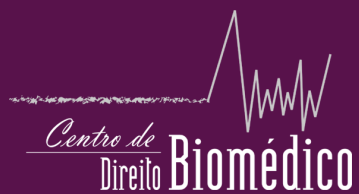


Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 22 - n.º 44 - 2025
Publicação Semestral
Edição Gratuita



Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidades (Reinventando a responsabilidade como solidariedade)” / Projecto estratégico UID 04643 – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia).

Research area “Vulnerabilities (Reinventing responsibility as solidarity)” / Strategic Project UID 04643 – University of Coimbra Institute for Legal Research (funded by FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia).



fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef. / Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodereitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 22 - n.º 44 - julho/dezembro 2025

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

ÍNDICE

	pág.		pág.
DOCTRINA			
Yairis Arencibia Fleitas		Eduardo Dantas	
<i>La responsabilidad de cuidado del guardador de hecho ante una situación de grave enfermedad del menor de edad a su cargo</i>	7	<i>Informed consent 5.0: Rethinking autonomy and responsibility in the algorithmic era of medicine</i>	73
Lucinda Dias da Silva		João Almeida Areias	
<i>Perícias médico-legais e forenses. Entre o regime especial e o regime comum</i>	15	<i>Considerações sobre o direito da responsabilidade civil médica em cirurgia plástica de natureza estética</i>	87
<i>Comunicação e cooperação proativa na preparação da perícia (breve relance alemão)</i>	39	Gabriel Ramos Senise	
Helena Santos Leitão		Yuri Franco Trunckle	
Carla Barbosa		Maria Júlia Nicolau Vieira	
<i>Da Lâmina Fina ao Microscópio: Fundamentos de Bioética e a Histologia Jurídica do Consentimento Informado</i>	49	Marjorie Midori Rodrigues Konishi	
		<i>Análise da viabilidade técnica processual: uma proposta metodológica de avaliação</i>	103
		Rafael Soares Duarte de Moura	
		Vitor Luís de Almeida	
		<i>Judicialização da saúde e competência federativa no fornecimento de medicamentos não padronizados: análise da evolução jurisprudencial brasileira à luz do tema 1234 do STF</i>	111

Doutrina

LA RESPONSABILIDAD DE CUIDADO DEL GUARDADOR DE HECHO ANTE UNA SITUACIÓN DE GRAVE ENFERMEDAD DEL MENOR DE EDAD A SU CARGO

Yairis Arencibia Fleitas

Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana, Cuba.

Investigadora Colaboradora del Grupo de Investigación “Discapacidad y Familia” (GIDF) de la Universidad de Alicante, España.

Resumen: La labor de cuidado demanda un arsenal de valores, conocimientos, destrezas y aptitudes desde el punto de vista moral que sitúan al cuidador en una posición de responsabilidad. Si bien es cierto que en toda relación de cuidados existe una cuota elevada de dedicación y compromiso, su expresión en el marco de la guarda de hecho denota un altruismo y solidaridad superiores.

Quien asume la función de guardador de hecho de un niño supera la barrera de la exigibilidad para llegar más allá de la básica obligación de un auxilio inmediato, asumiendo su contenido con todo lo que ello implica: velar por la persona menor de edad, tenerlo en su compañía, alimentarlo, procurarle cariño, educación, apoyo, asistencia y bienestar en sentido general.

No obstante, existen situaciones complejas que demandan del guardador una responsabilidad más acentuada, como lo son las actitudes relativas al cuidado de la salud del menor, máxime cuando se verifica una coyuntura que la compromete o coloca en riesgo su vida. Este trabajo pretende un acercamiento a esta cuestión mediante un análisis holístico a tono con los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño.

Palabras clave: guarda de hecho, menor de edad, cuidado, salud.

Abstract: Caregiving demands that the caregiver has an arsenal of values, knowledge, skills and aptitudes from the moral point of view that place the caregiver in a position of responsibility. While it is true that in any care relationship there is a high degree of dedication and commitment, its expression in the context of de facto guardianship denotes a higher degree of altruism and solidarity.

Whoever assumes the role of de facto guardian overcomes the barrier of enforceability to go beyond the basic obligation of immediate assistance, assuming its content in terms of guardianship and care with all that this implies: watching over the minor, keeping him/her in his/her company, feeding him/her,

providing affection, education, support, assistance and welfare in a general sense.

However, there are complex situations that demand from the guardian a more accentuated responsibility, such as the attitudes related to the care of the minor's health, especially when there is a situation that compromises it or puts his life at risk. This paper intends to approach this issue through a holistic analysis in accordance with the principles of progressive autonomy and the best interests of the child.

Keywords: de facto guardianship, minor, care, health.

1. El cuidado: pilar ético de las relaciones humanas El cuidado: pilar ético de las relaciones humanas

Afirma Durán que el cuidado es “la gestión cotidiana del bienestar propio y ajeno”⁽¹⁾. Por su parte, Liedo lo entiende como el “conjunto de actividades y disposiciones morales encaminadas al sostenimiento de la vida”⁽²⁾. Para Kittay⁽³⁾ “el cuidado es un término multifacético pues es labor, actitud y virtud”. Los elementos que componen el cuidado parecen ser uno tangible o material al que podríamos denominar trabajo y otro de carácter inmateria-

¹ DURÁN, María Ángeles. “Alternativas metodológicas en la investigación sobre el cuidado” en Marta FERREYRA, Teresa GUERRA Y Andrea CHÁZARO (Coords.). *El trabajo de cuidados: Una Cuestión de Derechos Humanos y Políticas Públicas*. ONU Mujeres, Madrid, 2018, p. 27.

² LIEDO, Belén. “Cuidar en común”. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía moral y política*, número 66, enero-junio de 2022, p. 3.

³ KITTAY, Eva F. *Love's Labor*, Routledge, 1999, p. 33.

rial, la emoción. Su dimensión material se expresa mediante actitudes que involucran el aspecto físico -como puede ser el aseo del destinatario de los cuidados o velar por su salud- y se interrelacionan con otras relativas al plano intangible y emotivo que se crea entre este último y el cuidador, en tanto en las tareas de cuidado se entrelazan sentimientos y modos de actuar que implican a su vez disposición, conocimiento y tiempo.

Esta línea de razonamiento se enlaza con la visión del cuidado desde dos perspectivas interrelacionadas: como praxis y como principio⁽⁴⁾. Con la primera se hace referencia a la actitud relacionada con el cuidado, enfocada tanto en la satisfacción de las necesidades inherentes a la existencia vital como en las provocadas por circunstancias que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad o dependencia, ya sea que tengan como causa a la edad o la enfermedad.

En su dimensión como principio, se debe entender como la actitud cuidadosa, delicada y atenta que debería caracterizar toda relación humana, así como el carácter solícito y delicado que debe acompañar las relaciones entre los seres humanos, toda vez que el actuar con cuidado es otra forma de formular el imperativo kantiano de respetar la dignidad de la otra persona⁽⁵⁾. Es por ello que Camps recalca la tesis de que la ética del cuidado no hunde sus raíces en principios generales ni derechos universales, sino en el sentimiento que une a las personas y del cual nace

el deber mutuo de cuidarnos unos a otros⁽⁶⁾.

En este sentido, la relación entre quien brinda los cuidados y quien los recibe consolida un esquema de obligaciones basadas en la reciprocidad y la solidaridad, que no siempre tiene como nexo vinculante un deber jurídico —ya sea de origen legal (como en el caso de los hijos menores de edad o en situación de discapacidad invalidante) o contractual, como pudiera ser el nacido de un contrato de alimentos—.

Diversos factores influyen en la caracterización del cuidado y son determinantes de sus distintas clases, en función de su origen o fuente, el tiempo por el cual deban ser prestados, su intensidad, contenido y regularidad o prolongación en el tiempo. No obstante, una sistematización no podría agotar la diversidad de situaciones que demandarían su materialización, al ser esta una temática que evoluciona constantemente en tanto se modifican las necesidades de los sujetos involucrados o surgen nuevas modalidades para prestarlos, todo lo cual influye directamente en su contenido.

2. Naturaleza, alcance y contenido del cuidado en la guarda de hecho de niños, niñas y adolescentes. Una visión desde la normativa española y cubana

Se puede definir la guarda de hecho de las personas menores de edad como la situación en la que un sujeto, sin contar con un nombramiento judicial al efecto, asume funciones de protección y guarda de un niño, niña o adolescente sin que tal asunción tenga como causa un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico.

⁴ CAMPS, Victoria. Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo. Barceloma, Arpa, 2021, p. 98; Pau, Antonio. El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad. Revista de Derecho Civil, [volumen 7](#), número 1, 2020, pp. 3-29, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/507>. Consultado el 22 de agosto de 2024.

⁵ RAMOS POZÓN, Sergio. “Cuidar de los cuidadores. Reseña de: Victoria CAMPS, Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo”. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía moral y política*, número 66, enero-junio de 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2022.66.res08>. Consultado el 9 de septiembre de 2024.

⁶ *Ídem*.

Fábrega Ruíz y Heredia Puente la entienden como aquella institución determinada por una situación en la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial, ni administrativo, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, ya sea en el ámbito patrimonial o personal respecto personas necesitadas de ellos; entendiéndola como un mecanismo protector que, a partir de una situación fáctica, se transforma en una situación de derecho, por las consecuencias jurídicas que provoca⁽⁷⁾.

De este modo, se reconoce una situación social preexistente -originada a partir de una situación de necesidad de una persona menor de edad que induce a una actitud de cuidado y protección por parte de un tercero no obligado jurídicamente a ello⁽⁸⁾- que se eleva a rango jurídico con carácter de función, a partir de la cual el sujeto guardador se responsabiliza voluntariamente de un niño, niña o adolescente. Y justamente a partir de esta comprensión de la figura que la hace trascender por su esencia axiológica y profunda sensibilidad, pues implica el reconocimiento de una conducta desinteresada que previene una situación de desamparo⁽⁹⁾ de una persona necesitada de cuidados.

⁷ FÁBREGA RUIZ, FRANCISCO y HEREDIA PUENTE, Mercedes. *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 85.

⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA (“Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo”, *Revista del Poder Judicial*, número 60, 2008, p. 258) apunta que no es una institución tutelar en sentido propio, sino una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico y reconocida por él.

⁹ En España, la temática particular del desamparo en su dimensión jurídica ha sido objeto de amplios debates doctrinales y causa de diversos pronunciamientos judiciales (no siempre concordantes en su interpretación de la normativa aplicable), en la pretensión de determinar ante qué supuestos podrá entenderse que un menor se encuentra en tal situación. El párrafo segundo del artículo 172.1 del Código Civil español “*considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”. *Prima facie*, parecería que la necesidad de que un guardador de hecho asuma el cuidado de un niño debería estar siempre antecedida por un escenario de desamparo, aunque la doctrina se ha preguntado si el hecho

En sus inicios la figura aparecía configurada como una figura provisional, tolerada por el ordenamiento jurídico, pero preordenada a su extinción, en tanto se entendía que debía desembocar en otra institución más estable⁽¹⁰⁾. Este criterio aparece superado en la nueva redacción del Código de las Familias cubano, a tono con una concepción moderna de la figura, que al tiempo de considerar la guarda de hecho como una vía informal⁽¹¹⁾ de proveer y recibir cuidados — por cuanto no requiere de pronunciamiento judicial o administrativo- le concede un carácter estable a partir de la nota de habitualidad que lleva implícita, toda vez que no es guardador de hecho quien puntualmente realiza labores de cuidado de un tercero, sino quien

de que el guardador se responsabilice por el menor hace desaparecer dicho estado y con ello, la necesidad de transferir la guarda a una entidad pública por ministerio del mandato del propio precepto sustantivo aludido. Esta cuestión ha sido zanjada por el alto foro, sentando doctrina jurisprudencial al afirmar que cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección. (Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia número 582/2014 de 27 octubre RJ\2014\5183. Thomson-Reuters-Aranzadi, noviembre de 2016)

¹⁰ LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel y PÉREZ RAMOS, Carlos. “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 99, 2021, pp. 32-37; VAQUERO TESO, Irene. *La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021*. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2023, p. 13.

¹¹ Precisa VAQUERO TESO (*La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021*, cit., p. 14) que la consideración respecto a esta figura como una medida informal no advierte una connotación negativa, sino todo lo contrario, ya que el término “informal” comporta cierta flexibilidad a la hora de constituirse esta, característica muy ventajosa respecto de las medidas formales (judiciales) que son más estrictas, dado que necesitan de una autorización judicial para adoptarse. De este modo -explica la autora haciendo referencia específica a su aplicación en supuestos de personas necesitadas de ella por motivos de discapacidad- la guarda de hecho se convierte en una figura más atractiva para el legislador, ya que cumple especialmente el principio de intervención mínima y de respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, ya que será la persona con discapacidad la que tome, en la mayoría de los casos, las decisiones que respectan a su vida, siendo el guardador de hecho quien le “acompañe” o “asista” en cada caso.

de manera continuada, por un periodo determinado de tiempo⁽¹²⁾, asume la responsabilidad de tales tareas sin que medie una designación, retribución o llamamiento legal a ello.

Justamente es este el sentido del artículo 333 de la ley familiar cubana, que otorga a la guarda de hecho el carácter de institución de protección y resume los aspectos esenciales antes descritos, concediéndole alcance tanto en el ámbito personal como patrimonial a los cuidados y la asistencia que se presten bajo su manto. El artículo 337 del Código de las Familias cubano enfoca el contenido de la guarda de hecho desde una doble perspectiva: asistencial y representativa. En primer orden contempla su vertiente orientada a la protección de la persona en guarda, debiendo prestarle cuidado en el orden personal. Justamente a esta última esfera circunscribe el apartado primero del precepto la actuación encomendada *ope legis* al guardador. No obstante, el apartado segundo de su texto admite la posibilidad de realización de ciertos actos de naturaleza patrimonial, aunque con expresa limitación de sus facultades, las que restringe de modo exclusivo a aquellos encaminados a la “*administración ordinaria*”.

Se trata de una cautela comprensible, a partir del tenue vínculo jurídico entre el guardador y el niño en lo que a representación legal concierne, aunque la propia incertidumbre temporal asociada a la definición de la situación del menor guardado respecto a sus responsables legales hace aconsejable

valorar variantes admisibles ante supuestos en los que sea preciso tomar decisiones patrimoniales de mayor envergadura y cuya postergación pudiera provocar un perjuicio para el menor.

Ante la posibilidad de tal eventualidad y ante la necesidad de desplegar facultades representativas, el artículo 338.2 del Código de las Familias impone al guardador el deber de solicitar la correspondiente autorización judicial para la celebración de los actos que se precisen, siempre que sea imprescindible para ellos acreditar una representación legal respecto a la persona menor de edad.

Con una fórmula menos restrictiva, el Código Civil español admite *ex artículo 264* (concerniente a la guarda de hecho de personas en situación de discapacidad, pero aplicable a personas menores de edad con carácter supletorio en virtud del artículo 238 del propio texto legal, según la reforma introducida a dicha regulación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) la realización de actos jurídicos sobre bienes de la persona bajo guarda que tengan *escasa relevancia económica* y carezcan de *especial significado personal o familiar*, sin necesidad de solicitar autorización judicial, así como para solicitar la concesión de una prestación económica a favor de la persona guardada, en tanto no suponga ello un cambio significativo para su forma de vida. Reserva así la solicitud de autorización judicial, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, para aquellos actos de mayor envergadura que comprometan el patrimonio y el bienestar presente o futuro del titular o de su familia, previstos de manera expresa en su artículo 287.

Respecto a dicha autorización, la Sentencia del Tribunal Supremo español 2/2018, Civil, de 10 de

¹² No se debe confundir el carácter estable con la temporalidad de la guarda delimitada *ex artículo 335* del Código de las Familias: la primera implica la verificación de una conducta de tracto sucesivo continuo, repetida en el tiempo por un periodo determinado y originada por la necesidad inminente de proveer cuidados y atención a un niño necesitado de ellos y que carece de otra persona que los asuma; mientras que la segunda hace referencia a la interinidad de la institución, toda vez que está destinada a evitar de manera transitoria el desamparo del destinatario de la guarda ante la ausencia de una figura legal, judicial o administrativamente designada para cumplir dicha función.

enero 2018 abunda sobre su finalidad, al exponer que se dirige a garantizar que los actos realizados, que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio de su titular, se realicen en su interés. Más allá del control genérico de los informes periódicos o de la rendición de cuentas, se trata de que el Juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de trascendencia económica y de que los mismos se celebren en beneficio del interesado, “atendiendo a sus circunstancias personales, pero también a criterios objetivos, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, atendiendo además al momento en el que se realiza el acto”⁽¹³⁾.

Acerca de la valoración de la utilidad del acto a formalizar, la doctrina ha sentado criterio al sostener que debe apreciarse desde un enfoque objetivo, aunque no necesariamente global, económica o inmediata. Por ello, se considera que se debe prescindir de la opinión subjetiva del guardador y debe ser colocado como propósito fundamental el beneficio global y el bienestar personal del guardado, sin que sea adecuada una visión fraccionada entre acto y beneficio probable, es decir, que este último debe producirse de acuerdo con la naturaleza del primero y la previsibilidad de sus consecuencias⁽¹⁴⁾.

Asimismo, una protección consecuente con las necesidades del niño implica desarrollar las responsabilidades de cuidado de acuerdo con su personalidad -según el sentido de los artículos 136 y 138 del Código de las Familias cubano- para, además de

la asistencia que naturalmente los niños requieren según su edad, propiciar su educación y formación integral e inclusiva, su buena conducta, estabilidad emocional, salud, inclusión social y comunitaria, proveerles alimentos, inculcarles valores, escucharlos y tomar en consideración sus criterios, orientar su modo de conducirse en sociedad, ofrecerles acompañamiento o tomar decisiones conjuntas con el niño, niña o adolescente “siempre en beneficio del interés superior de estos y de acuerdo con su capacidad, autonomía progresiva, el libre desarrollo de su personalidad y su grado de madurez”.

De modo particular, las cuestiones relativas al cuidado de la salud del niño bajo guarda pueden derivar en situaciones conflictuales, en tanto abarcar una amplia gama de decisiones que van más allá los hábitos diarios de higiene o nutrición, sino que en ocasiones podrá implicar la prestación de consentimiento en este ámbito, la cual amerita análisis más detallados.

3. Responsabilidad de cuidado del guardador de hecho de un niño gravemente enfermo

Profundizar en cuestiones relativas a la toma de decisiones sanitarias respecto a una persona menor de edad suele ser un propósito complejo, toda vez que imbrica la correlación de análisis desde dos pilares fundamentales: la situación de salud en sí misma y la persona que debe prestar el consentimiento al respecto. Es preciso discernir en esta sede entre distintos asuntos según su carácter invasivo a mayor o menor escala, repercusión en la salud del niño y la necesidad o urgencia de realizarlos; pues podrían referirse estos, por ejemplo, al seguimiento de un esquema de vacunación, el uso de ciertos medicamentos o una intervención quirúrgica.

¹³ ECLI:ES:TS:2018:56

¹⁴ FÁBREGA RUIZ, FRANCISCO. *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*. Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 60 y 91; ROGEL VIDE, Carlos. *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 108-109 y BERROCAL LANZAROT, Ana. “La guarda de hecho como instrumento de protección”, en Pérez García, Máximo, *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*, Idalfe, Madrid, 2009, p. 21.

En esta sede, la Bioética ha permitido humanizar el proceso de atención clínica durante la infancia y la adolescencia, propiciando la escucha del niño en la medida que su propia madurez lo permita. De este modo, a través de una fórmula participativa, se establece una proporcionalidad directa que explica que mientras sea mayor el nivel de comprensión por parte del menor acerca de su condición de salud, las opciones terapéuticas a su disposición y las consecuencias de cada una de ellas para su salud, serán admisibles más amplios márgenes de actuación personal al respecto. Como resultado y sin perder nunca de vista la entidad del acto médico de que se trate, la prestación del consentimiento informado podrá discurrir desde la representación, la asistencia hasta solo precisar un mero acompañamiento, fomentando la participación y autonomía de los menores en la toma de decisiones sobre sus cuidados, de acuerdo con su capacidad progresiva.

En este sentido, la Ley española 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, según su disposición final segunda modificativa del artículo 9 de la 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, establece que en aquellos casos en los que, según criterio del médico se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento se prestará por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al niño, una vez oída y tenida en cuenta la opinión de este último, pretendiendo el mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal (apartado séptimo).

Por su parte, el artículo 129.4 del Proyecto de Ley de la Salud Pública cubana establece un sistema de valoración casuística de la aptitud del niño para prestar su consentimiento -de conjunto con otros factores como por ejemplo, el interés superior del propio niño- con el acompañamiento de las personas titulares de la responsabilidad parental o quienes fungen como sus representantes o tutores, de forma que participen en la recepción de información y se tengan en cuenta sus voluntades y preferencias, previo a la toma de decisiones con respecto a la salud del menor. No se hace alusión expresa a la figura del guardador de hecho en la norma aludida, como tampoco distingue entre distintas actuaciones clínicas, a través de una fórmula generalizadora que implica tanto al titular del derecho como a los adultos a su alrededor en la prestación del consentimiento informado.

Es esta una temática que no es posible agotar en estas páginas, dado su complejo entramado de posibilidades y situaciones. Sin embargo, destaca un factor común que debe siempre primar en cualquier análisis que se realice al respecto, consistente en la imposibilidad de aferrarse a reglas preestablecidas, siendo preciso apelar a análisis individualizados que permitan encontrar la fórmula que en mayor medida tribute a su bienestar de manera integral, en consonancia con su interés superior.

4. Reflexiones conclusivas

No resulta extraña o aislada en los tiempos modernos la consideración del cuidado como nudo central del bienestar humano. Las labores de cuidado, que en su loable esencia ya denotan sumo altruismo, adquieren notas aún más intensas cuando se desempeña en el marco de la guarda de hecho de un niño, niña o adolescente, como resultado de una actitud desinteresada que, sin obligación o vínculo

jurídico con el menor, se hace cargo de él proporcionándole el afecto, atenciones, consejo, protección, acompañamiento y asistencia indispensables para su seguridad y desenvolvimiento.

Se articula como un sistema de protección voluntario, informal, estable y transitorio, con un enfoque claramente asistencial de acompañamiento y cuidado personal, de apoyo en las decisiones en ámbitos como podrían ser el patrimonial, educacional o sanitario. Particularmente este último constituye una álgida coyuntura cuando su con-

tenido excede las funciones usuales de higiene o nutrición adecuadas y trasciende a situaciones que comprometen la salud o bienestar del menor, por cuanto se entrelaza el ejercicio por parte del niño de un derecho inherente a su personalidad con la responsabilidad de cuidado del guardador, lo cual demanda estudios pormenorizados en la búsqueda de caminos participativos consecuentes con su interés superior.

Doutrina

PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS E FORENSES ENTRE O REGIME ESPECIAL E O REGIME COMUM

Lucinda Dias da Silva*

Palavras-Chave: *prova pericial, perícia médico-legal e forense, processo civil.*

Keywords: *expert evidence, medical-legal and forensic expertise, civil procedure.*

Resumo: *O relevo da prova pericial e, em particular, da perícia médico-legal e forense, no âmbito do processo civil, é crescentemente significativo. O seu regime, porém, não se encontra regulado, de forma unitária, antes resultando da relação integradora que se estabelece entre o regime especial e o regime comum, pelo que importa congregar as suas várias dimensões, considerando-o sob um ponto de vista conjunto. Por outro lado, tomado este tipo de prova sob tal perspetiva, evidenciam-se, de modo sistematicamente ordenado, algumas das principais e complexas questões que suscita, designadamente as conexas com as especificidades e reflexos do seu modo de constituição e valoração em juízo. Dimensões que, pelo impacto que assumem e ante a especial sensibilidade e importância dos bens e valores envolvidos no âmbito jurídico médico-legal e forense, propõem reflexão e antecipam desafios regulativos.*

Abstract: *The importance of expert evidence, and in particular, medical-legal and forensic expertise, in civil proceedings, is growing. However, its regime is not regulated in a uniform manner, but rather results from the integrative relation established between the special regime and the common regime, which makes it important to bring together its various dimensions and consider it from a joint perspective. On the other hand, when this type of evidence is viewed from this perspective, some of the main and complex issues it raises stand*

out in a systematically ordered manner, namely those related to the specificities and repercussions of how it is constituted and assessed in court. These dimensions, given their impact and the particular sensitivity and importance of the legal rights and values involved in the medical-legal and forensic field, call for reflection and anticipate regulatory challenges.

I. Regime comum e regimes especiais no âmbito da regulação processual civil

Enquanto direito adjetivo, o direito processual civil⁽¹⁾ almeja prever as formas adjetivas necessárias à adequada realização do direito substantivo, por forma a garantir a efetividade da ideia força que enuncia, como regra, num dos seus preceitos inaugurais: a todo o direito corresponde uma ação.⁽²⁾

O seu escopo último é, assim, como MARIA JOSÉ CAPELO sublinha, suportando-se em ALBERTO DOS REIS, criar harmonia entre a tramitação do processo e “a fisionomia especial” do direito “que se pretende fazer reconhecer ou efectivar.”⁽³⁾

15 - 38

¹ É à luz deste que ora consideramos o tema em apreço.

² Artigo 2.º, n.º 2 do Código de Processo Civil: “A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.”

³ Maria José CAPELO, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 95, n.2 (2019), pp.1197 e 1198.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da FDUC.

Essa cobertura ancilar e garantística do direito substantivo obedece, por regra, a um critério gradativo: a par de um regime regra (concebido para a generalidade das situações) prevêm-se regras especiais (aplicáveis a hipóteses dotadas de especificidades justificadoras de tratamento processual diferenciado).

1.1. Campos aplicativos

A lógica de graduação regulativa é observada em vários domínios do regime adjetivo. Distingui-mos, para o presente efeito, dois campos.

O primeiro respeita ao rito ou tramitação processual (marcha do processo), enquanto conjunto de atos logicamente encadeados e regulados, em ordem à prossecução de um fim.

Neste campo (rito processual ou tramitação) incluem-se as tramitações decisórias e as tramitações não decisórias. Distingue-as o facto de apenas as primeiras culminarem numa decisão judicial que ponha termo à causa que respeitam. As segundas culminam num ato processual não reconduzível a decisão provida da referida natureza.

No que diz respeito às tramitações decisórias, diferenciamos ainda as que constituem uma tramitação autónoma das que representam uma tramitação dependente. Nas primeiras enquadram-se os processos sob os quais correm as ações principais. Nas segundas as tramitações que orbitam em torno da tramitação da ação principal.⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾

⁴ Ai se incluem, a título de exemplo, os procedimentos cautelares, enquanto tramitações que, por regra, visam assegurar a utilidade da sentença a proferir na ação principal (ação relativamente à qual se encontram dependentes).

⁵ Embora a regra, como mencionado, seja a da dependência do procedimento cautelar relativamente à ação principal, importa considerar a exceção de regime correspondente à inversão do contencioso, que cria a possibilidade de o procedimento cautelar gerar uma decisão definitiva (caso o tribunal defira o pedido de inversão e o requerido não dê início à ação principal). Cfr. artigo 369.º do Código de Processo Civil.

O segundo campo respeita a aspetos de regime quanto aos quais o legislador não autonomiza uma tramitação própria.

1.2. Metodologia de implementação

Cumprido, ainda, notar que, ante a necessidade de adotar previsões normativas com carácter especial (relativamente ao regime comum estabelecido), várias são as metodologias de implementação que podem ser adotadas.

Distingue-se, neste plano, a metodologia de implementação interna da metodologia de implementação externa.

No âmbito da primeira, a solução especial é inserida no próprio quadro normativo do regime comum.

Quando seja selecionado o tipo de implementação externa, o regime especial é sediado em espaço normativo exterior àquele onde se encontra regulado o regime comum.

Ainda dentro da metodologia de implementação interna, importa distinguir a implementação de solução pré-determinada da implementação de solução aberta.

Enunciados os vários vetores em relação, cumpra, agora, articular o domínio do campo aplicativo com o domínio das metodologias de implementação. Exercício que desenvolveremos tomando como referência o primeiro campo aplicativo (rito ou tramitação processual) e considerando, adentro deste, de modo especial, o particular âmbito das tramitações não decisórias.⁽⁶⁾

⁶ Esta delimitação do campo de análise predominante decorre da natureza não decisória da tramitação inerente ao tema que nos ocupa (a prova pericial). De referir, contudo, o que sucede no âmbito do segundo campo de aplicação acima distinguido, atinente a aspetos de regime quanto aos quais o legislador não autonomiza uma tramitação própria. Também aqui se observam notas de regime marcadas pela consagração de soluções especiais quanto a hipóteses específicas. Assim sucede, por exemplo, no que diz respeito ao ónus da prova (na imediata sequência da consagração do regime

II. Tramitações decisórias

A manifestação típica da metodologia de implementação *externa* ocorre quando o legislador opta por consagrar a solução especial em tramitação distinta e sistematicamente autonomizada da tramitação comum.

Assim sucede, por exemplo, no âmbito da tutela principal, com a criação de processos especiais (a par do processo comum) e, no quadro da tutela cautelar, com a criação de procedimentos cautelares especificados (a par do procedimento cautelar comum).⁽⁷⁾

A opção pela metodologia de implementação *interna* verifica-se quando as notas de regime especial são inseridas no seio da tramitação comum, sendo que a solução especial pode aí ser enxertada de modo *constituído* (não carecendo da intervenção modeladora do decisor, antes apenas da sua intervenção executora da solução especial que lhe é dada em termos determinados) ou de modo *aberto*

ou *constituendo* (quando a solução é aí inscrita de modo aberto, ou seja, em termos que requererem a intervenção modeladora, construtora, do juiz, a quem caberá determinar a concreta solução especial mais adequada à especificidade do caso).

Exemplo de *implementação interna pré-determinada* (de solução normativa especial) é a previsão, no n.º 5 do artigo 595.º do Código de Processo Civil⁽⁸⁾, de uma solução de tramitação especial a observar quando estejam em causa ações destinadas à defesa da posse.⁽⁹⁾ Em vez de criar um processo especial que tivesse por objeto ações possessórias, o legislador optou, assim, por incluir, no regime próprio do processo comum, regras especiais a aplicar quando uma ação possessória tramite sob a forma de processo comum.

Representa exemplo de *implementação interna aberta* (de solução especial) a previsão, no artigo do 547.º do CPC, da concessão ao juiz de poderes de adequação formal⁽¹⁰⁾, bem como a previsão,

geral – constante do artigo 342.º do Código Civil -, prevêm-se, ainda na secção I, relativa às disposições gerais, várias hipóteses de regimes especiais – constantes dos artigos 343.º e 344.º do Código Civil). Consagram-se, assim, regras especiais por via de implementação interna (pré-determinada, no que diz respeito aos artigos 343.º e 344.º, n.º 1; com algum grau de flexibilidade, quanto aos pressupostos, no caso do n.º 2 do artigo 344.º). MARIA JOSÉ CAPELO refere-se a este tipo de especialidades de regime enquanto “especialidades não procedimentais”, por representarem “especialidades inerentes a alguns institutos processuais sem transcendência na estrutura do procedimento, tais como aquelas atinentes a institutos como a representação técnica, a legitimidade, a intervenção processual, a cumulação de pedidos, o ónus de prova, apensação de processos, caso julgado, etc.”, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 95, n.2 (2019), pp. 1205 e 1206.

⁷ O grau de distanciamento sistemático entre a tramitação comum e a tramitação especial pode, contudo, variar entre diferentes graus (mínimo, intermédio e intenso). Representa exemplo do primeiro o que existe entre o procedimento cautelar comum e os procedimentos cautelares especificados, todos constantes do Código de Processo Civil (conquanto previstos em capítulos autónomos, ambos se integram no mesmo título). No âmbito do segundo se enquadram, por exemplo, os processos especiais, relativamente ao processo comum (ambos constantes do mesmo diploma, mas em livros autónomos). No terceiro grau se incluem os regimes especiais que se encontram previstos em diplomas avulsos.

⁸ CPC.

⁹ “*Nas ações destinadas à defesa da posse, se o réu apenas tiver invocado a titularidade do direito de propriedade, sem impugnar a posse do autor, e não puder apreciar-se logo aquela questão, o juiz ordena a imediata manutenção ou restituição da posse, sem prejuízo do que venha a decidir-se a final quanto à questão da titularidade do direito.*” Já no âmbito da tutela cautelar, a opção, no que diz respeito ao regime especial em matéria de posse, foi a de implementação de uma solução especial por via externa, mediante criação do regime especial correspondente ao procedimento cautelar especificado de restituição provisória da posse, aplicável aos casos em que é requerida a tutela da posse com base na prática de esbulho violento (cfr. artigos 377.º a 379.º do CPC).

¹⁰ O princípio da adequação formal, inicialmente constante do artigo 265.º-A do CPC, veio posteriormente a ser consagrado no artigo 547.º do CPC de 2013. A atual redação deste último é a seguinte: “*O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.*” Redação que diverge da anterior (constante do artigo 265.º-A do CPC de 1961), de acordo com a qual: “*Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.*” Assim, como MARIA JOSÉ CAPELO nota: “Atualmente, decorre da letra do artigo 547.º que a regra é a adequação/adaptação tanto do procedimento como dos atos processuais (conteúdo e forma) que o compõem. Quanto aos próprios atos, a flexibilização deve ser equacionada concomitantemente com outros princípios que regem os atos

no artigo 6.º do CPC⁽¹¹⁾, de deveres de gestão processual⁽¹²⁾. Em ambos os preceitos se concede ao decisor (embora mediante atribuição de poderes diferentes) a maleabilidade necessária para, ante as especificidades de cada causa, aquele poder adotar, em concreto, a solução formal mais adequada a essa singularidade.⁽¹³⁾

De notar que, no quadro de um mesmo sistema normativo, se observa a tendência para a opção

processuais: o da liberdade e da instrumentalidade da forma.”, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 95, n.2 (2019), p. 1190.

¹¹ A redação constante do artigo 6.º do Código de Processo Civil de 2013 (que tem por epígrafe “Dever de gestão processual”) é a seguinte: “1 - Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 - O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo.” Este dever encontrava-se previsto no artigo 265.º do CPC de 1961 (sob a epígrafe “Poder de direcção do processo e princípio do inquisitório”), nos seguintes termos: “1 - Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório. 2 - O juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjectiva da instância, convidando as partes a praticá-los. 3 - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.”

¹² Para uma distinção entre gestão processual e gestão material, MIGUEL MESQUITA, “Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145/3995, (novembro-dezembro 2015), pp. 78 a 108. No sentido da maior flexibilização do princípio do dispositivo à luz do princípio da gestão processual, o mesmo autor, “A «morte» do princípio do dispositivo?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 147, n.º 4007 (nov.-dez. 2017), pp. 86-119 (em especial, a pp. 107 e ss.).

¹³ O regime constante do artigo 597.º do CPC (que contempla regime especial quanto a ações de valor não superior a metade da alçada da Relação) ocupa um espaço intermédio entre a implementação interna pré-determinada e a implementação interna aberta, na medida em que o legislador indica (nas sete alíneas do preceito) atos processuais a praticar, notando, embora, em simultâneo, que a prática desses atos terá lugar em função da necessidade e da adequação (a avaliar pelo juiz) dos mesmos ao fim do processo.

entre a metodologia de implementação externa e a metodologia de implementação interna aberta se fazer em movimento em que, por princípio, o incremento da primeira se faz acompanhar de uma limitação da segunda.

Esse perfil de relação entre as duas técnicas de previsão de soluções de regime especiais foi muito claro nas modificações de regime processual civil a que houve lugar nas últimas décadas em Portugal.

Assim, a eliminação de diversos processos especiais previstos no Código de Processo Civil (ou seja, a extinção de vias de implementação externa) teve lugar, na reforma de 1995/96, em simultâneo com a implementação de solução especial por via interna aberta. Esta última traduziu-se na previsão, no âmbito do processo comum, de cláusula flexibilizadora da rigidez do processo comum, por via da consagração do princípio da adequação formal (que concede ao juiz gerais poderes de adaptação da tramitação processual a observar em cada processo, em função das especificidades deste).⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾

Como MARIA JOSÉ CAPELO observa, “por ocasião da Reforma de 1995/96, o legislador intuiu que não bastava diminuir os procedimentos especiais se se mantivesse um procedimento rígido. Nessa medida, consagrou a adequação formal como princípio (artigo 265.º-A), embora a redação do preceito inculcasse a ideia de que tal dever funcional só devesse ser exercido quando a matriz legal não

¹⁴ Este movimento, associado, nas palavras de MARIA JOSÉ CAPELO, a uma “crise dos procedimentos especiais”, sucedeu a um outro que, na expressão da mesma autora, teve na sua génese uma “crise do modelo ordinário”, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v.95, n.2 (2019), p. 1200.

¹⁵ A esta elastização do processo comum (e concomitante eliminação de processos especiais) sucederam-se medidas de desjudicialização, mediante atribuição a entidades não reconduzíveis à categoria de juízes de poderes decisórios sobre matérias antes integradas em processos especiais. Explicitando este traço evolutivo, MARIA JOSÉ CAPELO, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v.95, n.2 (2019), p. 1202.

se adequasse às especificidades da causa.”⁽¹⁶⁾

Essa tendência foi reforçada na reforma de 2013, no âmbito da qual se extinguíram alguns dos processos especiais ainda então subsistentes.⁽¹⁷⁾

Pelas consequências que importa, este tipo de mudança de paradigma (de solução externa para solução interna aberta, o mesmo é dizer, flexibilizadora), deve ser precedido por um período de estudo e reflexão, de que, com clareza e coerência sistêmicos, resultem os objetivos a prosseguir, bem como os critérios qualitativos da sua execução.

Acompanhamos, a este propósito, MARIA JOSÉ CAPELO quando, referindo-se aos vários “passos teóricos” a observar neste caminho prévio, refere que, nesse *iter* em que se repensa a “*ratio* da previsão/manutenção de um procedimento especial”⁽¹⁸⁾, cumpre: “descortinar as razões” que terão levado o legislador a criar o procedimento especial, “depois ponderar o que deve ser (ou é suscetível de ser) incorporado no rito comum como “regra especial”” e, “por fim, equacionar, em abstrato, as virtudes de uma flexibilização casuística (ou seja, de técnicas de especialização procedimental) em detrimento de uma previsão legal”.⁽¹⁹⁾

¹⁶ “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 95, n.2 (2019), p. 1190.

¹⁷ Como MARIA JOSÉ CAPELO sublinha, eliminaram-se, então, os processos especiais de reforço e substituição das garantias especiais das obrigações, de expurgação de hipotecas e extinção de privilégios, de venda antecipada de penhor, de reforma de documentos, de reforma de livro, de liquidação judicial de sociedades, o processo de inventário e o processo de regularização de sociedades unipessoais. O processo de inventário deixou, então, também de figurar entre os processos especiais, mas veio depois a ser neles reintegrado em 2019 (por via da Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro), adotando-se uma solução bicéfala em matéria de competência (repartida entre os cartórios e os tribunais). Sobre essa fase de reformulação do elenco dos processos especiais, MARIA JOSÉ CAPELO, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v.95, n.2 (2019), pp. 1203 e 1204.

¹⁸ “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 95, n.2 (2019), p. 1200.

¹⁹ “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v.95, n.2 (2019), p. 1204. A autora refere como exemplo de

III. Tramitações não decisórias

Como acima enunciado, a par das tramitações decisórias distinguem-se as tramitações que assumem natureza não decisória, em virtude de não terminarem com uma decisão judicial que ponha termo ao processo, a um procedimento ou a um incidente.

Aqui se enquadram as tramitações correspondentes aos meios de prova. Não obstante não culminarem com uma decisão da causa, estas tramitações assumem uma importância especialmente significativa no processo, na medida em que condicionam o tipo de informação com base na qual o tribunal apurará, nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “uma verdade epistemológica (ou uma *verità storica*)”.⁽²⁰⁾ Com base nesta decidirá a questão de facto, cujo relevo para a decisão final é incontornável.

É neste quadro que se insere a tramitação processual observada em sede de produção de prova pericial.

Também neste contexto se distingue um regime com carácter geral e normas dotadas de carácter especial. E também aqui são mobilizadas diferentes técnicas de implementação das soluções especiais.

A previsão do regime comum consta dos artigos 467.º a 489.º do Código de Processo Civil, onde se regula, em termos unitários, a figura geral

bom desempenho dessa tarefa a Reforma processual que culminou na Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de janeiro).

²⁰ CASTRO MENDES e M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 467.

da prova pericial.⁽²¹⁾ (22)

Mediante mobilização da implementação por via interna pré-determinada, inseriram-se, no regime comum, normas especiais que preveem um regime específico quanto a exames periciais cujas particularidades impõem um tratamento jurídico adjetivo adaptado a essas especialidades. Assim sucede com as regras especiais atinentes à perícia para reconhecimento de letra.⁽²³⁾

As regras relativas às perícias médico-legais e forenses foram implementadas por via externa, sendo feito o seu regime constar de normas alheias ao capítulo em que se regula a tramitação comum da prova pericial e mesmo externas ao Código de Processo Civil.⁽²⁴⁾

²¹ Não era este o perfil no quadro do CPC de 1939 e na versão originária do CPC de 1961, no âmbito dos quais o regime geral do correspondente meio de prova (então designada prova por arbitramento) não beneficiava de carácter uno. Assumia, então, natureza tripartida, nele se distinguindo três tipos de perícias: o exame, a vistoria e a avaliação (regulados entre os artigos 581.º e 615.º no CPC de 1939 e entre os artigos 577.º e 611.º na versão originária do CPC de 1961). A reforma de 1995/96 (introduzida pelo D.L. n.º 329.-A/95, de 12 de dezembro) veio substituir o regime tripartido da prova por arbitramento pelo regime (unitário) da prova pericial (então prevista entre os artigos 568.º a 591.º, enquanto regime integrante da fase de instrução, no âmbito da tramitação do processo declarativo comum). Perfil que se manteve no CPC de 2013. Neste último, porém, a prova pericial ficou consagrada entre os artigos 467.º e 489.º, já fora do âmbito do processo declarativo comum, antes no capítulo VI de um título autónomo (IV - exclusivamente dedicado à instrução), do livro II (regulativo ao processo em geral). A mudança de perfil da prova em apreço (de prova por arbitramento para prova pericial), operada com a reforma de 1995/96, coincidiu com a extinção do processo especial que regulava as designadas ações de arbitramento (constantes dos artigos 1051.º a 1067.º do CPC de 1939 e dos artigos 1052.º a 1068.º do CPC de 1961, anterior à reforma de 1995/96). Foi também por via desta reforma que se procedeu à extinção das ações possessórias (até então tramitadas sob a forma de processo especial, previsto nos artigos 1032.º a 1035.º do CPC de 1939 e nos artigos 1033.º a 1036.º do CPC de 1961 (na versão anterior à reforma de 1995/96).

²² No âmbito penal (não objeto da presente reflexão), encontra-se regulada entre os artigos 151.º e 163.º do Código de Processo Penal.

²³ Cfr. artigo 482.º do CPC.

²⁴ Para referência a alguns dos principais pontos de debate e controversia em matéria de ciências forenses no Reino Unido, PAUL ROBERTS, "Paradigms of forensic science and legal process: a critical diagnosis", *Philosophical Transactions Review*, The Royal Society Publishing, 2015, B370, pp. 2 e ss. (disponível em <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2014.0256>).

Na verdade, as perícias médico-legais e forenses representam uma categoria de provas periciais beneficiária de um regime especial, em virtude das singularidades do seu objeto, por sua vez atinente a realidades e valores especialmente relevantes e sensíveis. São, por isso, objeto de regulação especial pela Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto⁽²⁵⁾, cujo âmbito aplicativo se encontra delimitado pelo seu artigo 1.º, tomando, precisamente, por referência o tipo de perícias a que diz respeito.⁽²⁶⁾ (27)

As perícias médico-legais e forenses subdividem-se em quatro âmbitos categoriais: o âmbito da tanatologia forense⁽²⁸⁾, o âmbito da clínica médico-legal e forense⁽²⁹⁾, o âmbito da genética⁽³⁰⁾ (31), biologia e toxicologia forenses⁽³²⁾ e o âmbito da psiquiatria e psicologia forenses⁽³³⁾.

Entre o regime geral (comum) e o regime especial intercede uma relação de *dupla subsidiariedade*

²⁵ Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

²⁶ "A presente lei estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses, doravante designadas por perícias."

²⁷ A implementação externa destas normas especiais é expressamente anunciada no seio do regime comum da perícia (cfr. n.º 3 do artigo 467.º do CPC).

²⁸ Cfr. artigos 14.º a 20.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

²⁹ Cfr. artigos 21.º e 22.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

³⁰ Para uma abordagem sobre a evolução dos critérios científicos de indagação da identidade genética, bem como sobre as consequências de recusa de submissão a este tipo de testes à luz de jurisprudência espanhola, JAVIER SEOANE PRADO, "La pericial médica en el proceso civil", *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª Época, n.º 56, 1999(IV), pp. 154 e ss.

³¹ Salientando, em especial, a importância do recurso a testes de ADN como via para minorar o risco de erro associado aos métodos clássicos de identificação e, assim, como meio de promoção do grau de fidedignidade dos testes de identificação (pela quantificação da probabilidade de correspondência entre um vestígio e uma amostra de referência), MARIA JOÃO LOURENÇO, "Entre a subjetividade pericial e a ilusão de certeza: limites, mal-entendidos e resistências na comunicação das Ciências Forenses", *Revista do Ministério Público*, 182, abril-junho 2025, p. 53.

³² Cfr. artigo 23.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

³³ Cfr. artigo 24.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

de do primeiro em relação ao segundo.

Em *primeiro lugar* (no momento de seleção originária do regime a que se deve conceder prioridade), distingue-se uma relação de *subsidiariedade excludente*: estando em causa uma perícia médico legal e forense, o regime *ab initio* aplicável é o constante da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto (assim se preterindo o regime comum)⁽³⁴⁾.

Em *segundo lugar* (no momento de colmatar a ausência de resposta do regime selecionado), discerne-se uma relação de *subsidiariedade integrativa*: se, aplicado o regime especial constante da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, subsistirem questões para as quais esse regime não ofereça solução, procurar-se-á (no que não seja incompatível com o primeiro) arrimo no regime geral da perícia, enquanto quadro tipológico de meio de prova em que a perícia médico-legal e forense (enquanto perícia que é) também se integra.⁽³⁵⁾

Importa observar como esta relação se articula ao longo da tramitação da prova pericial, considerando as diversas fases que a integram.

III.1. Fase inicial

Na fase inicial incluímos os atos processuais destinados a promover a realização da perícia, bem como a delimitá-la sob o ponto de vista objetivo (determinando o seu objeto) e subjetivo (determinando os sujeitos que nela intervêm, quer no que diz respeito aos peritos que a realizam, quer no que diz respeito aos que a ela se submetem).

III.1.1. Sujeito promotor

Nos termos gerais, as perícias podem ser requeridas pelas partes⁽³⁶⁾ ou ser determinadas oficiosamente pelo juiz⁽³⁷⁾.

A iniciativa na realização da perícia obedece, contudo, a um regime próprio quando esteja em causa perícia no âmbito da tanatologia forense. Nesta hipótese, cumpre distinguir os casos em que o óbito é verificado em instituições de saúde daqueles em que é verificado fora de instituições de saúde.

Sendo o óbito verificado em instituições de saúde (serviços e entidades públicas integrados no Serviço Nacional de Saúde ou em hospitais e serviços clínicos privados) e estando em causa situação de morte violenta, suspeita de morte violenta ou morte cuja causa é ignorada, o diretor ou diretor clínico da instituição de saúde deve desenvolver dois tipos de diligências: uma de natureza conservatória (deve assegurar a permanência do corpo em local apropriado e providenciar pela preservação dos vestígios que importe examinar), outra de natureza ativa (deve comunicar o facto, no mais curto prazo, à autoridade judiciária competente, remetendo-lhe, devidamente preenchido, o boletim de informação clínica disponibilizado no Sistema de Informação dos Certificados de Óbito⁽³⁸⁾, bem como qualquer outra informação relevante para a averiguação da causa e das circunstâncias da morte).⁽³⁹⁾

³⁶ Nesta hipótese, as partes têm o ónus de apresentar os peritos estranhos à comarca cuja nomeação hajam proposto (cfr. artigo 473.º, n.º 1 do CPC). Uma vez requerida a realização de perícia, a parte que a requereu não pode desistir dela sem a anuência da parte contrária (cfr. artigo 474.º do CPC).

³⁷ Neste caso, ao perito serão satisfeitas antecipadamente as despesas de deslocação (cfr. artigo 473.º, n.º 2 do CPC).

³⁸ A competência para propor alterações ao modelo do boletim de informação clínica incumbe ao conselho diretivo do INMLCF, I. P. (cfr. artigo 15.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

³⁹ Artigo 15.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

³⁴ Em sintonia com a máxima “lex specialis derogat lex generalis”.

³⁵ Este segundo tipo de relação de subsidiariedade encontra alguma concretização expressa no próprio regime especialmente regulador das perícias médico-legais e forenses. Assim sucede, a título de exemplo, no artigo 3.º, n.º 1 explicita-se serem aplicáveis os termos da lei de processo e no artigo 24.º, n.º 4 prevê-se a aplicação do artigo 159.º do Código de Processo Penal em todo o que não estiver expressamente previsto nesse artigo.

