

Breves considerações sobre o consentimento informado na procriação medicamente assistida e a sua repercussão no direito processual civil português

Brief considerations on informed consent in medically assisted procreation and its repercussion on Portuguese civil procedural law

Diana Coutinho¹

Universidade do Minho, Portugal

Sumário: Introdução I. A Procriação Medicamente Assistida (PMA) e a repercussão no direito processual civil: considerações gerais II. O Consentimento 1. O regime no direito civil: noções gerais 2. As especificidades do consentimento no âmbito da PMA III. Os reflexos práticos do consentimento no direito processual civil 1. O ónus de prova do consentimento na PMA 2. Os meios de prova do consentimento na PMA 3. Prova Difícil: será o consentimento uma prova difícil? 4. A escassez de jurisprudência (nacional) sobre o consentimento informado Conclusão

Resumo: O consentimento informado é requisito prévio e essencial do acesso à Procriação Medicamente Assistida (PMA). O consentimento prestado pelos beneficiários legitima o acesso ao tratamento com recurso às técnicas de PMA, estabelece os limites e sustenta a relação entre o (s) beneficiário(s) e o médico. Não ignorando a discussão suscitada pela temática da reprodução assistida (a nível ético, moral, jurídico), a realidade é que os nascimentos através das técnicas de PMA são cada vez mais frequentes. Tal circunstância suscita a especial atenção que deve ser dada à matéria do consentimento informado. Uma incorreta prestação do consentimento, uma atuação sem o consentimento dos beneficiários pode originar ações de responsabilidade civil médica, ações de impugnação da paternidade. A dificuldade em perceber a figura do consentimento, o seu conteúdo e alcance é ainda um trabalho em construção. A experiência nos tribunais é escassa, a classe médica é demasiado protetora dos seus membros e os pacientes são os menos informados. Os problemas do consentimento não são meras preocupações teóricas: a PMA está à porta dos tribunais e as consequências repercutem-se ao nível do direito adjetivo: na discussão do ónus de prova, de uma ideia de prova difícil e do recurso aos meios de prova.

Palavras-Chave: consentimento – procriação – ações judiciais - ónus – prova

Abstract: Informed consent is an essential prerequisite to access Medically Assisted Procreation (PMA). The consent of the beneficiaries legitimizes access to treatment using PMA techniques, establishes the limits and supports the relationship between the beneficiary (s) and the doctor. Notwithstanding the discussion raised by assisted reproduction theme (ethical, moral, legal), the reality is that births through the techniques of PMA are increasingly frequent. This gives rise to particular attention to the subject of informed consent. The incorrect

¹ Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM); Mestre em Direito dos Contratos e das Empresas pela EDUM; Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas na EDUM; Assistente Convidada da EDUM; Investigadora Colaboradora no DH- CII da EDUM; Advogada.

consent, an action without the consent of the beneficiaries may originate actions of medical civil liability, actions of impugnation of paternity. The difficulty in perceiving the figure of consent, its content and scope is still a work under construction. Experience in the courts is scarce, the medical class is too protective of its members and patients are the least informed. The problems of consent are not merely theoretical concerns: the PMA is at the door of the courts and the consequences have repercussions at the adjective law level: the discussion of the burden of proof, an idea of difficult evidence and the use of evidence.

Key words: consent – procreation – judicial actions - ónus – evidence

Introdução

O nosso artigo versa sobre o consentimento informado na procriação medicamente assistida, em específico pretendemos fazer uma análise teórico-prática do consentimento prestado no âmbito da PMA à luz do direito processual civil.

A figura do consentimento assume uma importância fulcral ao nível da reprodução assistida: o consentimento é requisito prévio e essencial para o acesso às técnicas de PMA, conforme decorre do art. 14.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida². Na reprodução assistida a relação estabelecida entre os beneficiários e a clínica/profissionais de saúde configura uma relação entre paciente/médico (com especificidades próprias da reprodução assistida). No entanto, é certo que os beneficiários das técnicas são pacientes com direitos e deveres que devem ser assegurados e cumpridos. A violação desses direitos e deveres pode ter consequências legais, a saber, a responsabilidade médica (responsabilidade disciplinar, civil e/ou penal). Nos direitos e deveres intrínsecos à relação médico-paciente encontra-se o dever de o médico informar o paciente (de modo esclarecido), para que aquele possa (conscientemente e com conhecimento de causa) consentir na prática de qualquer ato médico (tratamento, intervenção cirúrgica, etc). Para que o consentimento seja considerado informado, e por conseguinte válido e eficaz é necessário cumprir certos requisitos: a capacidade para consentir, a liberdade de decisão (a voluntariedade) e a informação deve ser clara e completa de modo a permitir (e garantir) que o beneficiário esteja plenamente informado. Só naquelas condições o paciente pode consentir esclarecidamente (n) a prática de qualquer ato médico.

As regras gerais da matéria do consentimento informado são aplicadas ao consentimento no âmbito da procriação medicamente assistida, com algumas especificidades relativas à natureza da procriação medicamente assistida. O consentimento é exigido para acesso às técnicas de PMA e à gestação de substituição, além disso, será sempre exigido o consentimento para a realização de exames médicos desde o diagnóstico de infertilidade até à recolha de material genético. Exige-se o consentimento não só dos beneficiários das técnicas, mas também dos dadores de gâmetas, de embriões e da gestante de substituição. O consentimento na PMA tem ainda implicações ao nível do estabelecimento da filiação.

Não é nossa pretensão fazer um estudo sobre o consentimento (informado), mas tão só analisar as principais repercussões no direito processual civil. Todavia, para se entender a figura do consentimento, determinar os principais problemas que podem surgir nas salas de audiência dos nossos tribunais faremos uma breve referência ao regime geral do consentimento no direito civil. De seguida, analisaremos as especificidades do consentimento no âmbito da procriação medicamente assistida. Veremos que os principais problemas suscitam-se ao nível do ónus de prova, dos meios de prova e do conceito de prova difícil. Sobre quem recai o ónus de prova da falta de prestação de consentimento ou do consentimento

² Doravante designada de LPMA.

ineficaz? Sobre os beneficiários das técnicas de PMA? Ou sobre o responsável médico? Será que o documento assinado pelos beneficiários, autorizando o procedimento médico, é suficiente para se provar que o responsável médico cumpriu o dever de informação? A prova do consentimento informada é uma prova difícil ou impossível? Qual será o meio de prova mais utilizado? Por último, caberá fazer uma reflexão sobre o panorama do consentimento informado na jurisprudência nacional.

