C3%A7os_transfronteiri%C3%A7os_de_sa%C3%BAde
- JACKSON, Emily. *Medical Law: Text, Cases, and Materials*. Fourth Edition (edited by JUDITH LAING/JEAN MCHALE), United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
- JASMONTAITE, Lisa, *et al*, “Data Protection by Design and by Default: Framing guiding Principles into Legal Obligations in the GDPR”, *European Data Protection Law Review*, 4. Eur. Data. Prot. L. REV, 168, 2018, pp. 168-189.
- JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 15.^a Edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2020
- LOANE, M./R. WOOTTON, “A Review of Telehealth.” *Medical Principles and Practice*, Vol. 10, Issue 4, Centre for Online Health, University of Queensland, Australia, 2001, 136-170, em <https://karger.com/mpp/article-abstract/10/4/163/202665/A-Review-of-Telehealth>
- MADATHIL, Kapil C., Reshmi KOIKKARA, e Jihad OBEID. “An investigation of the efficacy of electronic consenting interfaces of research permissions management system in a hospital setting.” *International Journal of Medical Informatics*, n.º 82 (9), 2013: 854-863.
- MATOS, Filipe de Albuquerque, “Responsabilidade Médica e Relação de Comissão”, *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de*

- Oliveira*, (coods. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol. 2 - Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, Coimbra, Almedina, 2016
- MATOS, Rosa, *et al*, *Telemedicina em Portugal: Onde Estamos?*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014
- MCHALE, Jean V., “Consent to Treatment: The Competent Patient.” *Principles of Medical Law*, 2017, pp. 419-451
- MONIZ, Helena, “Notas sobre a Protecção de Dados Pessoais Perante a Informática (O Caso Especial dos Dados Pessoais Relativos à Saúde)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2º, abril-junho, 1997
- MONTEIRO, António Pinto, *Claúsulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Reimpressão da obra publicada em 1995, Coimbra, Almedina, 2003
- , “Sobre a Reparação dos Danos Morais.” *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano I, n.º 1, Coimbra, 1992
- MONTEIRO, João António Pinto, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual*, 2015
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Reparação dos Danos Pessoais em Portugal – A lei e o Futuro (considerações de lege ferenda a propósito da discussão da “alternativa sueca”, *Separata da Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, Tomo IV, 1986
- MONTEIRO, Maria Helena, “A Telemedicina como um vector de profunda transformação no espaço da saúde e do bem estar”, *VI Congresso Português de Sociologia, Mundos Sociais: Saberes e Práticas*, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 25 a 28 de junho de 2008, em https://www.researchgate.net/publication/269706822_A_Telemedicina_como_um_vector_de_profunda_transformacao_no_espaco_da_saude_e_do_bem_estar
- MOREIRA, Sónia, “Considerations about medical liability in the era of E-Health.” *E.Tec Yearbook Health Law and Technology*, JusGov - Research Centre for Justice and Governance School of Law - University of Minho, 2019, em https://issuu.com/comunicadireito/docs/etec_yearbook_n2
- , “E-health: desafios e problemas da telemedicina”, *Direito e Pessoa no Mundo Digital - Algumas Questões*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de

- Investigação em Justiça e Governação, julho de 2019, em https://issuu.com/comunicadireito/docs/jornadas_25_anos_edum
- NATIONAL CYBER SECURITY CENTER. “Cyber Security Toolkit for Boards”, em https://www.ncsc.gov.uk/files/NCSC_Cyber-Security-Board-Toolkit.pdf
- NUNES, Lucília. “Responsabilidade do Profissional de Saúde - esfera de acção, enquadramento(s) e contexto(s).” *Curso Complementar de Direito da Saúde: Responsabilidade civil, penal e profissional*, Formação Contínua, CEJ, 2013, pp. 14-39
- OLIVEIRA, António Alfredo Cruz, *Telemedicina e Responsabilidade Civil Médica: dos traços gerais às considerações particulares, na era digital da ciência da vida*. Lisboa, AAFDL, 2021
- OLIVEIRA, Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- , “O fim da "arte silenciosa": o dever de informação dos médicos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, n.º 3852, julho de 1995, pp. 70-72; 101-104
- PEDRO, Rute Teixeira. “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? - a revisitação de um tema.” Em *Direito da Saúde - Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Guilherme de Oliveira*. (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLAB BARBOSA), Vol. 2, Profissionais de Saúde e Pacientes - Responsabilidades, Coimbra: Almedina, 2016
- , *A Responsabilidade Civil do Médico; Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- PEREIRA, Alexandre Dias. “O Responsável pelo Tratamento de Dados segundo o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).” *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCV, Tomo II, 2019, pp. 1161-1188
- , “Big Data, e-Health e «Autodeterminação Informativa»: A Lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR).” *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29, 2018.
- , *Telemedicina e Farmácia Online: Aspectos Jurídicos da eHEALTH*, Vol. 5, Saúde e Direito: Entre a Tradição e a Novidade, em *Direito da Saúde: Estudos em*

- Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira.* (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ PEREIRA/CARLA BARBOSA), Coimbra, Almedina, 2016
- , “Patient Safety in e-Health and Telemedicine.” *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º especial, 2014, pp. 95-106
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Comentário ao Artigo 5.º.” *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina - 20 anos de Vigência em Portugal*, (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Instituto Jurídico da FDUC, 2022, pp. 133-150
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Inteligência Artificial, Saúde e Direito: considerações jurídicas em torno da Medicina de Conforto e da Medicina Transparente”, *JULGAR*, n.º 45, Coimbra, Almedina, 2021
- , *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Civil Médica*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015
- , “O Consentimento Informado na Experiência Europeia”, *I Congresso Internacional Sobre: "Os desafios do Direito face às novas tecnologias"*, novembro de 2010
- , “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, novembro de 2007, pp. 11-22
- , “Dever de Documentação, acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma perspetiva europeia”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XV, n.º 16, 2006, pp. 9-24
- , “O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica.” *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- , *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: estudo de direito civil*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- , “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 433-471
- PINA, José António Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, Lisboa, Lidel, 3.ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada, 2003

- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a Edição (2.^a Reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- , *Cessão da Posição Contratual*, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1982
- PINTO, Paulo Mota, “O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.” *Estudos do Direito do Consumidor*. n.º 9, edição especial, Centro de Direito do Consumo e Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 51-92, em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_9_completo.pdf
- , “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 76, Coimbra, 2000, pp. 153-204
- PITTA, Pedro/Cunha Nunes de CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1999
- PROENÇA, José Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Reimpressão de 1997, Coimbra, Almedina, 2008
- RANNEFELD, Lisa, “The Doctor Will E-mail You Now: Physicians' Use of Telemedicine to Treat Patients Over the Internet.” *Journal of Law and Health*, Vol. 19, 2004-05, pp. 75-105, em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh/vol19/iss1/5/>
- RAPOSO, Vera Lúcia, “Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe”, *GMS Health Technology Assessment*, Vol. 12, 2016, em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4987488/>
- , “Em busca da chance perdida - O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, 138, Ano 35, abril-junho de 2014, pp. 9-61
- , ““Você tem uma nova mensagem”: A prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 10, n.º 20, 2013, pp. 17-44
- , “A Responsabilidade do Produtor por Danos Causados por Dispositivos Médicos”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2, n.º 5, 2013, pp. 4276-4339

- , “The doctor just poked you (os novos desafios da e-health)”, *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Vol. LVII, Tomo III, 2014, pp. 2903-2934
- , *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Coimbra, Almedina, 2013
- RAPOSO, Vera Lúcia, e Inês Ribera. “Telemedicina: a descoberta da pólvora?” *Flash Informativo: Vieira de Almeida & Associados*, outubro de 2013.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, “O Cuidado Médico Transfronteiriço e o Consentimento Informado”, *Direito da Saúde-Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, (coords. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA), Vol. 3 - Segurança do Paciente e Consentimento Informado, Coimbra, Almedina, 2016
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, *Data Venia - Revista Jurídica Digital*, Ano 1, n.º 01, julho-dezembro 2012, pp. 6-26, em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf
- RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para a manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- ROSA, Paulo, “A Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente: O Contrato de Prestação de Serviços Médicos,” Trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular Direito Civil II, do Mestrado científico em Direito (revisto), sob orientação do Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, FDUC, Coimbra, 2013, em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/23850/1/paper%20prest%20serv%20m%c3%a9dicos2.pdf>
- ROWAN, W. *et al*, “Exploring User Behaviours when Providing Electronic Consent on Health Social Networks: A “Just Tick Agree” Approach”, *Procedia Computer Science*, n.º 121, 2017, pp. 968-975, em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S187705091732327X>
- SALIBA, Vanessa, *et al*, “Telemedicine across borders: A systematic review of factors that hinder or support implementation”, *International Journal of Medical*