Recebida a comunicação pela autoridade judiciária, incumbe a esta determinar ou não⁽⁴⁰⁾ a realização de autópsia médico-legal.⁽⁴¹⁾ Caso decida em sentido positivo, emitirá despacho que a ordena e remetê-lo-á ao serviço médico-legal (ou ao médico contratado⁽⁴²⁾) que a vai realizar, juntamente com o número do boletim de informação clínica disponibilizado no Sistema de Informação dos Certificados de Óbito.⁽⁴³⁾

Se o óbito for verificado fora de instituições de saúde e estiver em causa morte violenta ou cuja causa se ignore, cumpre à autoridade policial inspecionar e preservar o local, comunicar o facto, no mais curto prazo, à autoridade judiciária competente (relatando-lhe os dados relevantes para averiguação da causa, designadamente os relativos às circunstâncias da morte que tiver apurado), bem

como promover a remoção do cadáver.⁽⁴⁴⁾ Se estiver em causa a prática (ou suspeita de prática) de crime doloso, à autoridade policial competirá, em acréscimo, solicitar a comparência do perito médico da delegação do INMLCF, I. P., ou do gabinete médico-legal e forense que se encontre em serviço de escala para as perícias urgentes.⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾ O perito

⁴⁰ A autópsia médico-legal tem lugar em situações de morte violenta ou de causa ignorada. Pode, porém, haver dispensa em dois casos: se existirem informações clínicas suficientes que (associadas aos demais elementos) permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime, bem como se a sua realização pressupuser o contacto com fatores de risco particularmente significativo (suscetíveis de comprometer de forma grave as condições de salubridade, afetar a saúde pública ou colocar em risco a saúde dos trabalhadores nela envolvidos). No primeiro caso, não pode, porém, haver dispensa em situação de morte violenta atribuível a acidente de trabalho ou acidente de viação dos quais tenha resultado morte imediata, nem em situações de morte sob custódia policial ou associada a uma intervenção policial ou militar, ou em casos em que haja suspeita de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Compete ao presidente do conselho diretivo do INMLCF, I. P., autorizar a dispensa da realização de autópsia médico-legal, para o que deverá enviar comunicação escrita nesse sentido, no mais curto prazo, à entidade judiciária competente (cfr. artigo 18.º, n.ºs 1 a 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁴¹ A autópsia médico-legal só pode ser realizada após a constatação de sinais de certeza de morte. Nas comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações do INMLCF, I. P., ou de gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento, a sua marcação (com a possível brevidade, de acordo com a capacidade do serviço) incumbe ao serviço médico-legal ou à autoridade judiciária (cfr. artigo 18.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁴² A contratação pode ter lugar nos termos do previsto nos artigos 28.º e 29.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, como *infra* melhor se explicitará.

⁴³ Artigo 15.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁴⁴ Após a verificação do óbito e a realização do exame de vestígios (nos casos referidos na alínea c) do n.º 1 do artigo 16.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses) ou por determinação da autoridade judiciária competente, o cadáver será removido, consoante o local em que se tiver verificado o óbito, para a casa mortuária do serviço médico-legal da área ou, na sua inexistência, para a do hospital ou do cemitério mais próximos (artigo 16.º, n.º 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). É da competência da autoridade judiciária assegurar a sua adequada preservação (nos casos em que os mesmos não sejam removidos para as delegações ou gabinetes médico-legais e forenses), bem como autorizar a remoção dos corpos com vista à realização da autópsia médico-legal, bem como. As remoções efetuadas nas condições previstas no número anterior não estão sujeitas a averbamento nos assentos de óbito nem a licenças ou a taxas especiais (cfr. artigo 18.º, n.ºs 5 e 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Os cadáveres que derem entrada nos serviços médico-legais devem ser sujeitos a um exame pericial do hábito externo, devendo o resultado do exame ser comunicado por escrito, no mais curto prazo, à autoridade judiciária competente (cfr. artigo 16.º, n.º 13 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁴⁵ A estas nos referiremos *infra*.

⁴⁶ Se for manifestamente impossível contactar o perito médico em serviço de escala ou se o óbito se verificar em comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações do INMLCF, I. P., ou de gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento e se nenhum outro médico tiver comparecido previamente, competirá à autoridade de saúde da área onde tiver sido encontrado o corpo proceder à verificação do óbito. Se detetada a presença de vestígios que possam fazer suspeitar de crime doloso, deve também providenciar pela comunicação imediata do facto à autoridade judiciária (cfr. artigo 16.º, n.ºs 3 e 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Por outro lado, se for manifestamente impossível contactar o perito médico em serviço de escala, a autoridade de saúde ou a autoridade judiciária competente e se existirem substanciais prejuízos decorrentes da permanência do corpo no local, a autoridade policial pode determinar e proceder à remoção do cadáver para a casa mortuária do serviço médico-legal da área ou, na sua inexistência, para a do hospital ou do cemitério mais próximos (neste caso, observar-se-á, quanto à autoridade de saúde, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 3 do artigo 16.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Para a remoção do cadáver, as autoridades policiais podem requisitar a colaboração dos bombeiros, dos serviços médico-legais, dos serviços de saúde ou de agências funerárias (artigo 16.º, n.º 8 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.). Se existirem dados identificativos, as autoridades policiais devem ainda promover a comunicação do óbito às famílias (artigo 16.º, n.º 9 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.). As despesas inerentes às diligências acabadas de referir são satisfeitas pelo IGFEJ,

procederá à verificação do óbito (se nenhum outro médico tiver comparecido previamente⁽⁴⁷⁾) e ao exame do local⁽⁴⁸⁾ (49). O que seja apurado do exame ao local será descrito em informação a enviar à autoridade judiciária.⁽⁵⁰⁾ (51)

Haverá, em qualquer caso, a intervenção pessoal da autoridade judiciária competente que se demonstre necessária a garantir os direitos dos cidadãos e as exigências da investigação criminal.⁽⁵²⁾

As perícias que sejam solicitadas por autoridade judiciária ou judicial serão ordenadas por despacho da mesma, nos termos do regime processual co-

mun (constante do CPC).⁽⁵³⁾ (54)

III.1.2. Entidade executora da perícia

De acordo com o previsto no regime *geral*, as perícias devem ser requisitadas pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado.⁽⁵⁵⁾ Estes podem contratar outra entidade, para que realize a perícia, desde que aquela (entidade) não tenha qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes.⁽⁵⁶⁾

Se, porém, esta solução⁽⁵⁷⁾ não for possível ou conveniente, a perícia será realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de conhecida idoneidade e competência na matéria em causa.⁽⁵⁸⁾ (59) Neste caso, as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência. Se houver acordo entre as partes sobre o perito a designar, o juiz deve nomeá-lo, desde que não tenha fundadas razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.⁽⁶⁰⁾

I. P., através da sua delegação junto do tribunal territorialmente competente, são consideradas custas do processo.

⁴⁷ Se não houver certeza do óbito, as autoridades policiais ou os bombeiros devem conduzir as pessoas com a máxima brevidade ao serviço de urgência hospitalar mais próximo (cfr. artigo 16.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁴⁸ Tanto sem prejuízo das competências legais da autoridade policial à qual competir a investigação (cfr. artigo 16.º, n.º 1, al. c) do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁴⁹ O transporte do perito médico ou da autoridade de saúde ao local é assegurado pela autoridade policial que tiver tomado conta da ocorrência (cfr. artigo 16.º, n.º 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses)

⁵⁰ Cfr. artigo 16.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁵¹ O regime acabado de explicitar aplica-se, em termos devidamente adaptados, às situações de morte de pessoas detidas em estabelecimentos prisionais, esquadras ou postos de autoridades policiais ou outras forças de segurança, bem como em centros educativos ou em outros estabelecimentos protocolados (cfr. artigo 16.º, n.º 12 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁵² Cfr. artigo 17.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁵³ Às perícias efetuadas nas delegações do INMLCF, I. P., ou nos gabinetes médico-legais e forenses não serão, contudo, aplicáveis as disposições contidas nos artigos 154.º e 155.º do Código de Processo Penal, na sua redação atual. Esta proibição aplicativa constava da primeira versão da lei, em 2004, e manteve-se nas alterações que lhe foram introduzidas em 2021, pelo D.L. 53/2021, de 16 de julho. Por via deste último diploma acrescentou-se, porém, que o examinado poderá fazer-se acompanhar por uma pessoa da sua confiança para a realização do exame pericial (salvo se tanto comprometer o objeto da perícia). Cfr. artigo 3.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁵⁴ Em conformidade com o previsto no regime geral, se a diligência se realizar por carta, a nomeação dos peritos pode ter lugar no juízo depreçado (cfr. artigo 473.º, n.º 3 do CPC).

⁵⁵ Cfr. artigo 467.º, n.º 1 do CPC.

⁵⁶ Cfr. artigo 467.º, n.º 4 do CPC.

⁵⁷ Requisição a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado.

⁵⁸ Cfr. artigo 467.º, n.º 1, parte final do CPC.

⁵⁹ No sentido de que um relatório médico elaborado a pedido e sobre o interesse de uma parte não representa perícia, AMÉLIA PUNA LOUPO, "Avaliação do dano corporal em Direito Civil / A perícia médico-legal: algumas questões práticas", *Julgaz*, dezembro de 2019, pp. 1-17

⁶⁰ Cfr. Artigo 467.º, n.º 2 do CPC.

A perícia será necessariamente singular nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação.⁽⁶¹⁾

Nos demais casos, a perícia pode assumir natureza colegial⁽⁶²⁾ (até ao número de três) se, por iniciativa do juiz ou das partes, se verificarem os requisitos legais.

O juiz poderá determinar oficiosamente a realização de perícia colegial se entender que a perícia reveste especial complexidade ou exige conhecimento de matérias distintas.⁽⁶³⁾

Já as partes poderão solicitar a realização em moldes colegiais mediante formulação expressa de requerimento de perícia em que explicitem essa natureza plural, devendo logo indicar os respetivos peritos.⁽⁶⁴⁾ ⁽⁶⁵⁾ Se houver acordo entre as partes quanto aos peritos a designar, o juiz nomeá-los-á, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.⁽⁶⁶⁾ Na ausência de acordo, cada parte escolhe um dos peritos e o juiz nomeia o terceiro.⁽⁶⁷⁾

⁶¹ Cfr. artigo 468.º, n.º 5 do CPC.

⁶² Com o número máximo de três peritos (artigo 468.º, n.º 1 do CPC).

⁶³ Sobre o impacto que a prova pericial pode ter no processo (quanto tramitação), na esfera jurídica das partes e na decisão da causa, bem como, em paralelo (atento esse impacto), sobre os critérios de admissão desse meio de prova em juízo, Lord HODGE, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça do Reino Unido, “Expert Evidence: use, abuse and boundaries”, palestra a 9 de outubro de 2017, *Middle Temple Guest Lecture* em Londres pp. 2 e ss. (disponível em Lord Hodge at the Middle Temple Guest Lecture, London - UK Supreme Court).

⁶⁴ Cfr. artigos 468.º, n.º 1, b) e n.º 2 do CPC.

⁶⁵ A indicação do perito deve, por princípio, ser imediata. Contudo, pode ser solicitada a prorrogação do prazo para a indicação, com base na alegação de existência de dificuldade justificada (cfr. artigo 468.º, n.º 3 do CPC). Se houver mais de um autor ou mais de um réu e existir divergência entre eles no que respeita à escolha do respetivo perito, prevalecerá a designação feita pela maioria. Se não for possível formar maioria, a nomeação será feita pelo juiz (cfr. artigo 468.º, n.º 4 do CPC).

⁶⁶ Cfr. artigo 468.º, n.º 2 do CPC.

⁶⁷ No sentido de que, se uma das partes não designar perito o tribunal não tem de intervir em substituição, realizando-se a perícia colegial apenas com dois peritos, LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil*

Como sublinhado, estes são os principais traços que caracterizam o regime *comum* da prova pericial, no que diz respeito à determinação do perito e aos moldes (singulares ou colegiais) em que este desenvolverá a sua atividade.

As *perícias médico-legais* obedecem, porém, quanto a alguns destes aspetos, a um regime distinto do regime geral, como aliás, expressamente decorre do artigo 467.º, n.º 3 do CPC, que remete para o regime especial, explicitando-se (nessa norma) que tais perícias serão realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta. Neste se prevê, como regra, no artigo 2.º, n.º 1⁽⁶⁸⁾, que as “perícias são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e nos gabinetes médico-legais e forenses do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P. (INMLCF, I. P.), nos termos dos respetivos estatutos”.

No que em particular diz respeito a perícias no âmbito da psiquiatria e psicologia forense⁽⁶⁹⁾, prevê-se expressamente que a entidade competente deve solicitar a sua realização à delegação do INMLCF, I. P., da área territorial do tribunal que os requer.⁽⁷⁰⁾ Porém, se a delegação não dispuser de especialistas nestas áreas em número suficiente para assegurar a resposta às solicitações, poderá deferir os exames e perícias a serviços especializados do Serviço Nacional de Saúde, tomando, para o efeito, em consideração as possibilidades de res-

Anotado, volume 2.º, 4.ª edição, Almedina, p. 316. Os autores salvaguardam, porém, a possibilidade de não aplicação desta solução se a parte não designar perito em virtude de ter dificuldade em fazê-lo.

⁶⁸ Do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁶⁹ Sobre critérios psicológicos a observar em interrogatório a menor, JORDI NIEVA FENOLL, “O interrogatório de menores: uma “prova pericial” a evitar”, *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, a. 20 n.39 (janeiro-junho 2023), pp. 29 e ss.

⁷⁰ Cfr. artigo 24.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

posta desses serviços, bem como sempre que possível, a sua área assistencial e o local de residência habitual dos examinandos.⁽⁷¹⁾

Contempla-se também previsão expressa relativamente aos exames de genética (determinantes para garantia do direito à autodeterminação informativa – *informationelle Selbstbestimmungsrecht*)⁽⁷²⁾, biologia e toxicologia forenses no sentido de que devem ser obrigatoriamente solicitados à delegação do Instituto da área territorial do tribunal ou da autoridade policial que os requer. Os exames de genética no âmbito da criminalística biológica podem ser, contudo, solicitados ao Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária.^{(73) (74)}

Como referido, as perícias médico-legais são realizadas nas delegações e nos gabinetes médico-legais e forenses do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P. (INMLCF, I.

P.)^{(75) (76)} e são efetuadas pelos peritos designados pelos dirigentes ou coordenadores dos respetivos serviços.⁽⁷⁷⁾

Se estiverem em causa perícias em que haja necessidade de formação médica especializada noutros domínios e que não possam ser realizadas nas delegações do INMLCF, I. P., ou nos gabinetes médico-legais e forenses, por aí não existirem peritos com a formação requerida ou condições materiais para a sua realização, poderão ser efetuadas, por indicação do INMLCF, I. P., em serviço universitário.

⁷¹ Cfr. artigo 24.º, n.ºs 2 e 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Aplicar-se-á, a título de regime subsidiário, o previsto no artigo 159.º do Código de Processo Penal (cfr. n.º 4 do artigo 24.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁷² Sobre este tipo de exames, numa perspetiva comparatística entre o regime italiano e o regime alemão, Paola MAGGIO, “Esame del DNA e prova scientifica: le esperienze italiana e tedesca a confronto”, *Indice Penale*, Nuova serie Ano XIV, n.º 1 (gennaio-giugno 2011), Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), pp. 445-495. Para um confronto entre o regime da prova pericial no direito italiano e no direito americano, MARIA JOÃO LOURENÇO, “Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA”, *Scientia Iuridica*, t.67, n.º 348 (setembro-dezembro 2018), pp.347-368. Em particular sobre o relevo supra individual do diagnóstico genético, CARLA BARBOSA, “Aspectos éticos e legais do diagnóstico genético: o caso particular da partilha de informação genética entre familiares em situações de doenças oncológicas hereditárias”, *Lex Medicinæ. Cadernos*, Coimbra, n.º 4, v.1, 2019, pp.109 a 116.

⁷³ Cfr. artigo 23.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁷⁴ Sobre a importância dos Laboratórios de Polícia no âmbito da investigação forense, FRANCISCO MOITA FLORES, “A prova judiciária e as ciências forenses”, *O Perito. Tecnologias e Polícia*, Associação Profissional dos Quadros Superiores da Polícia Judiciária, Ano I, n.º 1 (julho-dez. 1995), em especial a pp. 8 e ss.

⁷⁵ Observar-se-á, para tanto, o previsto nos termos dos respetivos estatutos (cfr. artigo 2.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). No que em particular diz respeito aos exames periciais de tanatologia forense e às perícias singulares de clínica médico-legal solicitadas pelas autoridades judiciárias de comarca compreendida na área de atuação de delegação do Instituto ou de gabinete médico-legal em funcionamento, estes são obrigatoriamente realizados nestes serviços médico-legais. Não será assim, porém, se o presidente do conselho diretivo do Instituto, o diretor da delegação ou o coordenador do gabinete médico-legal decidir a sua execução em local diferente (cfr. artigos 20.º e 22.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Porém, as juntas médicas de clínica médico-legal e forense que devam ser presididas por juiz podem realizar-se em instalações do tribunal mediante acordo previamente estabelecido com o diretor da delegação ou coordenador do gabinete médico-legal e forense, bem como nos casos em que as delegações do INMLCF, I. P., ou os gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento não disponham de condições para tal (cfr. artigo 22.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁷⁶ Pela realização dos exames e perícias requisitados aos serviços do INMLCF, I. P. são pagas as quantias previstas na Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, sendo que esse valor é devido mesmo que haja arquivamento do processo (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Por outro lado, do n.º 6 do mesmo preceito decorre que o pagamento ao INMLCF, I. P., é liquidado, independentemente da cobrança das custas, pelo preparo para despesas que tiver sido efetuado (pelo requerente dos exames periciais ou pelo IGFEJ, I. P., consoante o caso).

⁷⁷ Cfr. artigo 5.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

rio⁽⁷⁸⁾ ou de saúde público ou privado.^{(79) (80)}

A título excecional, se houver manifesta impossibilidade dos serviços, as perícias médico-legais podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo INMLCF, I. P.⁽⁸¹⁾ O mesmo pode suceder, sempre que necessário, quanto a perícias de natureza laboratorial.⁽⁸²⁾

Nestas três últimas hipóteses, é dada preferência (em circunstâncias equivalentes) a serviços e entidades públicas integrados no Serviço Nacional

⁷⁸ Também em Espanha se prevê a possibilidade de solicitar a intervenção da Academia, bem como de "instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia" (cfr. art. 340, 2 da Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁷⁹ Cfr. artigo 2.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Os exames e perícias realizados nos estabelecimentos referidos nesta norma são pagos diretamente a esses estabelecimentos pelos tribunais (mesmo que haja lugar ao arquivamento do processo) de acordo com os valores fixados na Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, ou com as tabelas em vigor no Serviço Nacional de Saúde, consoante se trate de exames periciais clínicos, de exames laboratoriais, imagiológicos ou outros exames complementares de diagnóstico, sendo esses valores considerados custas do processo (cfr. artigo 8.º, n.ºs 3, 4 e 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). As quantias pagas pelos tribunais ao serviço de saúde são consideradas custas do processo e revertem, até um máximo de 50%, para os médicos ou outros técnicos que tenham efetuado os exames ou perícias (cfr. artigo 8.º, n.ºs 4 e 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁸⁰ No sentido de que o Tribunal violou esta norma por se ter substituído ao INML na designação do perito, Tribunal da Relação de Évora, no acórdão proferido em 5 de fevereiro de 2019, no âmbito do Processo n.º 1684/15.0T8TMR-A. E1.

⁸¹ Cfr. artigo 2.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Pela realização dos exames e perícias deferidos pelo INMLCF, I. P. são pagas às entidades previstas no n.º 5 do artigo 2.º as quantias previstas na Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, que são consideradas custas do processo (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁸² Cfr. artigo 2.º, n.º 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Pela realização dos exames e perícias deferidos pelo INMLCF, I. P. são pagas às entidades previstas no n.º 5 do artigo 2.º as quantias previstas na Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, sendo esse valor integrado nas custas do processo (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Nos termos do estipulado no n.º 3 do artigo 23.º, os exames previstos nesse preceito podem ser diretamente solicitados pelos tribunais às entidades terceiras referidas na norma constante do ora mencionada norma do artigo 5.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

de Saúde, devendo as perícias ser realizadas com carácter de urgência.⁽⁸³⁾

Se necessário, podem ser também ser contratados médicos dentistas peritos para a realização de perícias de medicina dentária forense.⁽⁸⁴⁾

O INMLCF, I. P. pode ainda celebrar protocolos com instituições de ensino superior públicas ou privadas, a fim de que as funções periciais possam ser desenvolvidas por docentes ou investigadores.⁽⁸⁵⁾

A contratação de médicos para o exercício de funções médico-legais e forenses⁽⁸⁶⁾ será feita através do procedimento adequado à formação de contratos de prestação de serviços nos termos estabelecidos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, na sua redação atual, e, subsidiariamente, no Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual.^{(87) (88)}

O exercício de funções por peritos não pertencentes ao mapa de pessoal do INMLCF, I. P., terá lugar na sequência de procedimento trienal e em

⁸³ Cfr. artigo 2.º, n.ºs 6 e 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁸⁴ Cfr. artigo 27.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁸⁵ Cfr. artigo 27.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁸⁶ Aqui se inclui também a contratação de médicos dentistas para a realização de perícias de medicina dentária forense (cfr. artigo 27.º, n.º 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁸⁷ Os critérios de pontuação ou ponderação para a seleção e avaliação dos candidatos são estabelecidos em conformidade com os princípios consagrados na LTFP, no CCP e no Código do Procedimento Administrativo, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua redação atual (cfr. artigo 28.º, n.ºs 2 e 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁸⁸ As decisões de contratar e outras, a escolha do procedimento e a aprovação das peças do procedimento incumbem ao conselho diretivo do INMLCF, I. P., nos termos estabelecidos na LTFP e no CCP (cfr. artigo 28.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

regime de contrato de prestação de serviços.⁽⁸⁹⁾

Contudo, o recurso a prestadores externos deverá representar uma solução subsidiária, apenas podendo ocorrer na impossibilidade da satisfação das necessidades periciais através do regime de produção adicional.⁽⁹⁰⁾

De acordo com este último regime, os médicos da carreira especial médica que se encontrem em regime de dedicação exclusiva ou de disponibilidade permanente, podem, se para tal forem autorizados pelo respetivo órgão máximo de gestão, exercer funções periciais sem quebra do compromisso de renúncia.⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾

Neste quadro, os candidatos podem ser contratados para mais de um gabinete médico-legal e forense ou comarca, em conformidade com o que seja definido na respetiva peça do procedimento para a formação do contrato de prestação de serviços.⁽⁹³⁾

⁸⁹ Cfr. artigo 29.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁹⁰ Cfr. artigo 28.º, n.º 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁹¹ Cfr. artigo 29.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. A remuneração será efetuada em conformidade com o previsto na Portaria n.º 685/2005, de 18 de agosto. Nos termos gerais da responsabilidade civil, o incumprimento das obrigações contratuais legitima a resolução contratual e a consequente indemnização (cfr. artigo 29.º, n.º 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁹² De acordo como previsto no n.º 11 do artigo 29.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses: “Os médicos da carreira médica de medicina legal pertencentes ao mapa de pessoal do INMLCF, I. P., mesmo que se encontrem em regime de dedicação exclusiva e os médicos internos de formação especializada em medicina legal podem, além da sua produção normal, exercer funções periciais adicionais no INMLCF, I. P., em regime de contratualização interna, regulado por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das Finanças, da Administração Pública e da Justiça.”

⁹³ Cfr. artigo 29.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Caso tanto se mostre necessário, podem também ser contratados médicos (ou outros técnicos) para outros efeitos, designadamente, a prática de atos médicos isolados, para preenchimento de lugares não ocupados ou para substituição em caso de cessação de contratos (cfr. artigo 29.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Os contratos podem ser rescindidos a todo o tempo pelo INMLCF, I. P. (cfr. artigo 29.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

Os médicos contratados pelo INMLCF, I. P. não poderão, porém, exercer outra atividade pericial no tribunal ou tribunais da comarca da área de atuação do serviço médico-legal e forense relativo ao contrato, nesses tribunais, nomeadamente como peritos representantes de seguradoras ou de sinistrados.⁽⁹⁴⁾

Se estiverem em causa comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações e dos gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento, as perícias poderão ser realizadas por médicos contratados pelo INMLCF, I. P.⁽⁹⁵⁾, incumbindo a este enviar a cada um desses tribunais, a lista nominativa dos médicos contratados para exercerem funções na respetiva área, assim como as alterações que lhe sejam introduzidas.⁽⁹⁶⁾

Neste caso, os peritos são nomeados por despacho da autoridade judiciária ou judicial, devendo a designação de médicos ser efetuada em função da conveniência face ao movimento pericial da comarca e assegurar uma equitativa distribuição do serviço.⁽⁹⁷⁾

No que diz respeito à natureza singular ou colegial da perícia, prevê-se, como regra, que os exames e perícias de clínica médico-legal e forense são realizados por um médico perito.⁽⁹⁸⁾

⁹⁴ Cfr. artigo 29.º, n.º 8 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁹⁵ Cfr. artigo 2.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Observar-se-á, nesse caso, o previsto nos artigos 28.º e 29.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. As quantias devidas pelos exames e perícias realizados, nestas comarcas, por médicos contratados para o exercício de funções periciais, são-lhes pagas diretamente (mesmo que haja arquivamento do processo) pelo tribunal que os requisitou, de acordo com o previsto na Portaria n.º 685/2005, de 18 de agosto (artigo 8.º, n.ºs 2 e 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

⁹⁶ Cfr. artigo 29.º, n.º 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁹⁷ Cfr. artigo 5.º, n.ºs 2 e 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

⁹⁸ Explicitando que a natureza colegial das perícias médico-legais não constitui faculdade das partes, o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, em 24 de outubro de 2016, no âmbito do Processo n.º

Excetuam-se, porém, quer os exames de vítimas de agressão sexual (que podem ser realizados, sempre que necessário, por dois médicos peritos ou por um médico perito coadjuvado por um profissional de enfermagem), quer os exames quanto aos quais outros normativos legais determinem regime diferente.⁽⁹⁹⁾

Prevalece, assim, a regra de que deverá ser dada primazia aos exames singulares, devendo as perícias colegiais, previstas no Código de Processo Civil, ficar reservadas para os casos em que o juiz, na falta de alternativa, o determine de forma fundamentada. Preponderância que se justifica atento o grau de especialização dos médicos peritos e a organização das delegações e gabinetes médico-legais e forenses do INMLCF, I. P.⁽¹⁰⁰⁾

No âmbito das perícias em tanatologia forense, as autópsias médico-legais são realizadas por um médico perito coadjuvado por um auxiliar de

perícias tanatológicas.⁽¹⁰¹⁾⁽¹⁰²⁾ Porém, em caso de ou impossibilidade de coadjuvação por auxiliar de perícias tanatológicas ou de autópsia de particular complexidade, a autópsia pode ser realizada por dois médicos peritos.^{(103) (104)}

A possibilidade de perícia em colégio converte-se, contudo, em imperativo se houver fundadas suspeitas de crime doloso e a autópsia médico-legal for realizada em comarca não compreendida na área de atuação de delegação do INMLCF, I. P., ou de gabinete médico-legal e forense em funcionamento; nessa hipótese, a autópsia é obrigatoriamente executada por dois médicos peritos, coadju-

¹⁰¹ Para assegurar a realização de autópsias médico-legais em dias não úteis, deve haver, em cada delegação e gabinete médico-legal e forense do INMLCF, I. P. que disponham de peritos do mapa de pessoal do INMLCF, I. P., em número suficiente para assegurar o período de prevenção, um perito em serviço em cada uma das escalas (cfr. artigo 13.º, n.ºs 2 e 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Para este efeito, tais delegações e os gabinetes médico-legais e forenses do INMLCF, I. P., elaboram a lista dos peritos em serviço de escala no mês seguinte, dando conhecimento dos elementos essenciais identificadores dos peritos às autoridades judiciais e aos órgãos de polícia criminal (cfr. artigo 13.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Caso, porém, se verifique o impedimento do perito médico de escala ou nas comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações ou dos gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento, pode a autoridade judiciária designar médico contratado nos termos do artigo 28.º e 29.º, ou médico de reconhecida competência, para a realização de perícias urgentes (cfr. artigo 13.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Em qualquer uma das hipóteses constantes desta nota são devidas ao INMLCF, I. P., ou aos médicos cuja especial designação acaba de se mencionar, por cada perícia médico-legal urgente efetuada, as remunerações previstas, respetivamente, na Portaria n.º 175/2011, de 28 de abril, ou na Portaria n.º 685/2005, de 18 de agosto, que são consideradas custas do processo.

¹⁰² Cfr. artigo 19.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰³ Cfr. artigo 19.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁴ No sentido de que “não são liminarmente inviáveis as perícias à assinatura e médico-legal (incluindo a denominada «autópsia psicológica»), a pessoa falecida, cabendo a cada instituição ajuizar, no caso concreto, da possibilidade da sua realização, face aos meios probatórios instrumentais disponíveis.”, Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão proferido em 25 de novembro de 2025, no âmbito do Processo n.º 18715/24.6T8LSB-A. L1-6.

30789/15.6T8PRT-A. P1. No sentido de que o artigo 468.º do CPC não é aplicável no âmbito das perícias médico-legais, Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão proferido em 6 de março de 2014, no âmbito do Processo n.º 1756/13.6T2AVR-A.C1.

⁹⁹ Cfr. artigo 21.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁰ Cfr. artigo 21.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Explicitando a aplicação desta regra, o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão proferido em 7 de janeiro de 2010, no âmbito do Processo n.º 723/08.6TBPNF-. P1.

vados por um auxiliar de perícias tanatológicas.⁽¹⁰⁵⁾

Em qualquer circunstância, o médico perito que realize a autópsia pode, quando necessário, beneficiar da colaboração de um médico dentista perito para a realização de perícias de medicina dentária forense.⁽¹⁰⁶⁾

Em caso de catástrofe (situação em que uma ocorrência ocasione um número de vítimas mortais superior à capacidade de resposta dos serviços locais ou exija destes uma atuação técnica de exceção), o conselho diretivo do INMLCF, I. P. designa um colégio de peritos que constitui uma equipa médico-legal integrada por médicos, médicos dentistas, antropólogos, técnicos e outros profissionais devidamente habilitados.⁽¹⁰⁷⁾

Nem todos os sujeitos jurídicos singulares são, porém, passíveis de ser designados peritos no âmbito de uma determinada ação. Para garantia da imparcialidade⁽¹⁰⁸⁾, são aplicáveis aos peritos, com as devidas adaptações, as causas de impedimentos⁽¹⁰⁹⁾ e de suspeição⁽¹¹⁰⁾ que valem para os juízes.⁽¹¹¹⁾

¹⁰⁵ Cfr. artigo 19.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁶ Cfr. artigo 19.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁷ Cfr. artigo 13.º-A do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁰⁸ Sobre a imparcialidade enquanto critério de admissibilidade do perito no âmbito dos sistemas jurídicos romano-germânicos, CARMEN VÁZQUEZ, "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales", *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 2015, (38), p. 110.

¹⁰⁹ Cfr. artigos 115.º a 118.º do CPC.

¹¹⁰ Cfr. artigos 119.º a 129.º do CPC. As escusas devem ser requeridas pelo próprio perito, no prazo de cinco dias a contar do conhecimento da nomeação e a decisão proferida sobre ela é irrecorrível (cfr. artigo 471.º, n.ºs 2 e 3 do CPC).

¹¹¹ Cfr. artigo 470.º, n.º 1 do CPC. As causas de impedimento, suspeição e dispensa legal do exercício da função de perito podem ser oficiosamente conhecidas até à realização da diligência, bem como podem ser alegadas pelas partes e pelo próprio perito designado, no prazo de 10 dias a contar do conhecimento da nomeação (ou, sendo superveniente o conhecimento da causa, nos 10 dias subsequentes), sendo que a decisão que venha a ser proferida sobre a questão é irrecorrível (cfr. artigo 471.º, n.ºs 1 e 3 do CPC).

Caso se venha a reconhecer existir um obstáculo desta natureza, o juiz nomeará um novo perito.^{(112) (113)}

Por outro lado, estão dispensados do exercício da função de perito os titulares dos órgãos de soberania (ou dos órgãos equivalentes das Regiões Autónomas, bem como aqueles que, por lei, lhes estejam equiparados), os magistrados do Ministério Público em efetividade de funções e os agentes diplomáticos de países estrangeiros.⁽¹¹⁴⁾

Acresce que podem pedir escusa da intervenção como peritos todos a quem, atentos os motivos pessoais invocados, seja inexigível o desempenho da tarefa.⁽¹¹⁵⁾

III.2. Fase executiva

Quando a perícia se deva realizar em institutos ou estabelecimentos oficiais, o juiz requisita ao diretor daqueles a realização da perícia, indicando o seu objeto e o prazo de apresentação do relatório pericial.⁽¹¹⁶⁾

Nas demais hipóteses, é no próprio despacho em que ordene a realização da perícia que o juiz nomeará os peritos e designará a data e local para o começo da diligência, disso notificando as partes.⁽¹¹⁷⁾

A delimitação do objeto da perícia representa um momento determinante para o sucesso desta

¹¹² Esta é também a consequência que se verifica quando haja remoção do perito inicialmente designado ou impossibilidade superveniente de este realizar a diligência, imputável ao perito proposto pela parte (cfr. artigo 472.º do CPC).

¹¹³ Em sentido crítico relativamente à prática judiciária portuguesa, designadamente por referência aos critérios delineados na jurisprudência do TEDH em sede de garantia de processo equitativo quando há lugar a realização de perícia, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, "A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial", *Julgar*, n.º 15, 2011, Coimbra Editora, pp. 32 e ss.

¹¹⁴ Cfr. artigo 470.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹¹⁵ Cfr. artigo 470.º, n.º 3 do CPC.

¹¹⁶ Cfr. artigo 478.º, n.º 2 do CPC.

¹¹⁷ Cfr. artigo 478.º, n.º 1 do CPC.

enquanto contributo para o adequado julgamento da matéria de facto.

O sujeito de quem parte o *projeto* de objeto da perícia varia em função da existência ou não de iniciativa oficiosa quanto à sua realização.

Tratando-se de perícia ordenada a título oficioso, o juiz começará por indicar o respetivo objeto no despacho em que determina a sua realização, podendo as partes sugerir o alargamento a outra matéria.⁽¹¹⁸⁾ Apenas na sequência desta eventual pronúncia o juiz determinará efetivamente o objeto da prova (se necessário mediante intervenção restritiva, quando entenda existirem questões inadmissíveis ou irrelevantes ou mediante intervenção ampliadora, quando entenda que existem outras questões necessárias ao apuramento da verdade).⁽¹¹⁹⁾

Estando em causa perícia solicitada por uma das partes, a esta incumbe indicar logo no requerimento o objeto desse meio de prova (sob pena de rejeição), enunciando as questões de facto (suscitadas por si ou pela parte contrária) que pretende ver esclarecidas através da diligência.⁽¹²⁰⁾

Ante o requerimento, o juiz avaliará se a diligência é ou não impertinente ou dilatória, indeferindo (nessa parte) o requerimento de prova, caso conclua em sentido afirmativo.⁽¹²¹⁾ Se concluir em sentido negativo, permitirá o exercício do contraditório, pela parte contrária, quanto ao objeto proposto, podendo esta aderir a tal objeto, propor a sua ampliação ou propor a sua restrição.⁽¹²²⁾ Após audição de ambas as partes, o juiz proferirá despacho em que ordenará a realização da diligência,

nele determinando o respetivo objeto.⁽¹²³⁾

Quando o perito nomeado não seja funcionário público interveniente nos autos no exercício das suas funções, prestará compromisso de cumprimento consciencioso da função que lhes é cometida.⁽¹²⁴⁾ Se o juiz assistir à diligência, o compromisso é prestado no seu início; quando não, pode ser prestado mediante declaração escrita e assinada pelo perito (podendo constar do relatório pericial).⁽¹²⁵⁾

Em qualquer circunstância, o perito tem o dever de desempenhar com diligência a função para que tiver sido nomeado.⁽¹²⁶⁾ A infração desse dever pode conduzir à condenação em multa (quando viole os deveres de colaboração com o tribunal)⁽¹²⁸⁾, bem como à sua destituição (se desempenhar de forma negligente o encargo que lhe foi cometido).⁽¹²⁹⁾

Para bom desempenho da sua atividade, o perito deve ter à sua disposição os meios necessários

¹²³ Sobre a importância do assistente técnico enquanto meio de assegurar a efetividade do contraditório das partes em sede de perícia no âmbito do direito processual civil brasileiro (cfr. artigo 466, §§ 1 e 2 do CPC), CASIO BENVENUTI DE CASTRO, "A legitimação pelo contraditório na realização da perícia: a necessidade de oportunizar a nomeação de assistente técnico", *RJLB*, Ano 7 (2021), n.º 1, pp. 361 e ss. Para uma análise das várias dimensões que o apoio de técnico assume no Código de Processo Civil português (designadamente enquanto assistente técnico do advogado e das partes e enquanto auxiliar do juiz na inspeção judicial e na audiência final), MARIA JOSÉ CAPELO, "A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, 1. v., pp. 1045-1067.

¹²⁴ Cfr. artigo 479.º, n.º 1 do CPC.

¹²⁵ Cfr. artigo 479.º, n.ºs 2 e 3 do CPC.

¹²⁶ Cfr. artigo 469.º, n.º 1 do CPC.

¹²⁷ No âmbito da atividade pericial que desenvolvam, as delegações e os gabinetes médico-legais do Instituto (bem como o perito médico da delegação ou gabinete médico-legal do Instituto cuja intervenção seja solicitada no âmbito do serviço de escala para a realização de perícias médico-legais urgentes) podem receber denúncias de crimes, que devem remeter ao Ministério Público o mais brevemente possível (cfr. artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹²⁸ Cfr. artigo 469.º, n.º 1 do CPC.

¹²⁹ Cfr. artigo 469.º, n.º 2 do CPC.

¹¹⁸ Cfr. artigo 477.º do CPC.

¹¹⁹ Cfr. artigo 476.º do CPC.

¹²⁰ Cfr. artigo 475.º do CPC.

¹²¹ Cfr. artigo 476.º, n.º 1 do CPC.

¹²² Cfr. artigo 476.º, n.º 1 do CPC.

para tanto, pelo que, para maior celeridade, a requisição dos exames periciais deve ser acompanhada das informações clínicas disponíveis ou que possam vir a ser obtidas pela entidade requisitante até à data da sua realização.⁽¹³⁰⁾

De qualquer modo, o perito⁽¹³¹⁾ pode solicitar diretamente aos serviços clínicos hospitalares, aos serviços clínicos de empresas de seguros ou a outras entidades públicas ou privadas as informações clínicas referentes aos examinados em processos médico-legais e forenses⁽¹³²⁾, devendo essa informação ser prestada no prazo máximo de 30 dias.⁽¹³³⁾

De notar que, como JAVIER SEOANE PRADO, observa, a história clínica releva, neste contexto, enquanto fonte de informação do perito, não como prova documental direta.⁽¹³⁴⁾

O perito (médico e outros técnicos) pode ainda solicitar a prestação de esclarecimentos, bem como a prestação de informação relevante (desig-

nadamente elementos constantes dos autos⁽¹³⁵⁾), devendo esta ser-lhe facultada celeremente pelas entidades competentes, de modo a permitir, em tempo útil, a necessária compreensão dos factos e o integral cumprimento de funções.

A consulta desta informação será efetuada, preferencialmente, por via eletrónica, devendo garantir-se a adoção de canais seguros, a definição de perfis de acesso baseados na necessidade de conhecer a informação, a implementação de mecanismos de rastreabilidade (em conformidade com as regras de tratamento de dados pessoais constantes de regulamento aprovado pelo conselho diretivo do INMLCF, I. P.).⁽¹³⁶⁾ e o cumprimento do dever de sigilo.⁽¹³⁷⁾

Pode também o perito proceder à inspeção e a averiguações necessárias⁽¹³⁸⁾, bem como solicitar a

¹³⁰ Cfr. 3.º, 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹³¹ De igual competência beneficiam o presidente do conselho diretivo do INMLCF, I. P., os diretores das delegações, os diretores dos serviços técnicos e os coordenadores das unidades funcionais ou dos gabinetes médico-legais e forenses no exercício das funções periciais ou de supervisão técnico-científica dos serviços (cfr. artigo 10.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). O acesso à informação é realizado sob dever de sigilo (médico, profissional e de justiça), impondo-se igualmente a observância do regime legal de proteção de dados pessoais, previsto no Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (cfr. artigo 10.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Sobre a tutela de dados pessoais no âmbito da investigação clínica (em especial no domínio farmacêutico), CARLA BARBOSA, “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 Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, 2016, 5. Vol., pp. 169 a 193.

¹³² Esta solicitação deve ocorrer preferencialmente por via eletrónica e deve observar o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 156.º do Código de Processo Penal (cfr. artigo 10.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹³³ E deve ser prestada, de modo preferencial, por via eletrónica (cfr. artigo 10.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹³⁴ “La pericial médica en el proceso civil”, *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª Época, nº 56, 1999(IV), pp. 153 e 154.

¹³⁵ Cfr. artigos 10.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses e 481.º, n.º 1 do CPC.

¹³⁶ Cfr. artigo 10.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹³⁷ O dever de sigilo inclui o sigilo médico, o segredo profissional e o segredo de justiça. Impõe-se também a observância do regime legal de proteção de dados pessoais, previsto no Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (cfr. artigo 10.º, n.º 4 do do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Sobre o dever de sigilo médico, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “O Sigilo Médico: análise do direito português”, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, a 21 de julho de 2008. CARLA BARBOSA, “Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 107 a 140 e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA e CARLA BARBOSA, “Confidencialidade da informação de saúde no Direito Português”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Medicina*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 51 a 66.

¹³⁸ Cfr. artigo 480.º, n.º 1 do CPC. O juiz assistirá à inspeção sempre que o considere necessário. Se a pericia não for suscetível de ofender o pudor ou de implicar quebra de sigilo que o tribunal entenda merecer proteção, as partes poderão assistir à diligência e fazer-se assistir por assessor técnico (cfr. artigo 480.º, n.ºs 2 e 3 do CPC). Explicando que a parte não se encontra impedida de nomear assessor técnico a fim de assistir a um exame médico legal, o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão proferido em 23 de novembro de 2021, no âmbito do Processo n.º 486/21.0T8VIS-B.C1. No sentido de que a limitação da presença do assessor técnico da ré no exame médico a realizar na pessoa da autora, não coloca em causa o princípio do contraditório, nem as garantias de defesa da ré, atenta, designadamente, a necessidade de preservação da intimidade da autora, o Tribunal da Relação

realização de diligências⁽¹³⁹⁾ e, se tanto for necessário para essa realização, pode destruir, alterar ou inutilizar qualquer objeto, desde que (previamente) tenha requerido ao juiz (e deste obtido) autorização para tanto. Se esta for concedida, ficará no processo a descrição exata do objeto, bem como, se possível, a sua fotografia (ou fotocópia conferida, se se tratar de um documento).⁽¹⁴⁰⁾

Ao alcance das delegações e dos gabinetes médico-legais do Instituto (bem como do perito médico da delegação ou gabinete médico-legal do Instituto cuja intervenção seja solicitada no âmbito do serviço de escala para a realização de perícias médico-legais urgentes)⁽¹⁴¹⁾ está, por outro lado, a prática dos atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (designadamente mediante exame, colheita e preservação dos vestígios).⁽¹⁴²⁾

O INMLCF, I. P., pode ainda celebrar protocolos com instituições públicas ou privadas ou celebrar contratos com médicos ou outros técnicos⁽¹⁴³⁾, em ordem à realização de exames periciais complementares e de exames complementares de diagnóstico requeridos pelas perícias efetuadas

nos seus serviços.⁽¹⁴⁴⁾

Quando esteja em causa investigação de morte resultante de crime doloso (ou quanto à qual se suspeite essa origem), o perito tem ainda direito de acesso às instalações (públicas ou privadas) onde decorra a investigação, desde que devidamente identificado e em missão de serviço.⁽¹⁴⁵⁾

Para o efetivo cumprimento das funções periciais contribui também a circunstância de, nos termos da lei, ninguém se poder eximir a ser submetido a qualquer exame médico-legal (desde que este se mostre necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e seja ordenado pela autoridade judiciária legalmente competente).⁽¹⁴⁶⁾ ⁽¹⁴⁷⁾

Embora o perito goze de autonomia no exercício das suas funções, encontra-se obrigado a respeitar as normas, modelos e metodologias periciais em vigor no INMLCF, I. P., bem como as recomendações decorrentes da supervisão técnico-cientí-

de Guimarães, no acórdão proferido em 21 de abril de 2022, no âmbito do Processo n.º 3247/20.0T8BRG-C.G.1.

¹³⁹ O reconhecimento de letra assentará na comparação com letra constante de escrito já existente e que se saiba pertencer à pessoa a quem é atribuída. Porém, se tanto não for possível, a pessoa é notificada para comparecer perante o perito designado, devendo escrever, na sua presença, as palavras que ele indicar. Em vez de notificação para comparecimento, será expedida carta precatória (acompanhada de um papel lacrado, contendo a indicação das palavras que o notificado há de escrever na presença do juiz deprecado), quando o interessado residir fora da área da comarca e a deslocação representar sacrifício desproporcionado (cfr. artigo 482.º do CPC).

¹⁴⁰ Cfr. artigo 481.º, n.ºs 2 e 3 do CPC.