I. A Procriação Medicamente Assistida e a repercussão no direito processual civil: considerações gerais

A procriação medicamente assistida insere-se no âmbito do direito da medicina da reprodução. A medicina de reprodução é uma área de especialização da medicina que se dedica ao estudo, diagnóstico e tratamento da infertilidade. A infertilidade é reconhecida como uma doença pela Organização Mundial de Saúde, definindo-se como a impossibilidade de um casal conceber ao fim de um ano de atividade sexual regular e sem uso de métodos contraceptivos³. Os avanços da biomedicina e da reprodução humana concederam uma nova esperança aos casais inférteis permitindo-lhes concretizar o sonho de serem pais. As técnicas de reprodução assistida têm como finalidade ajudar a ultrapassar as dificuldades verificadas nas fases do processo natural de reprodução. No entanto, importa salientar que estas técnicas não são a cura ou solução para a infertilidade, são meros auxiliares no combate à infertilidade.

Na ordem jurídica portuguesa, a PMA encontra-se regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho⁴, consagrando como técnicas de PMA (art. 2.º n.º1): a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* (fertilização *in vitro* “clássica” e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)), diagnóstico genético pré-implantação (DGPI); a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e outras técnicas de manipulação de gâmetas e embriões equivalentes ou subsidiárias⁵. O recurso à PMA tem que respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3.º da LPMA) e tem carácter subsidiário face à reprodução natural (art. 4.º n.º 1 da LPMA). O acesso à PMA ocorre em virtude de diagnóstico de infertilidade, tratamento de doença grave ou ainda de “risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (crf. n.º 2 do art. 4.º da LPMA), com ressalva da utilização das técnicas de PMA por “todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade” (crf. n.º 3 do art. 4.º da LPMA). Esta ressalva decorre da alteração introduzida pela lei n.º17/2016, que veio permitir o acesso à PMA a casais de mulheres e a mulheres solteiras⁶.

Importa deixar uma nota sobre a alteração introduzida pela lei n.º25/2016, que veio permitir o acesso à gestação de substituição, a título excecional e gratuito, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que

³ PINHEIRO, J., *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.l], [s.n.], [s.d.]. pp.1-2 [Consult. 20.12.2016]. Disponível em WWW: <URL:<http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente-assistida.html>>.

⁴ Com as alterações introduzidas pela lei n.º 59/2007, de 04/09, lei n.º 17/2016, de 20/06 e lei n.º 25/2016, de 22/08.

⁵ Para um desenvolvimento sobre as técnicas de PMA veja-se MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada (E Legislação Complementar)*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Março de 2011, pp. 13 a 16 e pp.107 a 142; ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1.ª edição, Almedina, 1999, pp. 23 a 62 e VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp.326 a 341.

⁶ Antes desta alteração legislativa limitava-se o acesso à PMA aos casais (casados ou em união de facto) heterossexuais. Acerca dos Beneficiários da PMA crf. MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., pp. 24 a 37; OLIVEIRA, G., “Beneficiários da Procriação Assistida” (OLIVEIRA, G., coord.), *Temas de Direito da Medicina*, 1.ª edição, Centro de Direito Bioético, 1, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 31 a 58.

justifiquem.” (crf. art. 8.º, n.º3 da LPMA). A gestação de substituição não é uma técnica de PMA nos termos dos artigos 1.º e 2.º n.º1. No entanto, é aplicada à gestação de substituição a LPMA, com as devidas adaptações, por força do n.º 2 do art. 2.º da LPMA.

No âmbito da PMA podem surgir diversas vicissitudes que motivam ações judiciais decorrentes, por exemplo, de erros nos exames médicos e exames de diagnóstico (pré-natal ou diagnóstico de infertilidade); da falta de prudência ou conhecimento do médico; erros e omissões em matéria de diagnóstico pré-natal⁷; de problemas associados à recolha e tratamento do material genético (anomalias e incompatibilidades que não foram devidamente detetadas, má qualidade do material, falta de cuidado no tratamento, etc); problemas no âmbito do diagnóstico genético de pré-implantação, entre outros. Na nossa investigação, focamo-nos no caso dos problemas inerentes ao consentimento, o qual é um elemento essencial no processo de procriação medicamente assistida e na gestação de substituição.

II. O Consentimento

1. O regime no direito civil: noções gerais

Para entender os problemas inerentes ao consentimento enunciaremos de seguida, ainda que muito sucintamente, as principais considerações sobre o regime do consentimento no direito civil português.

O consentimento para a prática de um ato médico configura um direito do paciente e um dever do médico. O regime do consentimento informado reflete princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, destacando-se o princípio da autodeterminação, da autonomia da vontade, liberdade de disposição sobre o próprio corpo, o direito à integridade moral e física, entre outros⁸. A exigência do consentimento informado é independente da natureza, contratual ou extracontratual,⁹ da relação estabelecida entre o médico e o paciente e do exercício da atividade médica no domínio privado ou público, por outras palavras é sempre exigida a prestação do consentimento informado¹⁰. Como refere Vera Raposo a exigência do consentimento informado resulta de fonte legal (seja penal, civil, legislação específica, etc) e deontológica, e não de fonte contratual, existe

⁷ Neste campo, podemos ter problemas da prova judicial de uma decisão hipotética, porquanto assenta na decisão que eventualmente se tomaria se tivessem atempadamente obtido a informação relevante, a saber, as chamadas ações wrongful actions. Para um estudo desenvolvido sobre esta matéria veja-se RAPOSO, V., “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista do Dano Corporal*, [Em linha], n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61 a 99. Consult. [02.12.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://digitalis.dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/4210/1/8%20%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%cc%81cio%20da%20vida%20%28wrongful%20conception%2c%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life%29%20e%20a%20responsabilidade%20me%cc%81dica.pdf>>.

⁸ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2004, p.104 e COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Janeiro de 2014, pp.4 e 5. Dissertação de Mestrado.

⁹ A natureza da responsabilidade civil médica é um dos temas mais discutidos pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional. O consentimento informado está intimamente ligado à temática da responsabilidade civil médica. Para um estudo sobre esta matéria veja-se TEIXEIRA PEDRO, R., *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 176; ESPERANÇA PINA, J.A., *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª edição, Lidel, 2003, pp. 112 e ss; RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.ª edição, Coleção VDA, Almedina, 2013, pp. 13 a 42; DIAS, J. A., “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, *Stvdia Ivridica*, n.º 21, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 221 a 402.

¹⁰ COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p.44

independentemente da natureza da relação médico-paciente, de existir ou não contrato, etc¹¹.