- Informatics*, n.º 81, 2012, pp. 793-809, em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1386505612001542>
- Inspeção-Geral das Atividades em Saúde, *Relatórios, Informações e Pareceres, Análise das denúncias recebidas em 2017, 2018*, em https://www.igas.min-saude.pt/wp-content/uploads/2017/04/Doc_Divulgacao_denuncias_2017.pdf
- SERRA, Adriano Vaz, “Culpa do Devedor ou do Agente”, *BMJ*, n.º 68, 1957
- SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002
- , *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1999
- SILVA, Mara Sofia da, “Da responsabilidade civil do médico por falta de consentimento informado”, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015
- SIMÕES, Fernando Dias, “A Prestação de Serviços Médicos em Portugal. Consentimento Esclarecido e Responsabilidade Civil”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, Volume 22, n.º 1, 2013, em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/955>
- SIMÕES, José Augusto/Sandra Barreiro MARTINS, “Aspectos Éticos na Monitorização Remota de Pacemakers através da Telemedicina”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 16, março de 2012, pp. 47-66
- TAVANI, Herman T./James H. MOOR. “Privacy Protection, Control of Information, and Privacy-Enhancing Technologies”, *Computers and Society*, Volume 31, Issue 1, march 2001, pp. 6-11
- TAYLOR, Mark, “Confidentiality and Data Protection”, *Principles of Medical Law* (edited by JUDITH LAING/JEAN MCHALE), United Kingdom, Oxford University Press, 2017, pp. 643-711
- TELES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- TRIGO, Maria da Graça, “Adoção do conceito de "Dano Biológico" pelo Direito Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 9.ª reeimpressão da 7.ª Edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2013

—, *Das Obrigações em Geral*. Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2011

VOUGA, Rui Torres, “A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)”, *Coleção Formação Contínua*, Centro de Estudos Judiciários, 2018, em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=CPW6VbiuEJI%3D&portalid=30>

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Telemedicine - Opportunities and developments in member states*, Report on the second global survey on eHealth (Global Observatory for eHealth series - Vol. 2), WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2010, em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44497/9789241564144_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL:

Ac. do STJ de 24/05/2011, Proc. n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (Hélder Roque)

Ac. do STJ de 26/04/2016, Proc. n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1 (Silva Salazar)

Ac. do STJ de 02/03/2015, Proc. n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1 (Maria Clara Sottomayor)

Ac. do STJ de 19/06/2001, Proc. n.º 01A1008 (Pinto Monteiro)

Ac. do STJ de 04/03/2008, Proc. n.º 08A183 (Fonseca Ramos)

Ac. do STJ, de 17/12/2002, Proc. n.º 02A4057 (Afonso Melo)

Ac. do STJ, de 10/01/2019, Proc. n.º 499/13.5TBVVD.G1.S2 (Rosa Tching)

Ac. do STJ, de 18/10/2018, Proc. n.º 3643/13.9TBSTB.E1.S1 (Hélder Almeida)

Ac. do STJ de 1/11/2015, Proc. n.º 2104/05.4TBPVZ.P.S1 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza)

Ac. do STJ de 02/06/2016, Proc. n.º 2213/10.8TVLSB.L1.S1, (Orlando Afonso)

Ac. do TC, n.º 403/2015, Proc. n.º 773/15, (Lino Rodrigues Ribeiro)

Ac. do TC de 14/08/2007, Proc. n.º 442/2007, Proc. n.º 815/07 (Joaquim de Sousa Ribeiro)

Ac. do TC n.º 569/98, Proc. 505/96 (Luís Nunes de Almeida).

Ac. do TRL de 16/12/2015, Proc. n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3 (Rui Gonçalves)

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 8/04/2019, Proc. n.º 344/12.9TAFAG1 (Cândida Martinho)

Ac. Tribunal da Relação de Évora, de 5/11/2013, Proc. n.º 679/05.7TAEVR.E2 (Ana Barata Brito)

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA:

Ac. do TJUE de 6/11/2003, Proc. C-101/01, *Bodil Lindqvist*

Ac. do TJUE *Google Spain SL e Google Inc c. Associação Espanhola de Dados Pessoais (AEPD) e Mário Costeja Gonzalez*

Arrêt Mercier

Arrêt Teyssier

Caso Breen v Williams

Caso Campbell v MGN

Caso Cogswell v. Chapman

Caso Cornelius v De Taranto

Caso Lady Archer v Williams

Caso McKinnery v. Scharter

Caso Miller v. Sullivan

Caso R (on the application of W, X, Y and Z) v Secretary of state for Health do Court of Appeal

Caso Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees

Caso Schloendorff vs. Society of New York Hospitals

Caso Watts (Case C-372/04)

Decisão do TJUE *Centre Hospitalier Universitaire de Besançon. v. Thomas Dtruex*

Decisão do TJUE *Luisi and Carbone*