¹⁴¹ Cfr. artigo 4.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁴² Tanto sem prejuízo das competências legais da autoridade policial à qual competir a investigação (cfr. artigo 4.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁴³ Nos termos do disposto nos artigos 28.º e 29.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁴⁴ Cfr. artigo 9.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁴⁵ Cfr. artigo 11.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁴⁶ Cfr. artigo 6.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses. Deste decorre o dever de, para realização de perícia, a pessoa a ela submetida (e para tanto devidamente notificada ou convocada pelo diretor de delegação do INMLCF, I. P., ou pelo coordenador de gabinete médico-legal e forense) comparecer no dia, hora e local designados. A falta é comunicada, para os devidos efeitos, à autoridade judiciária competente (cfr. artigo 6.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁴⁷ As pessoas submetidas a exame, quando residentes fora da área da comarca em que se encontre sediada a delegação do INMLCF, I. P., o gabinete médico-legal e forense ou o estabelecimento universitário ou de saúde especializado onde se realizou o exame, podem requerer o arbitramento de valor pecuniário para compensação das despesas em que incorreram (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). Esse valor será incluído entre as custas do processo, é pago pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P. (IGFEJ, I. P.), através da sua delegação junto do tribunal que solicitou o exame e tem por base os valores estabelecidos nas tabelas aprovadas pelo membro do Governo responsável pela área da justiça (cfr. artigo 7.º, n.ºs 2 e 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

fica dos serviços.⁽¹⁴⁸⁾ Por outro lado, a autoridade judiciária competente pode assistir à realização dos exames periciais.⁽¹⁴⁹⁾

Após a realização da perícia e caso os objetos e produtos examinados o permitam, o perito recolherá (devidamente acondicionando e selando) uma amostra dos vestígios, produtos biológicos ou peças anatómicas que tenham sido objeto da perícia, em ordem a permitir a eventual realização de nova perícia.^{(150) (151)}

A amostra fica depositada no serviço médico-legal durante o período de dois anos, após o que (salvo determinação do tribunal em contrário) o referido serviço pode proceder à sua destruição.⁽¹⁵²⁾ Porém, quando revistam interesse científico ou se revelem suscetíveis de ser utilizados para fins de ensino e investigação, os objetos que sejam declarados perdidos a favor do Estado⁽¹⁵³⁾ e as peças anatómicas⁽¹⁵⁴⁾ que devam ter o destino referido na frase anterior podem ser adstritos ao espólio museológico do serviço médico-legal que tiver proce-

dido ao seu exame.⁽¹⁵⁵⁾

O resultado da perícia deve ser feito constar de relatório em que o perito ou peritos respondem, em termos fundamentados, às questões que integram o respetivo objeto.⁽¹⁵⁶⁾

O relatório será elaborado pelo perito que realizou a perícia. Contudo, em caso de urgente conveniência de serviço ou em situação de manifesta impossibilidade do perito que efetuou o exame pericial, os dirigentes ou coordenadores dos serviços podem cometer a elaboração ou conclusão do relatório a outro perito (devendo este ser detentor de qualificação profissional igual ou superior à do primeiro perito e dispor das condições necessárias para a função).⁽¹⁵⁷⁾

Em caso de perícia colegial, se não se formar unanimidade, o perito discordante exporá no relatório as razões da sua discordância.⁽¹⁵⁸⁾

Se o juiz assistir à inspeção, o relatório será ditado para a ata nos casos em que o perito possa pronunciar-se de imediato.⁽¹⁵⁹⁾ Nos demais casos, se a perícia não puder encerrar-se logo com a imediata apresentação do relatório pericial, o juiz fixará prazo (correspondente, no máximo, a 30 dias⁽¹⁶⁰⁾) para

¹⁴⁸ Cfr. artigo 5.º, n.ºs 4 e 5 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁴⁹ Cfr. artigo 6.º, n.º 4 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵⁰ O remanescente do objeto da perícia será destruído (cfr. artigo 25.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁵¹ Em caso de crimes cuja investigação seja da competência reservada da Polícia Judiciária, o Laboratório de Polícia Científica pode, sob sua exclusiva responsabilidade, proceder ao transporte e conservação das amostras (cfr. artigo 25.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁵² Cfr. artigo 25.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵³ O serviço médico-legal que procedeu ao exame deve propor ao tribunal competente a declaração da utilidade relativa aos objetos que sejam declarados perdidos a favor do Estado, fazendo-o constar no seu relatório (cfr. artigo 26.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁵⁴ Quanto a estas, deve-se observar o regime que regula a dissecação de cadáveres ou de parte deles, bem como a extração de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica (cfr. artigo 26.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁵⁵ Cfr. artigo 26.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵⁶ Cfr. artigo 484.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵⁷ Cfr. artigo 5.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵⁸ Cfr. artigo 484.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁵⁹ Cfr. artigo 484.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁶⁰ Se por razões técnicas ou de serviço a perícia não puder ser realizada (pelo perito ou por entidade contratada nos termos legais) no prazo determinado pelo juiz, o perito deve comunicar esse facto de imediato ao tribunal (cfr. artigo 478.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses). O prazo que o tribunal fixe pode ser prorrogado uma vez, se ocorrer motivo justificado para tanto (cfr. artigo 483.º, n.º 3 do CPC), mas, caso o atraso se deva a inércia, o tribunal pode determinar a eventual

a sua apresentação.^{(161) (162)}

Contudo, algumas perícias médico-legais assumem carácter urgente. Assim sucede com as perícias em que se imponha assegurar com brevidade a observação de vítimas de violência (nomeadamente para colheita de vestígios ou amostras suscetíveis de se perderem ou alterarem rapidamente), bem como assegurar o exame do local em situações de vítimas mortais de crime doloso ou em que exista suspeita de tal.⁽¹⁶³⁾

Para garantir a realização deste tipo de perícias (urgentes)⁽¹⁶⁴⁾ fora do horário normal de funcionamento dos serviços, deve haver, em cada delegação e gabinete médico-legal e forense do INMLCF, I. P., um perito em serviço em cada uma das escalas, para o que, em cada mês, as delegações e os gabinetes médico-legais e forenses do INMLCF, I. P. que disponham de peritos do mapa de pessoal do INMLCF, I. P. em número suficiente para assegurar o período de prevenção, elaborarão a lista dos peritos em serviço de escala no mês seguinte e darão conhecimento dos elementos essenciais identificadores dos peritos às autoridades judiciárias e aos

órgãos de polícia criminal.^{(165) (166) (167)}

Uma vez apresentado e notificado⁽¹⁶⁸⁾ às partes o relatório pericial, estas podem formular reclamações, caso entendam que o relatório padece de deficiência, obscuridade ou contradição ou que as conclusões não se encontram devidamente fundamentadas.⁽¹⁶⁹⁾ Caso o juiz defira tais reclamações ou (na ausência destas) se o juiz oficiosamente ordenar o suprimento de tais vícios, este determinará que o perito complete, esclareça ou fundamente, por escrito, o relatório apresentado.⁽¹⁷⁰⁾

Podem também ser solicitados esclarecimentos complementares, devendo prescindir-se, sempre que possível, da presença do perito em audiência. Para obviar a esta necessidade de presença física, a autoridade judicial (que solicita tais esclarecimentos) deve usar os meios técnicos processualmente previstos⁽¹⁷¹⁾, ouvindo o perito por teleconferência a partir do seu local de trabalho.⁽¹⁷²⁾

¹⁶⁵ Cfr. artigo 13.º, n.ºs 2 a 4 do artigo 13.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁶⁶ Neste caso, a título excecional, em caso de impedimento do perito médico de escala ou nas comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações ou dos gabinetes médico-legais e forenses em funcionamento, a autoridade judiciária pode designar médico contratado (nos termos do artigo 28.º e 29.º) ou médico de reconhecida competência, para a realização da perícia urgente (cfr. artigo 13.º, n.º 6 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁶⁷ Em conformidade com o previsto no n.º 5 do artigo 13.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, as vítimas de agressão realizadas fora das horas normais de funcionamento dos serviços médico-legais podem ser submetidas a perícia urgente em serviços de urgência de hospitais públicos (ou em outros estabelecimentos oficiais de saúde, com quem o INMLCF, I. P. tenha celebrado protocolos de cooperação).

¹⁶⁸ Cfr. artigo 485.º, n.º 1 do CPC.

¹⁶⁹ Cfr. artigo 485.º, n.º 2 do CPC.

¹⁷⁰ Cfr. artigo 485.º, n.ºs 3 e 4 do CPC.

¹⁷¹ Cfr. artigo 12.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁷² Cfr. artigo 486.º, n.º 2 do CPC.

designação de novo perito (cfr. artigos 469.º, n.º 2 e 478.º, n.º 3 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁶¹ Cfr. artigo 483.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁶² As perícias previstas nos n.ºs 2, 4 e 5 do artigo 2.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses assumem natureza urgente (cfr. artigo 2.º, n.º 7 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

¹⁶³ Cfr. artigo 13.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁶⁴ Assim também de autópsias médico-legais em dias não úteis (cfr. artigo 13.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

O relatório será objeto de livre apreciação pelo tribunal⁽¹⁷³⁾, em consonância com a regra geral vigente em sede de livre apreciação crítica dos meios de prova.⁽¹⁷⁴⁾ Deste princípio decorre que o juiz não está vinculado ao teor do relatório pericial, podendo ou não aderir ao sentido da pronúncia do perito. Trata-se, porém, da concessão ao decisor de poderes discricionários, que não arbitrários, pelo que, como JOSÉ MARÍA SERRANO BERMÚDEZ, nota, quer a adesão, quer a não adesão, pelo tribunal, ao relatório pericial, deve ser devidamente fundamentada.⁽¹⁷⁵⁾ ⁽¹⁷⁶⁾

A apreciação da prova deve envolver a consideração das suas múltiplas dimensões, designadamente, como nota LUÍS PIRES DE SOUSA, o nível de qualidade profissional do perito e o teor do laudo pericial (quanto ao qual se observará, entre o mais, o grau de probidade dos parâmetros científicos mobilizados e dos dados estatísticos convocados).⁽¹⁷⁷⁾ No que em particular diz respeito à qualidade dos critérios científicos, o autor salienta, suportando-se em NIEVA FENOLL, a importância de que as técnicas científicas mobilizadas já tenham sido anteriormente utilizadas, sejam em geral aceites pela comunidade científica internacional e tenham sido aplicadas segundo os padrões de qualidade vigentes. Nos mesmos termos, sublinha também o relevo de que o relatório pericial

se sustente em suficientes factos e dados, bem como de que contenha informação sobre o nível de erro e sobre a gradação de variabilidade e incerteza dos dados obtidos.⁽¹⁷⁸⁾

O sentido e a qualidade do relatório pericial nem sempre são, porém, facilmente aferíveis.

AROSO LINHARES enuncia o problema com particular precisão, identificando-o como “questão maior do protagonismo da prova pericial (ou do juízo que lhe está inerente) e do sentido e limites que um tempo como o nosso impõe a esse protagonismo”.⁽¹⁷⁹⁾

Acompanhamos inteiramente o autor quando identifica o presente como “um tempo que, ao multiplicar os territórios e as possibilidades das ciências forenses, impõe a estas (ou à sua comunidade de cientistas) uma atenção redobrada aos seus próprios *processos comunicativos* (se não aos correspondentes *actos de enunciação*), e a estes na sua relação decisiva com os auditórios que se cruzam e sobrepõem no palco judicial.”

Assim também quando alude às possíveis fontes de enviesamento da análise, explicitando que “no que diz respeito aos actos de comunicação-enunciação e de interpretação do juízo pericial (vistos na óptica do *modus operandi* do juiz), a podemos seguramente concentrar no confronto entre dois paradigmas, ditos da *individualização* e da *verosimilhança*: com o primeiro a legitimar-exigir a “deferência” ou a “passividade” do julgador enquanto *trier of fact*- isto na medida em que admite ao perito a mobilização de *expressões individualizadoras* ou estas como componentes decisivas de julgamentos

¹⁷³ Cfr. artigo 489.º do CPC e 389.º do CC.

¹⁷⁴ Cfr. artigo 607.º, n.º 4, primeira parte do CPC.

¹⁷⁵ “La intervención del perito en el proceso judicial: el informe pericial”, *Psicología Forense: Manual de técnicas y aplicaciones*, coords. Juan Carlos Sierra, Eva M.ª Jiménez, Gualberto Buela-Casal, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 115.

¹⁷⁶ Em sentido diferente, MARTORELLI JUAN PABLO entende que, estando em causa perícia de fonte oficial, o tribunal só tem de fundamentar a sua não adesão ao relatório pericial, mas já não a sua adesão, “La Prueba Pericial Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial”, *REDEA. Derechos en acción*, Ano 2, n.º 4, Inverno 201, p. 217.

¹⁷⁷ “A valoração da prova pericial”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, dezembro, 2016, Ano XXV, n.º 27, p. 12.

¹⁷⁸ A valoração da prova pericial”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, dezembro, 2016, Ano XXV, n.º 27, pp. 13 a 15.

¹⁷⁹ “Regras de procedimento e de juízo, prova pericial e valoração judicativo-decisória, esboçando um percurso reflexivo com diversos núcleos temáticos”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 4, 2023, pp. 347 e 348.

categoricos específicos sobre o *factum probandum* (na sua irrepetibilidade concreta) - e com o segundo a superar esta mesma “deferência”, confiando ao perito a expressão de uma pura *likelihood ratio* e assim mesmo restituindo ao julgador o seu papel de *gatekeeper*. .. - e com este outras tantas responsabilidades, se não ónus de contra-argumentação específicos (indispensáveis ao controle da qualidade-fidabilidade das informações, mas também à autonomia, racionalmente sustentada, da decisão de valoração).⁽¹⁸⁰⁾

No que diz respeito à importância da adequada interpretabilidade do relatório pericial, STEFANO DI PINTO salienta (a propósito da diligência pericial desenvolvida em sede de autópsia) a importância da verificação de que as operações de pesquisa tenham ocorrido sem contaminação, tanto antes como durante a autópsia, sob pena de a prova científica, pelo impacto de convicção que gera (atento o seu pressuposto científico), se tornar “*ingannevole piu di ogni altra prova*”⁽¹⁸¹⁾ e poder determinar “*esiti processuali fuorvianti e impropri*”.^{(182) (183)}

Como JOSÉ GOMES DE SOUSA bem enuncia, “(...) a mera declaração de uma opinião com a aparência de tecnicidade ou cientificidade nem sempre constitui um juízo técnico ou científico, “mais notando que tanto” apenas é evitável pela observância rigorosa das normas de processo e pela exposição clara

e racional dos fundamentos da perícia.”^{(184) (185)}

Importa, pois, não só promover a efetividade dos critérios a mobilizar em momento anterior à realização da perícia, para aferição da qualidade desta, como garantir a posição dos julgadores com meios potenciadores da capacidade interpretativa dos relatórios periciais e de deteção das *pitfalls*⁽¹⁸⁶⁾ que o recurso à prova pericial também pode envolver.⁽¹⁸⁷⁾

¹⁸⁴ “A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *Julgar*, n.º 15, 2011, Coimbra Editora, p. 28. GARY EDMOND recorda que só há relativamente pouco tempo se passou a indagar acerca do grau de cientificidade e de rigor dos métodos utilizados no âmbito da perícia sobre impressões digitais latentes, “Forensic science and the myth of adversarial testing”, *Current Issues in Criminal Justice*, 32(2), 2019, pp. 146–179.

¹⁸⁵ Explicitando o impacto negativo que um diagnóstico médico-legal e forense em matéria de crimes de natureza sexual errado pode ter (por permitir a continuidade de uma situação de agressão sexual ou por contribuir para incriminar um inocente ou separar uma família), PATRÍCIA JARDIM, EDUARDA MATOS e TERESA MAGALHÃES, “O impacto da perícia médico-legal na decisão judicial nos casos de abuso sexual de crianças. Estudo preliminar”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, dezembro 2011, Ano XX, n.º 22, p. 28. Procurando minorar o risco dos efeitos negativos causados por relatório pericial menos cuidadoso, TERESA MAGALHÃES e DUARTE NUNO VIEIRA elaboraram um conjunto de recomendações e orientações para auxílio dos peritos no ato de elaboração de relatórios periciais de clínica forense: “Recomendações gerais para a realização de relatórios periciais de clínica forense no âmbito do Direito Civil”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2010, Ano XIX, n.º 2, pp. 80 e ss.

¹⁸⁶ PETER CHARLETON e IVAN RAKHMANIN salientam os riscos de “pitfalls of expert evidence”. Como referem, estes riscos foram sublinhados pelo Canadian Supreme Court em *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton*, onde o tribunal ressaltou que a “expert opinion evidence can be a key element in the search for truth, but it may also pose special dangers”. Notam igualmente: “These dangers, while recognised, are difficult to deal with by legal rules, though they have been the focus of numerous attempts at structural reform internationally. In this context, judicial mindset in approaching an expert’s testimony and in determinedly asserting judicial independence becomes more important than legal rules, “The safe use of expert evidence”, *Irish Judicial Studies Journal*, 2023, Vol 7(1), p. 53.

¹⁸⁷ MARIA JOÃO LOURENÇO propõe o recurso à utilização de vídeos informativos padronizados, apresentados previamente à produção da prova pericial, como forma de “promover uma compreensão mínima, mas crítica, por parte dos julgadores” dos relatos periciais. “Vídeos informativos sobre ciências forenses: um instrumento para melhorar a compreensão judicial da prova pericial”, *Scientia Iuridica*, t. 74 n.º 368 (maio-agosto 2025), pp. 635-653.

¹⁸⁰ “Regras de procedimento e de juízo, prova pericial e valoração judicativo-decisória, esboçando um percurso reflexivo com diversos núcleos temáticos”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 4, 2023, p. 348.

¹⁸¹ Mais enganosa do que qualquer outra prova.

¹⁸² Resultados processuais enganosos e inadequados.

¹⁸³ “La prova scientifica nel processo penale”, *Revista di Polizia*, setembro-outubro 2018, IX-X LXXI, p. 928.

Realizada a perícia, pode, por iniciativa das partes ou do juiz, haver lugar a segunda perícia.⁽¹⁸⁸⁾

Esta terá por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira e visa corrigir a eventual inexatidão dos resultados daquela.⁽¹⁸⁹⁾

⁽¹⁹⁰⁾ Como LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE salientam, não tem de haver “qualquer prevalência dos resultados da segunda perícia sobre os da primeira”, pelo que, não havendo “hierarquia entre o resultado das duas perícias, o juiz pode preferir, de acordo com a convicção formada, o resultado da primeira, tal como pode acabar por decidir de acordo com a averiguação e a apreciação dos factos feita por um perito que, numa ou noutra das perícias, tenha emitido isoladamente as suas conclusões.”⁽¹⁹¹⁾

Porque, como JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS nota, na perícia tudo radica na “confiança do saber”⁽¹⁹²⁾, a possibilidade de realização de nova perícia assume uma especial importância nos casos (correspondentes à regra) em que o decisor não dispõe de conhecimentos especializados que lhe permitam aferir da correção (ou não) do teor do relatório pericial.

As partes dispõem do prazo de 10 dias (a contar do conhecimento do resultado da primeira) para formular o pedido, para o que devem alegar, em termos fundamentados, as razões da sua discordân-

cia quanto ao relatório pericial apresentado.⁽¹⁹³⁾ Já o juiz pode ordenar a realização da segunda perícia a todo o tempo, se entender que é necessária ao apuramento da verdade.⁽¹⁹⁴⁾

Uma vez ordenada, a segunda perícia terá lugar de acordo com as mesmas regras que foram aplicadas à primeira⁽¹⁹⁵⁾ e será, como esta, objeto de livre apreciação pelo tribunal.⁽¹⁹⁶⁾ Contudo, na segunda perícia não pode intervir perito que tenha tido intervenção na primeira.⁽¹⁹⁷⁾

A auscultação de nova pronúncia pericial representa, assim, uma via acrescidamente relevante de promover que, quando necessário, o tribunal decida com base em informação técnica em termos quantitativa e qualitativamente adequados às exigências do caso.

IV. Nota conclusiva

As perícias médico-legais e forenses representam um domínio processual em que a importância da articulação entre o regime comum e o regime especial se manifesta de forma particularmente intensa.

É do desdobraimento (nem sempre fácil) da rede de relações estabelecida entre, de um lado, as disposições especiais especialmente concebidas para este tipo de perícias e, de outro lado, as disposições gerais reguladoras do quadro tipológico do meio legal de prova em que se inserem (prova pericial), que resulta a moldura normativa regente

37 - 38

¹⁸⁸ Explicitando que o sistema processual português não prevê a admissibilidade de terceira perícia, o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão proferido em 20 de abril de 2023, no âmbito do Processo n.º 633/19.1T8L-RS-A.L1-2.

¹⁸⁹ Cfr. artigo 487.º, n.º 3 do CPC.

¹⁹⁰ Sublinhando que o direito a apresentar reclamações do relatório pericial não representa fundamento válido para recusa da realização de segunda perícia, o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão proferido em 15 de novembro de 2011, no âmbito do Processo n.º 194/09.0TBAVZ-A.C1.

¹⁹¹ *Código de Processo Civil Anotado*, volume 2.º, 4.ª edição, Almedina, p. 316.

¹⁹² “Prova pericial: uma oportunidade perdida”, *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»?*, organização André Lamas Leite, Coimbra Editora, 2013, p. 204.

¹⁹³ Cfr. artigo 487.º, n.º 1 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁹⁴ Cfr. artigo 487.º, n.º 2 do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses.

¹⁹⁵ Entre o mais, se a primeira foi colegial, a segunda não só o será também, como terá o mesmo número de peritos (cfr. artigo 488.º, al. b) do CPC).

¹⁹⁶ Cfr. artigos 488.º e 489.º do CPC.

¹⁹⁷ Cfr. artigo 488.º, al. a) do CPC.

desta tramitação não decisória.

O direito processual revela, assim, numa área simultaneamente sensível e crucial para garantia do *due process of law* e para realização do princípio do Estado de Direito democrático - a prova -, privilegiada capacidade de modelação adaptativa às especificidades do objeto que regula. O mesmo é dizer, evidencia o cumprimento da sua vocação de assegurar efetividade à realização dos direitos substantivos, independentemente da anatomia destes e das singularidades do contexto em que os mesmos surgem.

O desafio normativo que este tipo de perícias sempre suscitou adquire, hoje, novo fôlego, ante a superveniência de meios de prova científica que atuam por recurso à inteligência artificial, na medida em que fazem ascender a perícia a um distinto patamar de potenciais efeitos (positivos e negativos), também na área médica. Como se extrai do que GEMA MARTÍNEZ GALINDO explicita⁽¹⁹⁸⁾, as inovações tecnológicas vieram, em simultâneo, conferir renovado relevo à informática forense e inaugurar uma nova era de regulação jurídica (designadamente em sede probatória).

Ante o regime atualmente vigente em matéria de perícias médico-legais e forenses e a realidade que se vê emergir no plano técnico (e, por associação, em todos os outros com relevo humano), importa procurar descerrar uma brecha do manto que nos separa dos tempos que se prenunciam.

Crê-se que os passos reflexivos impostos por essa inovação circunstância se farão, em torno da forma como a relação entre regime comum (com as suas matrizes principiológicas fundacionais) e regime especial (mais próximo da epiderme das singularidades que o real comporta) pode contribuir a reger o que, tomando termos adaptados, as palavras de GIUSEPPE CIVITA, surge como “nova geração da prova científica”.⁽¹⁹⁹⁾

¹⁹⁸ “La prueba pericial informática y tecnológica”, *Tratado de Delincuencia Cibernética*, coord. por Enrique Sanz Delgado, Daniel Fernández Bermejo, Thomson Reuters, Aranzadi, 2021, pp. 744 e ss.

¹⁹⁹ “L’ammissione della prova scientifica ‘nuova’. Nuovi spunti di riflessione dalla riforma”, *Diritto Penale e Processo*, Ano XXIX, n.º 6/2023, Wolters Kluwer, p. 841.

COMUNICAÇÃO E COOPERAÇÃO PROATIVA NA PREPARAÇÃO DA PERÍCIA (BREVE RELANCE ALEMÃO)

Lucinda Dias da Silva*

Palavras-Chave: *prova pericial, testemunha perita, medicina, processo civil, cooperação processual, Alemanha.*

Resumo: *A cooperação do médico, enquanto perito, com o tribunal visa proporcionar ao decisor elementos informativos, de carácter técnico e especializado, de que este, em princípio, não dispõe e que se revelam importantes para a boa decisão da causa. A efetividade e utilidade da colaboração entre perito e tribunal depende, em grande medida, da capacidade de relação dialógica entre ambos. Sensível à importância desta relação, o legislador alemão revelou especial cuidado na regulação dessa comunicação, em termos que se afiguram promotores do paradigma de processo enquanto comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft). É sobre esta dimensão normativa que deteremos a nossa atenção.*

Abstract: *The cooperation of the physician, as an expert, with the court aims to provide the judge with technical and specialized information that he does not normally have access to and that is important for reaching a good decision in the case. The effectiveness and usefulness of this collaboration depends, to a large extent, on the ability of the expert and the court to engage in a dialogical relationship. Aware of the importance of this relationship, German legislator has taken special care in regulating this communication, in terms that appear to promote the paradigm of the process as a working community (Arbeitsgemeinschaft). It is on this normative dimension that we will focus our attention.*

Keywords: *expert evidence, expert witness, medicine, civil procedure, procedural cooperation, Germany.*

1. Nota Introdutória

Enquanto base de decisão sobre a matéria de facto controvertida, a prova pericial assume especificidades que a diferenciam dos demais meios de prova. Destaca-se o facto de pressupor atividade de reflexão especializada⁽¹⁾ sobre elementos do real que carecem de interpretação técnica, para que possam contribuir para um melhor exercício da atividade jurisdicional em sede de decisão da matéria de facto.

Como MANUEL DE ANDRADE explicita, a prova pericial traduz-se “na percepção, por meio de pessoas idóneas para tal efeito designadas, de quaisquer factos presentes, quando não possa ser directa e exclusivamente realizada pelo juiz, por necessitar de conhecimentos científicos ou técnicos especiais, ou por motivos de respeito ou de decoro pela sensibilidade (legítima susceptibilidade) das pessoas em quem se verificam tais factos; ou na apreciação de quaisquer factos (na determinação das ilações que deles se possam retirar acerca doutros factos), caso dependa de conhecimentos daquela ordem, isto é, de regras de experiência que não fazem parte da cultura geral ou experiência comum que

39 - 48

* Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da FDUC.

¹ No âmbito do conhecimento especializado convocável em sede de perícia, o legislador espanhol inclui “conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos” (art. 335, 1 LEC).

pode e deve presumir-se no juiz, como na generalidade das pessoas instruídas e experimentadas”.⁽²⁾

Ao contrário do que sucede com outros meios de prova, a perícia não é um canal que, em si mesmo, seja apto a estabelecer relação entre o tribunal e a realidade de facto: antes assegura legibilidade científica a elementos que, sem essa mediação, não se revelariam úteis para o tribunal, em virtude de este não dispor, em regra (designadamente na área da medicina⁽³⁾), de meios, nem de conhecimentos técnicos especializados, que lhe permitam dos mesmos retirar a informação que encerram.⁽⁴⁾

Não integrando embora o tribunal, o perito (enquanto especialista numa determinada área do conhecimento⁽⁵⁾), adiciona o seu saber ao saber jurídico do tribunal, em ordem a colmatar a esperável lacuna de conhecimento⁽⁶⁾ do juiz no plano

técnico-científico alheio ao direito.⁽⁷⁾

Assim, como ALBERTO DOS REIS expressivamente salienta, o perito é um “agente de prova”.⁽⁸⁾ Em simultâneo, o perito constitui, como ZIMMERMANN explicita, um auxiliar do juiz (*Gehilfe des Richters*)⁽⁹⁾ ou, na expressão de MOTZKE, um consultor do tribunal (*Berater des Gericht*).^{(10) (11)}

Permite, nessa medida, superar o que, de outro modo, constituiria barreira (na maioria das vezes inultrapassável) ao conhecimento, tão pleno quanto possível, da base de facto, pelo juiz.⁽¹²⁾ Assim potencia, em consequência, a efetividade da garantia de adequada tutela jurisdicional.

2. Fase preparatória da perícia e relação comunicacional

Sob um ponto de vista macro, pode-se distinguir, na tramitação processual da prova pericial, uma fase preparatória e uma fase executiva.

² *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, p 261.

³ ZIMMERMANN salienta esta área (medicina) como uma em que, em regra, as partes não podem contar com a competência especializada do Tribunal, *MüKo ZPO*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 404 Rn. 7. Sobre a complexidade da normatividade reguladora do direito da saúde, André Gonçalo DIAS PEREIRA, “Direito, Saúde e Cidadania”, *Lex Medicinæ, Cadernos*, n.º 2, 2018, pp. 13 a 20.

⁴ Para uma visão sobre várias dimensões que o apoio técnico assume no Código de Processo Civil português, Maria José CAPELO, “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, 1. v., pp. 1045-1067.

⁵ A expressão alemã (*Beweis durch Sachverständige*) é literalmente elucidativa sobre a razão justificativa da importância da colaboração processual proporcionada pelo perito (a circunstância de ser entendido numa certa matéria - *Sachverständige*).

⁶ Nas raras hipóteses em que o tribunal beneficie de conhecimentos técnicos próprios (por exemplo, no domínio da medicina), importa considerar dois aspetos. O primeiro prende-se com a obrigatoriedade (ou não) de utilizar esses conhecimentos nos autos. Acompanhamos ZIMMERMANN quando sustenta caber ao juiz a decisão de usar ou não esses seus conhecimentos no exercício da atividade jurisdicional (salvo existência de disposição legal em sentido oposto). Importa, ainda, como segundo aspeto, refletir sobre o tratamento processual que deve ter a decisão de prescindir da realização de prova pericial, isto é, para decidir com base em conhecimentos próprios não se afigura que essa decisão elimine o dever de conceder contraditório prévio (a fim de que as partes se possam pronunciar), nem que seja insindivível por via de recurso. Neste sentido, *MüKoZPO/ZIMMERMANN*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 404 Rn. 7.

⁷ Por essa razão, ALBERTO DOS REIS sustenta não ser admissível a realização de perícia em matéria jurídica”, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, 3.ª Ed., 1951, p 181.

⁸ *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, 3.ª Ed., 1951, p 172.

⁹ *MüKoZPO/ZIMMERMANN*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 402 Rn. 2.

¹⁰ Überlegungen zur Neufassung des § 144 I ZPO, DS 2022, 19.

¹¹ Esta circunstância concede conduzir ao debate teórico quanto à mais adequada qualificação do perito (como meio de prova ou como agente auxiliar do juiz). Dele dão conta ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA quando, tomando posição, que acompanhamos, explicitam: “a circunstância de ser um auxiliar do tribunal no julgamento dos factos, não impede que o perito seja um agente de prova e que a perícia constitua um verdadeiro meio de prova”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1984, p. 561. O legislador espanhol manifestou expressamente opção pela primeira qualificação na reforma da Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), operada pela Ley 1/2000, de 7 de janeiro, em cuja Exposição de Motivos faz notar o seguinte: “Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza -si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador-, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración.”

¹² Na síntese de Markus THOMA, ao perito incumbe: responder a perguntas factuais do tribunal (“die Beantwortung von Tatsachenfragen des Gerichts”), transmitir regras empíricas (“die Vermittlung von Erfahrungssätzen”) e tirar conclusões com base nos seus conhecimentos especializados (“das Ziehen von Schlussfolgerungen unter Anwendung seiner Sachkunde”), *Der Sachverständige als Zeuge*, p. 70 (disponível em sachverstaendige_2018_h02_druck.pdf).

Esta última (fase executiva) tem início com o começo das diligências periciais e termo com a entrega do relatório pericial (e eventuais atos subsequentes a ele conexos).

Corresponde ao momento, já operativo, em que o perito analisa os elementos selecionados como objeto da sua apreciação, à luz do seu saber, pondo-o ao serviço do esclarecimento de factos processualmente relevantes e vertendo as conclusões dessa síntese entre realidade e ciência em parecer relatado em documento escrito.

Mas a fluidez, adequação e produtividade da tramitação pericial, bem como a qualidade e utilidade (para a instância) do fruto (informação) que este meio de prova proporcione a final (parecer), depende, de forma muito significativa, do modo como decorra a fase anterior.

Para que a perícia produza o efeito informativo que se pretende obter nos autos, é necessário que exista um perfeito encaixe entre, de um lado, o trabalho e o fim pretendidos pelo tribunal e, de outro lado, o labor e o escopo prosseguidos pelo perito.

Essa sintonia deve ser trabalhada na fase preparatória, a fim de que a fase executiva se inicie e desenvolva já sob essa previamente construída articulação de intenções e esforços.

Também aqui importa que haja sintonia entre “procura” e “oferta”. Este “encontro de agendas” entre o tribunal e o perito (entre o que o tribunal pretende e os termos em que o perito efetivamente agirá) depende do rigor e do grau de empenho que seja depositado por ambos (tribunal e perito) na fase preparatória.

O mesmo é dizer, será função da efetividade e rigor da relação comunicacional que entre ambos se estabeleça na fase antecedente.

O grau de densidade com que o legislador regule esta interação (no sentido de potenciar a fluência clara e célere de mensagem entre o juiz e o perito) refletirá um determinado paradigma de política legislativa (mais direcionado para a criação de grandes margens de flexibilidade procedimental que o decisor em concreto ajustará ou para o estabelecimento de uma rede menos elástica e mais detalhada de critérios).

O nível de promoção, por via legal, do nível qualitativo dessa ponte comunicacional e dos conteúdos informativos que através dela circulem é, por isso, passível de obedecer a diferentes perfis.

A importância desta dimensão convoca o olhar para o regime da fase preparatória da perícia num quadro legislativo (alemão) que lhe confere especial atenção.

Não obstante a diferente ordenação esquemática a que o Código de Processo Civil alemão (ZPO⁽¹³⁾) e o Código de Processo Civil Português (CPC) obedecem, ambos têm, sob o ponto de vista sistemático, em comum a circunstância de o regime da prova ser tratado unitariamente e numa secção autónoma (externa ao momento da audiência final).

No que em especial respeita à prova pericial e, em particular, à fase preparatória desta, importa considerar o regime, tomando por referência, quer a temática que é objeto da interação comunicativa, quer os dois sentidos que a comunicação assume: sentido externo (dirigido do tribunal, que é tomado como centro de referência, para o perito) e o sentido interno (dirigido do perito para o juiz).

¹³ Zivilprozessordnung.

3. Sentidos comunicacionais

3.1. Comunicação de sentido externo

O teor deste fluxo comunicacional (dirigido do tribunal para o perito) visa, no essencial, assegurar a cabal elucidação do perito quanto à “ordem de trabalhos” que se lhe pretende cometer com a sua convocação para desempenhar o múnus pericial. Incumbe ao tribunal, nesta feição da atividade jurisdicional, disponibilizar toda a informação necessária para que o perito se torne o mais ciente possível da função de que é incumbido.

Na verdade, para que a perícia decorra em termos compatíveis com o escopo que o tribunal pretende através dela atingir, importa que o perito seja devidamente elucidado, pelo tribunal, quanto às diversas dimensões que a atividade pericial deve assumir em ordem ao alcance do propósito que move o decisor quando determina que esse meio de prova deve ter lugar.

Para tanto, serão duas as dimensões *essenciais* (*mínimas*) do dever de elucidação (do perito, pelo tribunal): a explicitação do tipo e objeto da perícia bem como do prazo em que a mesma deve ser realizada.

O legislador alemão contemplou, a este propósito, um regime que prevê graduação no nível de intensidade a observar relativamente ao cumprimento desse dever de elucidação.

Assim, sobre o tribunal impende, sob um ponto de vista geral, o dever de direção e instrução do perito, incumbindo-lhe dirigir e dar instruções sobre a natureza e o âmbito (*Art und Umfang*¹⁴) da sua atividade.¹⁵

¹⁴ § 404a Abs. 1 ZPO. A norma em apreço foi introduzida pela Lei de Simplificação da Administração da Justiça (*Rechtspflege-VereinfachungsG*) de 1990.

¹⁵ O exercício deste poder diretivo e instrutivo não deve, porém, invadir o espaço de autonomia técnica do perito. De resto, o modo de exer-

Estes os deveres incluídos no “catálogo das obrigações essenciais” (*Katalog der wesentlichen Pflichten*)¹⁶ do tribunal em relação ao perito.

Contudo, quando a particularidade do caso assim o justificar, o tribunal deve, por sua iniciativa¹⁷, ouvir o perito¹⁸ antes de definir o objeto de prova e instruí-lo, com o grau de detalhe que se afigure necessário (ante as especificidades do caso, a pessoa do perito e o contexto em que a perícia decorrerá) sobre a tarefa que se pretende que desempenhe no âmbito do desenvolvimento da perícia.¹⁹

Há, assim, neste caso, uma aproximação mais intensa do tribunal ao perito, a fim de a este ser explicitado, em contacto pessoal e mais pormenorizado, o sentido, natureza e particularidades concretas das funções a desempenhar.²⁰

cício da atividade pericial encontra-se, por vezes, legalmente regulado (pelo menos em parte). No que diz respeito às especificidades de tramitação das perícias genéticas, de autópsias (designadamente de recém-nascidos), à letra e a falsificações (nomeadamente de dinheiro), cfr. §§81 e seguintes Strafprozessordnung (Código de Processo Penal). Sobre a dimensão jurídica do diagnóstico genético na ordem jurídica portuguesa, Carla BARBOSA, “Aspectos éticos e legais do diagnóstico genético: o caso particular da partilha de informação genética entre familiares em situações de doenças oncológicas hereditárias”, *Lex Medicinæ. Cadernos*, Coimbra, n.º 4, v.1, 2019, pp.109 a 116.

¹⁶ *MüKoZPO/ZIMMERMANN*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 404a Rn. 1.

¹⁷ A prestação desta informação (mais detalhada que aquela que, em regra, é transmitida ao perito) tem, assim lugar, sem necessidade de que o perito a requeira. Não se aguarda, pois, por que o perito, depois de receber a informação típica, avalie se a considera ou não suficiente e, em caso negativo, solicite informação acrescida. É o juiz que se antecipa (quando entenda que tanto se justifica) e contacta o perito para diretamente lhe transmitir a informação provida dos detalhes que lhe pareçam relevantes.

¹⁸ ZIMMERMANN refere que esta audição se verifica, normalmente, por telefone, e que se impõe, designadamente, quando o adequado desenvolvimento da perícia pressuponha que o perito compreenda termos jurídicos (o tribunal não deve, neste caso, permitir que o perito seja entregue à sua sorte na aquisição de conhecimentos sobre a matéria; antes deve o juiz chamar a si a função de familiarizar o perito com o tema), *MüKoZPO*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 404a Rn. 5.

¹⁹ Em termos parcialmente similares, no âmbito do regime processual civil francês, prevê-se, no art. 266 do Code de Procédure Civile, que, na decisão que ordena a perícia, o juiz pode estabelecer uma data em que o perito e as partes compareçam perante o juiz a fim de serem elucidados sobre a sua função e, se for o caso, sobre o cronograma de trabalhos.

²⁰ § 404a Abs. 2 ZPO.

Nestes termos, para além do objeto sobre que a perícia incide e dos propósitos que por via dela se pretende alcançar, *pode*, a título de exemplo, tornar-se necessário esclarecer o perito acerca de *especificidades* associadas aos recursos de que este pode partir enquanto pressupostos do seu raciocínio, bem como acerca das relações que o perito pode ou não estabelecer com outros efeitos para obtenção de informação de que careça.

Quanto ao primeiro aspeto (pressupostos de raciocínio), assume especial relevo o esclarecimento do perito acerca dos factos que deve tomar por base da sua investigação (quando a assunção de tal base se torne necessária).⁽²¹⁾

Quanto ao segundo aspeto (relações com outros sujeitos), ao tribunal importará, nesta sua comunicação com o perito, delimitar, de modo especial, os condicionalismos sob os quais este se poderá ou não relacionar com as partes (determinando, designadamente, se pode ou não contactá-las e em que medida deve permitir que aquelas participem nas diligências periciais).^{(22) (23)}

Visa-se, neste segundo caso, promover a imparcialidade do perito em termos que traduzam um equilíbrio ponderado entre a necessidade de obtenção dos subsídios necessários para o perito adequadamente exercer a perícia (o que pode implicar conversação com as partes) e o prudente comedimento da aproximação que tanto pressupõe

(eventualmente necessário para conservar a independência e/ou a imagem dela).

A transparência processual e o direito ao contraditório impõem, porém, que as partes devam ser notificadas da troca de informações que se estabeleçam entre o tribunal e o perito neste quadro preparatório da perícia, bem como que às mesmas seja permitido pronunciarem-se quanto à mesma e estarem presentes na eventual audiência que, a título especial, seja marcada para presencial elucidação do perito.⁽²⁴⁾ Assim se procura evitar o que expressivamente ZIMMERMANN designa por aparência de parcialidade do perito por via do tribunal (*Anschein der Befangtheit des Sachverständigen durch das Gericht*)⁽²⁵⁾.

3.2. Comunicação de sentido interno

O fluxo que ora se considera (dirigido do perito para o tribunal) decorre do cumprimento de vários encargos que se fazem legalmente impendem sobre o perito⁽²⁶⁾, em virtude dos quais, como ZIMMERMANN salienta, o tribunal deixou de ser o único responsável pelo processo de prova pericial (*Herr des Sachverständigenbeweisverfahrens*).⁽²⁷⁾ Ou seja, é no contexto da necessidade de observância de incumbências legalmente estabelecidas quanto à pessoa do perito que este fluxo comunicacional se impõe.

Importa, nessa medida, considerar as que emergem como relevantes na fase preparatória da prova pericial.⁽²⁸⁾

²¹ § 404a Abs. 3 ZPO. O tribunal poderá, também, transmitir ao perito diferentes versões factuais, solicitando que o relatório pericial seja elaborado em termos alternativos, ou seja, explicitando as conclusões que extrai ante diferentes constelações de factos. Neste sentido, *MiKoZPO/ZIMMERMANN*, 7.ª ed. 2025, ZPO § 404a Rn. 6. Para uma distinção entre “perícia opinativa” (em que o perito dá “a sua opinião a partir de factos apurados no processo”) e “perícia investigatória” (em que “o perito é chamado a trazer para o processo um facto ainda não apurado”), CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 552.

²² § 404a Abs. 4 ZPO.

²³ A este propósito, rege, em Espanha, o art. 345 LEC.

²⁴ § 404a Abs. 5 ZPO.

²⁵ *MiKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 404a Rn. 13.

²⁶ A sua previsão na lei reflete prévio labor da jurisprudência e da doutrina nesse sentido.

²⁷ *MiKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 404a Rn. 1.

²⁸ A responsabilidade civil do perito forense encontra-se especificamente regulada no BGB §§839a e, por remissão deste, no § 839 Abs. 3 do mesmo diploma, onde se prevê que se um perito nomeado pelo tribunal preparar um relatório pericial incorreto dolosamente ou por negligência grave, indemnizará o dano que a parte processual sofra em consequência de uma decisão judicial baseada nessa parecer (salvo se a parte em causa

1.1.1. autoavaliação de competência

Uma vez solicitada ao perito a realização de uma diligência pericial, incumbe-lhe, sem demora (*unverzüglich*), verificar: a sua competência material (avaliando, com objetividade, se a tarefa que lhe é atribuída se enquadra na sua área de especialização)⁽²⁹⁾, a sua autossuficiência (apurando se se acha apto a desenvolver a diligência sem recorrer a outros especialistas), a sua disponibilidade temporal (conferindo se dispõe da possibilidade de a concluir dentro do prazo fixado)⁽³⁰⁾ e a sua imagem de imparcialidade (indagando se existe algum motivo capaz de justificadamente suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade)⁽³¹⁾.

Se concluir em sentido negativo quanto aos três primeiros aspetos, deverá, na expressão legal, prontamente transmitir ao tribunal as conclusões que apurou.⁽³²⁾

Se concluir em sentido positivo quanto ao último aspeto, deverá, também sem demora, informar o tribunal dessa circunstância, sob pena de, não o fazendo, lhe ser aplicada uma multa⁽³³⁾.

No que diz respeito à autossuficiência, cumpre notar que a lei prevê de modo expresso que o perito não tem o poder de transferir para outra pessoa o múnus pericial de que foi incumbido. Porém, se recorrer à colaboração de outra pessoa e esta coo-

peração não se circunscrever a aspetos secundários, deverá identificá-la e precisar o âmbito da atividade colaborativa que a mesma prestou.⁽³⁴⁾

A criação, em termos legais expressos, das incumbências tratadas neste ponto (cuja observância deve partir do perito) representa uma forma de procurar prevenir a futura invocação de razões impeditivas da continuação de prestação da sua atividade, bem como a alegação de razões passíveis de porem em causa o mérito do parecer pericial a emitir.⁽³⁵⁾

Visa-se, em suma, antecipar a ocorrência de hipotéticos obstáculos à efetividade ou à real utilização da perícia, mediante imposição ao perito de uma atividade motriz autónoma no que diz respeito à iniciativa de cumprimento dos referidos encargos.

1.1.2. solicitação de esclarecimentos

Se ao perito assomarem dúvidas relativamente ao exato conteúdo e âmbito da função que lhe é adstrita, *incumbe-lhe* contactar o tribunal no sentido de solicitar clarificação.⁽³⁶⁾

Cria-se, por esta via, mais do que a *possibilidade* de o perito pedir esclarecimentos, o *encargo* de o fazer⁽³⁷⁾. Compreende-se que assim seja, pois que o perito inicie as diligências de perícia perfeitamente ciente do teor, modo e perímetro da sua atividade assume relevo não só para aquele, como também para o tribunal e para as partes intervenientes, na medida em que pela perícia se pretende obter um resultado informativo destinado a ser mobilizado num processo jurisdicional decisório que a todos envolve.

³⁴ § 407a Abs. 3 ZPO.

³⁵ Minora, por exemplo, a probabilidade de interposição de recurso com base na não verificação de algum destes pressupostos ou de invocação de impedimento ao exercício da perícia.

³⁶ § 407a Abs. 4 ZPO.

³⁷ "(...) so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen."

não tiver, negligente ou dolosamente, evitado o dano por recurso aos meios legalmente disponíveis)

²⁹ Tomando o exemplo de ZIMMERMANN, este pressuposto não se verifica se um médico não especializado em psiquiatria for chamado a avaliar a existência ou não de uma doença mental. Neste caso, se for necessário nomear outro perito porque o tribunal só se apercebeu dessa circunstância depois da emissão do relatório pericial, o perito não será remunerado, mesmo que o parecer não seja deficiente, *MuKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 407a Rn. 4.

³⁰ § 407a Abs. 1 ZPO.

³¹ § 407a Abs. 2 ZPO.

³² § 407a Abs. 1 ZPO.

³³ § 407a Abs. 2 ZPO.

Trata-se, assim, de uma incumbência de colaboração processual independente de solicitação do tribunal: representa um ato de colaboração do perito com o tribunal que deve ocorrer por iniciativa (legalmente determinada) daquele e, consequentemente, em termos independentes de qualquer pedido que nesse sentido lhe seja formulado pelo decisor.

Constitui, em suma, um encargo de colaboração que impende (em termos legalmente expressos) sobre o sujeito passivo (perito) não apenas no que diz respeito à sua observância, mas, igualmente, no que concerne à identificação autônoma das circunstâncias que geram esse encargo.

Nestes termos também aqui em termos legalmente expressos ao perito uma dinâmica de colaboração proativa.⁽³⁸⁾

1.1.3. informação quanto a custos

Por outro lado, se o perito puder antecipar que os custos da perícia serão manifestamente desproporcionais ao valor do objeto da demanda ou ao valor que as partes devam pagar a título de antecipação de custas⁽³⁹⁾, deverá disso (também oficiosamente) informar o tribunal em tempo útil.⁽⁴⁰⁾

Preside a esta norma a intenção de evitar a surpresa do responsável pelo pagamento dos custos inerentes à perícia com despesas manifestamente desconformes relativamente à vantagem que poderá vir a resultar desse investimento patrimonial, bem como permitir a possibilidade de sua atempera-

da pronúncia quanto a essa circunstância.⁽⁴¹⁾

Também aqui o meio utilizado para produção desse efeito é a criação de uma incumbência, legalmente expressa, de colaboração proativa do perito com o tribunal.

1.1.4. assunção da realização da perícia

A realização da perícia representa, como Katrin SCHOLZ salienta, o cumprimento de um dever público (*Erfüllung einer öffentlichen Pflicht*).⁽⁴²⁾

Essa importância que a realização da perícia frequentemente assume para o devido exercício da atividade jurisdicional levou o legislador alemão a procurar assegurar a efetiva existência de peritos disponíveis para cooperar com o tribunal.

Para tanto criou, quanto a determinados especialistas (numa certa área técnica), uma obrigação de aceitação da perícia. Entres estes incluem-se, designadamente, aqueles que exerçam publicamente a ciência, arte ou ofício cujo domínio releva para a boa decisão da causa.⁽⁴³⁾

Assim, a circunstância de alguém já exercer funções periciais na área de conhecimento em causa ou de consabidamente dominar, em termos públicos, um certo conhecimento, priva-a do poder de livremente (sem necessidade de invocar fundamento) não facultar o seu saber para o bem público (neste caso, realização judicial da atividade de administração da justiça). Trata-se, nesta hipótese,

³⁸ Se o tribunal não tomar a iniciativa de dar uma informação importante e se o perito não tomar também a iniciativa de a pedir, o regime aplicável não é inequívoco. ZIMMERMANN admite como uma das possibilidades a existência de culpa concorrente do tribunal (*mitwirkendes Verschulden des Gerichts*), *MiKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 407a Rn. 25.

³⁹ Sobre o grau de desproporção relevante, ZIMMERMANN, *MiKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 407a Rn. 13.

⁴⁰ § 407a Abs. 4 ZPO.

⁴¹ O espírito que subjaz à norma tem sequência no § 411a ZPO, onde se prevê que pode não haver lugar a perícia se for possível utilizar um relatório de peritos já junto a outros processos judiciais. Quanto à pouca frequência de convocação prática desta norma, em virtude das limitações garantísticas que pode implicar, ZIMMERMANN, *MiKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 411a Rn. 4.

⁴² Katrin SCHOLZ, *Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess (Arzthaftpflichtprozess)*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, p. 154.

⁴³ Neste âmbito se incluirão os docentes universitários. Em sentido paralelo, quanto à possibilidade de sujeitos com funções desta natureza exercerem atividade pericial em juízo, art. 340, 2 LEC.

de imposição unilateral de desincumbência de uma atividade.⁽⁴⁴⁾

O efeito vinculativo surge também, num segundo contexto: o da ausência de livre interrogabilidade (uma vez tendo revelado disponibilidade para desenvolver a perícia, o perito tem o dever de a realizar).⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾ Trata-se, neste caso, de exigir o cumprimento do compromisso voluntariamente assumido em momento prévio e, por isso, ao contrário do que sucede no primeiro contexto, este efeito abrange não só os sujeitos aí mencionados, como também aqueles que, detendo embora tais competências a título não oficial, nem profissional de hobby (*Liebhabelei*, na expressão de ZIMMERMANN⁽⁴⁷⁾), se vincularam. Inclui, em suma, todos os que tenham aceite o encargo.

Porém, ao perito assiste o direito de comunicar ao tribunal a recusa em realizar a perícia nos mesmos termos em que a uma testemunha assiste o direito de não prestar depoimento⁽⁴⁸⁾, podendo,

ainda, o tribunal liberá-lo desse dever com base em outras circunstâncias.

Em qualquer caso, a garantia de imparcialidade do perito impõe que se este tiver tido intervenção numa determinada decisão, não possa atuar como perito no âmbito de questões atinentes ao objeto dessa decisão.⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾

Este dever mantém-se caso o tribunal ordene a produção de um novo relatório pericial (aos mesmos peritos ou a outros).⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾

Em caso de incumprimento (recusando emitir parecer), o perito será obrigado a assumir os respetivos custos e fica subordinado à aplicação de uma multa (suscetível de ser aplicada de novo, em caso de reincidência no incumprimento).⁽⁵³⁾

⁴⁴ § 407 Abs. 1 ZPO.

⁴⁵ § 407 Abs. 2 ZPO.

⁴⁶ Nos termos do previsto no §81d do Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal), se o exame físico puder ofender o pudor, o examinado deve ser realizado por uma pessoa do mesmo sexo ou por um médico. Por outro lado, caso para tanto exista interesse justificado, deve assegurar-se que o exame seja realizado por pessoa ou médico do mesmo sexo. E, em caso de solicitação nesse sentido, o exame pode ser realizado na presença de alguém da confiança do examinado. Este deve ser informado de que estes dois últimos direitos lhe assistem.