O consentimento informado assume-se como direito dos pacientes e uma obrigação médica. No plano do direito civil português o consentimento encontra fundamento no art. 70.º do Código Civil (CC), no regime dos direitos de personalidade. Assim, a autodeterminação do paciente e o respeito pela integridade física e moral são os principais bens jurídicos protegidos pelo consentimento no direito civil¹². O consentimento surge ainda como causa justificativa de exclusão da ilicitude nos termos dos artigos 340.º e 80.º do CC. A doutrina tem entendido que qualquer intervenção médica sem o consentimento do paciente (ou com o consentimento viciado) que provocar danos ao paciente é causa idónea de originar responsabilidade civil médica¹³. Entende-se que a prática de qualquer ato médico com violação do consentimento informado consubstancia a violação dos direitos de personalidade referidos *supra*, ferindo a proteção conferida pelo art. 70.º do CC¹⁴. Orlando de Carvalho refere que “com lesão da incolumidade pessoal (*noli ne tangere*) a par da infração ao direito de autodeterminação ou liberdade de decisão, abrangendo-se os danos, não apenas a lesão da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos físico-psíquicos e os riscos sofridos pelo paciente.”¹⁵ A violação do consentimento informado provoca danos ao paciente mesmo que a sua saúde não tenha piorado (ou até tenha melhorado)¹⁶. O dano principal será o dano moral resultante da violação da sua autodeterminação¹⁷, provocado pela intervenção sem consentimento ou com o consentimento inválido¹⁸, podendo ainda resultar danos de natureza patrimonial e outros danos não patrimoniais.

O consentimento tem como requisitos cumulativos de validade e eficácia: a capacidade, a informação e a voluntariedade.¹⁹ É o preenchimento destes requisitos que legitima a intervenção médica e determina os limites dessa intervenção. Só pode consentir quem tem capacidade²⁰ para compreender a informação que lhe é

¹¹ RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 238.

¹² COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 5.

¹³ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p.121 e RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 216.

¹⁴ Neste sentido, CAPELO DE SOUSA, R., *Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 219.

¹⁵ CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil: Sumários Desenvolvidos para o uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, [S.I.], Centelha, 1981, p.193.

¹⁶ Posição defendida por Dias Pereira. No entanto, o autor refere que na hipótese da saúde do paciente melhorar deve atender-se a esse facto no cálculo do valor da indemnização. DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., pp.124 e 195. Vera Raposo distingue a obrigação de indemnizar por violação do consentimento nos casos que não foi expresso o consentimento pelo paciente, pelo contrário houve uma recusa expressa na intervenção ou tratamento; dos casos em que não foi prestado consentimento mas não houve oposição (expressa ou implícita do paciente) e não resultaram danos físicos para o paciente. E distingue estas situações daquelas em que houve prestação de consentimento, todavia, não informado. RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 217-218.

¹⁷ RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 216.

¹⁸ COUTINHO, D., *O Consentimento Informando na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 45

¹⁹ Para um estudo aprofundado sobre os requisitos do consentimento veja-se VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2001, pp. 197 a 276 e RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 220 a 242.

²⁰ Sobre a capacidade negocial veja-se CARVALHO FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral Do Direito: Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª edição revista e atualizada, vol. I, Universidade Católica Editora, pp.132 e ss; HÖRSTER, Heinrich, *A Parte*

transmitida, e por si só tomar uma decisão²¹. O consentimento é um ato pessoal, com exceção do caso dos menores e incapazes. O requisito de informação traduz-se no dever de o médico informar o paciente, necessária e adequadamente, sobre o diagnóstico, tratamento, consequências, riscos, alternativas, possibilidade de êxito, etc., de forma a permitir que o paciente possa tomar uma decisão informada²². Deve ser dado ao paciente tempo suficiente para que possa ponderar e decidir²³. Não basta o paciente assinar um mero formulário ou a mera comunicação de uma informação para que se obtenha o consentimento informado. É necessário que o paciente razoável entenda, como entenderia qualquer pessoa naquelas condições²⁴, o alcance e sentido daquilo que vai consentir. Além disso, o consentimento (ou o dissentimento)²⁵ tem de ser prestado de forma livre e voluntária, sem quaisquer tipos de coação ou outros vícios.

2. As especificidades do consentimento no âmbito da PMA

Conforme referimos *supra*, o recurso às técnicas de PMA e à gestação de substituição implica o consentimento prévio dos beneficiários²⁶ (crf. art. 14.º da LPMA²⁷). Luciana Roberto refere que o tratamento da infertilidade humana é um tratamento de saúde, no qual os beneficiários (pacientes) têm que prestar o seu consentimento para que a limitação aos seus direitos seja legítima²⁸. Esta obrigação - *como depreendemos do enunciado no ponto anterior*-, decorre, desde logo, de um dever geral e deontológico do médico informar o paciente e do direito à autonomia da vontade, autodeterminação e integridade física e moral. Na verdade, os beneficiários não deixam de ser pacientes. É estabelecida uma relação entre a clínica e os beneficiários - desde o diagnóstico ao tratamento-, com o intuito da conceção de um novo ser humano. Reforçando esta ideia geral, a LPMA, expressamente regulou a matéria do consentimento informado²⁹. Vejamos, o art. 14.º n.º 1 da LPMA refere que os “beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Ora, vem a LPMA reforçar a importância dos requisitos gerais do consentimento informado, designadamente, a voluntariedade (consentimento livre) e a informação (consentimento esclarecido). O requisito capacidade é intrínseco ao grupo de pessoas que pode ter acesso à PMA. Isto é, como vimos *supra*, só podem aceder às técnicas de PMA, casais (heterossexuais, casais de mulheres) e mulheres solteiras;³⁰ além disso a LPMA limita o acesso a pessoa com “pelo menos, 18 anos

Geral do Código Civil Português; Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2007, pp.308 e ss.

²¹ COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, *op. cit.*, p. 66

²² Não existe dever de informar em dois casos excecionais: o direito de não saber e o privilégio terapêutico. VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, *op. cit.*, pp.277 342.

²³ Com exclusão dos casos de urgência

²⁴ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e a Responsabilidade Médica*, *op. cit.*, p. 282,

²⁵ Em sentido lato, o dissentimento traduz-se na recusa do paciente em obter o tratamento e/ou a intervenção médica. Para mais desenvolvimentos, crf. VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, *op. cit.*, pp.353 a 404.

²⁶ A procriação artificial sem consentimento é punida com pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 168.º do Código Penal).

²⁷ Como refere João Dias o consentimento é considerado um pré-requisito essencial do tratamento ou intervenção médica. DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, *op. cit.* p.277.

²⁸ ROBERTO, L., *Dos aspetos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional*, in “Lex Medicinæ”, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 105 e 106. No mesmo sentido, DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, *op. cit.*, p. 277.

²⁹ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, *op. cit.*, p. 85.

³⁰ Estão excluídos os casais de homens e os homens solteiros.

de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica” (crf. n.º 2 do art. 6.º da LPMA), pressupondo-se que só estas pessoas têm capacidade para consentir o recurso às técnicas de PMA. Do n.º 1 do art. 14.º da LPMA retira-se a exigência da manifestação do consentimento de forma expressa e reduzido a escrito perante o médico responsável. Para o efeito de prestação do consentimento pelos beneficiários a LPMA esclarece que “devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito³¹ de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas” (n.º 2 do art. 14.º da LPMA). Ou seja, exige-se o cumprimento da obrigação de informação sobre os factos essenciais³² e determinantes³³ para que os beneficiários possam consciente e devidamente informados tomar uma decisão. Esta informação deve constar do formulário³⁴, o qual é entregue ao beneficiário para que assine. No entanto, frisamos que o cumprimento do dever de informação não se traduz na mera assinatura deste formulário. O responsável médico tem o dever de esclarecer e explicar as informações constantes do formulário aos beneficiários, só assim estes podem consentir de modo válido e eficaz. Conforme refere Marta Costa, quando não são indicadas todas as alternativas de técnicas de PMA aos beneficiários “poder-se-á considerar que houve uma indução por parte do médico (mesmo que feita de boa-fé, de acordo com os seus conhecimentos e experiência), a certo tratamento, através da omissão de informações.”³⁵ O médico não pode induzir os beneficiários em erro, seja por palavras, seja pelo silêncio³⁶. Por outro lado, a existência de um formulário poderá ser uma prova utilizada em favor do médico³⁷. Ora, a situação descrita será uma das situações que poderá originar ações civis por violação do consentimento informado, levantando-se a questão de saber quem tem o ónus de prova: os beneficiários ou o responsável médico.

O consentimento é livremente revogável nos termos gerais do art. 81.º, n.º 2 do CC, o qual determina que a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é sempre revogável. No entanto, a revogação do consentimento por qualquer dos beneficiários na PMA só pode ocorrer “até ao início dos processos terapêuticos de PMA” (crf. n.º 4 do art. 14.º da LPMA). A natureza da PMA e as respetivas consequências, nomeadamente, o nascimento de uma criança exigem a atualidade do consentimento³⁸ e estabelecem limites à revogabilidade do consentimento.

³¹ Apesar de nos termos do art. 219.º do CC vigorar o princípio da liberdade de forma, a tendência em matéria de atos médicos é exigir a prestação do consentimento por escrito por razões de certeza e segurança jurídica. O que se visou também acautelar em matéria de procriação assistida.

³² Por exemplo, possibilidades de infeções na recolha do material genético, risco de infertilidade futura, riscos da anestesia, perigos durante a fase da gravidez, aborto, entre outras questões.

³³ João Dias refere que o *quantum* da informação a prestar em matéria de PMA dependerá da finalidade terapêutica ou não terapêutica da PMA (no segundo caso temos a manipulação embrionária cuja regra é a proibição, art. 9.º da LPMA). Segundo o autor, a informação deve ser mais pormenorizada no caso das finalidades não terapêuticas. DIAS, J. A., *Procriação assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p. 298.

³⁴ Os formulários encontram-se disponíveis no site da CNPMA. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Modelos de consentimento informado* [Em linha] [Consult. 06.02.2017]. Disponível em <URL: http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx>.

³⁵ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., p. 88.

³⁶ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p. 283.

³⁷ A doutrina tem entendido existir um dever geral de documentação que recai sobre o prestador de cuidados de saúde. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, J./ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 42 e CASCÃO, R., “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 33 a 35.

³⁸ Com exceção do caso da inseminação ou fertilização *post mortem*.

As regras sobre o consentimento são aplicadas ao caso da gestação de substituição (n.º 5 do art. 14.º e do n.º 8 do art. 8.º da LPMA), com a particularidade de que os beneficiários da gestação de substituição têm que ser informados por escrito “do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.” (crf. n.º 6 do art. 14.º da LPMA).

As especificidades do consentimento no âmbito da PMA assentam nas consequências jurídicas que decorrem da utilização de uma técnica de PMA ou da gestação de substituição: o nascimento de uma criança. Nessa medida, o consentimento configura também uma forma de constituição de filiação, nomeadamente, nos casos da procriação heteróloga e inseminação *post mortem*. De acordo com o art. 20.º n.º 1 da LPMA (e art. 27.º da LPMA) a paternidade no caso de inseminação/fertilização com sêmen de dador é estabelecida em relação à pessoa “com quem a beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do art. 14.º, nomeadamente, a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo.” Nos termos do art. 1839.º, n.º 3 do CC a paternidade não pode ser impugnado por aquele que consentiu na prática do ato médico. Admitir tal impugnação consubstanciaria um caso de abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*³⁹. Na realidade, de acordo com o n.º 4 do art. 20.º da LPMA a paternidade apenas pode ser impugnada “pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida à técnica de PMA se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.” Esta situação poderá configurar outro caso com repercussão no direito processual civil, por exemplo, através de uma ação de impugnação da paternidade em que se alegue que não foi prestado o consentimento.

O consentimento assume importância no caso da inseminação *post mortem*, admitindo-se a inseminação de embrião no caso de existir um projeto parental consentindo por escrito antes do falecimento do beneficiário (excecionalmente o consentimento não terá carácter atual)⁴⁰. A paternidade é estabelecida com base no consentimento nos casos de inseminação (ou fertilização *in vitro*) *post mortem*, nos termos do art. 23.º n.º 2 da LPMA “se à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver em união de facto com homem que, nos termos do art. 14.º, dê o seu consentimento.”

O consentimento releva ainda para efeitos do destino dos embriões (art. 25.º da LPMA). Este artigo estabelece que decorrido o prazo de criopreservação dos embriões⁴¹ (regra: 3 anos) só com o consentimento dos beneficiários originários dos embriões criopreservados (ou do beneficiário sobrevivente) se pode proceder à doação a outro casal (crf. n.º 3 e 4 do art. 25.º), aplicando com as devidas adaptações as regras do art. 14.º da LPMA. Com as alterações introduzidas pela lei n.º 17/2016 no art. 25.º da LPMA passou a constar, no caso de se consentir a doação nos termos referidos *supra*, “sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outras pessoas beneficiárias ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor clínico.” (n.º 6 do art. 25.º da LPMA). Na falta de consentimento para a doação, e se o casal de beneficiários originários não utilizar os embriões dentro dos prazos estabelecidos no n.º 1 e 2 do artigo o diretor do centro tem que pedir autorização prévia ao CNPMA para descongelar e eliminar os embriões (n.º 7 do art. 25.º da LPMA)⁴². Sobre esta matéria podem surgir no âmbito processual ações

³⁹ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada, op. cit.*, p. 111.

⁴⁰ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida, op. cit.*, p.120.

⁴¹ *Inclusive* também existe formulário para a prestação deste consentimento.