⁴⁷ *MüKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 407 Rn. 2.

⁴⁸ §408 Abs.1 ZPO. De notar que se prevê expressamente a possibilidade de intervenção em juízo de testemunha perita (*Sachverständige Zeugen*), aplicando-se, nessa hipótese, as regras da prova testemunhal (§414 ZPO). Trata-se de testemunha com conhecimentos especializados que depõe quanto a factos passados, sendo que aquele conhecimento especializado assume relevo para a prova dos factos em questão. O seu depoimento reveste-se de importância pelo especial conhecimento que assim proporciona ao tribunal. Como ZIMMERMANN explicita, enquanto “um leigo vê apenas muito sangue, um médico vê se se trata de uma veia ou artéria ferida”, *MüKoZPO*, 7.ª ed., 2025, ZPO § 414 Rn 2. Acompanhamos CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA no critério distintivo que adotam entre testemunha e perito, quando notam que: “a testemunha dá notícia de factos ou circunstâncias casualmente observados, isto é, que não foram observados em função ou

por causa da acção pendente; o perito, de factos ou circunstâncias que foi encarregado de investigar pelo tribunal de uma causa.”, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 552.

⁴⁹ § 408 Abs. 3 ZPO.

⁵⁰ Em Espanha prevê-se, no art. 335 da LEC, que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto”

⁵¹ § 412 Abs. 1 ZPO.

⁵² Sem embargo de poder ordenar a realização de uma nova perícia a outro perito (§ 412 Abs. 1 e 2 ZPO). Tanto pressupõe que o tribunal entenda que o parecer se afigura insuficiente (§412 Abs. 1 ZPO: “...wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet”) ou que tenha sido invocada, com sucesso, razão justificativa para não exercício de funções pelo perito (§412 Abs. 2 ZPO: “...wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist”). Explicitando (tomando por referência o direito português) que quando o juiz ordena a realização de segunda perícia tanto não o transforma em *peritus peritorum*, porque essa decisão “não requer uma crítica material e científica”, CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 554. No mesmo contexto, LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE esclarecem que a segunda perícia “não constitui uma instância de recurso”, antes representando uma forma de “fornecer ao tribunal novos elementos relativamente aos factos que foram objeto da primeira, cuja indagação e apreciação técnica por outros peritos (art. 488-a) pode contribuir para a formação duma mais adequada convicção judicial”, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 4.ª Edição, Almedina, p. 342.

⁵³ § 409 Abs. 1 ZPO.

4. Via exploratória – cooperação proativa (normativamente densificada)

Se a qualidade da prova com base na qual o tribunal profere sentença (ou acórdão) assume sempre importância determinante para a adequada e eficaz administração da justiça, a qualidade da prova pericial assume, dir-se-ia, um relevo acrescido.

Importância suplementar determinada, por um lado, por se tratar de um meio de prova com custos processuais importantes (quer pelo tempo que frequentemente consome, quer pela despesa patrimonial que importa, quer ainda pelas dimensões pessoais sensíveis que por vezes envolve).

A especial importância justifica-se, de outro lado, por estar em causa um meio probatório cujo controlo qualitativo (atentas as suas especificidades técnicas, amiúde altamente sofisticadas) não está, em regra, tão al alcance do julgador quanto o dos demais meios de prova, pelo que a capacidade de domínio da informação que contém e, consequentemente, o efetivo grau de liberdade de apreciação do decisor pode, na prática, ficar limitado.

Como ALBERTO DOS REIS salienta, o recurso a este tipo de prova “pressupõe a insuficiência de conhecimentos do magistrado”, pelo que “é vão imaginar que este se substitua inteiramente ao perito para refazer, por si, o trabalho analítico e objectivo para o qual não dispõe de meios subjectivos.”⁽⁵⁴⁾

Importa, nessa medida, com um nível de empenho particularmente intenso, tudo fazer *ab initio* (por via de diligências antecipatórias a desenvolver na fase preparatória da tramitação da prova pericial) para que a perícia decorra da forma mais regular (com o mínimo de constrangimentos e intercorrências) e célere possível, bem como para que o

teor do parecer pericial assuma as necessárias qualidade, pertinência e utilidade para a causa.

Porque assim, sendo o grau de completude, exatidão e rigor que se invista na preparação da atividade pericial - em particular no que respeita ao diálogo entre o tribunal e o perito - um fator decisivamente condicionante do mérito do resultado pericial para a adequada resolução do litígio, está em causa um aspeto de regime especialmente relevante e, por isso, merecedor de uma particular atenção do legislador.

A implementação penal de um regime (equilibrado) de cooperação proativa entre tribunal e perito pode ser uma resposta à especificidade do meio de prova em análise.

A opção por uma solução com essa natureza significaria criar um regime normativo marcado pela preocupação em consagrar, de modo expresso e com acrescido grau de detalhe, algumas das dimensões da relação de diálogo entre o perito e o decisor, a desenvolver oficiosamente por estes (dentro dos limites legalmente programados), antes de os atos materiais de perícia (a realizar na fase executiva) terem início.

Assim, sem embargo da geral concessão (também no âmbito da prova pericial), ao decisor, de flexibilidade para adotar as medidas que em concreto entenda necessárias (ao abrigo da ampla previsão de poderes de adequação formal e gestão processual)⁽⁵⁵⁾, cremos estar em causa um domínio em que pode ser oportuno ponderar sobre a importância de se precisar (no plano legal), com den-

⁵⁴ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, 3.ª Ed., 1951, p. 184.

⁵⁵ Sobre os poderes do tribunal em sede de gestão processual, no âmbito do ordenamento jurídico português, MIGUEL MESQUITA, “Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145/3995, (novembro-dezembro 2015), pp. 78 a 108. No sentido da maior flexibilização do princípio do dispositivo à luz do princípio da gestão processual, o mesmo autor, “A «morte» do princípio do dispositivo?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 147, n.º 4007 (nov.-dez. 2017), p. 86-119 (em especial, a pp. 107 e ss.).

sidade ligeiramente superior, as condutas a adotar, por *decisor* e *perito*, no que diz respeito à relação comunicativa a estabelecer entre ambos na fase preparatória da perícia.

Concretização perpassada pela nota de cooperação proativa (geradora do encargo, sobre tribunal e perito, de prestarem um ao outro alguns tipos de informação, sem necessidade de estas lhes ser solicitada).

Na verdade, a previsão normativa de concretas soluções diferenciadas, a adotar pelo *decisor*, nas hipóteses em que a complexidade da perícia, (ou outras circunstâncias), impõem um contacto mais próximo com o perito, assume valor para maior precisão na gestão especial da relação processual que ao tribunal nesses casos incumbe.

Em síntese, o facto de, neste caso, *por um lado*, se proporcionarem ao julgador mais arrimos normativos de conduta (mais concretos e “personalizados” às especificidades de cada causa)⁽⁵⁶⁾, permitindo-lhe saber quando e como adensar a sua auto aproximação comunicativa ao perito, com ele proativamente cooperando para boa execução da perícia, promove maior igualdade e efetividade no grau da adequação da perícia.

Por outro lado, a criação, na esfera jurídica do *perito*, de encargos (definidos com algum grau de precisão) a desenvolver a título oficioso (em regime de diálogo cooperativo e proativo com o tribunal), contribui também para acentuar a probabilidade de, na fase executiva, a perícia vir a corresponder

ao esperado padrão de qualidade e utilidade.

Em ambos os pólos subjetivos (tribunal e perito) se promove, nestes termos, a antecipação ao risco de irregularidade, ineficiência ou inadequação da atividade pericial, mediante acentuação da proatividade e determinação de conteúdos na relação comunicativa.

Com o que se diminui a probabilidade de o desconhecimento, pelo juiz, da área técnica em que o perito é especialista, se vir a refletir em prejuízo da justa resolução da causa.

5. Nota final

Cumprir concluir notando afigurar-se que *i*) a previsão legal (expressa e densificada) da comunicação entre tribunal e perito, *ii*) no duplo âmbito identificado (no plano do *tribunal* e no plano do *perito*), *iii*) em regime de cooperação proativa, *iv*) na fase preparatória da perícia, pode contribuir para *suavizar* os efeitos decorrentes da normal contenção do conhecimento do juiz em matérias não jurídicas, bem como para (simetricamente) *potenciar* a *adequação* do relatório pericial às exigências da causa. Esta última promoverá, por sua vez, a *adequação* da decisão judicial (assente no relatório pericial) enquanto forma de prover à carência de tutela jurisdicional que o litígio encerra.

Essa a razão justificativa da breve aproximação analítica a um ordenamento jurídico (alemão) que assume esse ângulo de visão. Não para o tomar como necessário, antes como mote de reflexão sobre os caminhos normativos que (a razão de ser de) um regime com essa natureza pode propor.

⁵⁶ Para além dos já concedidos por regras gerais e por conceitos indetermindados flexibilizadores. Para uma relação entre os poderes de gestão processual e a criação de processos especiais no CPC português, Maria José CAPELO, “A crise dos procedimentos especiais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 95, n.2 (2019), pp. 1189-1208.

Doutrina

DA LÂMINA FINA AO MICROSCÓPIO: FUNDAMENTOS DE BIOÉTICA E A HISTOLOGIA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Helena Santos Leitão

Médica, Professora Associada da Faculdade de Medicina e Ciências Biomédicas da Universidade do Algarve.

Carla Barbosa

Advogada, Investigadora no Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: *O artigo apresenta uma visão integrada da evolução histórica da bioética, quer no contexto internacional quer em Portugal, destacando o processo que conduziu à sua consolidação na prática clínica e na investigação biomédica. Analisa de seguida a génese e o desenvolvimento do consentimento informado, recorrendo à apreciação de casos paradigmáticos em tribunal, desde o século XVIII até à sua consagração como princípio estruturante das relações entre profissionais de saúde, investigadores e doentes nos dias de hoje.*

Palavras-Chave: *Bioética, Consentimento Informado*

Abstract: *This paper presents an integrated overview of the historical development of bioethics, both in the international context and in Portugal, highlighting the process that led to its consolidation in clinical practice and biomedical research. It then examines the origins and development of informed consent, using landmark court cases since the 18th century as reference points, culminating in its recognition today as a foundational principle in the relationships between healthcare professionals, researchers and patients.*

Keywords: *Bioethics, Informed Consent*

1. Bioética: Cada Princípio é uma Célula, Cada Escolha um Reflexo da Vida

A bioética é um campo de reflexão que surgiu no século XX, mas as suas raízes estão profundamente ligadas à própria história do pensamento moral. Para compreendê-la, é necessário retornar à origem das palavras gregas que a compõem, *bios*, que significa vida, na sua plenitude, e *ethos*. O ter-

mo *ethos* vem do grego antigo e passou por mudanças subtis ao longo do tempo (*eethos-ethos-eethos*). Inicialmente, com Homero e na literatura arcaica (séculos VIII–VII a.C.), designava o lugar onde alguém habita, o espaço físico, e era mais próximo de habitar ou morada, referindo-se tanto ao espaço quanto aos hábitos que nele se formavam. Com o desenvolvimento da filosofia, especialmente com Heráclito e Platão, começou a assumir um sentido mais abstrato, passando a designar a disposição do caráter, o modo como alguém age de forma habitual, refletindo o seu temperamento e seus costumes. Aristóteles relacionou este termo à virtude moral adquirida pelo hábito, ou seja, a ética prática que molda o caráter do indivíduo, hábitos repetidos que definem a forma de ser e agir de uma pessoa. O termo foi introduzido no latim por Cícero (106–43 a.C.), um dos maiores oradores e filósofos romanos. Ele traduziu e reinterpretou conceitos gregos para o contexto romano. Em latim, *ethos* sofre uma tradução para *mos* (origem da palavra moral) e passou a designar a disposição moral de alguém. Apesar de manter a ideia grega de costume e hábito, apresentava maior ênfase no aspeto moral e era usado, sobretudo, em textos sobre retórica, política e ética prática, para indicar o caráter que

49 - 71

inspira a confiança no orador ou a sua autoridade⁽¹⁾. Nas palavras de Oscar Wilde: “Chamamos ética ao conjunto de coisas que fazemos quanto estão todos a olhar. Ao conjunto de coisas que fazemos quando ninguém está a olhar chamamos caráter”.

Apesar do seu contexto histórico similar, moral e ética não são sinónimos. Moral refere-se ao conjunto de valores e normas aceites por uma sociedade, num determinado tempo histórico e que condicionam a nossa ação (bem *versus* o mal). Uma pressão externa. Já a ética, em sentido filosófico, é a reflexão crítica sobre esses valores e normas, avaliando a sua legitimidade, os seus fundamentos e as consequências da ação. É uma pressão interna, que vem do interior de cada um de nós, tal como uma consciência revolucionária que nos suspira:

-Olha lá, nem tudo vale por igual. Com certeza há uma razão para a tua escolha.

Assim, e para maior clareza de raciocínio, a moral descreve como se deve agir e a ética não apenas descreve, mas interroga: porque devemos agir desta ou daquela maneira? Qual o critério para considerar uma ação correta ou incorreta⁽²⁾?

Tradicionalmente, a ética apresenta três campos de estudo. A metaética, ou ética filosófica, que procura compreender os fundamentos do discurso moral: o que significam termos como bem, mal, dever ou virtude? A ética normativa que procura estabelecer princípios ou teorias que orientem a conduta, como as teorias da virtude (Aristóteles), Consequencialista ou a sua corrente Utilitarista (Stuart Mill) ou Deontológica (Emmanuel Kant). Por fim, a ética aplicada, que procura analisar e orientar decisões em situações concretas da vida

prática, utilizando para isso a ética normativa. É nesse âmbito da ética aplicada que a bioética se consolida, tentando resolver problemas relacionados com o *bios*, a vida. A bioética como campo estruturado de estudo surgiu apenas na segunda metade do século XX, em resposta às profundas transformações científicas, sociais e culturais. Durante a Segunda Guerra Mundial, médicos e cientistas ligados ao regime nazi realizaram experiências em prisioneiros de campos de concentração, sem qualquer respeito pela dignidade ou pelo consentimento das vítimas. Após o final da Segunda Guerra Mundial, foi instaurado o Julgamento de Nuremberga, destinado a responsabilizar os principais líderes do regime nazi por crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade⁽³⁾. A cidade de Nuremberga foi escolhida como sede dos julgamentos por motivos tanto práticos quanto simbólicos. Do ponto de vista prático, Nuremberga ainda possuía um palácio da justiça em condições de uso após a guerra, e o edifício tinha uma prisão anexa, o que possibilitava manter os réus sob custódia com segurança e em proximidade do tribunal. Além disso, a cidade ficava na zona de ocupação norte-americana, o que oferecia as melhores condições logísticas e de segurança para os Aliados. Do ponto de vista simbólico, a escolha foi ainda mais significativa. Nuremberga tinha sido o palco dos famosos congressos do Partido Nazi nos anos de 1930, grandes eventos de propaganda onde Hitler e seus seguidores exibiam o poder e a ideologia do regime. Além disso, foram lá promulgadas as chamadas Leis de Nuremberga (1935), que institucionalizaram a perseguição contra judeus e ou-

¹ Lopes, J.A. (2014). *Bioética - uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979)*. Revista Médica de Minas Gerais, 24(2), 262-273.

² Neves, M.P. (2023). *A ética como desafio e os desafios da ética*. A. D. Santos (Coordenador). *Desafios de ética contemporânea* (1ª ed., pp. 15-29). Edições Sílabo, Lda.

³ Neves, M.P. (2016). *O admirável horizonte da bioética*. (1ª ed.). Glaciari.

tras minorias⁽⁴⁾. Julgar os líderes nazis nessa mesma cidade significava transformar o “coração simbólico” da ideologia nazi no lugar da sua condenação diante do mundo. O Julgamento de Nuremberga não foi um único processo, mas sim uma série de tribunais militares realizados entre 1945 e 1949. O primeiro e mais conhecido, chamado de Tribunal Militar Internacional, reuniu 24 altas patentes do regime nazi, entre eles Hermann Göring e Joachim von Ribbentrop, acusados de planejar e executar uma guerra, de violar leis internacionais e de promover o extermínio em massa de populações civis. Esse julgamento foi histórico por estabelecer, pela primeira vez, que governantes e autoridades poderiam ser pessoalmente responsabilizados a nível internacional, e por consolidar as bases do direito penal internacional. Após esse processo inaugural, seguiram-se outros doze julgamentos, organizados pelos Estados Unidos, que focavam diferentes setores do regime, como juízes, empresários, outros militares e também médicos e cientistas. Nesse contexto, destacou-se o chamado Julgamento dos Médicos, realizado entre 1946 e 1947, no qual 23 médicos e cientistas foram acusados de realizar experiências desumanas em prisioneiros de campos de concentração, além de participarem no programa de eutanásia que assassinou pessoas com deficiência física e mental, consideradas indignas para viver. Entre as experiências denunciadas estavam testes de resistência ao frio e à altitude, infecções proposítadas, transplantes forçados e esterilizações em massa, todos conduzidos sem qualquer consentimento, em condições cruéis, sem benefício para os participantes, nem bases científicas. Este con-

texto era acompanhado por dor, sofrimento e morte dos participantes. O resultado desse julgamento dos médicos foi a condenação de vários réus, incluindo sete sentenças de morte, além de prisões perpétuas e penas menores^{(5),(6)}. Fundamentalmente, dele surgiu o chamado Código de Nuremberga, primeiro documento de natureza ético-jurídica que passou a orientar princípios éticos fundamentais na investigação com seres humanos. Esse código estabeleceu 10 princípios como a exigência do consentimento voluntário e informado dos participantes, a obrigação de evitar sofrimentos desnecessários e a responsabilidade dos investigadores em interromper os estudos perante riscos graves, entre outros (tabela 1). Assim, enquanto o julgamento principal de Nuremberga consolidou a responsabilização de líderes políticos e militares por crimes contra a humanidade, o julgamento dos médicos marcou o início de uma reflexão global sobre os limites éticos da ciência e da medicina, dando origem a um dos pilares da bioética contemporânea⁽⁷⁾.

51 - 71

⁵ Macdonald, A. (2016). *The Nuremberg Trials*. (1st ed.). Arcturus Publishing Limited.

⁶ Herta Oberheuser (dermatologista e infeciologista) foi a única mulher a ser julgada no Julgamento dos Médicos. Ela trabalhou no campo de concentração de Ravensbrück, onde realizou diversos estudos em prisioneiras, incluindo infecção proposítada de feridas para estudar o tratamento apropriado. Oberheuser foi condenada a 20 anos de prisão, a pena foi depois reduzida para 10 anos e cumpriu apenas 5 anos, antes de ser libertada por bom comportamento. Exerceu como médica de família em Stocksee na Alemanha até 1956, quando foi reconhecida por uma sobrevivente de Ravensbrück. Ernst, E. (2024). *Oberheuser, Herta (1911–1978)*. In: *Hitler's Female Physicians*. Springer.

⁷ Nota de autor: Curiosamente, não será despiendo notar que em 1900 foi precisamente o governo prussiano que emitiu o 1º documento legal no domínio da experimentação humana e que em 1931 o governo alemão elaborou um documento intitulado “Regulamentação das novas terapias e experimentação”, reconhecendo a importância da experimentação humana para o progresso da medicina, mas enunciando também condições éticas à sua prática. Neves, M.P. (2016). *O admirável horizonte da bioética*. (1ª ed.). Glaciari.

⁴ Nota de autor: Duas leis distintas, promulgadas por Adolf Hitler na Alemanha nazi a 15 setembro de 1935, são conjuntamente conhecidas como as Leis de Nuremberga (a Lei de Cidadania do Reich e a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã).

Tabela 1. Os 10 princípios do Código de Nuremberga

1	O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas a estudos devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspeto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do estudo; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o investigador que inicia ou dirige um estudo ou que se compromete com ele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.
2	A experimentação deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser obtidos por outros métodos, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.
3	A experimentação deve ser baseada em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição para a investigação.
4	A experimentação deve ser conduzida de maneira a evitar todo o sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.
5	Não deve ser conduzida qualquer experimentação quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico investigador se submeter às experiências.
6	O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o investigador se propõe a resolver.
7	Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.
8	A experimentação deve ser conduzida apenas por pessoas cientificamente qualificadas.
9	O participante deve ter a liberdade de se retirar no decorrer da experimentação.
10	O investigador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a sua continuação provavelmente causará dano, invalidez ou morte aos participantes.

Adaptado de Centro de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Em 1948, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se tornou referência para toda a ética contemporânea. Ao afirmar que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, a Declaração colocou a dignidade no centro da vida social e científica. Também em 1948, a Associação Médica Mundial publicou a Declaração de Genebra, uma modernização do Juramento de Hipócrates adaptada ao pós-guerra, comprometendo os médicos com o respeito à vida, ao sigilo profissional e ao cuidado sem discriminação. A Associação Médica Mundial elaborou também a Declaração de Helsínquia (1964), e apesar de não possuir estatuto jurídico, tem exercido extraordinária influência na prática médica e científica em todo o mundo. Esta declaração pormenorizou diretrizes éticas para a investigação biomédica em seres humanos, reforçando a importância do consentimento informado, da avaliação independente dos projetos por uma

comissão externa e da prioridade absoluta do bem-estar do paciente sobre os interesses da ciência e da sociedade⁽⁸⁾.

Embora os avanços fossem visíveis, também os abusos persistiam como cicatrizes abertas. Em 1966, o anestesiolegista Henry Beecher publicou, no *New England Journal of Medicine*, um artigo denunciando 22 estudos clínicos conduzidos nos Estados Unidos, envolvendo populações vulneráveis, sem consentimento e sem protocolo de investigação⁽⁹⁾. Mas, publicar não foi fácil. Beecher enfrentou uma considerável resistência, mesmo sendo um médico respeitado e reconhecido, e viu inicialmente o seu artigo ser recusado na revista JAMA (*Journal of the American Medical Association*). Eram verdades incômodas, estudos clínicos conduzidos em hospitais e universidades reputadas nos Estados Unidos, e denunciar colegas proeminentes e instituições de prestígio significava colocar sua própria carreira e reputação em jogo. Henry Beecher mostrou-nos que denunciar o que é errado, mesmo quando isso ameaça carreiras e reputações, é um ato de coragem moral e a sua mensagem foi clara. A ciência sem ética será sempre um poder sem consciência e a ética sem ciência é uma virtude sem ação e, portanto, vazia. Beecher terá unido estas duas di-

mensões. Um dos estudos descritos no artigo, foi o estudo Willowbrook (tabela 2) que ocorreu na *Willowbrook State School*, uma instituição pública de *Staten Island* (Nova Iorque) destinada a crianças e jovens com deficiência intelectual. A partir de 1955/1956, uma equipa liderada pelo Dr. Saul Krugman passou a estudar a prevenção da hepatite e a sua história natural, alegando que a doença era endêmica e atingia grande parte dos recém-admitidos no seu primeiro ano de institucionalização. Para “controlar” o problema e desenvolver o conhecimento da doença, delinearão ensaios em que crianças recebiam gamaglobulina profilática e, em subconjuntos, eram deliberadamente expostas ao vírus da hepatite (por via oral e com material obtido dos doentes institucionalizados) para testar a imunização, evolução e transmissão. O programa prolongou-se por mais de 15 anos. Cientificamente, os estudos ajudaram a demonstrar que a doença se propagava principalmente por via fecal-oral e contacto íntimo, que existiam diferentes formas de hepatite (mais tarde identificadas como hepatite A e B) e que a infeção conferia imunidade temporária ou permanente. Mas a contrapartida ética foi gravíssima. Infetou-se deliberadamente um grupo vulnerável e institucionalizado, com capacidade reduzida de consentimento, apenas para responder a perguntas científicas e médicas. A obtenção de consentimento parental foi estruturalmente viciada. Em diferentes momentos do estudo, sobretudo quando a escola estava sobrelotada, o acesso a vagas (ou a uma ala “mais bem equipada”) foi condicionado à participação na investigação. Documentos da época incluem cartas-modelo enviadas às famílias a solicitar assinatura para “um novo método de prevenção”, sem explicação plena dos riscos.

Mas, um outro estudo viria ainda a chocar a sociedade e a comunidade científica. O Estudo Tuske-

⁸ Nota de autor: A Declaração de Taipei da Associação Médica Mundial (2016) estabelece princípios éticos para a criação e utilização de bases de dados de saúde e biobancos, complementando a Declaração de Helsínquia. Define que a recolha e o uso de dados e materiais biológicos devem ter finalidade de benefício social, respeitando sempre a dignidade, a autonomia, a privacidade e a confidencialidade das pessoas. O consentimento informado é central, devendo ser claro quanto a usos presentes e futuros, garantindo o direito de retirar esse consentimento a qualquer momento. A declaração também sublinha a importância da transparência, da possibilidade de correção de informações, da proteção de grupos vulneráveis, da participação comunitária e de uma governação responsável, clara e legalmente enquadrada, incluindo regras sobre acesso, propriedade intelectual e partilha equitativa de benefícios. <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-taipei/>, consultado em 2025.

⁹ Beecher, H.K. (1966). *Ethics and clinical research*. *N Engl J Med*, 274(24), 1354-1360.

gee (tabela 3) foi conduzido pelo Departamento de Saúde Pública dos Estados Unidos entre 1932 e 1972, no Alabama, e tornou-se um dos episódios mais marcantes de violação ética e de direitos humanos na história da medicina⁽¹⁰⁾. O projeto envolveu cerca de 600 homens afro-americanos com baixa condição económica, dos quais 399 estavam infetados com sífilis e 201 não tinham a doença, servindo como grupo de controlo. Nenhum deles recebeu informações adequadas sobre sua doença, acreditando

Tabela 2. Dilemas éticos do Estudo Willowbrook

Categoria	Descrição
Consentimento informado inadequado	Muitos pais eram persuadidos a autorizar a participação pois isso facilitava a admissão de seus filhos numa instituição já sobrelotada. O consentimento era, portanto, coercivo e sem liberdade real de escolha.
Vulnerabilidade dos participantes	Crianças com deficiência intelectual, institucionalizadas e sem poder de decisão. Exploração de um grupo altamente vulnerável, incapaz de compreender ou recusar.
Exposição intencional ao risco	Infetar deliberadamente crianças com hepatite, mesmo num contexto onde a doença já existia, é eticamente inaceitável. Não havia qualquer justificação para o risco imposto.
Benefício científico vs. dano individual	O estudo produziu avanços significativos no conhecimento da doença, mas à custa de prejudicar diretamente participantes inocentes. Isso contraria o princípio de que o bem coletivo e o conhecimento científico não se podem sobrepor ao direito fundamental de cada indivíduo.
Justificação duvidosa	Os investigadores argumentavam que as crianças seriam “inevitavelmente” infetadas dentro da instituição. Mesmo assim, transformar um risco inevitável em experimentação controlada não legitima a prática, pois ignora alternativas éticas.

Tabela elaborada pela autora.

estarem a ser tratados para um problema de saúde genérico chamado *bad blood*. Na realidade, não havia intenção de oferecer qualquer tipo de tratamento ou assistência médica, apenas observar a evolução

¹⁰ <https://www.cdc.gov/tuskegee/about/index.html>, consultado em 2025.

natural da sífilis não tratada. Mesmo após os anos de 1940, quando a penicilina já era reconhecida como tratamento eficaz, os investigadores deliberadamente ocultaram o medicamento aos participantes. Durante as quatro décadas do estudo, muitos morreram, muitos foram infetados e muitas crianças nasceram com sífilis congénita. O engano foi sistémico. Para obter voluntários para procedimentos diagnósticos invasivos, como as punções lombares, os investigadores enviavam cartas de *Last chance for special free treatment*, quando na realidade não se tratava de qualquer terapêutica. O estratagemas reforça a ausência de autonomia e a exploração de vulnerabilidades socioeconómicas e raciais que marcaram todo o projeto. Todos estes episódios mostraram que os princípios do Código de Nuremberga ainda eram sistematicamente desrespeitados.

Tabela 3. Dilemas éticos do Estudo Tuskegee

Categoria	Descrição
Falta de consentimento informado	Os participantes nunca foram devidamente informados sobre a natureza do estudo. Pensavam receber tratamento para “sangue mau” (“bad blood”), uma expressão vaga que englobava várias doenças.
Engano e manipulação	Os investigadores forneceram informações falsas e incompletas, chegando a realizar punções lombares com a justificação de ser um “tratamento especial”. Houve um engano deliberado para manter a participação.
Negação de tratamento eficaz	Após os anos de 1940, quando a penicilina já era reconhecida como tratamento, os investigadores negaram intencionalmente a medicação aos participantes, o que provocou mortes, transmissão da doença às esposas e infeções congénitas.
Exploração de população vulnerável	Eram homens pobres, com baixo nível de literacia e sem acesso adequado aos cuidados de saúde. A sua vulnerabilidade foi explorada em benefício da ciência.
Violação do princípio de beneficência e não-maleficência	Os participantes sofreram consequências graves e irreversíveis (morte, sequelas neurológicas, transmissão congénita). Os riscos superaram, em muito, qualquer benefício pessoal.
Injustiça racial e social	A escolha de homens afroamericanos pobres reflete um racismo estrutural e falta de equidade no acesso aos cuidados de saúde.

Tabela elaborada pela autora.

O neologismo, bioética, é apesar de tudo recente. Foi cunhado em 1970 pelo bioquímico norte-ame-

ricano Van Rensselaer Potter, no seu artigo *Bioethics, The Science of Survival*, o qual posteriormente integrará a sua obra *Bioethics: Bridge to the Future* (1971). Potter defendia a necessidade de uma “ponte” entre o conhecimento científico e os valores humanos, de modo a assegurar não apenas o progresso científico, mas também a sobrevivência da humanidade. O neologismo espalhou-se rapidamente, especialmente a partir da década de 1970, quando instituições médicas e filosóficas passaram a utilizá-lo como área de estudo e prática. Em 1971, o médico Andre Hellegers, fundou o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, que se tornou o primeiro centro interdisciplinar voltado para o estudo sistemático da ética aplicada à medicina, ciências biológicas e políticas públicas. Trata-se, portanto, de uma reflexão filosófica e prática voltada para a vida em todas as suas dimensões.

Em fevereiro de 1972, o jornalista Geraldo Rivera exibiu imagens perturbantes das condições do orfanato na reportagem *Willowbrook: The Last Great Disgrace* (ABC). Seguiram-se ações coletivas que resultaram no *Willowbrook Consent Judgment* (1975), impondo padrões mínimos de cuidado e impulsionando o desinstitucionalizar deste orfanato em Nova Iorque. A unidade de isolamento utilizada para os estudos foi encerrada em 1972, e o complexo seria fechado oficialmente em 1987. Em julho de 1972, também a jornalista Jean Heller (*Associated Press*) revelou o estudo Tuskegee à opinião pública. O governo declarou o estudo “eticamente injustificável” e recomendou o seu fim. Em 1974, houve um acordo judicial no valor de 10 milhões de dólares e a criação do Tuskegee *Health Benefit Program* para sobreviventes e famílias⁽¹¹⁾.

Após o escândalo do estudo Tuskegee, foi criada em 1974 a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Um dos seus trabalhos mais importantes foi o **Relatório Belmont** (1978)⁽¹²⁾. Esse documento estabeleceu três princípios fundamentais que devem orientar a investigação em seres humanos: o **respeito pelas pessoas** (pela sua autonomia e a proteção dos grupos vulneráveis), a **beneficência** (maximização de benefícios e minimização de riscos) e a **justiça** (distribuição equitativa dos resultados da investigação), e salienta a necessidade de comissões independentes para a avaliação de protocolos de investigação. Nesse mesmo período, consolidou-se a obra de **Tom Beauchamp e James Childress**, *Principles of Biomedical Ethics* (1979), que apresentou o que conhecemos hoje como o **Princípioalismo**⁽¹³⁾. Esse modelo propôs quatro princípios básicos da bioética: **autonomia, beneficência, não maleficência e justiça** e quatro regras fundamentais para a sua aplicação: a veracidade, confidencialidade, fidelidade e privacidade, respetivamente. A autonomia ocupa um lugar central, cada indivíduo deve ter o direito de tomar decisões informadas e voluntárias sobre sua própria vida e corpo. Isso significa que os pacientes devem receber informações claras sobre diagnósticos, prognósticos e tratamentos, permitindo escolhas conscientes, livres de coerção ou manipulação. Aliás a autonomia assenta em três dimensões: o conhecimento do doente sobre o seu contexto, a ausência de pressões externas (liberdade externa) e a capacidade de tomada de decisão (liberdade interna). Complementando a autonomia, surge a be-

56 - 71

¹¹ Nota de autor: A 16 de maio de 1997, o presidente Bill Clinton apresentou um pedido formal de desculpas em nome do governo dos EUA. <https://www.cdc.gov/tuskegee/about/index.html>, consultado em 2025.

¹² <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>, consultado em 2025.

¹³ Beauchamp, T.L., Childress, J.F. (2019). *Principles of biomedical ethics*. (8th ed.). Oxford University Press.

neficência, que impele os profissionais a maximizar os benefícios e a promover o bem-estar dos seus pacientes. Cada intervenção médica deve ser planejada com o objetivo de melhorar a saúde, aliviar sofrimento e aumentar a qualidade de vida, lembrando que cada ação tem impactos diretos sobre a pessoa central aos cuidados. A não maleficência, o princípio do não causar dano (*primum non nocere*), impõe um limite ético essencial, pois nenhuma ação médica deve infligir prejuízos desnecessários e deve evitar riscos previsíveis sempre que possível. Este princípio atua como contraponto à beneficência, lembrando que mesmo com boas intenções, decisões mal calculadas podem prejudicar em vez de beneficiar. Finalmente, a justiça introduz a dimensão social e distributiva da ética. Ela exige que recursos médicos e oportunidades de tratamento sejam distribuídos de forma equitativa, sem favoritismos, preconceitos ou discriminação. Num mundo de recursos limitados, a justiça deve garantir que todos tenham acesso aos cuidados adequados. Mais amplo que o Relatório Belmont, o Princípioalismo tornou-se a referência mundial para a deliberação ética em contextos clínicos e de investigação, fornecendo um quadro flexível, plural e aplicável a diferentes culturas e tradições. É neste cenário que a bioética, como neologismo cunhado por Van Rensselaer Potter em 1970, ganhou sentido prático e institucional. Potter via nele uma “ponte para o futuro”, capaz de unir ciência e as humanidades, para assegurar a sobrevivência digna da humanidade e do planeta.

Mas, casos clínicos individuais também tiveram um impacto profundo no desenvolvimento da bioética/ética médica e na obrigatoriedade da existência de Comissões de Ética em instituições de saúde. Na década de 1960, Seattle foi palco de um marco na história da medicina, o Dr. Belding

H. Scribner, um pioneiro da nefrologia, em conjunto com Wayne Quinton e David Dillard, desenvolveu o shunt arteriovenoso, algo revolucionário que permitiria a hemodiálise contínua e segura. No entanto, a realidade prática trouxe um dilema ético profundo pois, existiam mais pacientes do que recursos disponíveis. Para decidir quem teria acesso ao tratamento, Scribner propôs a criação de uma comissão composta por sete membros da comunidade, incluindo um advogado, um ministro, um banqueiro, uma dona de casa, um funcionário público, um líder sindical e um cirurgião. Este grupo ficou encarregue de tomar decisões sobre a vida e a morte de pacientes com insuficiência renal, avaliando não apenas critérios médicos, mas também sociais e éticos tais como a idade, rede familiar, estado civil, existência e número de dependentes, realizações passadas e futuras⁽¹⁴⁾. Esta comissão ganhou o nome de *God Committee* após a publicação do artigo *They Decide Who Lives, Who Dies* na revista *Life* em 1962. O tema causou um impacto nacional ao revelar que decisões cruciais de vida ou morte estavam a ser feitas por um pequeno grupo, baseadas em critérios que muitos consideravam arbitrários. O caso gerou um debate ético profundo, questionando quem deve decidir sobre a vida em situações de escassez de recursos médicos. Apesar das críticas, a Comissão de Deus é hoje considerada um marco na história da bioética moderna. A experiência de Seattle mostrou que a medicina não se limita à ciência, mas envolve escolhas difíceis, e o legado do Dr. Scribner vai muito além da inovação técnica da hemodiálise, ele abriu o caminho para uma reflexão sistemática sobre ética médica,

¹⁴ Neves, M.P. (2003). *O Homem reinventor do homem ou Prometeu desagrilhado*. Reimão C. e Pimentel M.C. (Coordenadores). Os longos caminhos do ser, homenagem a Manuel Barbosa da Costa Freitas. Universidade Católica Editora.

justiça na saúde e responsabilidade comunitária, influenciando gerações de médicos, bioeticistas e legisladores.

Na realidade, no final do século XX a medicina norte-americana viu-se confrontada com dilemas que iam muito além da ciência, tratando-se de decisões que envolviam a vida, morte e dignidade humana. Dois casos emblemáticos foram marcos dessa reflexão: Karen Ann Quinlan e Baby Doe³. O caso de Karen Ann Quinlan é considerado um dos marcos mais importantes no debate sobre a bioética e o direito a morrer com dignidade. Karen, uma jovem norte-americana nascida em 1954, depois de, supostamente, ter ingerido álcool e tranquilizantes durante uma festa em abril de 1975, entrou em coma seguido por um estado vegetativo persistente, caracterizado por um ciclo de sono-vigília intacto e regulação cardiopulmonar, mas sem funções cognitivas. Dependente de ventilação mecânica para respirar (quando necessário) e de alimentação artificial, a sua situação era inédita e gerou incertezas médicas não havendo consensos. Onde traçar a fronteira para não tornar o paciente uma vítima inesperada? Perante um prognóstico sem qualquer esperança de recuperação, os seus pais, considerando que a filha não teria desejado viver dessa forma, pediram autorização para desligar o ventilador, permitindo que pudesse morrer naturalmente. O pedido foi recusado pelo hospital e pelo tribunal de Morristown, Nova Jérсия. Apenas em 1976, após recurso, o Supremo Tribunal de Nova Jérсия deu razão aos pais de Karen, reconhecendo que existia um direito à privacidade que incluía a possibilidade de recusar tratamentos médicos extraordinários quando a pessoa já não tinha capacidade de decidir. Este acórdão constituiu um precedente jurídico de enorme relevância, pois pela primeira vez um tribunal norte-ameri-

cano admitia a legitimidade de suspender medidas de suporte vital em tais circunstâncias. Após a decisão, o ventilador foi desligado, mas, contra as expectativas médicas, Karen continuou a respirar sozinha. Manteve-se em estado vegetativo durante quase dez anos, até falecer em 1985, com 31 anos, devido a uma pneumonia. O caso de Karen Ann Quinlan tornou-se um ponto de referência internacional nos debates sobre eutanásia, distanásia ou obstinação terapêutica, consentimento informado e diretivas antecipadas de vontade, contribuindo para moldar a legislação e a reflexão ética sobre os limites da medicina no prolongamento da vida em situações irreversíveis e o direito à autodeterminação pessoal em cuidados de saúde. Um outro caso, o do *Baby Doe* ocorreu nos Estados Unidos em 1982 e desencadeou uma enorme controvérsia ética, médica e jurídica sobre os direitos das crianças com deficiência, os limites da intervenção médica e da responsabilidade/direitos parentais. Tratava-se de um recém-nascido que nasceu com síndrome de Down e com uma malformação grave no esôfago, que impedia a passagem normal dos alimentos para o estômago. A condição poderia ser corrigida com uma cirurgia relativamente comum e eficaz, mas os pais da criança decidiram não autorizar a intervenção cirúrgica, alegando que a qualidade de vida do filho seria muito limitada devido à deficiência. Como consequência dessa decisão, o bebê foi mantido apenas com cuidados básicos e acabou por morrer seis dias depois do nascimento, por desnutrição e desidratação. Este caso rapidamente ganhou dimensão nacional, pois médicos, juristas e defensores dos direitos das pessoas com deficiência questionaram se os pais e os profissionais de saúde tinham o direito de recusar tratamento a uma criança cuja vida poderia ser salva. O governo, então presidido por Ronald Reagan, interveio de

forma inédita, defendendo que todas as crianças, independentemente de apresentarem deficiências, tinham direito a cuidados médicos para preservar a vida. Como resposta, foram elaboradas as chamadas *Baby Doe Regulations*, regras emitidas pelo Departamento de Saúde norte-americano que exigiam que hospitais e médicos garantissem tratamento adequado a recém-nascidos com deficiências, salvo em situações em que o tratamento fosse considerado fútil ou apenas prolongasse o sofrimento. Este caso tornou-se um marco no debate sobre os direitos dos doentes incapazes de decidir por si próprios, o papel dos pais enquanto representantes legais e os limites da sua autonomia perante o interesse superior da criança. Levantou ainda discussões éticas sobre a qualidade de vida, a discriminação de pessoas com deficiência e a responsabilidade do Estado em interferir em decisões médicas e familiares.

A necessidade de comissões de ética hospitalares nos Estados Unidos começou a ganhar força sobretudo a partir da década de 1970, e em grande medida motivada pelos casos de grande mediatismo público, como o da Karen Ann Quinlan e o do Baby Doe. Estas situações acentuaram a necessidade dos hospitais terem estruturas formais para apoiar médicos, famílias e as próprias instituições na tomada de decisões complexas sobre cuidados de saúde. O passo decisivo aconteceu em 1983, quando a *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research* recomendou que todas as instituições de saúde dispusessem de comissões de ética ou de mecanismos equivalentes. No início dos anos de 1990, a *Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations* (JCAHO), entidade responsável pela acreditação hospitalar nos Estados Unidos, passou a exigir que os hospitais tivessem obrigatoriamente processos formais para lidar com dilemas éticos no

cuidado do doente e que permitissem igualmente assegurar a formação dos profissionais de saúde e cuidadores acerca das questões éticas no âmbito da prestação de cuidados de saúde, o que consolidou a presença generalizada das comissões de ética em instituições prestadoras de cuidados de saúde⁽¹⁵⁾.

Hoje, Karen Ann Quinlan e Baby Doe não são apenas nomes em livros de história da medicina, são símbolos de como a ética, a lei e a medicina se entrelaçam, lembrando-nos de que toda decisão que diz respeito à vida humana deve ser feita com cuidado, reflexão e humanidade.

O desenvolvimento da bioética em Portugal teve início ainda de forma discreta, no final da década de 1970 e na década de 1980, quando um pequeno grupo de reflexão (que viria a fundar em 1988 o Centro de Estudos de Bio-Ética em Coimbra), composto por personalidades das ciências e das letras, que cultivavam uma formação em humanidades e um espírito filosófico, se começou a reunir em Coimbra de maneira informal para refletir sobre questões emergentes relacionadas com a medicina, a vida e a morte⁽¹⁶⁾. Estas reuniões, marcadas por debates interdisciplinares, abriram caminho para a introdução sistemática da reflexão bioética no país, num período em que casos internacionais, como os de Karen Ann Quinlan e do Baby Doe, estavam a mobilizar a opinião pública e a comunidade científica em todo o mundo. O objetivo era criar um espaço de diálogo interdisciplinar, onde se cruzavam saberes da filosofia, da medicina, do direito e até da teologia, procurando respostas para questões como o início e o fim da vida, a experimentação em seres humanos, a transplantação de

¹⁵ Bulger, R.E., Bobby, E.M., Fineberg, H.V. (1995). *Society's Choices: Social and Ethical Decision Making in Biomedicine*. (1st ed.). National Academy of Sciences.

¹⁶ Neves, M.P. (2016). *A origem da bioética em Portugal através dos seus pioneiros*. (1^a ed.). Fronteira do Caos Editores.

60 - 71

órgãos ou os limites da intervenção médica. Essas sessões não se limitavam a debates internos. Com alguma frequência, posteriormente se organizaram encontros abertos, colóquios e conferências destinados a sensibilizar a comunidade acadêmica, médica e o público em geral para a importância da reflexão ética em saúde, mas também desempenharam um papel muito importante de divulgação, traduzindo e comentando textos estrangeiros de referência em bioética, permitindo que estudantes e profissionais portugueses tivessem acesso a conceitos e debates que estavam a marcar a agenda internacional. Com o tempo, a atividade deste núcleo foi abrindo caminho para a institucionalização da bioética em Portugal e para formar uma geração de profissionais sensíveis à ética na medicina, estabelecendo padrões de reflexão que combinavam rigor acadêmico e acuidade assistencial. Foi a partir desse espaço de reflexão que se formaram várias ligações a universidades estrangeiras e se criaram redes de cooperação com outros grupos acadêmicos nacionais e hospitais. Muitos dos que participaram neste grupo pioneiro viriam mais tarde a integrar organismos formais (como comissões de ética hospitalares e o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida). Assim, pode dizer-se que esse núcleo de Coimbra lançou as bases de uma cultura de debate bioético no país, num momento em que a disciplina ainda não existia como campo de estudo autónomo em Portugal.

Apesar de tudo, Portugal foi um dos primeiros países europeus a sentir a necessidade de uma comissão de bioética a nível nacional. Nessa altura, encontrávamo-nos num contexto político e social em que se consolidava o processo democrático iniciado após o 25 de Abril e Portugal tentava afirmar-se como um Estado de direito plenamente integrado na Europa, sendo membro da Comunidade

Económica Europeia desde 1986. O Parlamento português, também atento às práticas internacionais, em 1974 nos Estados Unidos foi criada a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (1974-1978), em 1984 na França foi instituído o *Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Santé* (a primeira comissão permanente), em 1985 o Conselho da Europa cria o *Comité d'Experts pour la Bioéthique*, considerou fundamental criar um órgão independente que pudesse analisar e aconselhar sobre algumas matérias, pois a rápida evolução da medicina e da biotecnologia, com temas como a fertilização in vitro, a investigação com embriões, a manipulação genética ou os transplantes de órgãos, colocava novos dilemas éticos e jurídicos que exigiam respostas estruturadas e institucionalizadas. Na realidade, a sua falta fez-se logo notar, em 1986, no decurso dos trabalhos da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, encarregada pelo, então, Ministro da Justiça (Dr. Mário Raposo) de preparar um projeto legislativo sobre procriação medicamente assistida (PMA). De facto, *desta comissão resultou o primeiro diploma que tratava da PMA, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro*, e que é apontado na doutrina como o primeiro passo importante no progresso legislativo em Portugal relativamente à PMA e permitiu iniciar uma regulamentação, *mesmo que se revelasse manifestamente insuficiente*. Mas, a dita Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, perante a complexidade e novidade dos problemas éticos observados na preparação desse documento, sentiu a falta de um amplo e permanente fórum de estudo e discussão transdisciplinar sobre a dimensão ética das novas tecnologias e em 1987 prepara uma proposta para um conselho nacional independente que pudesse analisar as questões éticas liga-

das às ciências da vida⁽¹⁷⁾. O **Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)** foi criado em 1990, sendo um órgão independente que funciona junto da Assembleia da República, o que sublinha a sua ligação direta ao debate democrático. A sua localização institucional traduz a importância de garantir que as grandes decisões sobre temas éticos sejam acompanhadas por uma reflexão plural e acessível a todos os representantes políticos. As funções do CNECV centram-se na análise e na emissão de pareceres, recomendações e promoção do debate público sobre questões éticas emergentes levantadas pelos avanços das ciências da vida, em particular da biomedicina e da biotecnologia. Um dos elementos centrais do CNECV é sua estrutura multidisciplinar, que reflete a complexidade dos dilemas bioéticos contemporâneos. O conselho integra, entre outros, profissionais das áreas da medicina, enfermagem, biologia, direito, filosofia, sociologia e bioética. Essa diversidade permite que as decisões e pareceres do conselho sejam ponderados sob múltiplas perspectivas, equilibrando riscos científicos, direitos individuais, valores sociais e considerações legais. Essa abordagem fortalece a legitimidade das recomendações e garante que a bioética portuguesa não seja apenas teórica, mas efetivamente aplicável às políticas e práticas de saúde. Desde a sua criação, o CNECV tem desempenhado um papel crucial em orientar políticas públicas e mediar debates, antecipando problemas éticos antes que eles se tornem críticos. A sua atuação pioneira também contribuiu para o fortalecimento da consciência ética na comunidade científica portuguesa, estabelecendo padrões de responsabilidade, transparência e respeito pela dignidade humana.

¹⁷ <https://www.cnecv.pt/pt/historia>, consultado em 2025.

Retomemos, porém, a dimensão internacional que reposiciona o sentido desta reflexão ao convocar o consentimento informado enquanto fundamento essencial à defesa inalienável da autodeterminação individual.

Consentimento é um termo que deriva do latim *consentire*. Neste contexto morfológico e etimológico é composto pela justaposição do prefixo *con* e do verbo *sentire* e exprime sentir em união. No entanto, a doutrina do consentimento (*quid sapit* informado na origem anglo-saxónica ou esclarecido numa reformulação da Europa Latina) é de tendência recente quando comparada com a vasta e ancestral história da medicina. A doutrina vigente no processo de consentimento informado não nasceu de juramentos médicos ou de comissões de ética e é na realidade uma célebre descendente dos tribunais e de decisões judiciais...