⁴² A alteração legislativa visa acautelar algumas lacunas apontadas à anterior versão da lei. Neste sentido, crf. MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente*

decorrentes de discordância sobre o destino dos embriões⁴³, por exemplo, no caso de só um dos beneficiários pretender manter a criopreservação⁴⁴.

Pelo descrito *supra*, o consentimento assume uma relevância importante no âmbito da PMA, com repercussões que se fazem sentir ao nível do direito processual civil. Acresce referir que é exigido o consentimento dos dadores de material genético (art. 10.º da LPMA) e da gestante de substituição (art. 8.º da LPMA). Além disso, ao lado da obrigação de informar os beneficiários (e também os dadores e a gestante de substituição) encontra-se o dever destes sujeitos informarem o médico de quaisquer problemas, doenças infecciosas ou genéticas, historial clínico, entre outros aspetos relevantes para o tratamento/gestação. Tais informações podem ser fulcrais para um cumprimento inequívoco do dever de informar do médico, nomeadamente, sobre que tratamento os beneficiários devem seguir, se podem doar os gâmetas, etc⁴⁵.

Por último, associada à obrigação de consentimento está o dever de confidencialidade que recai sobre todos os intervenientes do processo de PMA (art. 15.º da LPMA)⁴⁶. Para o médico, o dever de confidencialidade tem natureza deontológica: é sempre exigido seja qual for a função ou especialidade médica⁴⁷. A informação sobre o procedimento, informações genéticas são conservadas pela clínica e podem ser reveladas a pedido dos interessados (pessoas nascidas na sequência de utilização daquelas técnicas) conforme resulta do art. 15.º, n.º 2 da LPMA, excluindo-se a identificação do dador.

III. Os reflexos práticos do consentimento no direito processual civil

Na sequência da análise do regime do consentimento informado na PMA, detetados os seus principais campos de atuação, assim como alguns dos eventuais problemas que podem originar ações civis (ações de responsabilidade civil médica, de impugnação da paternidade, entre outras) passamos a debruçar-nos sobre as implicações e reflexos práticos do consentimento (ou da falta dele) na perspetiva do direito processual civil, a saber, discussões ao nível do ónus de prova, dos meios de prova e da prova difícil⁴⁸.

1. O ónus de prova do consentimento na PMA

O ónus de prova⁴⁹ no direito civil é um dos temas mais debatidos, assumindo em matéria de consentimento informado uma particular importância⁵⁰.

Assistida Anotada, op. cit., pp. 122 a 134.

⁴³ Aliás, na jurisprudência internacional já se discutiu esta matéria. São exemplos, o caso *Davis v Davis*, do Supremo Tribunal do Tennessee, de 1992, no qual numa ação de divórcio se discutiu o destino de sete embriões criopreservados numa clínica de infertilidade. A mulher requereu a guarda dos embriões, para utilizar após o divórcio e doar os restantes embriões a outras mulheres; o homem opôs-se, pedindo a conservação até que tomasse uma decisão sobre a utilização dos embriões pela ex-mulher. Foi decidido, em sede de recurso, a atribuição de “custódia” conjunta dos embriões, com a ressalva que o ex-marido se podia opor a doação desses embriões. ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida, op.cit.*, pp.47 e 48

⁴⁴ MARTINHO SILVA, P. /COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada, op. cit.*, p. 131

⁴⁵ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica, op. cit.*, p.301.

⁴⁶ Para desenvolvimento sobre este dever na LPMA veja-se MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada, op. cit.*, pp. 89 a 100.

⁴⁷ *Idem*, pp. 303 a 307.

⁴⁸ Uma vez que não será possível um estudo aprofundado sobre todas as temáticas limitamo-nos a enunciar os aspetos que mais podem revelar em matéria de consentimento informado.

⁴⁹ A prova é definida por Castro Mendes como “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão” CASTRO MENDES, J., *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, [S.I.], Coleção Jurídica Portuguesa, 17, Lisboa, Edições Ática, 1961. p.741. Assim, conforme resulta do art. 341.º do CC, a prova tem como função a demonstração da realidade dos factos levados a

Numa ação judicial o autor ao alegar os factos terá que fundamentar o direito que invoca (*onus allegandi*) e fazer prova desses factos para convencer o juiz da sua posição (*onus probandi*).⁵¹ Por seu turno, o réu tentará convencer o juiz negando os factos alegados pelo autor ou apresentado e demonstrado que existem a seu favor factos de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito que o autor reclama⁵². Acontece, não raras vezes, que perante as posições apresentadas pelas partes nos autos o juiz fica com dúvida sobre a verificação dos factos. Todavia, o juiz não pode deixar de decidir, entrando em “jogo” o ónus da prova, o qual irá definir o critério que o juiz deve seguir para tomar uma decisão⁵³. Como refere Rui Rangel “o ónus da prova não é um problema de aplicação do direito. O ónus da prova é um problema de demonstrar factos.”⁵⁴ O ónus da prova surge, por exemplo, nos casos em relação aos quais o juiz impõe à parte a prova de um facto sob pena de considerá-lo inexistente. Pois, face aos elementos trazidos aos autos, o juiz não consegue formar a sua convicção com grau de certeza e segurança, recaindo sobre a parte o dever de provar o facto⁵⁵. Como refere Miguel Teixeira de Sousa trata-se do ónus de prova objetivo, o qual se reporta às consequências da não realização da prova, ou seja, da falta de convicção do julgador sobre a verdade fáctica alegada (a situação de *non liquet*)⁵⁶. Lebre de Freitas refere que “ter o ónus da prova implica a conveniência de ter a iniciativa da prova, a fim de evitar a consequência desfavorável da sua falta, consistente em não poder ser considerado, como base da decisão, o facto não provado (...) Trata-se duma consequência da proibição da decisão *non liquet* (declaração do tribunal de que não pode decidir a causa)”⁵⁷. Assim, em caso de dúvida sobre a verificação do facto o juiz irá decidir contra a parte a quem cabe o ónus de prova⁵⁸. O art. 414.º do CPC estabelece o princípio a observar em caso de dúvida “ a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a quem o facto aproveita.” Nos termos dos artigos 342.º a 348.º do CC e do art. 414.º do CPC estabelece-se a repartição do ónus de prova. Ou seja, a repartição do ónus da prova traduz-se na forma como se distribui o encargo de oferecer a prova entre os sujeitos da ação⁵⁹(ónus de prova subjetivo)⁶⁰. De acordo com o art. 342.º do CC, a prova dos factos constitutivos do direito alegado compete a quem invoca esse direito (n.º1) e cabe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado àquele contra quem os factos são alegados (n.º 2). Refira-se que não é obrigatório que a prova seja feita pela parte sobre quem recai o ónus⁶¹. Isto é, o fundamental é que seja feita a prova e o juiz fique convencido da verificação do facto tal como resulta do princípio da aquisição processual^{62 63}. Nestes casos, a parte sobre quem

juízo.

⁵⁰ Para um estudo aprofundado do ónus de prova crf. FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, 1.ª edição, Almedina, 2000, pp.87 a 291.

⁵¹ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, 12.ª edição, Almedina, 2016, p. 305.

⁵² *Idem Ibidem*.

⁵³ *Idem Ibidem*.

⁵⁴ FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, *op. cit.*, p. 123

⁵⁵ ANTUNES VARELA/BEZERRA, M./SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pp.445 e ss.

⁵⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, 1.ª edição, Lex, Lisboa, 1995, p. 215.

⁵⁷ LEBRE DE FREITAS, J., *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra, 2000, p. 186.

⁵⁸ *Idem, Ibidem*

⁵⁹ ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, 2.ª edição, Almedina, 2005, p. 93.

⁶⁰ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, *op. cit.*, p. 216.

⁶¹ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, *op. cit.*, p. 306

⁶² De acordo com o art. 413.º do CPC “O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por

recai o ónus de prova (e que não fez prova) poderá ver o facto julgado contra si, ou seja, poderá sentir a culminação de não exercer o ónus de prova⁶⁴.

Focando-nos no caso do consentimento informado, Dias Pereira⁶⁵ refere que a importância do *onus probandi* é maior no domínio das ações de responsabilidade civil médica⁶⁶ por violação do consentimento informado. Por um lado, devido à natureza sigilosa da relação entre o médico-paciente (com pouca exposição pública e sem contato de outras pessoas), estabelecendo-se uma igualdade de armas entre o paciente e o médico⁶⁷. Por outro lado, a ilicitude deste tipo de ações (em que se lida com o dever de informar) torna difícil a prova, nomeadamente, a demonstração de que foi cumprido o dever de informação e vice-versa. Esta visão global reflete-se na matéria do consentimento informado no caso da PMA, especialmente nas situações que referimos *supra* sobre o dever de informação que recai sobre o responsável médico imposto pelas regras deontológicas e pelo art. 14.º da LPMA. Nessa medida, interrogamo-nos sobre quem recai o ónus de prova em ações provenientes de alegada violação do consentimento informado. Imagine-se o caso em que não é transmitida aos beneficiários a informação dos vários tipos de tratamentos de (in)fertilidade, assim como as implicações e procedimentos de cada um. Ou o caso em que não são realizados os testes adequados para diagnosticar a infertilidade e aconselham o casal a recorrer à procriação heteróloga, descobrindo o casal, posteriormente, que afinal não era infértil. Imagine-se que um dos beneficiários sofre de uma doença genética e o responsável médico não lhes informa a possibilidade de recorrerem ao diagnóstico genético de pré-implantação, realizando um tratamento de inseminação artificial, nascendo a criança com a doença genética do beneficiário. São todas potenciais situações geradoras de ações civis, nas quais as partes (beneficiários) podem alegar não terem sido devidamente informados pelos responsáveis e que não teriam consentido o tratamento se tivessem sido devidamente informados. Perguntamos: sobre quem recai o ónus de prova?

Dias Pereira defende que o ónus de prova do cumprimento do dever de informar e de obter o consentimento informado do paciente (beneficiários) recai sobre o réu (médico), o prestador de serviços.⁶⁸ Tal acontece porque é demasiado oneroso para o paciente provar o facto negativo (não ter sido informado ou não ter sido informado devidamente), encontrando-se o médico melhor posicionado para provar que cumpriu o dever de informação e que atuou com o consentimento do

certo interessado."

⁶³ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 306

⁶⁴ *Idem*, *Ibidem*,

⁶⁵ DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexos de causalidade*, [Em linha], [S.l.], [s.n.], 2008, p. 18. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. [Consult.28.11.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.

⁶⁶ No que concerne à responsabilidade civil médica, em geral, a questão do ónus de prova depende da respetiva natureza (contratual ou extracontratual). Na responsabilidade civil extracontratual cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão, conforme decorre do art. 483.º, n.º1 do CC em conjugação com o art. 342.º, n.º1 do CC. Ou seja, em regra, compete ao paciente fazer prova dos factos alegados. No caso da responsabilidade contratual o art. 799.º, n.º1 do CC, determina que o ónus de prova da culpa recai sobre o devedor. Assim, o lesado beneficia de uma presunção de culpa do lesante, competindo ao último ilidir essa presunção. No entanto, também esta questão não é unânime na doutrina e jurisprudência, defendendo-se que mesmo no caso de responsabilidade contratual recai sobre o paciente o ónus de prova. Crf. ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, op. cit., pp. 46 a 77.

⁶⁷ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 242

⁶⁸ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 187 e ss

paciente⁶⁹. Além disso, o consentimento é uma causa de exclusão da ilicitude da violação da integridade física nos termos do art. 340.º do CC. Assim, para que uma intervenção médica (tratamento, etc) seja considerada lícita necessita do consentimento do paciente (beneficiário). Por conseguinte, a prova deve ser feita nos termos do art. 342.º, n.º2 do CC, estamos perante um facto impeditivo, cabendo o ónus de prova contra quem os factos impeditivos são alegados, ou seja, cabe ao réu (médico) provar que realizou a intervenção médica com consentimento do paciente⁷⁰. Afasta-se, assim, a regra do art. 342.º, n.º1 que determina que quem alega um direito tem que o provar, ou seja, no nosso caso seriam os beneficiários. Este raciocínio vale quer para a prova da intervenção sem consentimento, quer para atuação sem o cumprimento do dever de informação esclarecida⁷¹. Sinde Monteiro e Figueiredo Dias defendem que o julgador pode recorrer a presunções⁷² (artigos 349.º e 351.º do CC)⁷³ fundadas no normal funcionamento e procedimentos médicos (se é prática transmitir a informação X ou Y, por exemplo), na experiência e em juízos de probabilidade⁷⁴. Em sentido contrário, Vaz Rodrigues defende que o ónus de prova recai sobre o paciente, considerando que se trata de um facto constitutivo do direito⁷⁵. A verdade é que a posição também não é consensual na jurisprudência. Veja-se o exemplo do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 18/03/2010⁷⁶, no qual se discutiu a questão do consentimento informado num tratamento médico. O STJ considerou que como se tratava de um tratamento sem riscos graves e sérios, "sendo a não realização possível de tais riscos, se deve dar por verificado o consentimento informado"⁷⁷ presumindo que qualquer razoável doente, nas mesmas condições, consentiria naquele tratamento, competindo ao paciente provar que o consentimento não foi informado; só no caso de existirem tratamentos alternativos, o ónus de prova recairia sobre o médico⁷⁸.