2. A Justiça Vê ao Microscópio: na Defesa da Liberdade e da Autonomia

Dos primeiros casos em que se condenaram as intervenções médicas realizadas sem autorização, até à formulação explícita do dever de informação e ao reconhecimento do consentimento informado como direito fundamental, circunscrevem-se mudanças sociais, jurídicas e éticas em torno da prática médica. O primeiro marco jurisprudencial remonta a 1767, no caso inglês *Slater vs Baker e Stapleton*. Aqui, um cirurgião realizou uma intervenção ortopédica não autorizada e para além de reparar uma fratura, decidiu, sem consentimento, submeter o paciente a um novo procedimento. O tribunal entendeu que tal prática era ilícita, frisando que a intervenção médica sem acordo explícito constitui uma violação da integridade corporal. Este caso foi um embrião do reconhecimento de que o consentimento do doente é mais do que uma

mera formalidade. Avançando quase um século, em 1859, no Tribunal Correccional de Lyon, em França, discutiu-se a legitimidade de experiências médicas que envolveram crianças sem qualquer autorização dos pais. O tribunal condenou essa prática, sublinhando que a condição de menor exigia ainda maior proteção e que, mesmo quando o objetivo era terapêutico ou científico, a ausência de consentimento dos representantes legais tornava o ato ilícito. Este episódio é particularmente relevante porque introduz de forma precoce a ideia de que o consentimento é indispensável em todas as idades e que, no caso de menores ou incapazes, deve ser obtido junto dos pais ou tutores. Antecipou, assim, preocupações que só mais tarde seriam plenamente desenvolvidas em convenções internacionais e códigos de ética médica. No caso *Carpenter vs Blake* (1871), uma paciente com uma fratura do úmero resultante de uma queda, alegou que o seu médico teria recorrido a um método de redução da fratura e imobilização diferente do habitual sem lhe ter explicado de forma adequada os riscos e benefícios associados e por isso sofreu complicações com limitação funcional e deformação do membro¹⁸. A controvérsia não se limitava, portanto, à execução técnica do ato médico, mas estendia-se à obrigação

de informar o doente das possíveis consequências de um procedimento não convencional. O tribunal entendeu que, sempre que um médico se afasta do tratamento considerado padrão ou mais comum, assume uma responsabilidade acrescida e deve demonstrar que o método adotado tem benefícios comprovados, sobretudo porque acarreta riscos superiores. Em 1894, o Tribunal do Império Alemão, apreciou um caso que se tornou marcante. Tratava-se de uma criança submetida a uma amputação sem que tivesse havido um esclarecimento adequado nem o consentimento informado dos seus representantes legais. O tribunal decidiu que o médico não podia agir de forma unilateral, ainda que com intenção terapêutica, e que tinha o dever de explicar a natureza e os riscos da intervenção antes de a realizar. Esta decisão foi fundamental porque, pela primeira vez, a instância judicial alemã afirmou claramente que a validade do consentimento exige informação suficiente, antecipando uma noção embrionária de “consentimento esclarecido”, e impondo ao médico um dever positivo de informação. O caso *Mohr vs. Williams* (1905) é um dos marcos iniciais na construção da doutrina do consentimento informado. Tratava-se de uma paciente que tinha dado consentimento para uma cirurgia ao ouvido direito, devido a problemas de audição. Durante a operação, contudo, o cirurgião constatou que o ouvido esquerdo apresentava um problema que, na sua perspetiva, necessitava de intervenção mais imediata. Sem interromper o procedimento e sem obter nova autorização da paciente, decidiu operar o ouvido esquerdo em vez do direito. Após a cirurgia, a paciente sofreu complicações que agravaram a sua audição. Processou então o médico, alegando que este tinha ultrapassado os limites do consentimento concedido. O Supremo Tribunal do Minnesota decidiu a seu favor, estabelecendo

¹⁸ Nota de autor: No seu livro *A History and Theory of Informed Consent* (1986), Beauchamp e Faden referem o caso *Wells v. World's Dispensary Medical Association* (1890) como um exemplo precoce de como as questões relativas a negligência e eventual fraude começaram também a ser discutidas em tribunal. A autora da ação alegava ter sido enganada pelos médicos, que lhe diagnosticaram falsamente um tumor uterino com o intuito de justificar uma intervenção cirúrgica. A acusação, portanto, não incidia apenas sobre a ausência de esclarecimento, mas sobre a manipulação ativa da informação clínica. Durante o julgamento, a dificuldade maior consistiu em demonstrar a inexistência do tumor no momento da intervenção, algo que a queixosa não conseguiu provar de forma cabal. Apesar dessa fragilidade probatória, o júri acabou por se pronunciar a seu favor, decisão que foi posteriormente confirmada em instância superior. Contudo, a fundamentação não se baseou num dever de obter consentimento informado, conceito ainda inexistente na doutrina da época, mas sim em dois fundamentos jurídicos clássicos: negligência e fraude.

que o médico não tinha o direito de intervir num órgão diferente daquele para o qual tinha a autorização. Sublinhou-se que, mesmo quando o médico acredita agir no melhor interesse do paciente, não pode substituir-se à vontade deste. O consentimento deve ser específico e a sua violação constitui uma agressão à integridade corporal. Este caso foi relevante porque, de forma pioneira, afirmou que o consentimento não é um mero formalismo e delimita a esfera da intervenção médica. No caso *Pratt vs Davis* (1906), o médico realizou uma intervenção cirúrgica sem o consentimento da doente, alegando que esta não era competente pela sua história de epilepsia. O tribunal entendeu que, embora a paciente estivesse também institucionalizada, isso não retirava o seu direito à autodeterminação sobre o próprio corpo. Concluiu que o médico não tinha autoridade para realizar uma cirurgia invasiva sem consentimento expresso. Este caso reforçou a noção de que a hospitalização ou incapacidade parcial não anulam a necessidade de consentimento válido. Em 1913 o processo *Rolater vs Strain*, envolveu uma paciente que tinha consentido uma cirurgia para tratamento de uma infeção no pé. O consentimento dado abrangia o procedimento de drenagem e remoção de qualquer corpo estranho, mas durante a operação o médico decidiu remover um osso do pé (um sesamoide e alegando que esse osso iria impedir a drenagem correta do abscesso), sem que esse ato tivesse sido previamente discutido ou autorizado. O tribunal entendeu que, embora tivesse existido um consentimento inicial, este era específico e não abrangia a extração do osso. A decisão foi clara. Ao ultrapassar os limites do consentimento concedido, o médico praticou um ato ilícito. A decisão reforçou que o consentimento é delimitado e específico, não podendo ser interpretado de forma ampla pelo médico. O caso *Schloendorff vs. Society of*

New York Hospitals (1914) é considerado um dos marcos fundadores do consentimento informado na jurisprudência norte-americana. A paciente, *Mary Schloendorff*, internada num hospital em Nova Iorque, aceitou realizar um exame sob anestesia para diagnóstico de um tumor abdominal, mas recusou expressamente qualquer cirurgia. Durante o exame, contudo, os médicos decidiram proceder à remoção do tumor sem a sua autorização. Quando a paciente sofreu complicações graves, avançou com uma ação judicial contra o hospital. Embora a ação tenha sido rejeitada por questões técnicas (na altura os hospitais de caridade beneficiavam de imunidade jurídica), o juiz *Benjamin Cardozo* proferiu uma das afirmações mais célebres e referenciadas: “Todo o ser humano adulto e de mente sã tem o direito de determinar o que será feito com o seu próprio corpo e o cirurgião que realiza uma intervenção sem o consentimento do seu doente comete uma agressão e é responsável pelos seus danos.” Este julgamento é decisivo porque fixou, em termos jurídicos, o princípio da autonomia do paciente e da necessidade de consentimento para qualquer intervenção médica. Mesmo que a prática clínica da época fosse marcada por um forte paternalismo, o caso *Schloendorff* abriu caminho para a formulação moderna do consentimento informado, transpondo um princípio ético para o domínio do direito. Poucos anos depois, em 1931, o Conselho de Saúde do Reich alemão publicou um regulamento sobre experimentação em seres humanos. O documento exigia, de forma pioneira, que qualquer investigação médica fosse precedida de consentimento voluntário e esclarecido do participante. Embora nascido num contexto autoritário e posteriormente ignorado na prática pelos crimes médicos do regime nazi, este texto normativo representou um avanço teórico notável ao antecipar

requisitos éticos que apenas décadas mais tarde seriam internacionalmente consagrados. O caso *Hunt v. Bradshaw* (1955), é ilustrativo do modo como a questão do consentimento informado começava a ganhar contornos jurídicos mais nítidos. *Charles Hunt* tinha um fragmento metálico alojado na mão e foi aconselhado pelo Dr. *Howard Bradshaw* a submeter-se a uma cirurgia para o remover. O médico descreveu o procedimento como simples, mas a operação revelou-se mais complexa e arriscada do que *Hunt* havia sido levado a acreditar. O paciente defendeu em tribunal que não tinha sido devidamente esclarecido sobre a gravidade da intervenção, nem sobre os riscos envolvidos, e que o médico não realizara os exames radiográficos necessários para localizar com precisão o corpo estranho, tornando a cirurgia mais invasiva do que deveria. No processo, discutia-se se o médico tinha cumprido o seu dever de esclarecimento ou se, pelo contrário, a omissão de informação relevante invalidava o consentimento prestado. O tribunal reconheceu que a informação fornecida ao paciente tinha sido insuficiente, na medida em que este não fora colocado em posição de compreender os perigos previsíveis do procedimento. Embora a decisão ainda não tivesse recorrido expressamente à expressão consentimento informado, que surgiria dois anos mais tarde, o julgamento apontou claramente para a necessidade de o consentimento ser mais do que uma assinatura ou uma anuência formal, devendo ser antecedido de uma explicação adequada. Em *Salgo vs Leland Stanford Junior University Board of Trustees* (1957), observou-se um verdadeiro marco jurídico onde foi introduzido pela primeira vez a expressão consentimento informado. *Martin Salgo*, de 55 anos, sofria de arteriosclerose da aorta com sintomatologia incapacitante, tendo-lhe sido recomendado que se submetesse a uma aortografia.

Após o procedimento *Salgo* ficou paralisado nos membros inferiores de forma permanente. O ponto central da ação judicial residiu no facto de nem *Salgo* nem a sua família terem sido informados de que o procedimento comportava um risco grave de paralisia. O tribunal reconheceu que o médico viola a sua obrigação profissional se omite riscos substanciais e relevantes para a decisão do doente. Sublinhou também que os médicos não devem minimizar ou ocultar esses riscos com o objetivo de obter o consentimento do paciente. Assim, estabeleceu-se o princípio de que o consentimento válido exige que o doente seja colocado em condições de compreender as consequências graves do tratamento ou exame de diagnóstico a que vai ser submetido. A importância deste caso reside na forma como assinala uma mudança na linguagem e na percepção do dever médico de informação, e nele surge, pela primeira vez, a expressão “consentimento informado” utilizada num acórdão judicial. O tribunal estabeleceu que o médico tem o dever de revelar ao paciente todas as informações necessárias para uma decisão consciente, consagrando o termo que se difundiria globalmente. No entanto, a decisão não fixou de modo claro os critérios para determinar a suficiência dessa informação, pois apesar de romper parcialmente com o paternalismo médico, ao reconhecer o direito do doente a ser informado, mantém ainda a possibilidade do médico omitir certos dados se entender que a sua comunicação poderia gerar ansiedade ou prejudicar o paciente. Este equilíbrio instável entre a obrigação de informar e a proteção do doente traduz bem as tensões que, a partir daí, passariam também a marcar o debate em torno do consentimento informado. Nos anos seguintes, a jurisprudência expandiu o alcance do dever de informação. Em *Mitchell vs Robinson* (1960) e *Natanson vs Kline* (1960),

os tribunais confirmaram que o dever de esclarecimento inclui riscos graves, mesmo que estatisticamente pouco prováveis. O paciente deve ser colocado numa posição de ponderar alternativas com plena consciência dos perigos. No primeiro caso, *William Mitchell*, doente psiquiátrico com antecedentes complexos de esquizofrenia, depressão, ansiedade e alcoolismo, foi submetido a tratamento com eletrochoques. Estes procedimentos implicavam riscos conhecidos, entre os quais convulsões, fraturas e outras complicações graves. Durante o tratamento, *Mitchell* sofreu uma convulsão generalizada que resultou em fraturas nas vértebras dorsais. Os médicos envolvidos alegaram ter explicado verbalmente os procedimentos e possíveis complicações ao próprio *Mitchell*, mas este contestou, defendendo que não tinha sido devidamente esclarecido e que, conseqüentemente, não poderia dar um consentimento válido. No segundo, *Irma Natanson*, doente oncológica submetida a uma mastectomia total, foi posteriormente tratada com radioterapia de cobalto, um procedimento que apresentava riscos conhecidos de queimaduras graves, lesões dos tecidos e até morte. *Natanson* alegou que o seu médico, *John R. Kline*, não lhe explicou devidamente a natureza do tratamento nem os perigos que este comportava, tendo apenas sido informada de que se tratava de um procedimento de rotina. A doente desenvolveu queimaduras profundas e extensas nas partes moles da região torácica. Estas lesões causaram-lhe dor intensa, incapacidade funcional e sequelas permanentes, constituindo o fundamento da sua ação judicial contra o médico *John R. Kline* e o hospital *St. Francis*. Neste caso deu-se um passo decisivo ao afirmar que a falta de esclarecimento pode constituir negligência médica, ainda que o procedimento tenha sido realizado com competência técnica. O caso *Canterbury vs Spence* (1972), nos Esta-

dos Unidos é amplamente considerado o verdadeiro marco na consolidação da doutrina moderna do consentimento informado. Este caso envolveu um jovem submetido a uma cirurgia à coluna (laminectomia) sem que tivesse sido informado do risco de paralisia. Após a intervenção, ficou permanentemente paralisado e processou o médico. O juiz *Spottswood Robinson*, fazendo referência ao caso *Schloendorff*, declarou que o paciente tem direito de decidir o que será feito com o seu corpo, e que, para que essa decisão seja válida, tem de ser informado de todos os riscos materiais, isto é, aqueles que poderiam influenciar a sua escolha. Só se admite exceção quando a comunicação imediata de certos riscos possa pôr em causa o bem-estar do próprio doente, no entanto, com exceções limitadas e não como regra geral. A partir deste acórdão, a medida do dever de informação deixou de ser aquilo que o médico considera adequado e, numa mudança conceptual profunda, passou a ser aquilo que o paciente necessita de saber para tomar uma decisão autónoma. A relação médico-doente deixou de estar centrada na autoridade técnica do médico para passar a estar centrada no direito fundamental da autonomia do doente. O caso *Cobbs vs Grant* (1972) contribuiu decisivamente para consolidar a doutrina do consentimento informado ao lado de *Canterbury vs Spence*, dando-lhe consistência jurídica e prática. A relevância deste caso não reside apenas na descrição clínica do episódio (úlceras gástricas que motivou uma intervenção cirúrgica), mas sobretudo no reconhecimento de que a omissão da informação sobre determinados riscos, como a possibilidade de lesão de um órgão adjacente (nesse caso o baço), comprometeria a validade do consentimento prestado. Em *Helling vs Carey* (1974), o tribunal responsabilizou oftalmologistas por não realizarem exames para o diagnóstico de glaucoma

em pacientes jovens, ainda que tal não fosse prática corrente. A decisão reiterou que o direito do paciente a ser protegido pode exigir mais do que as convenções profissionais estabelecidas⁽¹⁹⁾. No mesmo sentido, o caso *Zelevnick vs. Jewish Chronic Disease Hospital* (1975) é particularmente relevante porque estendeu de forma clara o âmbito do consentimento informado à investigação clínica. Doentes internados no *Jewish Chronic Disease Hospital*, em Nova Iorque, foram incluídos em experiências médicas sem que lhes tivesse sido prestada uma explicação adequada sobre a natureza dos procedimentos ou os riscos envolvidos. Alguns pacientes foram mesmo submetidos a injeções de células cancerígenas sem compreenderem o propósito da intervenção. O tribunal considerou que a ausência de informação suficiente invalidava qualquer pretensão

de consentimento. Sublinhou-se que a participação em investigação médica exige um nível de transparência ainda maior do que na prática clínica, dado que o objetivo principal não é apenas terapêutico, mas também científico. Assim, mesmo quando os riscos não são imediatos ou aparentes, o dever de esclarecimento mantém-se como condição fundamental de licitude. Este acórdão reforçou que o consentimento informado não é apenas um requisito para atos médicos tradicionais, mas também um pressuposto inegociável da investigação científica com seres humanos. A decisão ecoou preocupações já levantadas pelo Código de Nuremberga (1947) e pela Declaração de Helsínquia (1964), confirmando que qualquer participação em estudos deve ser precedida de consentimento verdadeiramente livre e esclarecido. O caso *Truman vs. Thomas* (1980), representa um momento fundamental na consolidação do consentimento informado, alargando o seu alcance para além da explicação dos riscos de um procedimento. A Sra. *Truman* era seguida há vários anos no seu médico de família que, atento a sinais ginecológicos de suspeição, recomendou a realização de um exame Papanicolau. A doente não realizou o procedimento e anos mais tarde foi diagnosticada com um tumor do colo do útero em estágio avançado, acabando por falecer. O tribunal decidiu que o dever de esclarecimento do médico não se limita a informar sobre os riscos de um procedimento, mas inclui também a obrigação de expor os riscos de não o efetuar. Ou seja, para que o consentimento do doente seja verdadeiramente informado, este deve conhecer não apenas as vantagens e perigos de fazer, mas também os perigos de não fazer, aprofundando assim o alcance do consentimento devidamente informado como elemento central no respeito pela dignidade e autonomia de decisão. O caso *Hall vs. Hilburn* (1985), é frequen-

¹⁹ Nota de autor: Já em 1932, um caso não diretamente associado à saúde ganhou enorme importância para a evolução do consentimento informado, pois estabeleceu um princípio jurídico que mais tarde seria transposto para a medicina. Neste caso, tratava-se de um processo de responsabilidade civil relacionado com dois navios de transporte (T.J. Hooper e Montrose) que não estavam equipados com rádios receptores. Apesar de, na época, a maioria dos armadores não usar esse equipamento, o tribunal considerou que a ausência do mesmo constituía negligência. O juiz afirmou que os padrões profissionais não são, por si só, suficientes para definir o dever de diligência e se a segurança exige mais do que aquilo que é prática comum, então a lei pode exigir esse nível superior de cuidado. A relevância deste raciocínio para a medicina e, em particular, para o consentimento informado, é evidente. Os tribunais não estão vinculados ao que a comunidade médica considera “suficiente” em termos de informação prestada ao paciente. Ou seja, mesmo que a maioria dos médicos, segundo a prática corrente, não revele certos riscos, o direito pode impor que tais riscos sejam comunicados. Assim, estes casos ajudaram a quebrar a autoridade exclusiva da profissão médica na definição do que deve ou não ser informado ao doente, preparando o terreno para decisões posteriores. O caso *Garthe v. Ruppert* (1934) é um processo de responsabilidade civil nos Estados Unidos (duty of care) e mostra como, em direito civil geral, e não apenas no direito que dizia respeito à medicina, emergem obrigações de cuidado (e de informação implícita) sobre quem mantém instalações (neste caso um balneário) ou presta serviços, ainda que o consentimento do utilizador não seja formalizado. O respeito em matéria de responsabilidade civil, tal como manifestado neste caso, inclui não enganar ou esconder condições perigosas (como, por exemplo, risco de queda por pavimento molhado), mas também definir quais as condições, ou não, que poderão ser razoavelmente espectáveis pelo utilizador.

temente citado como um marco na definição contemporânea do padrão de cuidados médicos (*standard of care*). A ação foi intentada por Glenn Hall, o marido de Terry Hall, que faleceu após uma cirurgia abdominal realizada pelo Dr. Glyn Hilburn. Embora a intervenção tivesse decorrido sem complicações aparentes, no pós-operatório a paciente apresentou dificuldades respiratórias e o agravamento do seu estado clínico. O médico não permaneceu disponível para monitorizar a evolução da doente, nem deixou instruções claras para a equipa de enfermagem, tendo regressado apenas quando já era demasiado tarde. Embora esta situação não seja, *stricto sensu*, um caso de consentimento informado, é relevante por clarificar padrões profissionais mais amplos, orientados pela comunicação, acompanhamento do doente e respeito pela sua autonomia e dignidade⁽²⁰⁾⁽²¹⁾⁽²²⁾⁽²³⁾⁽²⁴⁾.

Assim, desde as primeiras decisões do século XVIII até aos desenvolvimentos do século XX, a trajetória do consentimento informado revela um movimento progressivo: da mera proibição de atos médicos não autorizados, à exigência de um esclarecimento suficiente, culminando na formulação de um verdadeiro direito do paciente a ser informado de todos os riscos relevantes (da intervenção e da não intervenção) e a decidir autonomamente sobre o seu tratamento. O percurso jurídico mostra

como os tribunais foram decisivos na transformação de um princípio ético em direito fundamental (tabela 4), e ao tornar-se um direito fundamental, o consentimento informado despiu a medicina “(...) de quase todas as vestes do sagrado que lhe tinham garantido impunidade jurídica” e transformou uma “arte silenciosa” numa sinfonia de escuta atenta e palavra, onde o diálogo entre médico e paciente se torna a verdadeira partitura da dignidade humana⁽²⁵⁾.

Em Portugal, a doutrina vinha sublinhando há muito a necessidade de encarar o consentimento informado não apenas como uma exigência ética ou deontológica, mas como um verdadeiro dever jurídico. Esse momento de viragem, com condenação de um médico por violação do dever de obter consentimento informado e esclarecido, chegou com o acórdão de 2 de junho de 2015, cuja relatora foi a Conselheira Maria Clara Sottomayor⁽²⁶⁾. O caso dizia respeito a uma intervenção cirúrgica de natureza estética e reconstrutiva, destinada a corrigir cicatrizes na zona inguinal, conforme se pode ler no Relatório da Decisão: “(...) consultou o Réu, especialista em cirurgia plástica, no sentido de lhe pedir uma opinião sobre a hipótese de “subir” as cicatrizes que tinha em toda a zona inguinal, de forma a que estas não fossem visíveis abaixo da linha do fato de banho e, com vista a alcançar esse fim o Réu propôs-se efectuar duas cirurgias, em momentos distintos: num primeiro momento, o Réu realizaria uma pequena lipoaspiração à parte interna das coxas e, num momento posterior, subiria as cicatrizes, tendo sido a Autora operada pelo Réu no dia 02.05.2003 e tido alta no dia seguinte, com in-

67 - 71

²⁰ Pereira, A. D. (2004). O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil.

²¹ Faden R.R., Beauchamp T.L. (1986). *A history and theory of informed consent*. (1st ed.). Oxford University Press, Inc.

²² Berg, J.W., Appelbaum, P.S., Lidz C.W., Parker, L.S. (2001). *Informed consent, legal theory and clinical practice*. (2nd ed.). Oxford University Press, Inc.

²³ Neves, M.P. (2003). *Contexto cultural e consentimento: uma perspetiva antropológica*. Garrafa, V. e

²⁴ Jameson, L.M., Al-Tarawneh S.K. (2022). Informed consent from a historical, societal, ethical, legal, and practical perspective. *J. Prosthodont*.31, 464-471.

²⁵ de Oliveira, G. (1996). O fim da “arte silenciosa” – o dever de informação dos médicos. *Revista de legislação e de jurisprudência*, n.º 3852, pp: 70-72.

²⁶ <https://juris.stj.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2015:1263.06.3TVPR.T.P1.S1.9A?search=zNKSFHA07d5OIFhdh2M>, consultado em 2025.

dicação dos medicamentos a tomar e para aparecer no consultório do Réu no dia 05.05.2003, ocasião em que o Réu a informou que tinha resolvido o seu problema numa única operação, tendo aproveitado a cirurgia para injectar na vulva os auto-enxertos de gordura, colhidos da face interna das coxas por lipoaspiração, apanhando a Autora de surpresa pois o Réu nunca lhe havia pedido autorização para o efeito, pois a possibilidade de proceder ao enchimento dos grandes lábios nunca foi discutida entre ambos, nunca tendo sido esclarecida a Autora sobre os riscos inerentes a esse procedimento.” Na Fundamentação de Direito do mesmo relatório, é possível ler: “Como esclarece André Dias Pereira, «No ordenamento jurídico português a discussão do problema do alcance do consentimento tem necessariamente de ter como referência fundamental a opção do legislador penal, expressa no art. 156º, nº 2, al. b) do CP. A intervenção do médico, sem o consentimento do paciente, não é punida quando, com intenção terapêutica e de acordo com as *leges artis*, tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde, e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado». (...). Ora, no caso *sub judice*, os factos indicam de forma inequívoca, que a intervenção cirúrgica que não foi objeto de consentimento prévio, não visava evitar qualquer perigo para a vida, o corpo ou a saúde, nem tinha uma natureza urgente, que não permitisse adiar a mesma para momento posterior depois da obtenção do consentimento informado da paciente. De acordo com a lei e com a ética médica, o médico deve dar prioridade à possibilidade de escolha do

paciente face à incomodidade de se repetir a intervenção.” Ainda no Relatório da Decisão, encontramos: “Refere a Autora que logo nesse dia começou a sentir fortes dores, encontrando-se o grande lábio do lado direito muito inchado e deformado, dores essas e inchaço que aumentaram consideravelmente nos dias seguintes, tendo sido observada de novo pelo Réu mais algumas vezes, sem que este devesse essas dores e inchaço, apesar de lhe reforçar a medicação, pelo que a mesma acabou por ser observada por outros médicos, um dos quais, perante a infecção instalada por se terem formado abscessos, acabou por lhe drenar os dois grandes lábios, sem que o Réu, apesar de conhecedor dessa situação, tenha alguma vez contactado a Autora para saber do seu estado.” O tribunal sublinhou que o consentimento assim obtido não podia ser considerado livre e esclarecido, por lhe faltar corpo, clareza e tempo de reflexão. “No plano probatório, no caso *sub judice*, a autora demonstrou que o seu consentimento estava limitado a uma determinada operação inicialmente prevista - lipoaspiração e «subida» das cicatrizes – e que o médico ultrapassou as suas funções, quando realizou a vulvoplastia”. Tratou-se, portanto, de uma mera formalidade documental sem o conteúdo real que a lei e a ética médica exigem. Reforçou-se ainda que o dever de informação é autónomo e que a sua violação gera responsabilidade civil, independentemente de se provarem ou não danos físicos diretos. A simples violação da liberdade de escolha do paciente constitui, por si só, um dano moral indemnizável, a par de eventuais prejuízos estéticos ou funcionais. Com esta decisão, o Supremo Tribunal de Justiça alinhou definitivamente a jurisprudência portuguesa com os padrões internacionais, afirmando que o consentimento informado é um direito fundamental do doente e que a sua violação gera consequências

jurídicas efetivas. O caso de 2015 marcou, assim, uma viragem no direito da medicina em Portugal, ao transformar o consentimento informado de um princípio ético e deontológico num verdadeiro dever jurídico, dotado de tutela judicial efetiva.

Tabela 4. Tabela cronológica enquadrante de casos judiciais e documentos históricos sobre Consentimento Informado

Ano	Caso / Documento	Local	Contributo para o consentimento informado
1767	<i>Slater vs Baker e Stapleton</i>	Inglaterra	Primeira condenação de ato médico não autorizado; início da proteção da autonomia do paciente.
1859	Tribunal Correcional de Lyon	França	Condenação de experiências médicas em crianças sem autorização parental; reforço da exigência de consentimento explícito e proteção dos menores.
1871	<i>Carpenter vs Blake</i>	Estados Unidos da América	Obrigação de informar o paciente sobre riscos e benefícios de atos médicos não convencionais.
1894	Tribunal do Império Alemão	Alemanha	Ausência de consentimento dos representantes legais de um menor para uma intervenção. Introdução do dever de informação sobre riscos e natureza do tratamento.
1905	<i>Mohr vs Williams</i>	Estados Unidos da América	Intervenção em órgão não autorizado considerada ilícita; consentimento é específico delimitando a esfera da intervenção médica.
1906	<i>Pratt vs Davis</i>	Estados Unidos da América	Reafirma-se que a hospitalização não retira direito ao consentimento e à autodeterminação individual.
1913	<i>Rolater vs Strain</i>	Estados Unidos da América	Consentimento deve ser delimitado e específico; remoção de osso não autorizado foi considerada excesso.
1914	<i>Schloendorff vs Society of New York Hospitals</i>	Estados Unidos da América	Declaração do Juiz Cardozo sobre o direito de cada pessoa decidir sobre o próprio corpo.
1931	Regulamento do Conselho de Saúde do Reich	Alemanha	Exigência formal de consentimento informado nas experimentações com seres humanos.
1947	Código de Nuremberga	Alemanha	Estabeleceu princípios éticos fundamentais para a investigação médica, incluindo a exigência de consentimento voluntário do participante.
1955	<i>Hunt vs Bradshaw</i>	Estados Unidos da América	Insuficiência de informação prestada e incumprimento do dever de esclarecimento.
1957	<i>Salgo vs Leland Stanford Junior University Board of Trustees</i>	Estados Unidos da América	Primeira utilização da expressão <u>consentimento informado</u> ; consolidação do conceito.
1960	<i>Mitchell vs Robinson</i>	Estados Unidos da América	Obrigação de informar riscos graves mesmo que raros.

Ano	Caso / Documento	Local	Contributo para o consentimento informado
1960	<i>Natanson vs Kline</i>	Estados Unidos da América	Dever de informação ampla para permitir decisão consciente.
1964	Declaração de Helsínquia	Associação Médica Mundial	Documento internacional que reforça os princípios éticos da investigação médica, consolidando o consentimento informado como requisito central.
1972	<i>Canterbury vs Spence</i>	Estados Unidos da América	Dever de informação ampla dos riscos para permitir decisão consciente; o que o paciente necessita saber.
1972	<i>Cobbs vs Grant</i>	Estados Unidos da América	Dever de informação ampla dos riscos para permitir decisão consciente;
1974	<i>Helling vs Carey</i>	Estados Unidos da América	Padrão de cuidados não basta; exigência de maior proteção do paciente.
1975	<i>Zelevnick vs Jewish Chronic Disease Hospital</i>	Estados Unidos da América	Extensão do consentimento informado à investigação clínica.
1980	<i>Truman vs Thomas</i>	Estados Unidos da América	Riscos de recusar um procedimento diagnóstico devem ser revelados ao paciente.
1985	<i>Hall vs Hilburn</i>	Estados Unidos da América	Clarificação de padrões profissionais (<i>standard of care</i>).

Nota: documentos históricos a **Bold**

70 - 71

3. Conclusão – Entre Princípios e Valores: O Caminho que Decidimos Construir

A reflexão sobre a bioética, desde a sua génese internacional até à sua consolidação no contexto português, evidencia um percurso em que ciência, ética e direito se foram interligando para responder às transformações profundas da prática clínica e da investigação em saúde. O seu surgimento enquanto disciplina estruturada resulta de acontecimentos históricos marcantes, que evidenciaram falhas éticas graves e que expuseram a vulnerabilidade humana perante a capacidade técnica e científica, revelando a necessidade de princípios orientadores capazes de proteger a dignidade do primado humano. Foi nesse cenário que a autonomia, a beneficência, a justiça e a não maleficência se afirmaram como eixos fundadores, orientando não apenas uma reflexão teórica, mas também a ação com foco em políticas públicas e na atuação das instituições de saúde e de investigação. Assim nasceram, em diversos países, comissões de ética especializadas, concebidas para avaliar protocolos de investigação, assegurar o respeito pelos participantes e promover uma cultura de responsabilidade institucional. Estes organismos, inicialmente focados na investigação científica, expandiram progressivamente o seu âmbito às unidades de saúde, reforçando uma abordagem integrada à proteção dos direitos dos doentes. Paralelamente, também, os casos judiciais que marcaram a evolução do consentimento informado, quer no panorama internacional quer no ordenamento jurídico português, desempenharam um papel decisivo na clarificação das obrigações dos profissionais e na afirmação do direito à autodeterminação dos cidadãos.

Deste modo, a bioética impõe-se como mediadora das complexidades humanas que atravessam os tempos. Em última análise, o seu percurso histórico e jurídico demonstra que o exercício ético da medicina é sempre um compromisso reiterado e continuamente consolidado entre o conhecimento técnico, a inovação científica e o respeito incondicional pela dignidade humana.

INFORMED CONSENT 5.0: RETHINKING AUTONOMY AND RESPONSIBILITY IN THE ALGORITHMIC ERA OF MEDICINEA

Eduardo Dantas (*)
Advogado

Abstract: *The article examines the historical and conceptual evolution of informed consent in Brazil and worldwide, tracing its transformation from a formal and paternalistic model to what is proposed here as “Informed Consent 5.0.” This new paradigm integrates algorithms, digital platforms, and artificial intelligence into the communication process between physician and patient, redefining the ethical and legal dimensions of consent in healthcare.*

The study highlights the need to move from static documentation to a dynamic and personalized model of information governance, capable of ensuring transparency, comprehension, and traceability within increasingly complex technological ecosystems. It also analyzes the challenges posed by data protection frameworks (such as the LGPD and GDPR), the risks of “informational negligence,” and the growing phenomenon of the judicialization of medical information.

Finally, the paper argues that Informed Consent 5.0 should not be reduced to a digital signature or procedural formality but recognized as a continuous process of shared decision-making — one that harmonizes ethics, law, and technology to strengthen patient autonomy and enhance legal security in medical practice.

Keywords: *Informed consent; Civil liability; Medical law; Artificial intelligence; Algorithms; Digital health; Data protection; Information governance; Medical ethics; Patient autonomy; Judicialization; Digital evidence.*

* Eduardo Dantas is a Brazilian and Portuguese lawyer specializing in Medical Law, Health Law, and Civil Liability. He is the founding partner of Eduardo Dantas Advocacia & Consultoria (Recife, Brazil). He earned his LL.B. from the Federal University of Pernambuco, a postgraduate specialization in Consumer Law from the University of Castilla-La Mancha (Spain), and an LL.M. in Medical Law from the University of Glasgow (United Kingdom). He is currently pursuing a Ph.D. in Civil Law at the University of Coimbra (Portugal). He serves as Vice-President and member of the Board of Governors of the World Association for Medical Law, Legal Counsel to the Regional Council of Dentistry of Pernambuco (CRO-PE), and member of the Brazilian Institute for Studies in Civil Liability (IBERC).

Resumo: *O texto discute a evolução do consentimento informado no Brasil e no mundo, desde um modelo formal e paternalista até o proposto “Consentimento Informado 5.0”, que incorpora algoritmos, plataformas digitais e inteligência artificial. Destaca os desafios éticos, jurídicos e tecnológicos desse novo cenário, enfatizando a necessidade de personalização, clareza e registro dinâmico da informação. Aponta os riscos da judicialização da informação médica e propõe estratégias para implementação de um modelo de consentimento mais transparente, participativo e seguro para pacientes e profissionais.*

Palavras-chave: *Consentimento informado; Responsabilidade civil; Algoritmos; Plataformas digitais; Judicialização; LGPD; Ética médica; Governança da informação; Autonomia do paciente; Prova digital.*

Resumen: *El texto analiza la evolución del consentimiento informado en Brasil y en el mundo, desde un modelo formal y paternalista hasta el propuesto “Consentimiento Informado 5.0”, que incorpora algoritmos, plataformas digitales e inteligencia artificial. Señala los desafíos éticos, jurídicos y tecnológicos de este nuevo contexto, subrayando la necesidad de personalización, claridad y registro dinámico de la información. También aborda los riesgos de la judicialización de la información médica y propone estrategias para implementar un modelo de consentimiento más transparente, participativo y seguro para pacientes y profesionales.*

Palabras clave: *Consentimiento informado; Responsabilidad civil; Algoritmos; Plataformas digitales; Judicialización; Protección de datos; Ética médica; Gobernanza de la información; Autonomía del paciente; Evidencia digital.*

I. Introduction and Historical Development

The notion of informed consent has become, over the past decades, one of the central pillars of civil liability in healthcare⁽¹⁾. From its early formulations, still marked by a paternalistic model and the formal signature on paper, to its current conception, understood as a genuine communicative process between physician and patient, there has been a fundamental shift: from the mere formality of documentation to the substance of understanding⁽²⁾.

Today, however, a new challenge emerges. What we may call “Informed Consent 5.0” is not simply an updated form or a new digital interface, but an entire ecosystem of decision-making mediated by algorithms, digital platforms, and data flows that now permeate the physician–patient relationship.

The very idea of informed consent was born as a reaction to the medical paternalism that dominated clinical practice until the mid-twentieth century. Initially, the concern was merely formal: obtaining the patient’s signature served more as a safeguard for the healthcare professional than as a genuine instrument of patient autonomy⁽³⁾.

This historical evolution explains why, in the context of new technologies, informed consent ac-

quires additional layers of complexity⁽⁴⁾.

“The landscape of digitized medicine and emerging health Technologies, including telemedicine, robotic medicine, and artificial intelligence, demonstrates that informed consent acquires distinct and heightened specificities, given the various contingent factors and the risks inherent to the technical characteristics of each modality.”

This rudimentary legal conception, however, proved insufficient in light of the evolution of fundamental rights and the centrality of human dignity within the field of healthcare. The modern notion of informed consent emerged precisely to invert this logic⁽⁵⁾: it is not the patient who signs to protect the physician, but the physician who informs to empower the patient.

In this sense, as I have previously argued, the act of consenting cannot be equated with the genuine exercise of autonomy⁽⁶⁾:

“Consenting is just a part of the process of choosing, and is not enough to allow patients to exercise their right to autonomy. This can only be accomplished through the complete and understandable disclosure of all information regarding treatment, their options and possible consequences.”

In Brazil, the consolidation of informed consent developed in dialogue with foreign experiences and through the progressive incorporation of the

¹ The expression “informed consent” originated in United States case law, particularly in the decision *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957).

² The Declaration of Helsinki (last revised in 2013 by the World Medical Association) reinforces the requirement of free and informed consent in medical research involving human subjects.

³ The case *Canterbury v. Spence* (1972), Court of Appeals for the District of Columbia, established the “material risk” standard as the benchmark for the medical duty to inform in the United States.

⁴ “O panorama de medicina digitalizada e novas tecnologias — telemedicina, medicina robótica e inteligência artificial — revela que o consentimento informado adquire certas peculiaridades, considerando os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes às características de cada tecnologia.” Dantas E, Nogaroli R. *Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde*. *Lex Medicinæ*. 2020;17(33):26.

⁵ Article 15 of the Brazilian Civil Code (Law No. 10.406/2002) provides that no one may be compelled to undergo medical treatment involving risk to life.

⁶ Dantas E. *When consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy*. *Medicine and Law*. 2011;30(4):461–475, p. 461.

principle of patient autonomy into ethical norms and jurisprudence⁽⁷⁾. Since the 1980s, the *Código de Ética Médica* (Medical Ethics Code)⁽⁸⁾ has explicitly enshrined the duty of information and the requirement of free and informed consent for diagnostic and therapeutic procedures⁽⁹⁾.

At the same time, the *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) and state courts began to recognize the failure to provide adequate information as an autonomous ground for civil liability, even when there was no technical error in the execution of the procedure⁽¹⁰⁾. This evolution transformed informed consent from a mere formality into a substantial element of the physician–patient relationship⁽¹¹⁾.

It is within this historical and legal context that different “versions” of informed consent emerge:

- The 1.0 version of a strictly formalist character, was limited to obtaining the patient’s signature.
- The 2.0 version, inspired by more modern ethical norms and judicial decisions, incorporated the notion of patient autonomy, demanding that information be intelligible and comprehensible.
- The 3.0 version introduced standardized forms and institutional protocols, seeking

uniformity and safety.

- With version 4.0, digitalization brought the migration of consent to tablets, electronic health records, and online platforms, facilitating storage and accessibility — though without solving the deeper problem of true understanding.

As Betta’s historical analysis demonstrates, the legal construction of informed consent did not originate as an ethical refinement internal to medical practice, but as a juridical countermeasure imposed by courts when confronted with claims arising from physician-centred decision-making⁽¹²⁾.

As Cave shows, the legal doctrine of informed consent never set out to guarantee patient understanding or self-determination; it functioned instead as a procedural shield for physicians and institutions, ensuring formal defensibility rather than substantive disclosure⁽¹³⁾.

This corresponds to the same critique I have consistently made regarding the limitations of a purely documentary approach to consent⁽¹⁴⁾:

“A consent form signed by the patient is not a safeguard from lawsuits. Of course, it is an important document, but cannot be seen as the only thing that matters in defensive medicine.”

As Shultz observes, the protection of patient autonomy in medical law did not emerge as an autonomous legal interest, but only as a by-product of doctrines aimed at bodily integrity and professional competence — neither of which coincides

75 - 86

⁷ CFM Resolution No. 2.217/2018 (as updated by CFM Resolution No. 2.336/2023) reinforces the physician’s duty to provide information and the patient’s right to autonomy.

⁸ In Brazil, the 1988 Medical Ethics Code already required, in Article 46, that physicians obtain the patient’s consent for diagnostic and therapeutic procedures.

⁹ Council of Europe, Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention, 1997), Article 5.

¹⁰ The Brazilian Superior Court of Justice, in REsp 1.540.580/DF (Opinion by Justice Ricardo Villas Bôas Cueva, 3rd Panel, decided on March 15, 2016), held that the absence of informed consent constitutes a defect in the provision of medical services.

¹¹ Article 6(III) of the Brazilian Consumer Protection Code (Law No. 8.078/1990) imposes a duty on service providers to supply clear, adequate and conspicuous information.

¹² BETTA, Emmanuel. *Between law and profession: the origins of informed consent in medical practice*.

¹³ CAVE, Emma. *The ill-informed: Consent to medical treatment and the therapeutic exception*, Common Law World Review, 2017, Vol 46(2) 140–168

¹⁴ Dantas E. *When consent is not enough...* Medicine and Law. 2011;30(4):463–472.

with autonomy itself⁽¹⁵⁾.

Now, Informed Consent 5.0 emerges within an environment dominated by algorithms, artificial intelligence, and digital platforms, where the challenge is no longer merely recording consent but governing increasingly complex flows of information⁽¹⁶⁾.

Betta further shows that the emergence of informed consent functioned as a legal instrument to displace decisional control from the exclusive domain of the physician and re-allocate it to the patient as a matter of enforceable right, rather than a concession of professional benevolence⁽¹⁷⁾.

This trajectory reveals a profound transformation in the legal conception of consent. Whereas in the past the emphasis lay on form, today the focus has shifted toward content and process. Recent jurisprudence underscores that the information must be complete, timely, and suited to the patient's level of understanding — under penalty of liability for informational failure.

Cave demonstrates that the very architecture of consent law structurally tolerates — and in practice reproduces — informational asymmetry, such that the patient's apparent "assent" persists as a legally adequate fiction even when comprehension has plainly not occurred⁽¹⁸⁾.

Shultz shows that "informed consent" as currently articulated fails to safeguard the patient's interest in self-determination, because it operation-

alizes consent through derivative doctrines instead of directly protecting the interest in choice⁽¹⁹⁾.

In other words, a standardized form or a single click on an application cannot by themselves exclude liability. Consent must be dynamic, dialogical, and contextualized, reflecting a genuine process of shared decision-making⁽²⁰⁾.

In Cave's account, the persistence of doctrines like the therapeutic exception reveals that contemporary law still permits physicians to withhold precisely the type of information that would constitute autonomy-relevant choice — showing that the system is not merely imperfect, but incoherent on its own terms⁽²¹⁾.

At the same time, this evolution exposes a tension between legal security and efficiency. Many healthcare professionals perceive consent forms as increasingly lengthy and bureaucratic, without necessarily improving patient comprehension. Conversely, patients and lawyers argue that prolix documentation does not guarantee transparency and that overly technical or legalistic language often alienates rather than clarifies. This mismatch fuels judicialization, since each side projects onto the document different expectations regarding information and responsibility⁽²²⁾.

For Shultz, the injuries produced by violating a patient's interest in medical choice are not rhetorical or symbolic: they constitute a distinct and

76 - 86

¹⁵ SHULTZ, Marjorie M. *From Informed Consent to Patient Choice*. 95 Yale L.J. 219 (1985).

¹⁶ The Brazilian Internet Civil Framework (Law No. 12.965/2014) establishes standards for the retention and security of electronic records, with direct implications for the digital evidence of consent.

¹⁷ BETTA, Emmanuel. *Between law and profession: the origins of informed consent in medical practice*.

¹⁸ CAVE, Emma. *The ill-informed: Consent to medical treatment and the therapeutic exception*, Common Law World Review, 2017, Vol 46(2) 140–168

¹⁹ SHULTZ, Marjorie M. *From Informed Consent to Patient Choice*. 95 Yale L.J. 219 (1985).

²⁰ Brazilian Ministry of Health. Ministerial Ordinance GM/MS No. 1.559/2008. Establishes the National Humanization Policy of the Unified Health System (SUS).

²¹ CAVE, Emma. *The ill-informed: Consent to medical treatment and the therapeutic exception*, Common Law World Review, 2017, Vol 46(2) 140–168

²² Brazilian Superior Court of Justice. AgInt in REsp 1.738.449/PR (Opinion by Justice Nancy Andrighi, 3rd Panel, decided on August 21, 2018).

legally cognizable harm that existing consent law does not adequately address⁽²³⁾.

Another essential point is that informed consent has never been merely a piece of paper⁽²⁴⁾. It is — or should be — a communicative practice. The quality of the information conveyed depends on interpersonal skills, on time dedicated to listening, and on the professional’s ability to translate risks and benefits into accessible language.

The introduction of technology does not eliminate this human dimension; indeed, it may amplify it, since digital mediation can distance the parties and create the illusion that a click replaces dialogue. Such illusion is dangerous, ethically and legally⁽²⁵⁾.

Furthermore, the contemporary context introduces a multiplicity of actors. The physician and patient are no longer the only participants. Technology companies, app developers, telemedicine platforms, and interoperability systems that share data among institutions all intervene in the process. Each of these actors can influence the form and content of consent⁽²⁶⁾, creating zones of diffuse responsibility⁽²⁷⁾.

Law has only begun to grapple with this networked reality, but the trend is clear: those who adopt technological solutions must act diligently not only in choosing their providers but also in supervising informational processes.

II. Normative and Technological Challenges of Consent in the Digital Ecosystem

If law is still learning to deal with this network of actors and technologies, it is because the classical references of consent, conceived for a bilateral, face-to-face relationship, documented on paper, are no longer sufficient to address the reality of digital, distributed, and dynamic ecosystems.

The first challenge concerns regulatory framing. When the information that grounds the patient’s decision is co-produced by professionals, platforms, and algorithms, it becomes essential to distinguish precisely who determines the “purposes and means” of data processing and who merely executes technical operations — in the terminology of the *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* (LGPD, Law 13.709/2018)⁽²⁸⁾.

The distinction between *controllers* and *processors*, combined with situations of joint responsibility, has direct implications for determining who is liable for informational gaps, design flaws in user interfaces, or incomplete logs within the consent process⁽²⁹⁾.

On a broader legislative level, the tension is threefold.

First, consumer protection law (*Código de Defesa do Consumidor*, CDC) defines as a *defect of service* any insufficiency of information, shifting the analytical focus toward communicative adequacy and the duty of transparency⁽³⁰⁾.

²⁸ The Brazilian General Data Protection Law (Law No. 13.709/2018) defines, in Articles 5(VI) and (IX) and Article 7, the legal bases for the processing of sensitive personal data, including health data.

²⁹ In 2022, the Brazilian National Data Protection Authority (ANPD) published the “Guidance for the Processing of Personal Data by Public Authorities”, which also informs best practices in private-sector environments.

³⁰ The European GDPR (Regulation (EU) 2016/679), Article 7, requires that consent be “freely given, specific, informed and unambiguous”.

²³ SHULTZ, Marjorie M. *From Informed Consent to Patient Choice*. 95 Yale L.J. 219 (1985).

²⁴ Federal Council of Medicine. CFM Opinion No. 8/2020. Ethical guidelines on the use of applications and digital platforms in medical care.

²⁵ CFM Opinion No. 14/2020, on Telemedicine, reiterates that even in remote consultations adequate informed consent and secure record-keeping must be ensured.

²⁶ OECD. Recommendation on Health Data Governance. 2017.

²⁷ In Brazil, ANVISA — through RDC No. 302/2005 and subsequent regulations — establishes security and traceability requirements for health services, which have implications for digital consent procedures.

Second, the *Marco Civil da Internet* (Law 12.965/2014) and health-sector regulations impose minimum standards of data storage, security, and registration, yet they do not specify what constitutes valid *digital proof* of the patient's understanding across multimedia and layered interfaces.

Finally, sectoral regulators such as the *Autoridade Nacional de Proteção de Dados* (ANPD), *Anvisa*, and professional councils advance at uneven paces: while data protection demands legal bases, *privacy by design*, and *accountability*, health and deontological norms move toward recognizing telemedicine, electronic records, and health software, but still lack uniform parameters for dynamic, audiovisual, and AI-mediated consent.

From a doctrinal standpoint, law must reconfigure its categories. Civil liability for informational failure ceases to be a mere accessory contractual duty and acquires the contours of an *organizational duty*: the duty to select technological suppliers diligently (*culpa in eligendo*), to supervise their processes (*culpa in vigilando*), and to design informational experiences that do not mislead users (*informational design duty*)⁽³¹⁾.