Do exposto, e seguindo a posição de Dias Pereira, parece-nos que a posição mais correta sobre a imputação do ónus de prova em matéria de consentimento informado (incluindo no âmbito da PMA) é aquela que impõe ao médico o ónus de provar que cumpriu o dever de informação. Vejamos os casos que fomos descrevendo: os beneficiários não têm o conhecimento (técnico) para provar que o médico não cumpriu o dever de informação. Ao recorrer a uma clinica para realizar um tratamento de PMA é possível que o paciente razoável (nos dias atuais) tenha já algumas noções da PMA (informação disponível na internet, livros, etc). No entanto, essa circunstância não desonera o médico de explicar como funciona o tratamento, quais as alternativas, consequências, realizar exames adequados, etc.

⁶⁹ DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexos de causalidade*, op. cit., p. 18

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 243

⁷² As presunções naturais, judiciais ou de facto resultam das regras da vida, das máximas da experiência ou do curso típico dos acontecimentos. Cfr. REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª edição, vol.III, Coimbra Editora, 1985, p. 248

⁷³ Conforme resulta do art. 349.º do CC, a presunção é uma ilação que a lei ou o julgador retira de um facto conhecida para firmar um facto desconhecido. Sobre presunções judiciais veja-se CALHEIROS, M. C., *Para uma teoria da prova*, Coleção Estudos Cejur, Coimbra Editora, pp. 101 a 114.

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, J./ MONTEIRO, S., *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 31.

⁷⁵ VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, op. cit., pp. 432 e 433.

⁷⁶ Acórdão do STJ, de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, relator Pires da Rosa. [Em linha], [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>

⁷⁷ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op.cit., p. 243

⁷⁸ *Idem ibidem*.

Os beneficiários não se podem limitar a ler um papel onde constam informações gerais sobre o tratamento e assinar esse documento. A relação médico-beneficiário pressupõe diálogo, o que significa explicação e transmissão das informações relevantes para se tomar uma decisão. Está em causa uma intervenção que afetará os beneficiários na sua integridade física (e moral), só o consentimento (informado) tornará lícita qualquer intervenção. Nessa medida, deverá recair sobre o responsável médico, pessoa preparada técnica e cientificamente (incluído através da organização de documentação, dossier clínico, etc), o ónus de provar que a intervenção ocorreu com consentimento e com o cumprimento do dever de informação.

2. Os meios de prova do consentimento na PMA

Os meios de prova encontram-se regulados nos artigos 352.º a 396.º do CC: prova por confissão, prova documental, prova pericial⁷⁹, inspeção judicial e prova testemunhal. Os meios de prova são os elementos que vão permitir a formação da convicção do julgador sobre a realidade dos factos em causa⁸⁰.

Como referimos *supra*, a relação médico-paciente (beneficiário) é uma relação sigilosa, com envolvimento de poucas pessoas, o que para efeitos de meios de prova poderá gerar algumas dificuldades, sobretudo no que concerne ao recurso à prova testemunhal. Acresce que a classe médica é considerada muito “fechada”, no sentido de ser difícil encontrar profissionais de saúde que estejam dispostos a testemunhar contra colegas de profissão. A prova testemunhal⁸¹ da falta de consentimento ou do consentimento inválido pode ser muito difícil de se conseguir. Por norma, não há pessoas a assistir à conversa entre o médico e os pacientes (beneficiários). No caso da PMA, temos o casal de beneficiários que são partes da ação e não podem testemunhar, apenas podem realizar depoimento de parte. Por vezes, pode existir uma familiar que tenha acompanhado o beneficiário (pense-se nos casos de procriação por pessoas solteiras), e possa testemunhar; um profissional de saúde (enfermeiro, anestesista, médico, etc) que tenha assistido à consulta/procedimento, mas mais uma vez a dificuldade será conseguir que estas pessoas deponham “contra” o médico. Consideramos, por isso, muito complicada a utilização da prova testemunhal para provar a falta ou o vício do consentimento.

Mais relevo e eficácia poderá ter a prova por documentos⁸², em particular nos casos de PMA em que se exige a assinatura de um documento para prestação do consentimento. Nos termos do art. 362.º entende-se por prova documental a que resulta de um documento, sendo considerado documento “qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de o reproduzir ou representar uma pessoa ou um facto.” Como refere Fernando Rodrigues importa reter da noção de prova documental que os documentos não são apenas os escritos, mas tudo aquilo que é fabricado pelo homem, com o objetivo de representar pessoa, coisa ou facto, possuindo a característica representativa ou reconstitutiva⁸³.

No que concerne à matéria de consentimento informado a prova documental, por documento escrito (art. 363.º do CC) é a mais comum. Como refere Vera Raposo a existência de um documento escrito assinado pelos beneficiários ajuda no processo de prova do cumprimento do dever de

⁷⁹ A prova pericial é a mais utilizada nas ações de responsabilidade civil médica por violação das *leges artis* (em especial, casos de negligência e erro médico; procedimentos incorretos; diagnósticos errados; entre outros).

⁸⁰ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, *op. cit.*, p.195.

⁸¹ Sobre a prova testemunhal cfr. PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, 1.ª edição, Almedina, 2015, pp. 289 a 350 e PAIS AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, *op. cit.*, pp.349 a 376.

⁸² Sobre a prova documental veja-se PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, *op. cit.*, pp. 188 a 223 e PAIS AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, *op. cit.*, pp.314 a 326

⁸³ PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções fundamentais de Processo Civil*, *op. cit.*, pp.188 e 189

informação⁸⁴. No entanto, não é a mera assinatura no documento que comprava o cumprimento do dever de informar: a prova do consentimento informado exige mais do que isso⁸⁵. O consentimento informado não é uma formalidade reduzida a um papel, é uma relação de diálogo estabelecida entre o médico e o paciente. Apesar de reconharmos que poderá ajudar na prova do consentimento informado⁸⁶ (e na existência de um diálogo entre as partes) a existência de um dossier clínico organizado, completo e atualizado, registo das informações clínicas, etc.⁸⁷ Além disso, poderá colocar-se sempre a hipótese do próprio formulário não conter as informações suficientes, não ser claro e explícito, conter imprecisões, entre outros elementos que de *per si* podem determinar o incumprimento do dever de informar⁸⁸. Por conseguinte, nesses casos será ainda mais relevante para o médico provar que houve um diálogo que colmatou as falhas apresentadas pelo documento e vice-versa.