Legal literature has begun to discuss “informational negligence” and “communicational malpractice” where choice architectures — pre-checked boxes, hidden options, or *dark patterns* — reduce consent to a mechanical gesture without minimum assurance of comprehension. This resembles the *defect of information* under consumer law and, within medical law, constitutes a breach of the duty to inform as an autonomous source of wrongdoing.

Evidence becomes another critical dimension. In court, a simple screenshot of an electronic signature will not suffice; what will be required

is the *probative path* of consent: which screens were displayed, in what order, for how long they remained visible, what questions were asked and answered, whether material was presented in plain language, and whether the system recorded full reading or mere scrolling.

The consistency of these records depends on audit trails, time stamps, cryptographic integrity, and a verifiable digital chain of custody. Without minimal standards for logging and preservation, the evidentiary value of electronic consent becomes fragile — a gap that legislation has yet to fill with technical detail, demanding that legal scholarship and forensic system experts develop robust criteria of authenticity and reliability.

A further issue is the algorithmic explainability applied to consent. If a platform personalizes information based on predictive models or user profiling, how can one ensure that filtering, simplification, or emphasis do not distort relevant risks?

The informational asymmetry between developers and users imposes a proportional duty of transparency: not necessarily to disclose source code, but to guarantee intelligibility regarding how and why information has been adapted.

In the absence of such transparency, personalized consent may be challenged for bias, omission, or manipulation. Data-protection doctrine offers useful principles — minimization, necessity, non-discrimination — but their translation into clinical and medico-legal contexts remains incipient.

Another complexity arises from the coexistence of multiple consents with distinct purposes, clinical, research, educational, algorithmic improvement, or marketing, within a single digital journey. The LGPD requires granularity and explicitness for secondary uses; the CDC demands

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

clarity and the absence of surprise; biomedical ethics requires respect for autonomy and genuine revocability without retaliation.

Unifying these layers without confusing the patient demands expertise in drafting, information architecture, and governance: policies that separate choices, user-friendly channels for preference management, independent logs per purpose, and mechanisms to propagate revocation to third parties with whom data have been shared.

In parallel, legal culture will need to consolidate a standard of informational care specific to digital environments. Just as medical technique is evaluated according to protocols and scientific literature, communication mediated by technology must be assessed through readability metrics, usability tests, comprehension rates verified by quizzes, and evidence that alternative formats (text, audio, video, or different languages) were offered.

The absence of such elements may doctrinally amount to a *service failure* even in the absence of technical medical error, since the harm may stem from a misinformed decision. This interpretive shift is already visible in jurisprudence concerning opaque terms and abusive clauses in digital services — a logic that is likely to extend into healthcare.

Institutionally, law must also confront inequalities of scale. Large networks and platforms are capable of implementing dynamic consent through engineering, testing, and governance. Smaller clinics and practices, however, remain vulnerable to the risks of “uncritical outsourcing” — adopting ready-made solutions not necessarily compliant with legal or ethical standards⁽³²⁾.

Hence the importance of public and sectoral guidelines establishing minimum requirements for

digital health consent, model contractual clauses for technology suppliers, certification criteria for platforms, and templates for *Data Protection Impact Assessments* (DPIAs) tailored to clinical pathways. The absence of such benchmarks increases uncertainty and raises compliance costs.

Lastly, special attention must be given to vulnerable populations: minors, the elderly, persons with disabilities, patients in acute pain or under sedation, and contexts of urgency or emergency. The validity of digital consent in these circumstances cannot be presumed from a single click.

Law will need to specify reinforced safeguards: double confirmation layers, digital witnessing, proportional audiovisual records, the involvement of legal representatives through dedicated channels, and, above all, the possibility of deferring non-urgent decisions until true comprehension is possible. Without such guarantees, the 5.0 ecosystem risks reproducing — in technological form — the same vices of old formalism.

III. From Documentation to Governance: Building a Legal Framework for Informed Consent 5.0

In summary, to say that law is “still learning” in this field is to acknowledge that the maturity curve involves simultaneous legislative and doctrinal choices: clarifying roles and responsibilities within the technological chain; establishing minimum standards for digital evidence and informational design; incorporating criteria of explainability and safeguards against bias; differentiating consent by purpose with simple mechanisms for revocation; and consolidating a measurable *standard of informational care* based on objective metrics.

While this normative structure is still under construction, best practices recommend that

³² International Medical Informatics Association (IMIA). IMIA Code of Ethics for Health Information Professionals. 2016.

healthcare professionals and institutions immediately adopt consent governance compatible with the LGPD, the CDC, and biomedical ethics, documenting not only the act of “acceptance” but the entire reasoning path that led the patient to decide. In the end, this is what transforms technology into trust — and trust into legal security.

Understanding this historical and conceptual evolution is essential to facing the challenges of Informed Consent 5.0. Without such a framework, the debate risks remaining at a superficial level, limited to apps, digital signatures, and logs, without realizing that, at its core, the same ethical and legal imperative persists: ensuring that the patient truly understands, freely and consciously, what he or she is consenting to. The future of informed consent will not merely be more technological; it will also demand a higher standard of informational governance and civil accountability.

When the trajectory of informed consent is observed through the lens of civil liability, its recent history can indeed be told as a succession of “versions,” each responding to a particular social, technological, and legal context.

Informed Consent 1.0 corresponds to the traditional model, still heavily influenced by medical paternalism. In it, the signature on paper functioned as a formal ritual, a shield for the professional or institution, but not necessarily as a tool of autonomy for the patient. It was a consent centered on form rather than substance, usually expressed through standardized, technical, and obscure documents.

With the recognition of patient rights and the principle of autonomy, the 2.0 version emerged. Consent began to be understood as a substantive duty of information, requiring accessible language and clear explanation of risks, benefits, and alternatives. Hospitals and clinics started using more

detailed templates, including fields where the patient could declare having asked questions and received answers.

Jurisprudence began holding professionals liable even when the procedure was technically correct but the information insufficient — marking the transition from the “signed paper” to the “understood information.”

Version 3.0 represents the era of standardization and quality management. Inspired by international protocols, accreditation programs, and the demands of health insurers, institutions adopted uniform forms, checklists, and auditing flows. The central concern became traceability — demonstrating that internal processes were followed. Typical examples include surgical consent forms with specific fields for anesthetic risk, transfusion, prosthesis use, and possible complications. Although this phase strengthened documentary security, true communication still depended on individual professional conduct.

With digital transformation, Consent 4.0 was inaugurated. Forms migrated to tablets, electronic medical records, scheduling apps, and telemedicine platforms. Electronic signatures facilitated storage, reduced paper use, and streamlined workflows. Many clinics began offering explanatory videos and interactive digital forms before appointments or procedures⁽³³⁾. This phase increased efficiency and accessibility but introduced new risks: rapid clicks without reading, pre-checked boxes, or lengthy terms displayed on small screens⁽³⁴⁾. The challenge became ensuring that technology enhanced understanding rather than merely fulfilling formalities.

³³ Federal Council of Medicine. *Telemedicine Manual*. Brasilia, 2020.

³⁴ Mathur, A. et al. Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction. 2019;3(CSCW):81.

This reinforces the need for technological transparency, especially where algorithmic opacity may compromise meaningful understanding⁽³⁵⁾:

“The physician needs to disclose to patients that even the best healthcare technologies come with some risks of unpredictable events, inaccuracies, cyberattacks, systematic bias, and a particular type of mismatch between AI’s implicit assumptions and an individual patient’s background situation.”

The “Informed Consent 5.0” proposed here arises precisely from the need to overcome these limitations. It is not just a new document but a comprehensive *ecosystem of communication and recording* mediated by algorithms, digital platforms, and artificial intelligence. Information is personalized to the patient’s profile, presented in layers, supplemented by multimedia resources and quick comprehension tests, and updated dynamically as new risks or protocol changes arise.

For example, an app could not only present procedural risks but also send automatic notifications whenever clinical guidelines or the patient’s condition change, allowing them to revisit and renew consent consciously⁽³⁶⁾.

In this 5.0 model, consent also encompasses the processing of personal health data. Thus, the same flow that informs the patient about clinical risks must clearly separate consents for data use in research, sharing with third parties, or commercial purposes, in compliance with the LGPD and international standards.

Another example would be a telemedicine platform that records not only the patient’s accep-

tance but also the screens displayed, time spent in each section, and questions asked to the physician, thereby creating a far more robust evidentiary record for legal purposes.

It becomes clear that each version does not replace the previous one entirely but rather adds layers of complexity and juridical expectation. What was once sufficient — a signature — is now only the starting point for a much richer process that must combine technology, ethics, and legal foresight.

“Informed Consent 5.0” thus represents the maturity of this evolution: a model that aims to unite the best of human communication with technological tools to guarantee real comprehension, respect for patient autonomy, and legal protection for healthcare professionals.

This new scenario profoundly alters the foundations of trust. Whereas information used to flow directly from professional to patient, it now passes through automated screening systems, chatbots, telemedicine apps, scheduling platforms, and wearable devices generating continuous health reports. The patient arrives already influenced by algorithms that process data, assess risks, suggest treatments, and shape expectations.

Who, then, is responsible for the accuracy, clarity, and intelligibility of such information? The physician who uses these tools? The platform that provides them? The technology company that designs the algorithm? The law has yet to settle these questions, but concrete litigation has already emerged in the courts.

The risk is that consent, instead of becoming more informed, becomes more opaque. Pre-checked boxes, rapid clicks, and endless terms on small screens contribute to a form of “automated consent” — one that fulfils formalities without ensuring comprehension. Civil liability, however,

³⁵ Dantas E, Nogaroli R. *The rise of robotics and artificial intelligence in healthcare: new challenges for the doctrine of informed consent*. *Medicine and Law*. 2021;40(1):15–62.

³⁶ Kaye, J. et al. *Dynamic consent: a patient interface for twenty-first century research networks*. *European Journal of Human Genetics*. 2015;23(2):141–146.

continues to demand from healthcare professionals and institutions proof that information was clear, accessible, and adequate to the patient's level of health literacy.

This calls for creative solutions: digital forms integrating videos, infographics, simplified text, comprehension checks, and layered consent distinguishing clinical risks from data use in research or commercial contexts.

At the same time, data protection laws such as Brazil's LGPD and Europe's GDPR impose new obligations. Health data are sensitive and require clear legal bases for processing and sharing. Any secondary use demands specific consent. The overlap between clinical and data-processing consents thus creates gray areas where interpretive errors may lead to administrative sanctions or compensation claims. Algorithmic transparency and linguistic clarity become central not only to medical ethics but also to litigation prevention.

Courts are already shifting focus. Whereas once the debate revolved around the absence or inadequacy of a signed form, it now centers on the quality, clarity, and form of the information provided. Screenshots, system logs, digital click histories, app metadata, and audit records increasingly appear as evidence.

This introduces a new layer of probative complexity: judges and experts must interpret not only medical reports but also digital interfaces and technological flows. This requires capacity-building — and perhaps even a new profile of forensic expertise — in civil liability cases involving healthcare.

A promising path is to reconceptualize consent as dynamic and personalized. Rather than a single act preceding a procedure, consent could become a continuous process, with updates and notifications delivered through apps whenever new informa-

tion, risks, or protocol changes arise.

Language and format could adapt to the patient's profile, literacy level, and cultural context. Artificial intelligence could assist in this process — not replacing the human relationship but augmenting the capacity for communication and documentation.

For healthcare professionals and institutions, this demands a preventive posture. It requires preserving digital evidence, legally reviewing app terms of use, adopting clear interoperability and privacy policies, and, above all, maintaining empathetic communication.

Experience shows that combining robust documentation, proper communication, and well-implemented technology substantially reduces litigation risk. In other words, in the context of Informed Consent 5.0, civil liability will be less a matter of "forms" and more a matter of information governance.

To illustrate, imagine a patient authorizing a procedure via an app and later alleging that the risks were not understood. Judicial analysis would not stop at the signed contract but would trace the entire consent path: which screens were shown, what language was used, whether risks were highlighted, and whether opportunities for clarification were offered. The physician and institution able to demonstrate a clear, documented, and patient-adapted process will stand on far stronger legal ground.

All of this points to a paradigm shift. Beyond updating forms, it is necessary to reconceive consent as a "Shared Choice 5.0": less bureaucratic, more participatory, patient-centered yet supported by ethically and legally secure technological tools. Physicians, lawyers, and developers must collaborate to create protocols uniting clarity, transparency, legal safety, and above all, respect for auton-

omy and human dignity. In this context, informed consent ceases to be merely a defensive instrument against lawsuits and becomes a core component of care quality and health governance.

This proposal, however, cannot remain a conceptual or documentary trend. For Informed Consent 5.0 to become reality, concrete implementation challenges must be acknowledged, and consistent strategies devised to overcome them.

The first challenge is technological. Many healthcare institutions still operate with fragmented systems lacking interoperability and with unfriendly digital interfaces. Designing a personalized, dynamic consent flow requires investment in platforms that enable real-time data integration, information updates, and secure mechanisms of recordkeeping and auditing. Without such infrastructure, the 5.0 model risks degenerating into another electronic formality.

The second challenge is cultural and educational. Health professionals were trained under a paradigm in which consent was a punctual and bureaucratic act. Shifting this mentality toward a continuous, dialogical process requires training and awareness. Physicians, nurses, and administrators must learn to use digital tools without losing the human dimension of communication. Patients, likewise, must be educated about their rights and responsibilities in this new environment, understanding the value of dynamic consent rather than perceiving it as another bureaucratic barrier.

The third challenge is legal and regulatory. Existing norms were drafted for a paper-and-signature world and often fail to address stratified, multimedia, layered consents. It is essential for professional councils, regulatory agencies, and the judiciary to update their guidelines — recognizing innovative formats, defining minimum standards of clarity and security, and providing evidentiary parameters

for new digital records. Without a clear normative framework, professionals may hesitate to adopt innovations out of fear of legal uncertainty.

Therefore, beyond proposing the concept of “Informed Consent 5.0,” it is necessary to provide an implementation roadmap. Practical measures include: creating institutional protocols with the participation of jurists, physicians, and developers; adopting certified interoperable platforms for consent management; developing standardized multimedia materials in plain language; systematically recording digital interactions with comprehension verification; and periodically reviewing these processes in light of evolving norms and technologies.

Such measures not only strengthen legal defense in potential litigation but also build patient trust and improve care quality.

By addressing these challenges through planning and interdisciplinary dialogue, “Informed Consent 5.0” ceases to be an abstraction and becomes a genuine instrument of health governance. It becomes not merely a legal tool for litigation prevention but a component of quality, transparency, and ethical care — one that reinforces patient autonomy and protects professionals.

This marks the true paradigm shift: a form of consent that accompanies the patient throughout the entire continuum of care, strengthens trust, and prepares medical practice for an increasingly digital and legally demanding environment.

In this context, it is equally important that “Informed Consent 5.0” not be treated as an isolated instrument or a documentary requirement, but as an integral part of institutional policies for compliance and quality management.

Integrating this model into clinical governance routines and continuous improvement programs aligns information flows, staff training, and record protocols

with contemporary legal and ethical demands⁽³⁷⁾.

By making informed consent a structural element of quality management, rather than a bureaucratic act detached from care, healthcare institutions reinforce patient safety culture, enhance the reliability of evidence in potential disputes, and confer greater predictability and transparency to their care relationships.

This movement brings daily practice closer to the normative ideal, transforming informed consent into a genuine indicator of healthcare excellence and institutional integrity.

Ultimately, “Informed Consent 5.0” should be understood as an opportunity to reposition the very culture of healthcare. It is not merely about updating protocols or digitizing forms but about inaugurating a new grammar of care based on transparency, shared responsibility, and ethical intelligence.

If properly implemented, it ceases to be a defensive tool and becomes a vector of institutional innovation, capable of generating social trust, reducing conflicts, and strengthening the quality of healthcare delivery. This vision projects informed consent beyond the legal field, turning it into a genuine standard of excellence, one that can inspire public policy, certification models, and professional practices in a healthcare system ever more connected, complex, and oriented toward patient dignity and autonomy.

Far from being a purely documentary exercise, the future of informed consent demands a normative, technological, and cultural re-alignment. If autonomy is to survive in an ecosystem mediated

by algorithms, it must be anchored not in signatures or interfaces, but in traceable comprehension. The decisive shift is epistemic: the law must cease treating consent as proof of will and begin treating comprehension as an object of proof.

This conclusion aligns with the doctrinal understanding I have defended regarding the patient’s right not only to information but to meaningful explanation⁽³⁸⁾.

“In other words, beyond a mere right to information, the patient holds a right to explanation and justification, enabling consent to be given freely, autonomously, and with fully informed understanding.”

In practical terms, this means that legal systems will increasingly require evidence not that the patient “accepted,” but that the provider demonstrably enabled understanding. Audit trails of comprehension — and not merely of clicks — become the decisive currency of legal security. In this sense, consent ceases to be a shield *ex post* and becomes an architectural duty *ex ante*: to design, execute, and register the informational experience in a way that makes comprehension plausible and reconstructible.

Under this lens, litigation itself will change. Claims will no longer focus on whether a document existed, but on the quality of the information transaction. This re-centered litigation will evaluate readability metrics, cognitive accessibility, the sequencing of risk disclosure, the absence of dark patterns, the proportionality of multimedia resources, and whether the patient had protected opportunities for inquiry and hesitation. A new forensic grammar will arise, demanding expert testimony not only in medicine but also in infor-

³⁷ ISO/TS 17975:2015 (*Health informatics — Principles and data requirements for consent in the collection, use or disclosure of personal health information*) provides international technical standards applicable to digital consent in healthcare.

³⁸ “Em outras palavras, mais do que um direito à informação, o paciente tem direito à explicação e justificação, a fim de consentir de maneira livre e esclarecida.” Dantas E, Nogaroli R. *Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde*. *Lex Medicinæ*. 2020;17(33):26.

mation design, human-computer interaction, and data governance.

This view corresponds to the broader conception of consent that I have previously articulated, centred on the patient's informed choice⁽³⁹⁾.

“To the patient, it is necessary to be in possession of all the elements possible for his understanding, so that he can, in fact, exercise the faculty of consenting to the proposed treatment or intervention... This procedure... is called an informed choice.”

The implications for responsibility are equally profound. To speak of Informed Consent 5.0 is to acknowledge that liability migrates from the isolated act of informing to the governance of the informational environment. Responsibility becomes distributed but not diluted. Physicians, platforms, and institutions will answer not only for what they said, but also for the communicational architecture they chose to implement or outsource — and for the foreseeable distortions that such architectures can generate.

Innovation, therefore, is not merely technological; it is structural. Institutional policies must incorporate dynamic consent into compliance, quality management, risk governance, and accreditation. AI may serve not to replace communication, but to verify comprehension, detect informational asymmetries in real time, suggest linguistic simplifications, and record the informational trajectory with forensic granularity. Properly engineered, technology ceases to produce opacity and becomes a prophylactic against future conflict.

In parallel, training must be reformulated. The competence required of healthcare professionals is no longer limited to technical execution and ethical will; it includes the ability to operate commu-

nicational systems with legal awareness, to recognize informational vulnerability, and to document interaction in a way that is ethically defensible and legally demonstrable. Patient education, similarly, must evolve: autonomy requires literacy, and literacy cannot be presumed.

A reform of this magnitude demands more than individual diligence; it requires institutional architecture. Model clauses for technology suppliers, minimum statutory parameters for digital consent, certification of platforms, mandatory DPIAs in high-risk procedures, and national guidelines for layered, multimedia, algorithm-aware consent are no longer academic luxuries — they are prerequisites for legal stability and ethical legitimacy in contemporary medicine.

In the end, the promise of Informed Consent 5.0 is not that patients will read more, but that they will understand better — and that this understanding will be legally reconstructible. The decisive transformation is this: consent ceases to be a document that protects the past and becomes a governance tool that protects the future. Only then will autonomy cease to be a rhetorical aspiration and become an enforceable condition of care in a digitally mediated society.

References

1. ANPD. Guia Orientativo para Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. Brasília, 2022. Available at: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/>
2. ANVISA. RDC nº 302/2005. Available at: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br>
3. BETTA, Emmanuel. Between law and profession: the origins of informed consent (1840-1900) in M. Malatesta (ed.), Doctor and patients. History, representation, com-

³⁹ Dantas E, Nogaroli R. *The rise of robotics and artificial intelligence in healthcare...* Medicine and Law. 2021;40(1):29–30.

- municaton from Antiquity to the Present, University of California Medical Humanities Press, San Francisco 2015, pp. 108-133
4. BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm
 5. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm
 6. BRASIL. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm
 7. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018). Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm
 8. CAVE, Emma. *The ill-informed: Consent to medical treatment and the therapeutic exception*, Common Law World Review, 2017, Vol 46(2) 140–168
 9. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.336/2023. Available at: <https://portal.cfm.org.br/>
 10. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer CFM nº 14/2020 – Telemedicina. Available at: <https://portal.cfm.org.br/>
 11. **DANTAS, Eduardo. When consent is not enough: the construction and development of the modern concept of autonomy.** *Medicine and Law.* 2011;**30(4):461-475.**
 12. **DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaela. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial).** *Lex Medicinæ.* 2020;**17(33):26-43.**
 13. **DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaela. The rise of robotics and artificial intelligence in healthcare: new challenges for the doctrine of informed consent.** *Medicine and Law.* 2021;**40(1):15-62.**
 14. EUROPEAN UNION. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>
 15. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO/TS 17975:2015 — Health informatics — Principles and data requirements for consent in the collection, use or disclosure of personal health information. Available at: <https://www.iso.org/standard/61110.html>
 16. KAYE, Jane et al. Dynamic consent: a patient interface for twenty-first century research networks. *European Journal of Human Genetics*, v.23, n.2, p.141–146, 2015. Available at: <https://www.nature.com/articles/ejhg2014100>
 17. MATHUR, Arunesh et al. Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites. *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, v.3, CSCW, p.81, 2019. Available at: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3359183>
 18. SHULTZ, Marjorie M. *From Informed Consent to Patient Choice.* 95 *Yale L.J.* 219 (1985).
 19. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). REsp 1.540.580/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, 2016. Available at: <https://jurisprudencia.stj.jus.br/>

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA

João Almeida Areias

Advogado, CP 71477P

Resumo: *A responsabilidade civil médica em cirurgia plástica estética estrutura-se em duas vertentes principais a saber: a prática médica negligente, manifestada pelo erro médico material que resulta da violação das *leges artis* (strictu sensu), e a violação do consentimento informado por falta de informação, obtenção de um consentimento inválido ou por ausência completa de consentimento. O presente artigo destina-se a fornecer contributos jurídicos no sentido de reduzir as principais divergências incidentes na distribuição do ónus probatório dos pressupostos da responsabilidade civil médica, com referência à natureza da obrigação do médico-cirurgião e ao impacto da formação e especialização do profissional de saúde na prevenção de erros médicos materiais e vícios no consentimento.*

Abstract: *Medical civil liability in aesthetic plastic surgery is structured around two main aspects, namely: negligent medical practice, manifested through material medical error resulting from the violation of *leges artis* (strictu sensu), and the violation of informed consent due to lack of information, invalid consent, or complete absence of consent. This article aims to provide legal contributions in order to reduce the main divergences regarding the distribution of the burden of proof for the prerequisites of medical civil liability, with reference to the nature of the surgeon's obligation and the impact of the healthcare professional's education and specialization in preventing material medical errors and defects in consent.*

Palavras-chave: *Responsabilidade civil médica; Prática médica negligente; Consentimento informado; Obrigação de resultado.*

Keywords: *Medical liability; Medical negligence; Informed consent; Obligation of result.*

1. Introdução

O instituto jurídico da responsabilidade civil, apesar das diversas especializações, intensos estudos realizados pela doutrina e longo labor da jurisprudência, é um campo do Direito passível de inovações contínuas e necessárias, por forma a preservar e fortalecer a sua dinâmica face aos mais diversos desafios jurídicos contemporâneos.

A extensão da responsabilidade civil ao exercício ilícito da medicina origina desafios incessantes, particularmente prolíficos e atuais, sobretudo no contexto das cirurgias plásticas de natureza estética⁽¹⁾. Não obstante as expectativas elevadas, as cirurgias estéticas comportam um risco de insucesso considerável, impulsionando a responsabilidade do profissional de saúde.

A presente investigação foca-se em abordar os caminhos enveredados pela jurisprudência quando confrontada com a essência e contornos dos alicerces da responsabilidade civil médica em cirurgia estética: a prática médica negligente e a violação do consentimento informado.

Propomos articular individualmente os desafios processuais jurídicos inerentes ao processo judicial de ressarcimento dos danos, o que envolve, necessariamente, a consideração por diversas

¹ Doravante abreviada para “cirurgia estética”, nomenclatura predominante na jurisprudência e doutrina portuguesa.

questões divergentes na doutrina, nomeadamente a qualificação da obrigação do médico, seja esta de meios ou de resultados, e a distribuição do ónus da prova dos requisitos de verificação prévia ao direito de indemnização. Almejamos igualmente sublinhar a importância da formação contínua e especialização dos profissionais de saúde, elementos fundamentais para a prevenção de erros médicos que contribuem para a redução do risco de incidentes danosos e asseguram práticas que respeitam os direitos dos pacientes.

2. A cirurgia estética como prática médica do setor privado

A cirurgia plástica comporta uma divisão entre cirurgia estética e cirurgia reconstrutiva, uma distinção consensual e bem estabelecida na literatura médica. As intervenções estéticas vinculam-se à obtenção de uma aparência física diversa da inicial e abarcam natureza voluntária, uma vez que são realizadas por livre-arbítrio. Por oposição, as intervenções reconstrutivas visam a correção de problemas de saúde do paciente e a obtenção da cura, sendo realizadas não por desejo, mas por necessidade. RAFAEL RAMOS assinala que a cirurgia reconstrutiva é realizada com finalidade terapêutica, de forma que “o paciente é encaminhado doente e infeliz na esperança da cura”, divergindo da cirurgia estética, onde “o paciente chega eufórico na expectativa do resultado”⁽²⁾.

Em Portugal a realização das cirurgias estéticas encontra-se circunscrita ao regime privado, uma vez que o Sistema Nacional de Saúde não as comparticipa, em grande medida devido à sua natureza não essencial do ponto de vista da saúde, nomeadamente

se as compararmos com as cirurgias reconstrutivas, estas de necessidade terapêutica, que não comportam natureza voluntária, sendo ainda frequentemente realizadas em contextos de urgência médica.

No âmbito do setor médico privado, entre o paciente/credor e o médico/devedor é celebrado um contrato (atípico) de prestação de serviços médicos⁽³⁾ (artigo 1154.º CC), em que o incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações impostas ao devedor se enquadra no regime da responsabilidade contratual (artigos 798.º e ss. CC). Ou seja, nos casos em que a cirurgia estética é realizada de forma defeituosa, originando danos ao paciente, a responsabilidade civil do profissional é regulada pelo regime geral do Código Civil.

Uma vez que o poder jurisdicional se encontra dividido entre várias categorias, definindo-se pela natureza das matérias das causas que são apresentadas aos tribunais (art. 209.º e ss. da CRP), é consensual e lapidarmente afirmado que a competência para resolver o litígio emergente do procedimento médico realizado numa instituição privada de saúde se encontra reservada aos tribunais administrativos (art. 212.º da CRP).

Note-se que se estivermos perante um ato médico realizado num hospital público, entende a doutrina e jurisprudência dominante que se estabelece entre o hospital e o utente uma *relação de serviço público*. O ato médico assume a natureza de *atos de gestão pública*, que se determina por ser um comportamento praticado no exercício de poderes públicos⁽⁴⁾. Nestes casos, para solucionar eventuais

³ O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-06-2022, proc. n.º 14691/17.0T8PRT.P1, qualifica o contrato de prestação de serviços médicos como um “contrato bilateral, sem regulamentação legal típica, que se inclui na categoria genérica dos contratos de prestação de serviços, subordinado às regras supletivas do contrato de mandato e enquadrado pelo que consta dos regulamentos deontológicos próprios”.

⁴ Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, página 18 e seguintes; Ferreira,

² Ramos, Rafael, “Responsabilidade civil na cirurgia plástica estética: elementos basilares em um enfoque Portugal-Brasil” *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 30, ano 15, 2018, página 106.

litígios emergentes do sector público, salvaguarda-se o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Os órgãos de soberania competentes para resolver conflitos revestidos de tais particularidades, são os Tribunais administrativos, o que se alinha adequadamente aos direitos da pessoa e à essência dos serviços públicos, ou de interesse público⁵.

Ora, no contexto do sector privado, é comum verificar-se que o paciente assume a iniciativa de procurar um cirurgião plástico com base numa multiplicidade de fatores, entre os quais a sua reputação, especialização, experiência, presença nas redes sociais, instalações da clínica, tecnologia utilizada, recomendações de terceiros e outras condições que sejam manifestamente persuasivas em relação à sua pretensão. Porém, entendemos ser plausível afirmar que a pretensão de qualquer paciente é muito similar e invariável: procura-se, de forma clara e objetiva, a obtenção de um resultado estético substancialmente diferente do atual, independentemente das variáveis que influenciam a escolha do cirurgião plástico.

Previamente ao processo seletivo do cirurgião, emerge da mente do paciente, de forma involuntária, uma imagem predeterminada do resultado desejado, embora sujeita a modificações conforme

as indicações médicas.

Após uma consulta preliminar destinada a alinhar as expectativas e objetivos da cirurgia, o paciente pondera livremente a possibilidade de se submeter à intervenção ou a outro tratamento, com vista a realizar as suas expectativas de beleza subjetiva.

A competência técnica e a formação adequada do cirurgião são aspetos cruciais na obtenção do sucesso da intervenção estética sendo, no entanto, geralmente negligenciados e/ou desconhecidos pelo paciente. Neste sentido, é essencial abordar a jornada responsável por instruir o médico na especialidade da cirurgia estética, por forma a demonstrar que a falta de transparência na transmissão de informação e falta de conhecimento técnico e teórico, podem contribuir significativamente para o aumento do risco da produção de danos na esfera jurídica do paciente.

3. O impacto da qualificação profissional do médico-cirurgião na prevenção de danos

Na sociedade hodierna em que vivemos, a cirurgia estética, como arte e ciência, é o resultado da especialização e colaboração de uma equipa de profissionais, dotada de uma composição multidisciplinar estruturada hierarquicamente. Descortinando o grupo médico, membro por membro, conforme afirma ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, “a equipa médico-cirúrgica, por ser aquela de que mais elementos habitualmente se compõe, vemos que, na prática, ela é habitualmente constituída pelo cirurgião chefe de equipa, por um ou mais operadores que intervêm no desenrolar da fase intra-cirúrgica, pelo anestesiolegista e, se possível, pelo médico es-

89 - 101

Ana Margarida, *A Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética*, Edições Almedina, 2022, página 31.

⁵ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-09-2019, proc. n.º 10066/15.3T8CBR.C1, relata que os tribunais administrativos são os órgãos de soberania “competentes para julgarem a ação proposta contra dois médicos e uma Clínica que colabora com o SNS, no âmbito do SIGIC, e prestou cuidados a utente deste sistema, com fundamento em atos médicos deficientemente prestados”. Nos termos do artigo 4.º n.º1 al) g) e h) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, é observado no Acórdão que se encontram “integrados na função administrativa os atos médicos praticados num hospital que colabora com o Serviço Nacional de Saúde e a prosseguir as tarefas que legalmente a este estão confiadas”. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22-11-2018, proc. n.º 1243/17.3T8STB.E1.

pecialista da enfermidade do paciente”⁽⁶⁾.

Nos termos do disposto no artigo 800.º do Código Civil, o cirurgião chefe é responsável pelos atos das pessoas que se envolveram no cumprimento da obrigação principal, como se fossem praticados por si próprio. Neste sentido, ao contratar um determinado médico-cirurgião para realizar a intervenção estética, este assume, contratualmente, a responsabilidade pelos atos de toda a equipa que integra o procedimento⁽⁷⁾.

O processo de qualificação profissional do médico-cirurgião “é uma das missões mais nobres, mais completa, mais importante e mais altruísta”⁽⁸⁾, sendo articulado por capacidades técnicas e não técnicas.

As capacidades técnicas são desenvolvidas e aprimoradas em função do conhecimento teórico, da dedicação (que deverá ser exigente) aplicada durante a formação académica e da experiência profissional, moldada por uma prática médica sistemática e bem-sucedida.

As capacidades não técnicas são reconhecidas como competências essenciais no contexto profissional, tais como “a inteligência emocional, a resiliência e capacidade de comunicação”⁽⁹⁾.

⁶ Rodrigues, Álvaro da Cunha, “Alguns Aspetos da Responsabilidade Civil das Equipas Médicas”, *Revista O Direito*, n.º II, ano 154, 2022, página 224.

⁷ Porém, atente-se no que dispõe o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-04-2007, proc. n.º 10328/2006-1, em respeito da responsabilidade do anestesista: “Relativamente aos atos praticados pelo médico anestesista, embora «sem excluir liminarmente a possibilidade de um médico poder atuar como auxiliar de outro médico (art. 800º do Código Civil), de molde a responsabilizá-lo pelos atos que o primeiro pratique, cirurgiões e anestesistas têm áreas bem delimitadas de responsabilidade perante o doente e, por via de regra, nenhum deles controla ou dirige as atividades do outro. Consequentemente, os anestesistas são, em princípio, autónomos e o cirurgião não é responsável pelos atos que os primeiros pratiquem”.

⁸ Barroso, Eduardo, “Formação em Cirurgia: competências técnicas e não técnicas”, *Revista Portuguesa de Cirurgia*, n.º 37, 2016, página 6.

⁹ *Ibidem*.

A prática médica bem-sucedida não se limita ao conhecimento técnico. É fundamental que seja enriquecida por competências interpessoais. A natureza bilateral das competências médicas desempenha um papel determinante no sucesso da prática cirúrgica e no tratamento exemplar, valioso no que toca às demandas do paciente, permitindo individualizar e distinguir esta profissão das demais na área da saúde.

Cumpre-nos ainda mencionar o papel preponderante da Ordem dos Médicos (instituída pelo Decreto-Lei n.º 29171, de 24 de novembro de 1938), como pessoa coletiva de direito público que regula o acesso à profissão pelo reconhecimento de qualificações profissionais e representa os interesses gerais da mesma. Recai sobre a Ordem dos Médicos a responsabilidade de individualizar as especialidades, subespecialidades e competências médicas e cirúrgicas, atribuir a qualificação profissional dos médicos, conferir o título de especialista e conceder autorização para o respectivo exercício, como preceituado no artigo 75.º do Estatuto da Ordem dos Médicos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 05 de julho). Nos termos do artigo 97.º do referido Decreto-Lei, a Ordem é responsável por reconhecer e atribuir a diferenciação técnico-profissional dos seus titulares, médicos e médicos especialistas. O título de médico especialista é atribuído conforme as várias categorias enunciadas no n.º 6 do mesmo artigo, incluindo-se, na alínea k), as cirurgias plásticas, reconstrutivas e estéticas.

Portanto, a jornada do médico é rigorosa e exigente, extensa e contínua, essencial para assegurar uma prática médica de excelência, que respeite as *leges artis* e minimize o risco de serem materializados danos na esfera jurídica do paciente.

No que diz respeito a esta matéria, o Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 14-07-2020,

proc. n.º 18383/17.1T8LSB-A.L1-6, ilustra uma situação em que a paciente se submeteu a um conjunto de cirurgias estéticas que não foram bem sucedidas, realizadas por um médico-cirurgião que não era especialista na área da cirurgia plástica estética, à data da realização das intervenções. A falta de transparência comunicacional na relação entre médico-paciente é suficiente para preencher a ilicitude do comportamento imputado ao médico, uma vez que influencia diretamente a capacidade do paciente realizar uma escolha informada e autónoma. A capacidade de comunicação, enquanto habilidade médica não técnica, é indispensável para transmitir informações complexas de forma clara, gerir expectativas e articular a retórica com outros profissionais de saúde.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-07-2021, proc. n.º 452/14.1T8PVA.P1, é observada a falta de competência profissional do médico cirurgião que realizou uma cirurgia estética ao rosto da paciente. Uma vez mais, o paciente ignorava a circunstância do médico não estar registado como médico cirurgião plástico no Colégio de Especialidade da Ordem dos Médicos Portuguesa, mas apenas como cirurgião geral, carecendo de conhecimentos científicos e legitimidade deontológica para realizar tal cirurgia.

Nestes termos, sublinhamos a importância de garantir que os médicos se encontrem devidamente qualificados e registados nas suas especialidades, nomeadamente na vertente da cirurgia estética, onde as expectativas do paciente são sempre elevadíssimas. A omissão desta informação preencherá, necessariamente, o requisito da ilicitude numa eventual situação de responsabilidade, impedindo o paciente de realizar uma escolha informada e livre de vícios sobre o tratamento a que se está a submeter.

A falta de especialização adequada é suscetível de aumentar o risco de o médico desrespeitar as normas técnicas e científicas reconhecidas como alicerces da prática profissional de todo o procedimento estético, desde a primeira consulta com o paciente. A evidência de que o médico não se encontra especializado no segmento profissional correto é substancial e imprescindível de ser considerado como um fator principal na fixação das condições exigidas para se determinar a responsabilidade civil.

Encerrado o tema sobre a importância do processo de qualificação profissional do médico-cirurgião no âmbito de cirurgias não necessárias do ponto de vista da saúde, dedicamos as próximas páginas ao estudo direto da responsabilidade em medicina estética, que se divide em dois pilares fundamentais: “a responsabilidade por má prática/negligência, com base na violação das *leges artis* (*strictu sensu*) e a responsabilidade por violação do consentimento informado, quer por falta de informação, quer por falta de consentimento ou consentimento inválido”⁽¹⁰⁾.

4. A prática médica negligente

A responsabilidade civil médica, edificada na prática médica negligente, é frequentemente asso-

¹⁰ Pereira, André Dias, “Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência recente”, *Revista Julgar*, número 42, 2020, página 134. Noutra perspetiva, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10-01-2019, proc. n.º 3192/14.8TBBERG-G1: “Nem só a má prática médica ou o erro técnico é fundamento de responsabilidade médica, também o é a violação dos direitos dos pacientes, realçando-se, entre estes (mas existem muitos outros), a sua autonomia e autodeterminação, por desrespeito do dever de informar, que impede que o paciente usufrua da sua liberdade. Porque sem a devida informação o paciente não pode dar um consentimento esclarecido e válido, o médico que omite tais informações, ao realizar o procedimento, age sem o consentimento (eficaz) do paciente e por isso tem que responder por todas as consequências danosas que o seu ato ilícito provocou”.

ciada ao erro médico material⁽¹¹⁾, o que pressupõe uma violação das *leges artis* e a verificação de danos na esfera jurídica do paciente. No entanto, observe-se que o dano provém da violação de um direito absoluto (o direito à integridade física) e de um direito relativo (emergente do contrato médico), dando origem a um concurso de responsabilidades.

Isto significa que a conduta médica ilícita preenche não só os pressupostos da responsabilidade civil contratual (artigos 798.º e ss. do CC), pela violação de direitos relativos, como os da responsabilidade extracontratual (artigos 483.º e ss. do CC), pela violação de direitos absolutos. A responsabilidade contratual é sustentada pela “falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei”⁽¹²⁾, em contraste com a responsabilidade extracontratual, que provém da “violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem”⁽¹³⁾. O problema do concurso de responsabilidades manifesta-se perante situações em que o médico “responde tanto por violação de um contrato de prestação de serviços médicos como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente”⁽¹⁴⁾.

Considerando os ensinamentos da doutrina maioritária e atenta a jurisprudência consolidada, é praticamente unânime a opção pelo regime da responsabilidade contratual “tanto por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada,

como por ser, em regra, mais favorável à tutela efetiva do lesado”⁽¹⁵⁾.

No processo de aferição da responsabilidade civil médica fundada na prática médica negligente, é imprescindível a existência de um facto voluntário (ação ou omissão) que emerge do livre espírito anímico do agente; um comportamento ilícito e imputável por dolo ou, como geralmente se verifica na área da medicina, por negligência; que produza danos na esfera jurídica do lesado e que esses danos se encontrem, de alguma forma, vinculados à conduta lesiva.

Com o termo *erro médico*⁽¹⁶⁾, “concretizado na violação das leis da arte e da ciência médica, preten-

¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-03-2018, proc. n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1. Ainda assim, permanecem algumas incongruências sobre esta temática. Nuno Pinto Oliveira afirma que a conformidade da responsabilidade contratual ao princípio geral da autonomia privada “é irrelevante, ou quase irrelevante, em matéria de responsabilidade civil médica” (Oliveira, Nuno Pinto. *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, página 37). Para tanto, sustenta que o contrato médico não altera a relação de tratamento e que “por definição, as teorias do cúmulo são mais favoráveis ao lesado que a teoria do não cúmulo”. (*Ibidem*).

Note-se que o prazo de prescrição da responsabilidade contratual é fixado em 20 anos (artigo 309.º do CC), por opção aos curtos três anos na responsabilidade extracontratual (artigo 498.º do CC). Optando-se pelo regime da responsabilidade contratual, o paciente beneficia inevitavelmente da presunção de culpa que recai sobre o médico (artigo 799.º n.1 do CC), ao passo que, na responsabilidade extracontratual, é sobre o lesado que recai o ónus da prova da verificação do pressuposto da culpa da conduta médica.

¹⁶ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-12-2020, proc. n.º 765/16.8T8AVR.P1.S1, realiza uma análise detalhada sobre os critérios para determinar e verificar a existência de erro médico, o que coliga a averiguação do “dever objetivo de conduta (contrapartida da obrigação de meios quanto aos deveres de conduta profissionais) com o cumprimento do dever lateral de proteção da integridade e da saúde (que também se assimila a um dever de cuidado). Nessa averiguação, não subsiste erro de tratamento se o método cirúrgico e a sua envolvimento e preparação são aceites como válidos e adequados numa operação sem complexidade especial, à luz do padrão aceite à data da escolha e da execução do tratamento, para aquela situação em concreto, comunicados (esclarecimento terapêutico) e consentidos pelo paciente de forma livre e esclarecida, sem conhecimento pelo médico de especialidades que ditassem adaptações (*leges artis ad hoc*) e sem indicação de alternativa cientificamente comprovada de técnica e procedimento que fossem cautelarmente preventivos do evento ocorrido no organismo da paciente, antes surgindo a convicção probatória que o insucesso do ato médico e os danos resultantes se deveram a circunstâncias incontroláveis e indiferentes à aplicação da técnica adequada e da sua preparação anterior (álea relativa

¹¹ Conforme evidenciado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-12-2021, proc. n.º 711/10.2TVPR.T.P1.S1, a responsabilidade civil médica por erro médico visa “tutelar a saúde e a vida do paciente”, ao passo que na violação do consentimento informado “o bem jurídico tutelado é o direito do paciente à autodeterminação”.

¹² Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª Edição, Edições Almedina, 2017, página 519.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Pereira, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, página 654.

de-se designar o defeito do tratamento”⁽¹⁷⁾, defeito este que provém da falha em atender ao padrão de cuidado que um médico, colocado nas mesmas condições, dotado de habilidades, conhecimento e experiência semelhantes, deveria observar.

Excluindo-se os casos de natureza intencional ou dolosa, o erro médico é enquadrado, nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-03-2017, proc. n.º 6669/11.3TBVNG.S1, numa tripla perspetiva comportamental: imprudência, imperícia e negligência.

Diz-nos o Tribunal que a imprudência é determinada “quando o agente age por precipitação, por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado ato”; a imperícia quando “o agente acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica ato para o qual não está preparado por falta de conhecimento aptidão capacidade e competência”, e a negligência é “consubstanciada na omissão de um dever de cuidado, que uma atenta consideração da situação poderia e deveria ter prevenido”.

O comportamento do médico deverá enquadrar-se “no limiar da aptidão humana para o dominar”⁽¹⁸⁾, o que necessariamente exclui factos naturais, casos fortuitos ou de força maior, uma vez que estes não são controlados pela vontade humana. Assim, parte-se do pressuposto que “somente se pode censurar o comportamento daquela pessoa que disso seja suscetível”⁽¹⁹⁾ e que “o agente capaz

de culpa *conheça a ilicitude* da conduta lesiva”⁽²⁰⁾.

É importante salientar que os conceitos de *ilicitude* e *culpa* não são sinónimos⁽²¹⁾, mas sim distintos e independentes. Apuram-se, aliás, em momentos distintos da conduta lesiva. Em síntese, a ilicitude deverá ser apurada no momento em que se verifica a “desconformidade objetiva da referida conduta perante a ordem jurídica”⁽²²⁾, sendo a culpa, por sua vez, proveniente da “desconformidade subjetiva ante as diretrizes jurídicas”⁽²³⁾.

Como decorre do artigo 487.º n.º2 do Código Civil, a culpa (*lato sensu*) é apreciada em função das diligências de um bom pai de família (*bonus pater familias*), e indica “que aquilo que houve de errado na atuação do médico deve ser-lhe assacado ou imputado – por dolo ou, como é praticamente a regra, por negligência”⁽²⁴⁾.

Portanto, o Tribunal deverá apreciar o erro médico em função de um padrão “de conduta especial, profissional - e, dentro dos padrões de conduta profissionais, é um padrão construído por referência a um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado”⁽²⁵⁾.

93 - 101

às condições pessoais do doente e das suas particularidades biológicas endógenas, no domínio da anormalidade e da imprevisibilidade)”.

¹⁷ Oliveira, Nuno Pinto, *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, página 44.

¹⁸ González, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Volume II, Quid Juris?, 2012, página 184.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Prata, Ana, et al., *Código Civil Anotado*, Volume I, Edições Almedina, 2019, página 665.

²¹ Veja-se o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2022, proc. n.º 453/13.7T2AVR.P1.S1: “Os conceitos de ilicitude e de culpa são diferentes. Enquanto o juízo de ilicitude é um juízo de censura dirigido a um comportamento (ação ou omissão), o juízo de culpa é um juízo de censura dirigido a uma pessoa (ao agente ou omitente) por ter adotado um comportamento ilícito (desconforme com o direito), quando podia e devia ter adotado um comportamento lícito – conforme ao direito”.

²² González, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Volume II, Edições Quid Juris?, 2012, página 184.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Oliveira, Nuno Pinto, *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, página 7.

²⁵ Oliveira, Nuno Pinto, *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, página 77.

Aqui chegados, não podemos avançar sem refletir sobre a importância da qualificação da obrigação do médico, como de meios ou de resultados, por eventual perturbação da presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º n.º1 do Código Civil, e implicações originadas no ónus da prova da ilicitude.

Nas obrigações de meios o devedor não está “obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a atuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido”⁽²⁶⁾. Em contraste, nas obrigações de resultado, o devedor vincular-se-ia “efetivamente a obter um resultado determinado, respondendo por esse incumprimento se esse resultado não fosse obtido”⁽²⁷⁾.

Ou seja, nas obrigações de meios, a não verificação do resultado não é suficiente para responsabilizar o devedor, sendo necessário ao lesado demonstrar que a conduta do médico não correspondeu à prestação a que se tinha vinculado, invertendo-se o ónus da prova (artigo 344.º do CC). Por outro lado, nas obrigações de resultado, a não verificação do resultado é suficiente para que se prove o incumprimento (artigo 342.º n.º1 e 798.º do CC), presumindo-se a culpa do médico (artigo 799.º n.º1 do CC), ao qual se exige a obrigação de ilidir a presunção de culpa, isto é, a prova de que a desconformidade verificada não procede de culpa sua, eximindo-se, assim, de responsabilidade.

Adicionalmente, a qualificação da obrigação do médico, seja de resultado ou de meios, repercute-se diretamente no ónus da prova da ilicitude da conduta médica. De acordo com ANA MARGARIDA FERREIRA, na primeira situação “o paciente apenas terá de fazer prova do resultado prometido, tal como daquele alcançado e, bem assim, demons-

trar a desconformidade existente entre ambos. Termos em que, a ilicitude se traduzirá no incumprimento ou cumprimento defeituoso do resultado contratualmente acordado”⁽²⁸⁾.

Se sobre o médico recair uma obrigação de meios, “o peso probatório intensifica-se para o paciente, já que terá o mesmo de fazer prova de quais as regras da arte em vigor ao tempo da realização da intervenção médica, tal como da conduta encetada pelo médico e da desconformidade da mesma para com aquelas regras”⁽²⁹⁾. Por conseguinte, a ilicitude será verificada no momento em que a conduta médica se desvia e ignora as regras que deveriam ter sido observadas.

É, de facto, uma dicotomia que origina bastante divergência nos dias de hoje e acentua-se no ramo da responsabilidade civil médica em cirurgia estética, sendo entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência que perante uma cirurgia de natureza curativa, a obrigação do médico é de meios. Isto significa que o médico deve fazer tudo o que está ao seu alcance para tratar o paciente, em conformidade com as melhores práticas e procedimentos estabelecidos na literatura médica. Embora a cura não possa ser garantida, é imperativo que o médico aplique toda a diligência, empenho e esforço necessário na execução das cirurgias reconstrutivas.

Portanto, a distinção entre as obrigações não é totalmente descabida, permitindo “por um lado, realçar que o objeto da prestação médica não é a cura, não é um resultado certo, mas sim o de ser diligente, cuidadoso e respeitador das *leges artis* em ordem a alcançar o tratamento do paciente”⁽³⁰⁾.

²⁸ Ferreira, Ana Margarida, *A Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética*, Edições Almedina, 2022, página 124.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Pereira, André Dias, *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, página 623.

²⁶ Leitão, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume I, Edições Almedina, 2007, página 137.

²⁷ *Ibidem*.

Consequentemente, é viável reconhecer “atividades ou intervenções para as quais se exige um resultado certo (próteses, análises clínicas, exames oftalmológicos...)”⁽³¹⁾, em contraste com aquelas cuja natureza imprevisível e risco significativo de insucesso as caracteriza como obrigações de meios, e não de resultado.

ANA RITA SILVA afirma que “existem adversidades que podem originar dano, quer advenham das reações do organismo do paciente, quer do facto de aquele não ter cumprido com o pós-operatório”⁽³²⁾, no sentido de se exigir do profissional de saúde uma obrigação de meios, não obstante a realização de intervenções de natureza estética ou reconstrutiva.

Partilhamos plenamente a conceção de ANDRÉ DIAS PEREIRA, considerando que “uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meios em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o esclarecimento sobre os seus fins”⁽³³⁾.

Como já entendeu a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, estando em causa uma cirurgia voluntária destinada a melhorar a aparência física do paciente, a obrigação do médico poderá traduzir-se numa *obrigação de quase resultado*⁽³⁴⁾,

uma vez que só o resultado vale apenas e a sua ausência ou verificação defeituosa são manifestações de um incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação médica.

Por conseguinte, consideramos que a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil não pode ser negligenciada, independentemente de se tratar de uma obrigação de meios, de resultado ou de quase resultado.

É comum o paciente encontrar-se “numa posição mais debilitada, pois não sendo, geralmente, técnico de medicina, não dispõe de conhecimentos adequados”⁽³⁵⁾ a fim de ilidir a presunção de culpa. Ao enveredar por esta via, em nada se agrava a posição processual do médico, uma vez que o mesmo dispõe de “excelentes meios de prova no seu arquivo, ficha clínica, no processo individual do doente, além do seu acervo de conhecimentos técnicos”⁽³⁶⁾. Tendo em conta que a atividade cirúrgica é, por natureza, altamente técnica, envolvendo uma articulação complexa entre vários profissionais de saúde, o ónus da prova da ilicitude nas obrigações de meios (a desconformidade da conduta médica perante as normas que deveriam ter sido observadas) representa um desafio extremamente exigente para o paciente. Isto é particularmente notável quando comparado com o ónus da prova da ilicitude nas obrigações de resultado, que requer “apenas” a prova da discrepância entre o resultado contratualmente previsto e o resultado alcançado.

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-11-2019, proc. n.º 289/12.2TVPRT.P1, aferiu-se responsabilidade civil médica proveniente de um *erro médico material* verificado no decorrer de uma cirurgia de lipoaspiração abdominal e

³¹ *Ibidem*.

³² Siva, Ana Rita, “Natureza da Obrigação do Médico-Cirurgião na Abdominoplastia”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 5, 2023, página 423.

³³ Pereira, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, página 268. Nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-03-2017, proc. n.º 296/07.7TBMCN. P1.S1, “casos há em que, tratando-se de ato médico com margem de risco ínfima, a obrigação pode assumir a natureza de obrigação de resultado. Para efeitos dessa qualificação, não se mostra curial adotar critérios apriorísticos em função da mera categorização do tipo de atividade médica, mas sim de forma casuística centrada no contexto e contornos de cada situação.”

³⁴ Esta interpretação jurídica é adotada pela jurisprudência no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-03-2006, proc. n.º 05P3789, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-12-2020, proc. n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1 e no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-06-2018, proc. n.º 3784/15.8T8CSC.L1-1.

³⁵ Rodrigues, Álvaro Gomes, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Revista Direito e Justiça*, volume 14, n.º 3, 2000, página 209.

³⁶ *Ibidem*.

torácica, em que o médico, por falta de destreza, perfurou o intestino do paciente.

Afirma o Tribunal que o “ponto de partida para qualquer ação de responsabilidade médica é assim o da desconformidade da concreta atuação do agente no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus acadêmicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na mesma data”.

É inquestionável que a perfuração do intestino é proveniente de uma ação controlável pela vontade humana, completamente alheia ao cumprimento regular do contrato de prestação de serviços médicos, representando objetivamente uma lesão à integridade física do paciente. Nos termos do artigo 799.º n.º1 do Código Civil, a culpa deverá ser necessariamente presumida, cabendo ao médico o ônus de a ilidir (art. 350.º n.º2 do CC) e demonstrar que o cumprimento defeituoso da sua prestação não lhe é imputável por imperícia ou falta de cuidado.

A lipoaspiração é uma das cirurgias estéticas mais comuns no mundo, conhecida pela sua relativa acessibilidade em termos técnicos. Porém, os tempos de recuperação podem variar, pois dependem de vários fatores individuais, tais como a área do corpo tratada, a condição de saúde do paciente, o cuidado pós-operatório...

Não podemos desconsiderar que observamos um médico com ampla reputação, detentor de aproximadamente três décadas de experiência em cirurgias estéticas, durante as quais realizou inúmeras lipoaspirações.

Não podemos, de forma equivalente, ignorar que o paciente já tinha sido submetido a uma apendicectomia, provocando-lhe, como sequela, uma extensa cicatriz que se manifestava até à zona abdominal, totalmente desconsiderada pelo médico,

fator relevante que evidência um comportamento descuidado e negligente, “não antecipando a possibilidade de se tratar de uma cicatriz aderente e não realizando exames complementares de diagnóstico” (conforme texto integral do Acórdão).

Portanto, exige-se que o médico detenha um domínio absoluto e rigoroso das *leges artis* aplicadas aos procedimentos cirúrgicos que realiza, e que seja capaz de antecipar e evitar danos que poderiam escapar a profissionais menos experientes, algo que não se observa perante as circunstâncias ilustradas.

Como é consabido, o ônus da prova da relação causal entre o dano sofrido e o evento que o causou, recai sobre o lesado (art. 342 n.º1 do CC). Contudo, a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade não é, de todo, descabida, sendo muitas das vezes este o entendimento da jurisprudência em contextos de violação do consentimento informado, como será demonstrado de seguida.

Ainda assim, em casos de erro médico material que por natureza revelem mais complexidade, entendemos que esta inversão se deverá manter, nomeadamente quando o dano não resulte diretamente do ato ilícito, mas que seja uma causa adequada de outro evento que o provoca, acautelando-se a posição de vulnerabilidade do lesado.

5. A violação do consentimento informado

O consentimento informado é amplamente reconhecido como um princípio fundamental da área da saúde, constitui uma pedra angular no direito da medicina e é um requisito imprescindível para a licitude da atividade médica. Em virtude de ser um tema detentor de raízes históricas profundas e, ao mesmo tempo, de grande relevância atual, sendo abordado

e formalizado em diversas disposições legais⁽³⁷⁾, propomos tecer considerações sobre o seu alcance, compreender os seus limites e refletir sobre a distribuição do ónus probatório que envolve o mesmo.

Conforme é entendimento do já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-12-2021, o conteúdo do consentimento informado é mutável, devendo ser avaliado conforme as particularidades de cada caso. Como é natural, em situações excepcionais de urgência, delineadas pelo risco de vida do paciente, o consentimento não é obtido em tempo útil, devendo ser presumido⁽³⁸⁾.

³⁷ Conforme estipulado pelo artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (aprova da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, e publicada no Diário da República, 1.ª série, de 3 de janeiro de 2001) “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”. No ordenamento jurídico português destacamos o artigo 70.º n.º 1 do Código Civil, responsável por reforçar a tutela das pessoas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça à personalidade física ou moral; o artigo 81.º n.º 1 e 2 do Código Civil, onde se consagram as limitações voluntárias dos direitos de personalidade face à ordem pública; o artigo 340.º do Código Civil, no qual se encontra consagrado o consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude; o artigo 156.º do Código Penal, que tipifica o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, sem o consentimento do paciente; o artigo 157 do Código Penal, responsável por estabelecer a eficácia do consentimento, revelando que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”; o artigo 135.º n.º 11 do Estatuto da Ordem dos Médicos (aprovado pela Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto) e os artigos 19.º, 20.º e 25.º do Regulamento de Deontologia Médica (regulamento n.º 707/2016, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 21 de julho de 2016).

³⁸ No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015, proc. n.º 1263/06.3TVPR.T1.S1, o médico decidiu aproveitar parte do tecido adiposo que havia sido removido da lipospiração realizada na paciente, e realizar uma vulvoplastia, por injeção do referido tecido no órgão sexual feminino. No entanto, a opção de preencher os grandes lábios através de uma intervenção cirúrgica estética não foi previamente abordada entre a paciente e o médico, o que significa que não foram transmitidas informações sobre os riscos associados a este procedimento, demonstrando de forma clara que a intervenção cirúrgica não contemplou o consentimento prévio da paciente. O médico sustenta que se a paciente tivesse sido informada sobre a possibilidade de uma vulvoplastia ser realizada com o tecido adiposo retirado da lipospiração, ela teria inequivocamente consentido na cirurgia. Esta situação remete-nos à doutrina do *consentimento hipotético*, proveniente

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-02-2020, proc. n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1, ilustra uma situação de responsabilidade civil médica em que o paciente se submeteu a três cirurgias de natureza puramente estética, com a finalidade de eliminar o excesso de gordura (abdominoplastia), modificar a estrutura do septo nasal (rinoplastia) e reduzir a presença de rugas visíveis na face (ritidectomia cervico-facial).

O Tribunal considera que “não há motivos para flexibilizar, diminuir ou relativizar de alguma maneira o dever de informação”, porque a natureza da cirurgia estética revela “uma obrigação de resultado (ou quase resultado), desprovida de necessidade terapêutica ou de qualquer tipo de urgência na sua realização” (cfr. texto integral do Acórdão).

Portanto, tal como já sublinhamos, demonstrada a violação do consentimento informado e preenchido o pressuposto da ilicitude, deve operar a presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º do Código Civil, onerando o médico com a prova de que a desconformidade do resultado não se produziu por culpa sua.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-03-2024 refere que “o conteúdo do dever de informação abrange o diagnóstico e as consequências do tratamento”, integrando-se as vantagens e riscos prováveis do mesmo, sem necessidade de detalhar a situação médica específica, nem de mencionar ris-

da jurisprudência e da doutrina alemã. De acordo com o referido acórdão, para que o consentimento hipotético seja considerado válido, deve cumprir os seguintes requisitos: 1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto. O Tribunal sustenta que o ónus da prova do consentimento informado compete ao médico, “com base no princípio do equilíbrio processual, na impossibilidade de prova do facto negativo, e na facilidade relativa da prova para o médico, como perito, em comparação com o paciente, um leigo”.

cos de ocorrência excepcional ou muito rara.

No entanto, o artigo 25.º n.º1 do Regulamento de Deontologia Médica (regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho) demonstra que “o diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser comunicados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia”. Por sua vez, o n.º2 do mesmo regulamento sublinha a importância de transmitir informações de forma cuidadosa e sensível à linguagem do paciente, “devendo ser efetuada em toda a extensão e no tempo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar” (cfr. art. 25.º n.º2 do regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho).

No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-02-2022, proc. n.º 2615/18.1T8VFR.P1, afirma-se que o conteúdo da informação subjacente à obtenção de um consentimento informado “tem por objetivo criar condições para uma decisão livre e informada, devendo compreender tudo quanto uma pessoa medianamente interessada e razoável, consideraria, em condições normais, como factor com influência para a sua decisão”.

Contudo, entende o Tribunal que um risco associado a uma taxa de incidência de 1.1%, gerando um dano biológico quantificável em 2 pontos numa escala até 100, “não é frequente nem grave para, sem mais, se considerar abrangido pelo dever de informação do médico” (cfr. texto integral do Acórdão). Esta abordagem segue o princípio da proporcionalidade, que indica a necessidade de ajustar a informação fornecida em função do risco e da gravidade dos danos.

A natureza do risco é influenciada por uma multiplicidade de fatores, tais como o contexto de saúde do paciente, relatórios médicos, exames complementares ou a escolha do tratamento. Estes devem ser avaliados de forma singular, uma vez

que contribuem significativamente para o estabelecimento do equilíbrio entre o conteúdo da informação transmitida e o potencial impacto na decisão do paciente.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-03-2018, proc. n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relata uma situação sinalizada pela perfuração do intestino durante a execução do contrato destinado à realização de um exame médico (colonoscopia), desprovido de natureza curativa ou estética.

Não obstante a ser plenamente provado que a paciente assinou um impresso do hospital com o título «Consentimento Informado», o mesmo “não é suficiente para preencher as exigências do consentimento devidamente informado uma vez que, no caso, sendo os riscos de perfuração superiores ao normal devido à idade e aos antecedentes clínicos”, (cfr. texto integral do Acórdão) era imperativo que o médico informasse a paciente de tais riscos acrescidos.

Assim, e como refere ANDRÉ DIAS PEREIRA, na eventualidade de se “concluir que a informação (*maxime* 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”³⁹).

Nas intervenções cirúrgicas não necessárias do ponto de vista da saúde, o conteúdo do consentimento informado deve ser mais rigoroso e intensificado, garantindo que o paciente entenda, de forma clara e consciente, os riscos da cirurgia, os benefícios, as alternativas, os períodos de recuperação e possíveis resultados desfavoráveis.

³⁹ Pereira, André Dias, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 839, 2005, página 459.

Como previamente mencionamos, a decisão de se submeter a uma cirurgia estética é geralmente motivada por desejos caracterizados pela manifestação subjetiva da vontade. Os pacientes que as procuram têm expectativas elevadas em relação aos resultados e ignoram que a ausência de um consentimento informado, transparente e livre de vícios, pode originar danos físicos, e até emocionais, extremamente difíceis de reverter, ou até mesmo de carácter vitalício.

Exige-se, assim, que o médico dedique uma parte significativa do seu tempo a divulgar informações, não se restringindo à fase pré-cirúrgica, mas garantindo também acompanhamento contínuo no período pós-operatório. É essencial que a comunicação seja clara e inteligível, com recurso a linguagem corrente, se necessário, tudo no sentido de garantir a plena compreensão dos riscos e limitações inerentes à intervenção.

É expectável que o paciente tenha dúvidas e que coloque várias questões ao médico que, no cumprimento do seu dever, deverá fornecer respostas com rigor e transparência, de modo a consolidar a relação de confiança indispensável à boa prática médica.

Em adição aos esclarecimentos sobre riscos previsíveis, JOAO VAZ RODRIGUES enfatiza a necessidade de complementar a comunicação com “informações sobre sequelas que, embora excepcionais, possam ocorrer em consequência dos meios técnicos utilizados, ou ter especial interesse para o paciente, atendendo, por exemplo, à sua profissão ou aos seus interesses”⁽⁴⁰⁾.

A jurisprudência maioritária considera que o ónus da prova do consentimento informado com-

pete ao médico⁽⁴¹⁾ essencialmente por três razões: “a impossibilidade de provar um facto negativo (não ter sido informado); o consentimento informado é uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física, pelo que a parte que usa essa defesa (facto impeditivo) deve alegar e provar que se verificam os seus requisitos; a ideia de igualdade de armas no processo e igualdade na aplicação no direito”⁽⁴²⁾.

Por conseguinte, o médico necessita de provar a validade do consentimento, cumprindo o disposto no artigo 45.º do regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro, onde expressamente se indica que “só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais”.

Concluimos, assim, que a responsabilidade do médico abrange todos os danos observados que decorram de uma intervenção cirúrgica estética arbitrária, ou não autorizada, isto é, nos casos em que a informação fornecida sobre os riscos significativos, conforme o conhecimento médico contemporâneo, for inadequada ou insuficiente.

Um dos pontos mais controversos positivados na doutrina sobre o consentimento informado, assenta na distribuição do ónus da prova da relação de causalidade entre a falta ou deficiência da matéria substancial do consentimento e os danos provocados.

Na doutrina portuguesa o nexo de causalidade comporta uma natureza binária: *a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preen-*

99 - 101

⁴⁰ Rodrigues, João Vaz, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, página 243.

⁴¹ Como é entendimento dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015, proc. n.º 1263/06.3TVPR1.P1.S1; de 16-06-2015, proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, e de 02-12-2020, proc. n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1.

⁴² Pereira, André Dias. “Responsabilidade médica e consentimento informado: ónus da prova e nexo de causalidade”, Repositório Científico da Universidade de Coimbra, 2009, página 18. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>.

chedora da responsabilidade. Como é elucidado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “a primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado”⁽⁴³⁾.

Ora, no contexto da responsabilidade civil médica, é em razão de “uma extrema dificuldade de o paciente provar com segurança o nexo causal entre a falta ou a deficiência da informação e a sua decisão, que se justifica a inversão do ónus da prova do nexo de causalidade entre a violação ilícita e culposa dos deveres de informação e os danos verificado”⁽⁴⁴⁾.

Este entendimento permite acautelar a posição de vulnerabilidade do paciente, “posição que de outro modo correria o risco de ficar esvaziada de qualquer tutela adequada, por o paciente não lograr, muitas vezes, provar facilmente, com o grau de certeza próprio da prova em juízo e para ela requerido que, caso houvesse tido acesso”⁽⁴⁵⁾.

Importa destacar que o artigo 563.º do Código Civil consagra a doutrina da causalidade adequada na sua formulação negativa, ou seja, “não pressupõe

a exclusividade do facto condicionante do dano, nem exige que a causalidade tenha de ser direta e imediata, pelo que admite não só a ocorrência de outros factos condicionantes, contemporâneos ou não, como ainda a causalidade indireta, bastando que o facto condicionante desencadeie outro que diretamente suscite o dano”⁽⁴⁶⁾.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-02-2020, proc. n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1, estabelece que o nexo de causalidade, vinculado pela falta de informação e os danos observados no paciente, deve ser aferido com base no princípio da *presunção de comportamento conforme à informação*, o qual estabelece que a omissão ou deficiência da informação, é causa direta da decisão do paciente se submeter à realização da cirurgia. O Tribunal considerou que a decisão individual do paciente foi determinada com base na irregularidade da informação transmitida pelo médico e teria sido diferente se o conteúdo da mesma fosse mais preciso e completo.

O consentimento informado violado por falta de informação “equivale a uma intervenção sem consentimento, que torna a intervenção médica arbitrária, traduzindo-se tecnicamente numa ofensa corporal” (conforme texto integral do Acórdão). Sendo o consentimento informado uma causa de justificação ou exclusão de ilicitude da lesão à integridade física, “a sua ausência constitui um facto impeditivo do direito da autora, cuja demonstração no processo cabe, nos termos do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil, ao médico” (conforme texto integral do Acórdão).

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-09-2020, proc. n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1, realiza uma advertência, sublinhando que “a inversão do ónus da prova do nexo de causalidade não equivale a pres-

⁴³ Barbosa, Mafalda Miranda, “Causalidade Mínima”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, página 95. Sobre esta temática, a autora fornece-nos um exemplo pertinente baseado no médico que viola o dever de esclarecimento, omitindo os resultados possíveis de uma cirurgia que seja recomendada, mas não imprescindível. Se em causa estiver a violação do direito à integridade física do paciente, não obstante a ausência de violação das *leges artis* e além da obrigação que exige o dever de informação, pode-se considerar que o médico assumiu o risco/responsabilidade pela qual terá de ser responsabilizado. De outra perspetiva, se não estiver em causa a lesão da integridade física, mas o paciente pretender ser, por exemplo, compensado pela perda de rendimentos durante o período de recuperação que decorre posteriormente à intervenção cirúrgica que não era imprescindível, releva para a questão o preenchimento da responsabilidade, havendo necessidade de invocar outros critérios de resolução, “quais sejam os que se ligam à análise do âmbito de proteção que é desenhado pelo conteúdo do direito subjetivo lesado (autodeterminação sobre o próprio corpo)”. (*Ibidem*)

⁴⁴ Oliveira, Nuno Pinto, “Responsabilidade Civil Médica e Consentimento Informado”, *Cadernos da Lex Medicinæ, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 7, ISBN 978-989-9075-26-9, 2022, página 65.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-04-2005, proc. n.º 05B294.

cindir da ligação entre a violação ou o cumprimento deficiente do dever de informar e a decisão adotada pelo paciente”, ampliando a presunção de culpa do artigo 799.º n.º1 para o pressuposto da ilicitude.

Por todas as razões *supra*, entendemos que o ónus da prova da relação causal deverá recair sobre o médico. Sendo da responsabilidade do médico provar que o consentimento foi obtido de forma rigorosa e suficiente, deverá ser da sua responsabilidade corroborar, neste seguimento, que a informação prestada não contribuiu diretamente ou indiretamente para a verificação dos danos observados no paciente.

Como se constata, a responsabilidade civil médica em cirurgia estética é uma matéria que se encontra em fase de desenvolvimento, englobando questões jurídicas que desafiam os alicerces da estrutura tradicional da responsabilidade civil.

É inquestionável que nas últimas décadas a procura pela cirurgia estética aumentou de forma significativa, diretamente impulsionada pelo avanço científico e tecnológico que molda as *leges artis*, aperfeiçoando-as à medida que novas descobertas e inovações são incorporadas na sociedade.

Por essa razão, os riscos e complicações associados a todo o procedimento cirúrgico tendem a diminuir, e a recuperação do paciente modifica-se, emerge mais segura e menos dolorosa. Ainda assim, o sucesso das cirurgias estéticas permanece distante da perfeição, em razão dos riscos associados, da imprevisibilidade do corpo humano, da complexidade que envolve todo o procedimento e da experiência do cirurgião.

ANÁLISE DA VIABILIDADE TÉCNICA PROCESSUAL: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA DE AVALIAÇÃO

Yuri Franco Trunckle ^(*) · Maria Júlia Nicolau Vieira ^(**) · Marjorie Midori Rodrigues Konishi ^(***)

Resumo

Introdução: A Medicina Legal surge unindo a medicina e o direito e elucidando questões médicas em processos judiciais ou administrativos. Reconhecida oficialmente no Brasil, a especialidade visa, de forma técnica e imparcial, auxiliar o poder judiciário. Entre as funções do médico-legista está a Assistência Técnica, na qual a Análise Técnica de Viabilidade Processual vem ganhando destaque. Essa análise, feita antes ou durante processos judiciais, avalia se há base médico-legal para a litigância, fornecendo um relatório técnico e objetivo sobre a viabilidade do caso, ainda que não garanta sucesso no litígio.

Objetivo: Este trabalho propõe um método organizado e reprodutível para a Avaliação de Viabilidade Técnico-Processual na Medicina Legal, visando tornar a atuação do Consultor Médico-Legal mais assertiva. **Métodos:** Foi realizada uma revisão narrativa na literatura científica, utilizando informações extraídas da base Medline (PubMed) no intervalo de 2014 a 2024. Para a seleção dos estudos, foram aplicadas duas estratégias de busca, abrangendo conceitos ligados a ciências forenses, direito processual, judicialização da saúde, pareceres técnicos e litígios. **Resultados:** A primeira busca recuperou 654 artigos e, destes, nenhum abordava especificamente o tema aqui proposto. A segunda encontrou 24 artigos, sendo que apenas um propunha um método sistemático para análise causal médico-legal, embora com foco distinto. Além disso, não foram

encontrados termos específicos no MeSH que se alinhassem ao tema explorado. **Conclusão:** O uso de critérios objetivos para avaliar a viabilidade técnica, embora dependa do caso, ajuda a reduzir litígios sem fundamentação médico-legal quando esse conhecimento está envolvido.

Palavras-chave: Medicina Legal. Viabilidade Técnica Processual. Consultoria Médico-Legal. Judicialização da Saúde. Análise Médico-Legal.

Abstract

Introduction: Legal Medicine arose from the need to bridge the Fields of medicine and law, clarifying medical issues in judicial or administrative proceedings. Officially recognized in Brazil, this specialty aims to assist the judiciary in a technical and impartial manner. Among the responsibilities of the forensic physician is Technical Assistance, in Which the Procedural Technical Feasibility Analysis has gained prominence. This analysis, conducted before or during legal proceedings, assesses whether there is a medico-legal basis for litigation, providing an objective technical report on the case's feasibility, though it does not guarantee litigation success. **Objective:** This study proposes an organized and reproducible method for the Assessment of Procedural Technical Feasibility in Legal Medicine, aiming to enhance the precision and reliability of the Medico-Legal Consultant's practice. **Methods:** A narrative review was conducted based on scientific literature, using information retrieved from the Medline (PubMed) database between 2014 and 2024. Two search approaches were applied to select studies, covering concepts related to forensic sciences, procedural law, health litigation, technical reports, and legal disputes. **Results:** The first search retrieved 654 articles, none of which directly addressed the proposed topic. The second search yielded 24 articles, of which only one proposed a systematic method for medico-legal causal analysis, albeit with a different focus. Fur-

103 - 110

^(*) Médico Perito · Associação Paulista de Medicina – APM, São Paulo-SP, Brasil

^(**) Acadêmica de Medicina · Faculdade de Ciências Médicas de Santos, Santos-SP, Brasil

^(***) Acadêmica de Medicina · Faculdade de Ciências Médicas de Santos, Santos-SP, Brasil

thermore, no specific MeSH terms relevant to the explored topic were identified. **Conclusion:** The use of objective criteria to assess technical feasibility, although case-dependent, helps reduce unfounded litigation when medico-legal knowledge is involved.

Keywords: *Legal Medicine. Procedural Technical Feasibility. Medico-Legal Consultancy. Health Litigation. Medico-Legal Evaluation.*

1. Introdução

À medida que a medicina e o direito floresceram, a intersecção entre as duas áreas evidenciou-se, juntamente com a necessidade de um profissional capaz de associar a multifacetada arte médica à lei, à ordem e à justiça social. Surge, então, a Medicina Legal, uma especialidade que pretende elucidar, sob a ótica médica, fatos relevantes em um processo judicial ou administrativo.⁽¹⁾

A Medicina Legal e Perícia Médica é uma especialidade médica oficialmente reconhecida (Decreto 8516 de 10/09/2015 da Presidência da República), sendo útil no auxílio a departamentos jurídicos e escritórios de advocacia, bem como na assistência aos poderes Executivo, Legislativo e, principalmente Judiciário. A orientação frente aos operadores do Direito sobre qualquer matéria médica é competência desta especialidade em seu sentido mais amplo – de forma técnica, isenta e imparcial, seguindo os preceitos éticos da medicina e da especialidade.

No Brasil, a Medicina Legal começou a se organizar como uma disciplina formal no século XIX, com a criação de cadeiras específicas nas faculdades de medicina, como a do Rio de Janeiro, em 1832. Entre os pioneiros, destaca-se Agostinho José de Souza Lima e Nina Rodrigues que trouxeram contribuições importantes para a implementação dos

métodos da especialidade.

Afrânio Peixoto, aluno de Nina Rodrigues e professor de higiene e medicina legal da Faculdade do Rio de Janeiro, qualificava a nova disciplina como “Medicina Social”, já que a perícia médica exige dos peritos que sejam capazes de advertir ao poder público para leis mais justas: “Da perícia, pode o homem de arte, que é o perito, alçar-se a homem de ciência social, que deve ser o legislador. Ou informante técnico dos legisladores”.⁽²⁾

Em conformidade com esse pensamento, o objetivo da medicina é a saúde do indivíduo⁽³⁾, mas a finalidade da Medicina Legal, em teor social, é a justiça, já que auxilia o Direito.⁽¹⁾ O médico perito, então, por não exercer medicina curativa ou preventiva, não objetiva a saúde do homem, e sim a proteção de seus direitos humanos.⁽¹⁾

No Brasil, o médico pode se tornar especialista em Medicina Legal e Perícia Médica essencialmente de duas maneiras, assim como nas demais especialidades: por meio de pós-graduação ou residência médica. Em ambos os cenários o objetivo da formação é gerar um profissional apto e competente para realizar perícias de forma integral, abrangendo o conhecimento de outras especialidades médicas aliado às demandas normativas em questão.

A formação ideal em Medicina Legal envolve treinamento específico com método, filosofia e técnica próprios, de modo a atender seu objetivo primordial, que é o esclarecimento da Justiça acerca de um conhecimento médico. Dessa forma, pode-se dizer que esta especialidade é generalista em conhecimentos médicos, mas extremamente especializada em sua função.⁽⁴⁾

Dentre as diversas formas de atuação desse especialista, temos a Assistência Técnica ou Consultoria Médico-Legal⁽⁵⁾. Trata-se de um serviço realizado primordialmente em parceria com advogados,

visando cumprir o papel de perito de confiança das partes. Tal atuação sabidamente não se restringe à elaboração de quesitos, pareceres ou participação no exame pericial, mas também como orientação plena, desde a abertura de um processo judicial ou administrativo até as etapas finais de orientação técnica em manifestações acerca do Laudo Médico-Legal elaborado pelo perito oficial. Nesse sentido, os códigos processuais cíveis e penais asseguram como direito das partes a atuação do perito assistente técnico, bem como de suas prerrogativas.

Para o especialista, dentro do campo de atuação da assistência técnica, vem ganhando força a chamada Análise Técnica de Viabilidade Processual. Essa análise serve como uma pré-avaliação de um caso concreto, ou seja, acontece antes que se inicie a litigância ou mesmo que já iniciada, permite ao Assistente Técnico que tenha embasamento científico e objetivo sobre a possibilidade ou não de atuar técnica e eticamente.

Ela visa determinar se existe ou não viabilidade técnica – do ponto de vista médico-legal em toda sua essência – para que os processos abertos sejam de fato aqueles baseados em critérios científicos e médico-legais, propiciando que a legislação devida possa ser aplicada à demanda. Inclui a leitura de todos os documentos médicos disponibilizados, pesquisa em literatura e elaboração de um documento com as impressões do perito acerca dos fatos e da viabilidade do caso. Esse relatório final é fundamentado nos dados oferecidos e obtidos, no momento da análise, e não garante êxito em eventual litígio.

2. Objetivos

Nosso objetivo com este trabalho é propor um método de avaliação médico-legal criterioso, organizado e reproduzível para a Análise Técnica de Viabilidade Processual, que seja aplicável à realidade

cotidiana do perito, tornando a tarefa do Consultor Médico-Legal mais objetiva e precisa, além de maximizar a chance de êxito.

3. Método

Este estudo foi realizado por meio de revisão narrativa da literatura na base de dados Medline (PubMed) utilizando duas estratégias de busca separadamente, ambas restringindo o período de 2014 a 2024:

3.1 (Forensic sciences OR Forensic Medicine OR Medical Examiners OR Consultants) AND (Procedural Law OR Health's Judicialization) AND (Expert Testimony OR Technical Cooperation OR Evaluation Study) AND (Litigation OR Litigations OR Legal Aspect OR Legal Aspects)

3.2 (Malpractice OR Negligence OR Imprudence) AND (Forensic sciences OR Forensic Medicine OR Medical Examiners OR Consultants) AND (Procedural Law OR Health's Judicialization) AND (Expert Testimony OR Technical Cooperation OR Evaluation Study) AND (Litigation OR Litigations OR Legal Aspect OR Legal Aspects)

4. Resultados

Na primeira busca, foram recuperados 654 artigos, nenhum dos quais abordava especificamente a proposta deste trabalho, com base na leitura dos títulos e resumos.

Na segunda busca foram recuperados 24 artigos. Destes, um artigo discute a ausência de um padrão universalmente estabelecido para a análise causal médico-legal, ao mesmo tempo em que propõe uma abordagem sistemática chamada Integration of Forensic Epidemiology e Rigorous Evaluation of Causation Elements (INFERENCE).⁽⁶⁾ Evidentemente, esse trabalho trata de tema diferente do proposto neste estudo, embora a concepção inicial seja a mesma: sugerir método analítico, sistemático e reprodutivo para avaliação médico-legal, neste caso, referente à viabilidade técnica processual.

Também não foram encontrados outros Descritores em Ciências da Saúde (DeCS) no Medical Subject Headings (MeSH) relacionados ao tema aqui explorado, como, por exemplo: Consultoria Jurídica; Consultor Jurídico; Assistente Técnico; Assistência Técnica; Viabilidade Processual; Análise Técnica; Análise Técnica Pré-Processual; Compliance; Consultoria Médico-Legal.

5. Discussão

5.1 A consultoria médico-legal

A Medicina Legal e Perícia Médica é a especialidade que atua quando o conhecimento médico é necessário para esclarecer questões no campo do Direito, seja ele Civil, Criminal ou Administrativo. Um exemplo importante dessa atuação é a Consultoria Médico-Legal⁽⁵⁾. Esse serviço é acionado quando há a necessidade de questionar, em juízo, algum assunto relacionado a pacientes, médicos ou outros profissionais da saúde, assim como instituições de saúde. Em outras palavras, a Consultoria Médico-Legal ajuda a fornecer esclarecimentos técnicos e científicos em casos judiciais envolvendo a área da saúde.

Por exemplo, quando um indivíduo suspeita ter sofrido algum dano relacionado aos cuidados de saúde, seja próprio ou de terceiros, e busca auxílio jurídico para avaliar a possibilidade de litigância, sua narrativa ainda se baseia apenas em suposições. Nessa fase, não se pode afirmar com certeza se houve ou não dano. Isso porque a análise do caso depende de conhecimentos técnicos específicos da área médica. Ou seja, para a análise de uma cadeia de acontecimentos em saúde, é o médico o profissional qualificado.

Nesse contexto, o advogado procura a Consultoria Médico-Legal. Como afirmam autores da área: “Os eventuais danos causados a pacientes devem ser analisados de forma pormenorizada pelo médico perito, para não serem confundidos com eventos imprevisíveis e inevitáveis — ou seja, aqueles que não dependem da capacidade técnica do profissional da saúde, mas sim da evolução natural da doença em análise.”^(5, 7, 8)

Nesse papel de consultor, o médico atua como perito de confiança das partes e, antes de qualquer procedimento, realiza uma Avaliação da Viabilidade Técnica Processual para aferir se a tese pretendida encontra respaldo na literatura técnica e científica.

5.2 Avaliação da viabilidade técnica pré-processual

A análise documental é realizada sobre os papéis fornecidos pelo cliente e repassados ao advogado, que, trabalhando em consonância com o médico, entrega a ele o material pericial: prontuários e evoluções médicas, de enfermagem, fisioterapia, relatórios, pareceres, exames laboratoriais e de imagem. Essa etapa funciona, figurativamente, como um quebra-cabeça, já que o perito reconstrói a história clínica do paciente e observa como ele evoluiu.

No passo seguinte, acontece a elaboração do novo documento contendo as noções do Médico Perito, fundamentado nos dados oferecidos e obtidos, no momento da análise. Esse documento não se configura como Parecer Médico-Legal, o qual tem finalidades e métodos diferentes deste trabalho.

A conclusão emitida não é avalizadora da impossibilidade de ocorrerem conclusões periciais divergentes, a despeito da fundamentação técnica descrita, condizente com a doutrina médico-legal e demais conhecimentos da ciência médica. Trata-se de um documento de finalidade consultiva, sem caráter de instrução processual. Também não determina êxito em eventual litígio.

Em se tratando de perícias em sentido amplo, toda a documentação técnica deve ser submetida à avaliação do consultor, bem como a pretensão objetiva da tese jurídica.

5.3 Proposta de método de avaliação de viabilidade técnica

A Análise Técnica de Viabilidade Processual é de grande valia para uma avaliação isenta e imparcial do ponto de vista médico-legal, uma vez que nas demandas jurídicas que envolvem tal conhecimento, a probabilidade de sucesso tem íntima relação com a prova técnica – no caso, de natureza médica.

A partir disso, insta salientar as normativas éticas que tratam da perícia. Elas, por si só, já justificam a necessidade de critérios objetivos para este trabalho médico-legal:

“Art. 3º As normas básicas indispensáveis à boa perícia constituem o Decálogo dos Peritos, que vale igualmente para o perito do juiz e para o assistente técnico:

I – atuar sempre com absoluta imparcialidade;

II – não esquecer que sua afirmação vai ser usada para a distribuição do justo;

III – relatar somente o que puder demonstrar científica e doutrinariamente;

IV – não ultrapassar as esferas de suas atribuições;

V – atuar com a consciência do médico, a veracidade do testemunho e a equanimidade do juiz;

VI – não esquecer que toda regra tem exceção;

VII – sagacidade e prudência para dar o justo valor aos sinais e sintomas observados;

VIII – escrever com precisão, fidelidade e simplicidade;

IX – não esquecer que as aparências enganam;

X – o que não pode ser dito tecnicamente deve ser calado.

Parágrafo único. O profissional nomeado pelo juiz, indicado pelas partes ou pelo Ministério Público que não respeitar o decálogo perde os foros de perito.”⁽⁹⁾

A proposta de um método de avaliação exemplificativo e não taxativo tem como objetivo servir de norte para um processo de seleção do que são critérios de exclusão e inclusão de casos com fundamentação técnica, o que certamente varia conforme o caso concreto.

Entretanto, há etapas neste serviço médico-legal que propomos como basilares, a saber:

1. Triagem

a. Avaliação documental: essa etapa é fundamental e por isso proposta como inicial. A perícia médica se baseia em elementos objetivos e partindo deste princípio, o Consultor Médico-Legal deve atentar-se ao que há de concreto no caso em análise, isto é, se há provas documentais do que o potencial autor de uma ação envolvendo o conhecimento médico alega. Se, por exemplo, o potencial periciado refere um dano envolvendo cuidado à saúde, mas não há no prontuário médico apresentado quaisquer indícios de dano, nem nexos causal com este, certamente a viabilidade técnica está prejudicada.

i. Para que essa análise seja efetiva, faz-se necessária a leitura minuciosa da documentação apresentada. Pode-se realizar

uma breve síntese dos achados, de forma a organizar a lógica argumentativa encontrada pelo *expert*.

2. Consulta literária

- a. A avaliação da literatura médica é fundamental para que se estabeleça correlação lógica entre o fato alegado pela parte autora e a Medicina, por exemplo: não há compatibilidade técnica entre o diagnóstico de Lúpus Eritematoso Sistêmico e o trabalho em termos de causa. As bases fisiopatológicas inúmeras vezes sustentam as incompatibilidades relatadas.
- b. Da mesma forma, o estudo normativo é fundamental e delineador de possibilidades argumentativas com o conhecimento médico. Podemos citar os casos de cardiopatia grave para Isenção de Imposto de Renda no Brasil, em que por diversas vezes encontra-se um diagnóstico de cardiopatia, mas sem critérios de gravidade. Isso, por si só, pode tornar a viabilidade técnica desfavorável, a depender do caso analisado.
- c. Doutrina Médico-Legal
 - i. Como é de praxe, o conhecimento da Doutrina, da filosofia e dos métodos periciais é de suma importância nesta análise, pois é o que se espera que seja aplicado pelo perito oficial caso haja perícia médica futura.

3. Ética médica

- a. A partir da análise do Decálogo dos Peritos anteriormente descrito, o Consultor deve ter em mente que a Assistência Técnica não difere da Perícia Oficial. O compromisso com a ética e a ciência são

fundamentais para uma viabilidade técnica favorável ou desfavorável, pois não há como fugir dos limites da ciência médica para argumentação médico-legal.

4. Busca por informações adicionais

- a. Ainda que a perícia médica se baseie em elementos objetivos, como documentos e exames propedêuticos, a entrevista ou relato do potencial periciado pode ser útil para o entendimento do caso. Insta salientar que se trata de informações subjetivas, e portanto, têm relevância questionável neste trabalho médico-legal, de modo que não se recomenda a conclusão de viabilidade técnica somente com base nesta etapa.

5. Relatório

- a. Considerando que não se trata de um Parecer Médico-Legal, o relatório deve ser breve e sucinto, destacando os motivos que levam a uma conclusão de viabilidade técnica favorável ou desfavorável a partir dos preceitos anteriormente descritos. É de suma importância salientar ao contratante que a sua utilização em uma Peça processual deve ser consentida e autorizada pelo médico emissor, visto que o objetivo deste trabalho não visa a instrução processual e sim uma Consulta Médico-Legal acerca dos conhecimentos médicos envolvidos no caso de potencial litígio.

Nota-se que a Avaliação de Viabilidade Técnica Pré-Processual tem potencial de limitar litígios sem fundamentação técnica no que tange o conhecimento médico. Sua utilização tende a ser benéfica para a sociedade e para a prática médico-legal, uma vez que a utilização de critérios objetivos permite

de forma sólida a atuação do Consultor Médico-Legal/Assistente Técnico dentro dos limites da ética e da boa prática médica.

5.4 Revisão Narrativa

A coleta de dados resultantes da revisão narrativa demonstrou a ausência de referência nas bases consultadas acerca da avaliação proposta no presente artigo. Tal limitação é comum visto que os códigos jurídicos variam entre os países, assim como os modelos de atuação médico-legal, que dependem estritamente de legislações nacionais.

A proposição de litígios e casos envolvendo o direito e as ciências médicas e paramédicas é comum a todos os sistemas judiciais desde a idade antiga. A proposição de um método de avaliação técnico-metodológica sobre a pretensão das partes envolvidas e a viabilidade entre a tese pretendida e a técnica médico-legal possui aplicabilidade universal, independentemente do modelo jurídico adotado. Eis que a ciência é natural a todos os povos, e a tese modificada pela legislação nacional é avaliada individualmente para aferição da viabilidade técnico-médico-legal.

Portanto, as bases de dados científicas carecem de trabalhos sobre o tema, sendo uma intenção do atual estudo amplificar uma visão sistematizada da Avaliação de Viabilidade Técnica Processual.

6. Conclusão

A utilização de critérios objetivos para emitir viabilidade técnica favorável ou desfavorável depende do caso concreto, contudo, tende a reduzir litígios sem embasamento médico-legal quando esse conhecimento está direta ou indiretamente envolvido.

7. Referências bibliográficas

1. Muñoz DR, Gianvecchio VAP. Residência médica em medicina legal: objetivos. *Saúde Ética Just.* 2005 Nov 7;10(1-2):6.
2. Peixoto A. *Novos rumos da medicina legal.* Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional; 1938.
3. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica.* Resolução CFM 1246/88. 2ª ed. Brasília: Tablóide; 1990.
4. Vieira DN. Avaliação e reparação integral do dano: as novas perspectivas na União Europeia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho.* 2014;80(1):178-201. Available from: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/61240>.
5. Trunckle YF, Vieira DN. A contribuição do especialista em Medicina Legal e Perícia Médica no serviço de saúde. *Perspect Med Legal Pericia Med.* 2022;7.
6. Meilia PDI, Zeegers MP, Herkutanto, Freeman M. INFERÊNCIA: Uma Abordagem Baseada em Evidências para Análises Médico-Legais Causais. *Int J Environ Res Public Health.* 2020 Nov 11;17(22):8353. DOI: 10.3390/ijerph17228353. PMID: 33187384; PMCID: PMC7697841.
7. França GV. *Direito Médico.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2010.
8. Grange P, Papillon F. *Erreus médicales.* Paris: Nil; 2008.
9. Palomba GA. *Código de Processo Pericial: psiquiatria forense.* Belo Horizonte: Del Rey; 2023.

Doutrina

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E COMPETÊNCIA FEDERATIVA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA À LUZ DO TEMA 1234 DO STF *

Rafael Soares Duarte de Moura** · Vitor Luís de Almeida ***

Resumo: *O presente artigo investiga, sob uma perspectiva jurídico-dogmática, os contornos normativos e jurisprudenciais da judicialização da saúde no Brasil, com foco nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A problemática central reside na tensão entre o direito fundamental à saúde, assegurado constitucionalmente, e os limites impostos pela repartição federativa de competências, pelo planejamento administrativo e pela restrição orçamentária. A partir de revisão bibliográfica e análise documental de julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com destaque para os Temas 793, 106 e 1234, examina-se a evolução jurisprudencial quanto à responsabilidade solidária dos entes federativos e aos critérios processuais de competência e legitimidade passiva. O trabalho propõe-se*

a refletir criticamente sobre o alcance e os limites da atuação judicial frente às políticas públicas de saúde, em especial diante da necessidade de observância à medicina baseada em evidências e ao devido processo administrativo de incorporação de tecnologias no SUS. Como resultado, identifica-se um esforço recente do STF para estabilizar parâmetros objetivos e assegurar racionalidade à judicialização, sem afastar a proteção da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que a atuação judicial deve respeitar os marcos normativos e científicos da política sanitária nacional, evitando distorções sistêmicas e promovendo, de forma equitativa, o acesso à saúde como direito social fundamental.

Palavras-chave: *direito à saúde; judicialização; medicamentos não padronizados; SUS; federalismo.*

Abstract: *This article investigates, from a legal-dogmatic perspective, the normative and jurisprudential contours of the judicialization of health care in Brazil, focusing on claims related to the provision of non-standardized medications by the Unified Health System (SUS). The central issue lies in the tension between the fundamental right to health, constitutionally guaranteed, and the limits imposed by the federal distribution of powers, administrative planning, and budgetary constraints. Based on a literature review and documentary analysis of landmark rulings by the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), particularly Themes 793, 106, and 1234, the study examines the jurisprudential evolution concerning the joint liability of federal entities and the procedural criteria for jurisdiction and passive legitimacy. The article aims to critically reflect on the scope and limits of judicial intervention in public health policies, especially in light of the need to observe evidence-based medicine and the proper administrative process for incorporating technologies into the SUS. The findings highlight a recent effort by the STF to stabilize objective parameters and ensure rationality*

111 - 131

* Artigo desenvolvido a partir de apresentação no VI Colóquio Internacional - A moral do Estado por meio da produção de políticas públicas, realizado em agosto de 2025, na Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes (Brasil), promovido pela Unimontes em parceria com a Universidade Nova de Lisboa (Portugal) e a Université de Fribourg (Suisse).

** Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde também se graduou. Bolsista FAPEMIG BIPDT. Membro do corpo permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Ciências Policiais e Tecnologias Inovadoras (PPGCPTI) da Unimontes em parceria com a APM-MG. Membro colaborador do Programa de Pós-Graduação em História da Unimontes (PPGH-Unimontes). Professor efetivo da Universidade Estadual de Montes Claros.

*** Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – PPGD/UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público Municipal e graduado em Direito pela Unimontes. Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Professor da Universidade Estadual de Montes Claros-Unimontes.

in health-related litigation, while upholding the protection of human dignity. It concludes that judicial action must respect the legal and scientific frameworks of national health policy, avoiding systemic distortions and equitably promoting access to health care as a fundamental social right.

Keywords: *right to health; judicialization; non-standardized medications; SUS; federalism.*

Introdução

A judicialização da saúde no Brasil configura-se como uma das manifestações mais intensas da expansão do controle jurisdicional sobre a formulação e a implementação das políticas públicas em contextos de precariedade institucional e de assimetrias estruturais no acesso a direitos fundamentais. Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), observa-se uma crescente mobilização de sujeitos individuais e coletivos junto ao Poder Judiciário com vistas à efetivação de prestações estatais vinculadas ao direito à saúde, o que se evidencia, de modo particular, nas demandas por fornecimento de medicamentos e procedimentos terapêuticos não contemplados nas políticas oficiais do Sistema Único de Saúde (SUS). Tal movimento insere-se no fenômeno mais amplo da judicialização da vida social e da constitucionalização do Direito, no qual a jurisdição constitucional passa a desempenhar papel central na mediação dos conflitos distributivos e na interpretação dos limites e possibilidades da atuação estatal.

O direito à saúde, enquanto norma jurídica dotada de eficácia imediata e conteúdo prestacional, articula-se à lógica da universalidade, da integralidade e da equidade, princípios estruturantes do SUS, cuja institucionalidade repousa sobre a descentralização político-administrativa e sobre

a cooperação interfederativa entre União, estados e municípios. Contudo, a implementação concreta desse direito esbarra em entraves de ordem técnica, financeira e organizacional, evidenciando as tensões entre as promessas normativas constitucionais e a realidade da capacidade institucional do Estado brasileiro. Em especial, as ações judiciais que pleiteiam o acesso a medicamentos de alto custo ou não padronizados desafiam os critérios de alocação racional de recursos, fragilizam os processos decisórios da gestão pública e tensionam a divisão de competências entre os entes federativos, ao passo que impõem ao Judiciário a tarefa de intervir em políticas públicas complexas, muitas vezes guiado por critérios clínico-subjetivos em detrimento de fundamentos técnico-científicos.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido o protagonismo na construção de balizas interpretativas voltadas à compatibilização entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado da reserva do possível, o princípio da separação dos poderes e a arquitetura federativa do SUS. O julgamento do Tema 793 consolidou a tese da responsabilidade solidária dos entes federativos na garantia do direito à saúde, reconhecendo que qualquer deles pode ser demandado judicialmente. Tal entendimento, embora fundado na lógica do federalismo cooperativo, gerou descompassos práticos ao desconsiderar, em certa medida, a especialização das atribuições administrativas e a distribuição de encargos no pacto federativo sanitário. Com o julgamento do Tema 1234, o STF deu um passo adiante ao estabelecer parâmetros objetivos para a fixação da competência jurisdicional e para a determinação do ente responsável pelo fornecimento de medicamentos não incorporados às políticas públicas do SUS, especialmente aqueles de elevado custo,

trazendo maior previsibilidade e racionalidade ao tratamento jurídico dessas demandas.

A análise crítica desse processo interpretativo, bem como das implicações normativas e institucionais da atuação judicial no campo da saúde, constitui o núcleo deste artigo. Busca-se compreender em que medida a atuação jurisdicional contribui para a realização substancial do direito à saúde, sem comprometer os princípios da administração pública e os mecanismos legítimos de definição de prioridades em contextos de escassez. O trabalho estrutura-se metodologicamente a partir da abordagem jurídico-dogmática, com base em revisão normativa e análise jurisprudencial sistematizada, privilegiando os julgados paradigmáticos dos Temas 793, 106 e 1234, sem descuidar das contribuições doutrinárias contemporâneas sobre o controle judicial de políticas públicas e a governança sanitária. A hipótese que orienta a investigação é a de que a intervenção judicial, quando não calibrada por critérios técnicos e respeitosa dos limites institucionais da administração pública, pode comprometer a equidade, a transparência e a legitimidade das decisões sanitárias, conduzindo à fragmentação do SUS e à injustiça distributiva.

Assim, ao problematizar os fundamentos jurídicos da judicialização da saúde e os desafios operacionais que dela decorrem, pretende-se oferecer uma contribuição teórica e prática para o aprimoramento do diálogo institucional entre o Judiciário, os gestores públicos e os órgãos técnicos de avaliação de tecnologias em saúde. Em última instância, o que se busca é pensar os contornos de uma jurisdição sanitária que seja, ao mesmo tempo, garantidora de direitos e promotora de justiça social, sem incorrer na substituição ilegítima da deliberação democrática por decisões judiciais tecnicamente desinformadas ou institucionalmente disfuncionais.

1. A judicialização da saúde e os fundamentos dogmáticos do direito à saúde no Estado constitucional brasileiro

A Constituição da República de 1988 representa um marco normativo inaugural na institucionalização do direito à saúde como direito fundamental de todos e dever inarredável do Estado, fundado na dignidade da pessoa humana e no princípio da solidariedade social e federativa. O artigo 196 do texto constitucional não apenas consagra a saúde como direito de titularidade universal, mas a vincula expressamente à implementação de políticas públicas que visem à redução de riscos e ao acesso igualitário aos serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Tal comando normativo conferiu densidade jurídica a uma expectativa histórica de justiça sanitária e igualdade material, articulando-se à lógica da seguridade social inscrita no artigo 194 da Constituição e aos princípios do SUS, previsto nos artigos 198 e 199.

O desenho institucional do Sistema Único de Saúde corresponde a um modelo de federalismo cooperativo, no qual a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios compartilham competências comuns (artigo 23, II), devendo atuar de maneira articulada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo. Essa configuração rompe com a centralização característica do modelo anterior e impõe a corresponsabilidade interfederativa como elemento estrutural da efetivação do direito à saúde. Conforme argumentam Vieira e Benevides (2016), a estrutura do Sistema Único de Saúde no Brasil está assentada em um modelo federativo cooperativo, no qual a descentralização das ações e serviços é acompanhada por mecanismos de cofinanciamento e pactuação interfederativa,

com o objetivo de garantir maior equidade e eficiência na gestão compartilhada da saúde pública. No entanto, esse arranjo federativo, embora juridicamente consolidado, enfrenta severos desafios de ordem prática, especialmente no que concerne à repartição de encargos financeiros, à assimetria técnica e institucional entre os entes, e à indefinição normativa sobre a responsabilidade de cada esfera em situações concretas de demanda por serviços e insumos de média e alta complexidade. Segundo o Tribunal de Contas da União, a falta de critérios claros para a divisão de responsabilidades no Sistema Único de Saúde (SUS) contribui para ineficiências operacionais, sobrecarrega os municípios e aumenta a judicialização de demandas que poderiam ser resolvidas administrativamente (BRASIL, 2015).

Essa análise está alinhada com os princípios constitucionais que regem o SUS, especialmente no que tange à repartição de competências e à cooperação entre os entes federativos para a garantia dos direitos fundamentais.

A doutrina jurídica nacional tem interpretado a competência comum como geradora de responsabilidade solidária, admitindo que qualquer dos entes federativos pode ser compelido judicialmente ao cumprimento de obrigações sanitárias, desde que comprovada a necessidade e a urgência da medida pleiteada. Conforme argumenta Piovesan (2015) a efetivação dos direitos sociais no Brasil requer a atuação solidária dos entes federativos, sendo que a omissão de qualquer deles pode resultar em responsabilidade por não garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa perspectiva foi acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 855.178/SE (Tema 793), em que se firmou a tese

da responsabilidade solidária dos entes federativos pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos no âmbito do SUS. Naquela ocasião, a Corte assentou que a titularidade comum da competência para garantir o direito à saúde autorizava a judicialização direta contra qualquer ente federativo, independentemente da repartição administrativa prevista nas normas infraconstitucionais. Tal entendimento, embora garantista do ponto de vista do acesso individual à saúde, acabou por produzir distorções no equilíbrio federativo e fomentar conflitos de competência e de atribuição de custeio.

É nesse contexto que ganha relevância o esforço recente do STF em promover a racionalização da judicialização sanitária, por meio da fixação de balizas mais objetivas para a definição da competência e da responsabilidade de cada ente. No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 1.366.243/SC (Tema 1234), a Corte estabeleceu critérios vinculados ao valor anual do medicamento e à sua condição de padronização ou não no rol do SUS, visando atribuir à União, preferencialmente, a responsabilidade pelos medicamentos de alto custo e não incorporados, e aos estados e municípios os de menor custo e inseridos nos protocolos clínicos nacionais. Trata-se de uma tentativa de reequilibrar o federalismo cooperativo, compatibilizando a solidariedade jurídica com a especialização administrativa e orçamentária.

A literatura especializada tem destacado a importância da pactuação federativa como instrumento de construção democrática das políticas públicas de saúde (Viana; Iozzi, 2019). Conforme Maria Rita Nery Santos Souza e Mariluce Karla Bomfim de Souza (2018) “Os espaços colegiados de gestão configuram-se como instâncias de pactuação e negociação no contexto da regionalização da saúde”. Todavia, a fragilidade desses mecanismos, aliada à

judicialização crescente, tem corroído a capacidade de deliberação coletiva e deslocado a decisão sobre prioridades sanitárias para o espaço judicial, em detrimento do planejamento sistêmico e da alocação racional de recursos.

Ademais, a multiplicação das decisões judiciais com efeitos orçamentários relevantes tem implicado desorganização na execução dos blocos de financiamento do SUS, desvio de finalidade de verbas previamente pactuadas e incerteza quanto à sustentabilidade financeira do sistema. Estudos empíricos apontam que, em alguns estados, os gastos com cumprimento de ordens judiciais ultrapassam os percentuais destinados às ações programáticas, o que indica um desvio estrutural de finalidade administrativa. Como assevera Dallari (2020, p. 98), “a atuação do Judiciário na saúde deve estar ancorada na deferência razoável às instâncias técnicas e participativas do SUS, sob pena de tornar-se vetor de desigualdade e de captura de recursos por grupos mais organizados e litigantes”.

Para além da repartição de competências, é essencial compreender a dinâmica federativa a partir das práticas institucionais e do modo como os entes negociam, pactuam e deliberam sobre as responsabilidades sanitárias. A governança horizontal, fundamentada em espaços colegiados como as comissões intergestores regionais e bipartites, constitui, como apontam Fleury e Ouverney (2014), um mecanismo indispensável para a operacionalização das políticas descentralizadas, viabilizando a coordenação intergovernamental e o compartilhamento de diretrizes nacionais com adaptações locais. A ausência de normativas vinculantes, porém, ainda enfraquece a eficácia dessas instâncias.

No plano normativo-institucional, também persiste a lacuna quanto à efetivação do princípio da equidade, sobretudo no financiamento tripartite

do SUS. A insuficiência de repasses da União e a regressividade da contribuição dos estados têm resultado em sobrecarga financeira para os municípios, comprometendo sua capacidade de resposta às demandas locais. Como expõe Fagnani (2021, p. 59), “o subfinanciamento crônico do sistema tem sido historicamente compensado por uma descentralização assimétrica, que transfere responsabilidades sem a correspondente capacidade fiscal”. Tal realidade contribui para a expansão da judicialização como mecanismo substitutivo da política pública.

É necessário reafirmar que o direito à saúde, embora exigível judicialmente, não pode ser dissociado do contexto institucional em que se insere. A atuação do Poder Judiciário deve observar os limites da função jurisdicional, respeitar os espaços institucionais deliberativos e contribuir para o fortalecimento do pacto federativo. A concretização de direitos sociais em regimes federativos exige mais que normas jurídicas abstratas: exige coordenação política, transparência decisória, justiça distributiva e compromisso democrático com a redução das desigualdades regionais e sociais.

2. Evolução jurisprudencial sobre a judicialização de medicamentos não padronizados e a responsabilidade estatal

No Brasil, o tema saúde foi tratado pelas constituições pretéritas apenas no sentido administrativo, no intuito de estabelecerem-se medidas organizacionais, sobretudo no combate a doenças endêmicas e epidêmicas. Com a promulgação da CRFB/88, a “Constituição Cidadã”, a saúde passou a ser tratada como direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado o estabelecimento de prestações positivas no sentido de garantir sua efetividade.

Neste contexto, a saúde mostra-se como bem intangível do cidadão brasileiro, diretamente ligada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, devendo estar intimamente integrada às políticas públicas governamentais.

Dentro da temática da realização do direito à saúde e de sua garantia por parte do Poder Judiciário, no âmbito do que se tem designado como “judicialização da saúde”, assume pontual relevância o estudo da responsabilidade solidária ou não dos entes federados na efetivação desse direito fundamental.

A inafastabilidade da tutela jurisdicional é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88. Nesse diapasão, as decisões do Poder Judiciário relativas à “judicialização da saúde” apresentam-se como meio de tutela ao interesse do cidadão e instrumento de coerção ao Poder Público, na garantia do direito à saúde.

É cediço que dentre os direitos sociais, a saúde, na condição de direito fundamental, tem a finalidade de permitir aos indivíduos, além da sobrevivência, a inserção na sociedade, através de uma vida adjetivada pelo caráter da dignidade. Para sua efetivação, tal direito necessita de atuação conjunta de todos os órgãos estatais, envolvendo harmonicamente os poderes e gerando uma nova visão do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º, da “Magna Carta” do Estado brasileiro.

Apesar das regulamentações feitas pelo Poder Legislativo e das políticas públicas levadas a efeito pelo Poder Executivo, em reiteradas oportunidades, cabe ao Poder Judiciário garantir, por meio de decisões proferidas em ações judiciais, que determinadas pessoas recebam os medicamentos, tratamentos ou outros meios necessários para se manterem vivas ou evitarem o agravamento de suas enfermidades, garantindo-lhes a efetivação da

dignidade de suas vidas.

Ante a incompleta concretização do direito à saúde pelos demais poderes, tal intervenção do Judiciário manifesta-se como legítima, não implicando em violação ao princípio da tripartição dos poderes. Ao revés, contribui de forma eficaz para que a atuação do Estado, por meio de todos os seus poderes, seja harmônica e garanta a efetividade do direito à saúde dos cidadãos.

Ademais, as demandas judiciais não seriam necessárias caso as políticas públicas conseguissem suprir de forma adequada as necessidades da população, fornecendo-lhe os serviços de saúde necessários à garantia do mínimo existencial. Portanto, afigura-se indiscutível o caráter material do direito fundamental à saúde e sua viabilidade por meio da tutela jurisdicional, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

De outro norte, a solidariedade passiva dos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) parece restar evidente mediante uma interpretação gramatical do *caput* e §1º, do artigo 198, da CRFB/88, quando dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da “seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes” (Brasil, 1988).

Nos termos do artigo 23, inciso II, da CRFB/88, os cuidados com a saúde são expressos como competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

No âmbito da legislação ordinária, a Lei nº. 8.080, de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, estabelece em seu artigo 4º, que “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da

Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)” (Brasil, 1990).

O fato de o SUS ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros e orçamentários dos entes da federação tem por objetivo aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, reforçando a obrigação solidária existente entre eles.

Tal solidariedade passiva implica na possibilidade do cidadão, credor da prestação do Estado ligada à efetivação do direito à saúde, exigi-la de qualquer um dos entes federados, não havendo de se falar em quinhão distinto na responsabilidade da União, estados, Distrito Federal e municípios, no fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos médicos. Esta orientação foi exposta em arestos do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Agravo Regimental na suspensão de liminar nº. 47/PE e do Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada nº. 175/CE, ambos relatados pelo então presidente Ministro Gilmar Mendes, no ano de 2010 (Brasil, STF, 2010).

A doutrina pátria, sob o escólio de Carvalho (2007), também se manifestava favorável ao posicionamento versado, sob o argumento de que a CRFB/88 estabeleceu o regime de cooperação dos entes federados, os quais devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde, devendo as esferas de governo agirem em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra.

Não obstante, várias críticas foram realizadas a esse posicionamento, elaboradas, sobretudo, pelos pequenos municípios, sob a justificativa de que, às vezes, são demandados e compelidos a responderem isoladamente por medicamentos e tratamentos de alto custo, que de acordo com a divisão administrativa de atribuições do SUS, seriam de competência da União ou dos Estados-Membros.

A discussão foi ainda mais profunda quando o objeto da prestação à saúde consubstanciava um medicamento não padronizado pelo Sistema Único da Saúde, o que gerou um intenso debate jurídico, o qual foi sendo realizado por meio de decisões judiciais, sobretudo proferidas pelos Tribunais Superiores.

Nesse íterim, a atribuição concorrente, em regime de colaboração de todos os entes da federação para a garantia do direito à saúde, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 855.178/SE (Tema 793 da Repercussão Geral), de relatoria do Ministro Luiz Fux, que, inicialmente, manteve a tese da responsabilidade solidária dos entes federativos frente aos alegados óbices administrativos ou orçamentários da Administração. Analisando a ementa do referido julgamento, extrai-se a tese de que: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (Brasil, STF, RE 855.178/SE, 2015).

Contudo, de acordo com o disposto na Lei nº. 8.080 de 1990, o fornecimento de saúde pela União, estados, Distrito Federal e municípios é prestado através de uma rede de atendimentos, que pressupõe colaboração e organização. Defendeu-se, portanto, a inexistência de superposição entre a obrigação de cada um dos entes, de modo que a hierarquização dos entes obedeça ao grau de complexidade do fornecimento do tratamento médico.

Neste íterim, importa observar o que restou decidido pelo excelso Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº. 127/SP, em decisão monocrática da lavra do Ministro Dias Toffoli, proferida em 2019. Em referida decisão monocrática, o então Presidente

da Corte Constitucional argumentou que ao definir as responsabilidades em matéria de saúde pública, a CRFB/88 externou duas distintas ordens de atribuições, com preponderância de atuação, quais sejam:

(i) responsabilidade por executar ações e serviços de saúde, preponderantemente atribuída ao Município (art. 198, I, c/c art. 30, VII), para que o atendimento se dê, preferencialmente, na própria região de residência do cidadão, com assunção de obrigações de atendimentos mais complexos pelos Estados e em sequência pela União;

(ii) responsabilidade pelo comando técnico e pelo financiamento do Sistema acentuadamente atribuída à União e, em menor grau, aos Estados e Municípios, em ordem descendente. (Brasil, STF, Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 127/SP, 2019).

Consoante o julgamento acima, reconheceu-se que a CRFB/88, ao cuidar da obrigação dos entes estatais ao fornecimento de saúde, não previu uma obrigação indivisível, mas, sim, uma obrigação estruturada em graus executórios correspondentes as atribuições próprias de cada um de seus entes. Tal raciocínio seria corroborado pelo disposto na Lei n.º 8.080/90:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

[...]

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

[...]

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

[...]

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

[...]

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

[...]

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde. (Brasil, 1990)

A partir desse fundamento, mostrava-se inenunciável que o Poder Judiciário também observasse esta lógica de distribuição de competências entre os entes estatais, a fim de que não ocorresse sobreposição de competências ou obrigação de um ente em fornecer tratamento que, em razão da repartição interna de competências administrativas, deveria ser fornecido por outro.

Nesse diapasão, não obstante à tese da solidariedade entre os entes federados, inicialmente defendida e aceita pelo STF no Tema 793, não se poderia desconsiderar que em se tratando de medicamentos e/ou tratamentos não padronizados, a competência administrativa para a adoção da devida providência apta à tutela do direito do cidadão no sentido da promoção ou da preservação de sua saúde seria inerente à União, em razão de ser dela a competência para padronização de novos medicamentos junto ao Sistema Único de Saúde. Por consequência, este passou a ser o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE, oportunidade na qual foi exposto pelo Ministro Edson Fachin, Redator p/ o Acórdão, que:

(...) v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recaí sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação; (...) (Brasil, STF, Embargos de Declaração no RE 855.178/SE, 2019)

Importante salientar, ainda, a posição do Supremo Tribunal Federal em reafirmar essa necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda, quando o objeto da ação se refere ao pleito de medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, em complementação ao já decidido no referido Tema de Repercussão Geral nº. 793. Neste sentido, foi a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 1.307.921/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em março de 2021, no qual se afirmou:

(...) 2ª espécie de pretensão: a que veicula pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas. A respeito desta espécie, constou na STA 175 uma subdivisão, nas subespécies (1), (2) e (3): ‘Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.’

Como regra geral, nas três ‘subespécies’ apontadas, a União comporá o polo passivo da lide.

Isso porque, segundo a lei orgânica do SUS, é o Ministério da Saúde, ouvida a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) que detém competência para a incorpora-

ção, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90).

A União poderá, assim, esclarecer, entre outras questões: a) se o medicamento, tratamento, produto etc. tem ou não uso autorizado pela ANVISA; b) se está ou não registrado naquela Agência; c) se é ou não padronizado para alguma moléstia e os motivos para isso; d) se há alternativa terapêutica constante nas políticas públicas, etc”. (Brasil, STF, RE 1.307.921/PR, 2021)

Como bem expressado na decisão acima referida, tratando-se de medicamentos não padronizados, haveria necessidade, minimamente, de um litisconsórcio necessário, a teor do disposto no art. 114, do Código de Processo Civil. Por consequência, ainda que a ação fosse distribuída contra um município e/ou Estado-membro, deveria o magistrado determinar a correção do polo passivo, com a inclusão da União, mesmo que de ofício, sendo certo que trata-se de competência jurisdicional da Justiça Federal, tendo em vista o critério objetivo de distribuição de competências, em razão da presença, constante no art. 109, I, da CRFB/88.

Nesse mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2022, decidiu nas Reclamações nº. 50.414 e nº. 49.890, ambas oriundas do Mato Grosso do Sul, de Relatoria do Min. Dias Toffoli que, em demanda para fornecimento de remédio que não consta nas políticas públicas instituídas pelo SUS, a União deve integrar necessariamente o processo, sem prejuízo da presença do estado e do município.

Como bem expressado nas decisões acima referidas, a atribuição administrativa para fornecimento do medicamento não inserido dentre aqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde seria

inerente à União, não podendo ser direcionada aos demais entes federativos, diretamente.

Apesar da tese, por vezes defendida, no sentido de que o juízo poderia direcionar o cumprimento da eventual prestação de saúde, na fase de execução, ao ente administrativamente competente, o que justificaria a existência da solidariedade passiva na fase de conhecimento, as normas de direito processual impediriam a aplicação dessa providência judicial no caso concreto. Afinal, o atual sistema processual civil envolve o desenvolvimento de um processo sincrético, no qual, se o ente federativo (União) não participa da relação processual na fase de conhecimento, não poderia passar a integrá-lo na fase de cumprimento de sentença, tendo em vista a incidência dos limites subjetivos da coisa julgada, devidamente dispostos no art. 506, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Não obstante o entendimento acima, a questão continuou a ser apreciada pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, ao analisar questões atinentes a competência Justiça Estadual nas demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, mas não padronizados no SUS, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Incidente de Assunção de Competência-IAC, proposto nos Conflitos de Competência de nº. 187.276/RS, 187.533/SC e 188.002/SC, como paradigmas do “Tema-14-IAC”, fixou a seguinte tese, publicada em 18.04.2023:

- a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeru demandar;
- b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magis-

trados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da proposição da ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

- c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ). (Brasil, STJ, CC n. 187.276/RS, 2023)

Com fins à fundamentação para fixação da tese acima referida, o STJ argumentou que:

(...) 1. O STF, embora tenha mantido a orientação dominante nas Cortes Superiores acerca da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, com fundamento nos arts. 23, II, e 198 da CF/1988, quando julgou os EDcl no RE n. 855.178/SE (Tema 793), acabou inovando o cenário jurídico, ao exigir, de forma expressa, que o magistrado direcione o cumprimento da obrigação, segundo as normas de repartição de competências do SUS, assim como determine à pessoa política legalmente responsável pelo financiamento da prestação sanitária ressarcir a quem suportou tal ônus.

2. Essa mudança de cenário, por sua vez, acarretou uma divergência de interpretação do Tema 793 do STF entre as Justicas estadual e Federal e fez renascer a discussão relacionada à natureza do litisconsórcio formado em tais casos, há muito pacificada nos tribunais superiores.

3. Não obstante o disposto nos arts. 109, I, da CF/1988 e 45 do CPC/2015, bem como o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça nas Súmulas 150 e 254, imensa quantidade de conflitos de competência

a respeito da aludida matéria começou a chegar diariamente a esta Corte de Justiça, notadamente após o julgamento do Tema 793 (Emb. Decl. no RE 855.178/SE) pelo STF.

4. No julgamento do Tema 793, o STF não avançou nas questões de natureza processual que normalmente são debatidas no âmbito do conflito de competência, a título de exemplo: a) a maneira como a União irá assumir a posição de parte nos processos relativos à saúde, vale dizer, a modalidade de intervenção, b) a competência estabelecida no art. 109, I, da CF/1988 (*ratione personae*) e c) o juízo competente para decidir sobre eventual formação de litisconsórcio passivo.

(...)

7. Embora seja possível aos entes federais organizarem-se de maneira descentralizada com relação às políticas públicas na área da saúde, essa organização administrativa não afasta o dever legal de o Estado (*latu sensu*) assegurar o acesso à medicação ou ao tratamento médico a pessoas desprovidas de recursos financeiros, em face da responsabilidade solidária entre eles. Em outras palavras, a possibilidade de o usuário do SUS escolher quaisquer das esferas de poder para obter a medicação e/ou os insumos desejados, de forma isolada e indistintamente - conforme ratificado pelo próprio STF no julgamento do Tema 793 -, afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário, por notória antinomia ontológica.

8. A dispensação de medicamentos é uma das formas de atender ao direito à saúde, que compõe a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, mas não é, em si, o objeto principal da obrigação de prestar assistência à saúde de que trata o art. 196 da Constituição Federal.

9. As regras de repartição de competência administrativa do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração do polo passivo delineado pela parte no momento do ajuizamento da demanda, mas tão somente para redirecionar o cumprimento da sentença ou de determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, nos termos do decidido no julgamento do Tema 793 do STF. (Brasil, STJ, CC n. 187.276/RS, 2023)

Logo em seguida ao citado acórdão, o Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão, referen-

dada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 19.04.2023, no Recurso Extraordinário n.º 1.366.243/SC, Tema 1234, com Repercussão Geral reconhecida, em que se discutia “à luz dos artigos 23, II, 109, I, 196, 197 e 198, I, da Constituição Federal, a obrigatoriedade de a União constar do polo passivo de lide que verse sobre a obtenção de medicamento ou tratamento não incorporado nas políticas públicas do SUS, embora registrado pela Anvisa”, restando decidido que:

(...) 5. Tutela provisória concedida em parte para estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, sejam observados os seguintes parâmetros:

(...)

5.2. nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo; (...) (Brasil, RE 1.366.243/SC, 2023)

Nesse sentido, considerando-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no mencionado IAC, em estrito cumprimento ao *decisum* do Pretório Excelso, e tendo em vista que houve determinação de suspensão nacional dos processos pendentes apenas nos feitos em fase de recursos especial e extraordinário, individuais ou coletivos, restou vedado o declínio de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

Ocorre que, o Recurso Extraordinário n.º 1.366.243/SC, Tema 1234, foi julgado pelo Supremo Tribunal de Federal em 16.09.2024, com publicação em 11.10.2024, oportunidade em que restaram fixadas as seguintes teses:

I - Competência. 1) Para fins de fixação de competência, as demandas relativas a medicamentos não incorporados na política pública do SUS, mas com registro na ANVISA, tramitarão perante a Justiça Federal, nos termos do

art. 109, I, da Constituição Federal, quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, com base no Preço Máximo de Venda do Governo (PMVG - situado na alíquota zero), divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED - Lei 10.742/2003), for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, na forma do art. 292 do CPC. 1.1) Existindo mais de um medicamento do mesmo princípio ativo e não sendo solicitado um fármaco específico, considera-se, para efeito de competência, aquele listado no menor valor na lista CMED (PMVG, situado na alíquota zero). 1.2) No caso de inexistir valor fixado na lista CMED, considera-se o valor do tratamento anual do medicamento solicitado na demanda, podendo o magistrado, em caso de impugnação pela parte requerida, solicitar auxílio à CMED, na forma do art. 7º da Lei 10.742/2003. 1.3) Caso inexista resposta em tempo hábil da CMED, o juiz analisará de acordo com o orçamento trazido pela parte autora. 1.4) No caso de cumulação de pedidos, para fins de competência, será considerado apenas o valor do(s) medicamento(s) não incorporado(s) que deverá(ão) ser somado(s), independentemente da existência de cumulação alternativa de outros pedidos envolvendo obrigação de fazer, pagar ou de entregar coisa certa. **II - Definição de Medicamentos Não Incorporados.** 2.1) Consideram-se medicamentos não incorporados aqueles que não constam na política pública do SUS; medicamentos previstos nos PCDTs para outras finalidades; medicamentos sem registro na ANVISA; e medicamentos off label sem PCDT ou que não integrem listas do componente básico. 2.1.1) Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na tese fixada no tema 500 da sistemática da repercussão geral, é mantida a competência da Justiça Federal em relação às ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, as quais deverão necessariamente ser propostas em face da União, observadas as especificidades já definidas no aludido tema. **III - Custeio.** 3) As ações de fornecimento de medicamentos incorporados ou não incorporados, que se inserirem na competência da Justiça Federal, serão custeadas integralmente pela União, cabendo, em caso de haver condenação supletiva dos Estados e do Distrito Federal, o ressarcimento integral pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES), na situação de ocorrer redirecionamento pela impossibilidade de cumprimento por aquela, a ser im-

plementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. 3.1) Figurando somente a União no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do Estado ou Município para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão, o que não importará em responsabilidade financeira nem em ônus de sucumbência, devendo ser realizado o ressarcimento pela via acima indicada em caso de eventual custo financeiro ser arcaado pelos referidos entes. 3.2) Na determinação judicial de fornecimento do medicamento, o magistrado deverá estabelecer que o valor de venda do medicamento seja limitado ao preço com desconto, proposto no processo de incorporação na Conitec (se for o caso, considerando o *venire contra factum proprium/tu quoque* e observado o índice de reajuste anual de preço de medicamentos definido pela CMED), ou valor já praticado pelo ente em compra pública, aquele que seja identificado como menor valor, tal como previsto na parte final do art. 9º da Recomendação 146, de 28.11.2023, do CNJ. Sob nenhuma hipótese, poderá haver pagamento judicial às pessoas físicas/jurídicas acima descritas em valor superior ao teto do PMVG, devendo ser operacionalizado pela serventia judicial junto ao fabricante ou distribuidor. 3.3) As ações que permanecerem na Justiça Estadual e cuidarem de medicamentos não incorporados, as quais impuserem condenações aos Estados e Municípios, serão ressarcidas pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES ou ao FMS). Figurando somente um dos entes no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do outro para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão. 3.3.1) O ressarcimento descrito no item 3.3 ocorrerá no percentual de 65% (sessenta e cinco por cento) dos desembolsos decorrentes de condenações oriundas de ações cujo valor da causa seja superior a 7 (sete) e inferior a 210 (duzentos e dez) salários mínimos, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. 3.4) Para fins de ressarcimento interfederativo, quanto aos medicamentos para tratamento oncológico, as ações ajuizadas previamente a 10 de junho de 2024 serão ressarcidas pela União na proporção de 80% (oitenta por cento) do valor total pago por Estados e por Municípios, independentemente do trânsito em julgado da decisão, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instân-

cia tripartite, no prazo de até 90 dias. O ressarcimento para os casos posteriores a 10 de junho de 2024 deverá ser pactuado na CIT, no mesmo prazo. (Brasil, STF, RE 1.366.243/SC, Tema 1234, 2024) – grifos não originais

Por consequência, após um intenso debate jurídico e uma evolução jurisprudencial ocorrida em aproximadamente uma década e meia, restou decidido, contemporaneamente, pelo Supremo Tribunal Federal, a solidariedade entre os entes federativos para as prestações positivas de saúde.

Especialmente com relação aos medicamentos não padronizados pelas políticas públicas de saúde, mas com registro na Anvisa, fixou-se uma competência concorrente entre os entes federativos, havendo uma definição da competência jurisdicional entre os ramos da Justiça Estadual e Federal, fixada em razão do valor da causa, restando ainda determinadas as regras de custeio. Lado outro, tratando-se de ações que demandem fornecimento de medicamentos não padronizados, sem registro na Anvisa, a competência permanece sendo apenas da Justiça Federal, eis que deverão ser propostas necessariamente em desfavor da União, conforme anteriormente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na tese fixada no Tema 500 (Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG), da sistemática da repercussão geral.

3. Parâmetros técnicos e probatórios para concessão judicial de medicamentos não padronizados

Definida a premissa sobre a responsabilidade dos entes federados para o fornecimento de medicamentos não padronizados, em ações que pleiteiam prestações positivas direcionadas à garantia do direito à saúde, importante se mostra a discussão sobre os critérios a serem analisados pelo Poder Judiciário para a análise dos casos concretos

levados à sua apreciação.

O instituto processual da prova confere efetividade à garantia da ampla produção probatória, cuja natureza constitucional é incontroversa (Alexandre, 1998; Rivera Morales, 2011; Comoglio, 2010; Mello, 2013). Consoante as disposições do artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da CRFB/88, o acesso efetivo à prova apresenta-se como direito e garantia fundamental, compreendido nos ideais de acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O sistema processual infraconstitucional deve, assim, assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do magistrado, baseado na verdade real. Isso implica, evidentemente, a dilação probatória destinada à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório e ampla defesa compreendem, também, o poder conferido às partes de se valer de todos os meios de prova possíveis, adequados e admissíveis, para reconstrução dos fatos.

A busca da verdade é um dos elementos essenciais à legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo. A prova é o principal elemento pelo qual se poderá demonstrar a verdade, influenciando na formação da convicção fundamentada do magistrado (art. 93, inciso IX, da CRFB/88). O direito à prova pode ser extraído da cláusula geral do devido processo legal e, nos desdobramentos dessa, tornando-lhes mais do que mera legislação simbólica, garantindo sua efetividade. Nessa perspectiva, é direito constitucional decorrente. Avançando nessa tratativa, é também possível perspectivá-lo através do §2º do artigo 5º da CRFB/88, como direito de índole fundamental. Ademais, sob outro viés, o direito à prova está previsto por meio de interpretação extensiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu

artigo 8º e, do mesmo modo, no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, no artigo 14.3, alínea “e” (Cambi, 2001).

Retornando o olhar para uma definição do instituto da prova, pode-se afirmar, inicialmente, que provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado por qualquer dos demandantes com vistas a influenciar na formação da convicção do julgador para solução do caso concreto e, assim, ver acolhida a pretensão ou a resistência formulada no processo. Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rangel (2006), um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa.

Há uma multiplicidade de conceitos de prova na doutrina. Cada doutrinador conceitua a prova levando em consideração um aspecto central que fundamenta a fonte de análise realizada. Assim, prova pode ser definida como meio, ou seja, como instrumento processual colocado à disposição para sua realização; como atividade, ou conjunto de atos e atividades destinadas a demonstrar a verdade de um fato controvertido; ou como resultado, direcionado à formação da convicção do julgador.

Dentro de um vasto repertório de ônus processuais, incumbe um papel de especial relevância ao ônus probatório, também conhecido como carga probatória, o qual determina, recordando as chamadas “regras da prova”, aquelas que identificam quem deve provar certo direito, fato ou circunstância. Certo está que referidas regras só resultam em maior importância quando da ausência da prova eficaz para suscitar a certeza ao julgador. Pois, em tal caso, o tribunal julgará contra quem deveria ter provado e não o fez (Echandia, 1970).

Na tradicional doutrina sobre o ônus da prova devemos destacar os ensinamentos de Couture (1978), cujos estudos buscam responder quem deve provar, bem como decidir qual das partes deve produzir a prova dos fatos que compõem o debate no caso posto em juízo.

Na doutrina portuguesa, Cordeiro (2011) leciona que tem o ônus da prova a pessoa a quem caiba demonstrar os fatos em discussão, sob pena de ver desatendidas suas pretensões. Portanto, o ônus da prova permitirá ao julgador decidir quando nada se apure, de definitivo, sobre os fatos em discussão dizendo quem perde, na falta de prova: é o “tributo a pagar à natureza humana dos tribunais terrenos” (Cordeiro, 2011, p.465).

Já na doutrina italiana, Taruffo (2008), ao ensinar sobre as cargas probatórias, dispõe que a função do princípio do ônus da prova é permitir ao tribunal resolver o caso quando os fatos principais não tenham sido provados. E complementa que em alguns sistemas jurídicos a carga da prova é atribuída conforme disposições gerais que regulam todos os tipos de situações e existem algumas disposições específicas sobre casos especiais.

Essas regras quanto ao ônus probatório estão dirigidas às partes (ônus subjetivo) como também ao juiz (ônus objetivo). Os litigantes devem tê-las em conta para organizar a sua estratégia processual objetivando convencer o julgador de suas argumentações, no momento da sentença, no qual o magistrado terá que realizar a valoração. Em consequência, os litigantes deverão provar os pressupostos por meio dos quais invoquem o fundamento de suas pretensões, defesas e exceções, e tal imposição não depende da condição de autor ou demandado, mas, sim, da situação em que cada um se coloque no processo com relação àquele fato.

Na doutrina brasileira, Didier Jr. (2018) de-

fende que não se deve minimizar a importância da função subjetiva do ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto a eventual influência que sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado. Afinal, mesmo no momento do julgamento (ônus objetivo), o ônus subjetivo por influenciar o convencimento do magistrado, ante à vedação ao *non liquet*.

Pode-se afirmar, portanto, que o ônus não é a imposição de uma distribuição do poder de provar que tem as partes, mas, sim, do dever de fazê-lo, sob pena de ver sua pretensão ou defesa não contemplada pela decisão jurisdicional. As normas relativas à carga probatória não operam quando existem, na causa, elementos suscetíveis de formar a convicção do julgador no caso concreto, quando as partes se desincumbem de seu dever de aportar ao feito a comprovação de suas alegações. A finalidade da atividade probatória é, portanto, criar a convicção do órgão jurisdicional sobre a existência ou inexistências dos fatos alegados pelas partes e sua correspondente oportunidade processual de discutir os fatos durante o feito.

Assim, durante um largo lapso temporal ao longo da história, foi plenamente incorporado na linguagem processual o conceito de carga probatória, interpretando-se suas regras como algo estático, contrariando assim o espírito primevo que sempre concebeu a teoria do processo como uma forma de consideração dinâmica dos fenômenos procedimentais (Peyrano; Chiappini, 2008).

A par das tradicionais teorias sobre distribuição do ônus da prova, o artigo 373, *caput* e incisos I e II, do CPC/15, basicamente reproduziu a distribuição do ônus da prova regulamentada pela regra legal estampada no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973, o qual deu acolhimento à teoria

de Chiovenda. Segundo tal teoria, o autor deveria provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, enquanto a parte demandada teria o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Nos dizeres de Didier Jr. (2018), o CPC/15 considerou três fatores ao estabelecer a regra geral de distribuição do ônus da prova: a) posição da parte na causa (autor ou réu); b) natureza dos fatos em que se funda a pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) o interesse em provar o fato.

Destarte, a distribuição do ônus da prova entre autor e demandado, em regra, é realizada segundo a natureza dos fatos invocados e tem como substrato o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar se distribui entre as partes na medida em que adquirem e guardem interesse de que os fatos apresentados em juízo sejam considerados verdadeiros pelo julgador.

Apresenta-se como válida também a lição de Didier Jr. (2018) no sentido de que a distribuição do encargo probatório pode ser atribuída: (i) ao legislador, (ii) ao juiz ou (iii) por convenção das partes. Nessa perspectiva, a regra geral de distribuição do ônus da prova com relação à concessão de medicamentos não padronizados seria enquadrada na distribuição realizada pelo “juiz”, no caso, seguindo os precedentes jurisprudenciais formados nos Tribunais Superiores.

Nesse diapasão, analisando os critérios materiais para apreciação dos pedidos referentes a medicamentos não padronizados, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº. 1.657.156/RJ – Tema 106, apresentou a seguinte tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. (Brasil, STJ, REsp. 1.657.156/RJ, 2018)

Não obstante, ao analisar o Recurso Extraordinário nº. 1.366.243/SC, Tema 1234, o Supremo Tribunal de Federal também apreciou a questão, fixando como tese:

IV - Análise judicial do ato administrativo de indeferimento de medicamento pelo SUS. 4) Sob pena de nulidade do ato jurisdicional (art. 489, § 1º, V e VI, c/c art. 927, III, § 1º, ambos do CPC), o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, tal como acordado entre os Entes Federativos em autocomposição no Supremo Tribunal Federal. 4.1) No exercício do controle de legalidade, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador, mas tão somente verificar se o ato administrativo específico daquele caso concreto está em conformidade com as balizas presentes na Constituição Federal, na legislação de regência e na política pública no SUS. 4.2) A análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos. 4.3) Tratando-se de medicamento não incorporado, é do autor da ação o ônus de demonstrar, com fundamento na Medicina Baseada

em Evidências, a segurança e a eficácia do fármaco, bem como a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS. 4.4) Conforme decisão da STA 175-AgR, não basta a simples alegação de necessidade do medicamento, mesmo que acompanhada de relatório médico, sendo necessária a demonstração de que a opinião do profissional encontra respaldo em evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise. (Brasil, STF, RE 1.366.243/SC, Tema 1234, 2024) – grifos não originais

De acordo com os itens 4.1 e 4.2., ao analisar pedido de concessão de medicamentos não padronizados no Sistema Único de Saúde, caberá ao Poder Judiciário analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, estritamente no que se refere aos critérios da legalidade e de regularidade do procedimento, não podendo reavaliar a atuação discricionária da Administração Pública, a qual é realizada com base nos critérios de oportunidade e conveniência, ou seja, não poderá se imiscuir no mérito administrativo, sob pena de nulidade da decisão judicial.

Para além disso, conforme as teses fixadas nos itens 4.3 e 4.4, caberá ao autor a comprovação da segurança e eficácia do medicamento pleiteado, assim como a demonstração da ausência de medicamento fornecido pelo SUS apto a substituí-lo no tratamento. Registre-se que o pedido deve estar amparado na Medicina Baseada em Evidências, de modo que o laudo médico deve ter como fundamento “evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise”.

Em complementação, em razão do disposto no Tema 106 do STJ, deverá o autor comprovar, ainda; a) por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o

tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) sua incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) a existência de registro na Anvisa do medicamento não padronizado, acaso existente.

A exigência de comprovação dos requisitos acima expostos foi ratificada, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN, Tema 6 do rito de repercussão geral, no qual se discutia, à luz as disposições constitucionais, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Consoante referido julgamento, foram fixadas as seguintes teses:

1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo. 2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação: (a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item '4' do Tema 1234 da repercussão geral; (b) ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei n.º 8.080/1990 e no Decreto n.º 7.646/2011; c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise; (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e (f) incapacidade financeira de arcar com

o custeio do medicamento. 3. Sob pena de nulidade da decisão judicial, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e artigo 927, inciso III, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente: (a) analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência, especialmente a política pública do SUS, não sendo possível a incursão no mérito do ato administrativo; (b) aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, previstos no item 2, a partir da prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação; e (c) no caso de deferimento judicial do fármaco, oficial aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (Brasil, STF, RE 566.471/RN, Tema 6, 2024)

Como acima analisado, a teor do disposto no art. 373, I, do CPC/15, cabe à parte autora a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, razão pela qual, em caso de não realização probatória dos requisitos acima referidos, assumirá o autor o ônus de uma possível improcedência de seu pedido.

Conclusões

A trajetória investigativa percorrida ao longo deste trabalho demonstra que a judicialização da saúde no Brasil, em especial no que tange ao fornecimento de medicamentos não padronizados, constitui fenômeno multifacetado que transita entre a garantia individual de direitos fundamentais e os desafios estruturais do federalismo sanitário. O direito à saúde, consagrado constitucionalmente como direito social de titularidade universal e eficácia imediata, opera num campo tensionado entre demandas urgentes e a necessidade de preservação

127 - 131

da racionalidade administrativa, da sustentabilidade fiscal e da equidade distributiva do Sistema Único de Saúde. Nesse cenário, o Poder Judiciário atua como instância de tutela, mas também como agente com potencial para desestabilizar as políticas públicas quando intervém de modo dissociado de critérios técnicos e das competências institucionais definidas pelo pacto federativo.

A análise jurisprudencial empreendida revela que o Supremo Tribunal Federal percorreu um caminho de evolução interpretativa que vai da ampliação máxima da solidariedade entre entes federativos, consolidada no Tema 793, até a construção, no Tema 1234, de parâmetros objetivos para a fixação de competência jurisdicional, atribuição de responsabilidades financeiras e critérios probatórios na concessão de medicamentos não incorporados. Essa transição reflete um amadurecimento institucional: o reconhecimento de que a solidariedade, embora imprescindível à efetivação de direitos, não pode se traduzir em sobrecarga indiscriminada a determinados entes, sob pena de comprometer a eficiência, a especialização e a equidade no atendimento.

Ao estabelecer balizas como o valor anual de referência para definição da competência (210 salários mínimos com base no PMVG/CMED), as regras de custeio interfederativo e a vinculação à Justiça Federal ou Estadual, a Suprema Corte busca harmonizar dois polos de tensão: de um lado, a urgência de garantir o tratamento a quem dele necessita; de outro, a proteção do sistema contra efeitos colaterais da fragmentação decisória e da descoordenação orçamentária. Tais critérios, aliados à previsão de ressarcimento proporcional e à definição de atribuições conforme a natureza do medicamento (incorporado, não incorporado, registrado ou não na Anvisa), sinalizam um movi-

mento de racionalização que preserva a lógica do federalismo cooperativo e revaloriza os mecanismos de pactuação interfederativa.

No plano processual, o artigo evidencia que o STF e o STJ vêm incorporando um conjunto rigoroso de requisitos probatórios que condicionam a concessão judicial de medicamentos não incorporados, em consonância com a Medicina Baseada em Evidências e com os parâmetros técnicos definidos pela CONITEC. A exigência de comprovação cumulativa de incapacidade financeira, inexistência de alternativa terapêutica incorporada, eficácia e segurança demonstradas por evidências científicas de alto nível e imprescindibilidade clínica comprovada por laudo médico fundamentado, representa uma mudança de paradigma. Essa mudança afasta a centralidade exclusiva do relatório médico individual e insere a decisão judicial num contexto de avaliação técnica mais amplo, envolvendo instâncias especializadas como NATJUS e observando o devido processo de incorporação de tecnologias em saúde.

Esse novo arranjo, embora ainda em consolidação, reforça que a atuação judicial legítima não deve se confundir com a substituição do mérito administrativo, devendo ater-se ao controle de legalidade e regularidade procedimental da decisão administrativa de não incorporação. Trata-se de um ponto de inflexão importante: a jurisdição sanitária passa a se legitimar não apenas pela proteção imediata de um direito subjetivo, mas também pela capacidade de operar de forma coerente com os princípios da administração pública e com a sustentabilidade do sistema de saúde como um todo.

Do ponto de vista institucional, a pesquisa demonstra que a estabilização desses parâmetros jurisprudenciais contribui para fortalecer o diálogo interinstitucional. Ao condicionar a concessão ju-

dicial a elementos técnicos objetivos e ao amarrar a competência e o custeio a critérios claros, o STF cria incentivos para que União, Estados e Municípios atuem de forma mais coordenada, reduzindo o contencioso desnecessário e priorizando soluções administrativas antes da judicialização. Ainda, a previsão expressa de comunicação aos órgãos competentes para eventual incorporação de medicamentos concedidos judicialmente estabelece um elo entre a decisão judicial e a política pública, prevenindo decisões isoladas que se perdem no vazio institucional.

Por fim, a principal contribuição teórica e prática desta pesquisa é mostrar que a judicialização da saúde pode ser redesenhada como instrumento de justiça social e não apenas como mecanismo de correção de omissões administrativas. Isso exige, contudo, que os operadores do direito, advogados, magistrados, membros do Ministério Público internalizem a lógica das decisões paradigmáticas, compreendam a importância da Medicina Baseada em Evidências, respeitem o processo de incorporação de tecnologias e mantenham o compromisso com a preservação do equilíbrio federativo. É nessa convergência entre garantismo e racionalidade institucional que se encontra a chave para um SUS mais equitativo, previsível e sustentável.

A atuação judicial no campo da saúde, quando calibrada por critérios técnicos, probatórios e federativos sólidos, não apenas assegura a dignidade da pessoa humana em casos concretos, mas também contribui para o aperfeiçoamento das políticas públicas e para a promoção de uma justiça sanitária distributiva. A consolidação desse modelo interpretativo, se efetivamente aplicada, tem potencial para reduzir a litigiosidade descoordenada, otimizar recursos, ampliar a legitimidade das decisões judiciais e reforçar a confiança da sociedade na capacidade do

Estado brasileiro de garantir, de forma planejada e responsável, o direito fundamental à saúde

Referências

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas Ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 30 mai. 2025.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mai. 2025.
- BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 30 mai. 2025.
- BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 mai. 2025.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança da pactuação no Sistema Único de Saúde**. Acórdão nº 2.888/2015 – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, DF: TCU, 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2888%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIA-DO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 11 ago. 2025.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13.ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 3.ed.; Milano: fiori/Assago: UTET, 2010.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil**. v.V. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- DALLARI, S. G. **Judicialização da saúde e os riscos para a equidade: desafios para a democracia sanitária**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 54, p. 1–8, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. MARX NETO, Edgard Audomar. et al. (Orgs.). **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 326/348.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Zavallá, 1970.
- FAGNANI, E. **O pacto federativo e o subfinanciamento da saúde pública no Brasil**. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v. 35, n. 101, p. 207–222, 2021.
- FLEURY, S.; OUVRENEY, A. M. Política de saúde: uma política social. In: FLEURY, S. (org.). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2014. p. 29–52.
- MELLO, Felipe Viana de. **A flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013.
- PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. (Coords). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 13-18.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 3.ed.; Coimbra: Almedina, 2006.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. **La prueba: un análisis racional y práctico**. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- SOUZA, Maria Rita Nery Santos; SOUZA, Mariluce Karla Bomfim de. *Potencialidades e desafios para a gestão regional em saúde: reflexões a partir da dinâmica dos espaços colegiados*. **Revista Pesquisa Qualitativa**, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 27-43, abr. 2018.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.657.156/RJ (Tema 106)**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 25 abr. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=87894339&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 mai. 2025.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflitos de Competência n° 187276/RS, 187533/SC e 188002/SC (Tema-14 IAC)**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 18 abr. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=I. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na suspensão de liminar n°. 47/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Agravo%20Regimental%20na%20suspens%C3%A3o%20de%20liminar%20n%C2%BA.%2047%2FPE&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada n°. 175/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Agravo%20Regimental%20na%20suspens%C3%A3o%20de%20tutela%20antecipada%20n%C2%BA.%20175%2FCE&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 30 mai. 2025.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE (Tema 793)**. Relator: Min. Luiz Fux. Redator p/ acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 05 mar. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória n.º 127/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 21 mai. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5690120>. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG (Tema 500)**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator p/ acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 mai. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=500>. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 1.307.921/PR**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1183710733/inteiro-teor-1183710742>. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação n.º 50.414/MS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 22 mar. 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Rcl%2050414&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação n.º 49.890/MS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 22 mar. 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Rcl%2049890&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 1.366.243/SC (Tema 1234)**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16 set. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1234>. Acesso em: 30 mai. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN (Tema 6)**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator p/ acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 26 nov. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 06 jun. 2025.
- TARUFFO, Michele. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- VIANA, Ana Luíza d'Ávila; IOZZI, Fabíola Lana. Enfrentando desigualdades na saúde: impasses e dilemas do processo de regionalização no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, supl. 2, p. e00022519, out. 2019. DOI: 10.1590/0102-311X00022519. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2019.v35suppl2/e00022519/>. Acesso em: 25 jun. 2025.
- VIEIRA, Fernanda S.; BENEVIDES, Rafael P.S. Federalismo, integralidade e autonomia no SUS: desvinculação da aplicação de recursos federais e os desafios da coordenação. **Documento de Trabalho (IPEA)**, n.º 2399, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://portalan-tigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_2399.pdf. Acesso em: 25 jun. 2025.