3. Prova Difícil: será o consentimento uma prova difícil?

Fomos afirmando que a prova do consentimento informado pode se revelar bastante complicada, difícil de se fazer. Mas será que esta dificuldade se enquadra no conceito de prova difícil para efeitos do direito adjetivo? Segundo Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis⁸⁹ considera-se prova difícil aquela que “é difícil provocar o mais elevado grau de persuasão possível no espírito do decisor quanto a determinados factos.”⁹⁰ A prova considera-se difícil face às circunstâncias em que o facto ocorre (ou é omitido), tornando-se muito complicado provar esse mesmo facto, ou seja, torna-se complicado provar a realidade alegada intrínseca ao facto em si⁹¹. Por outro lado, estes autores referem que o conceito de prova difícil se pode prender também com a dificuldade de prova para determinado sujeito, isto é, relacionado com a maior ou menor facilidade que os sujeitos podem ter para fazer prova de determinado facto.⁹² Ora, parece-nos que a prova do consentimento informado se poderá encaixar no conceito de prova difícil. Por um lado, por causa do facto em si mesmo, isto é, a prova de que foi cumprido o dever de informação ou não, de que foi autorizado o ato ou não. Conforme referem Paula Costa Silva e Nuno Trigo dos Reis, integram os factos difíceis aqueles que “ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito.”⁹³ Parece-nos que a circunstância de a relação entre o médico-paciente decorrer no ambiente restrito, com dever de sigilo, se poderá encaixar no conceito de prova difícil. Por outro lado, na perspetiva do grau de dificuldade de se fazer prova do consentimento consoante se trate do paciente ou do médico. Em sentido semelhante, Elizabeth Fernandez⁹⁴ reconhece as dificuldades probatórias dos factos ocorridos no exercício de uma profissão em relação aos quais

⁸⁴ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p.245

⁸⁵ *Idem ibidem*.

⁸⁶ Imagine-se uma ação de impugnação da paternidade em que o marido alega que não prestou o consentimento para aquele tratamento, juntando o formulário do tratamento para o qual prestou o seu consentimento.

⁸⁷ *Idem ibidem*

⁸⁸ E ainda a hipótese de documento falso. Sobre a falsidade da prova documental veja-se obra de LEBRE DE FREITAS, José, *A Falsidade no Direito Probatório*, 2.ª edição atualizada, Coimbra, Almedina, 2013.

⁸⁹ COSTA E SILVA, Paula/ TRIGO DOS REIS, Nuno, *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova* [Em linha], [S.I.], Academia Edu, [s.d.]. pp.1 a 28 [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova>.

⁹⁰ *Idem*, p. 7

⁹¹ *Idem, ibidem*

⁹² *Idem*, p. 8

⁹³ *Idem*, p. 11

⁹⁴ FERNANDEZ, E., “A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Judicial Efetiva no Dilema Entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade)”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, [s.d.], p.813.

não foram cumpridas as *leges artis*, o que parece ser o caso da violação do consentimento informado por parte dos profissionais de saúde.

4. A escassez de jurisprudência (nacional) sobre o consentimento informado

Por último, cabe referir que não existe ainda jurisprudência nacional sobre a matéria do consentimento informado na PMA. Todavia, os casos de ações por violação do consentimento informado na responsabilidade civil médica são mais comuns nos tribunais nacionais. A título de exemplo transcrevemos excertos de acórdãos onde se discutiu a questão. No acórdão do STJ de 16.06.2015⁹⁵ “actualmente tanto na doutrina como na jurisprudência (tanto nacional como europeia) vem prevalecendo o entendimento no sentido de que, em princípio e independentemente de se fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas.(...) Não sendo a medicina uma ciência exacta e revestindo o resultado de uma cirurgia um carácter aleatório, não pode em geral o médico vincular-se ao resultado da terapia ou evolução clínica consequente, mostrando-se o dever de informação quanto a um resultado, apenas tido como provável ou altamente provável, devidamente preenchido quando o médico informa de uma forma leal, e dentro do ética e deontologicamente exigível, que aquele é o meio terapêutico adequado a debelar ou minimizar os efeitos da situação determinante, fazendo referência às vantagens prováveis daquele tratamento”. O acórdão do STJ de 18.03.2010, referido anteriormente e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 26.06.2008⁹⁶ concluíram que só o consentimento devidamente esclarecido pode transferir para o paciente riscos que de outra forma são suportados pelo médico.

Na jurisprudência internacional destacamos a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no caso *Evans vs Reino Unido*⁹⁷, no qual se discutiu a questão do consentimento informado na PMA, em concreto, sobre o destino dos embriões. Em concreto, por motivos de saúde da beneficiária foram-lhe retirados óvulos para posterior fertilização *in vitro* e criopreservação. O casal de beneficiários deu o seu consentimento para o procedimento, por escrito. Entretanto, o casal de beneficiários separou-se, sem ter utilizado os embriões. O beneficiário revogou o seu consentimento para a implantação dos embriões e fim da criopreservação. A mulher, beneficiária, pretendia prosseguir a implantação dos embriões e recorreu ao tribunal pedindo a condenação do ex-beneficiário a prestar o consentimento para o tratamento. O tribunal rejeitou o pedido e a beneficiária recorreu para o TEDH, alegando que a revogação do consentimento até ao momento da implantação viola o direito a ter um filho biológico. O TEDH rejeitou o pedido considerando que prevalece o consentimento dos beneficiários, em nome da segurança e da certeza jurídica, por conseguinte, se um dos beneficiários revoga o consentimento, o procedimento que seria pretendido não se poderá realizar.

Conclusão

Chegado ao término do nosso artigo destacamos a importância gradual que o consentimento informado vem alcançado na relação médico-paciente e que se reflete na matéria da procriação medicamente assistida. A figura do consentimento

⁹⁵ Acórdão do STJ, de 16.06.2015, processo n.º 308/09.OTBCBR.C1.S1, relator Mário Mendes, [Em linha], [Consult. 06.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b7baaf723e3e99480257e6700362e31?OpenDocument>>.

⁹⁶ Acórdão do TRL, de 26.06.2008, processo n.º 4450/2008-2, relator Ezaguy Martins. [Em linha], [Consult. 06.02.2017]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0152d1c6f4c89efd802571e30039b4b9?OpenDocument>>.

⁹⁷ Processo n.º 6339/05, de 10 Abril de 2007 – MARTINHO, Paula/COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Assistida Anotada, op. cit.*, pp.87 e 88.

informado assume uma particular importância, especialmente se for encarada (como deveria ser) como o elemento fulcral desta relação, permitindo aos beneficiários o esclarecimento informado sobre o recurso às técnicas de procriação assistida e garantindo uma escolha livre e esclarecida. O consentimento informado não pode ser sinónimo de uma mera formalidade que passa por uma assinatura num documento. Pensamos que não deixa de ser um desafio – ainda não superado – para a medicina de reprodução encontrar o ponto de equilíbrio (e saber qual é) entre a informação que deve ser prestada ao paciente (permitindo-lhe tomar uma decisão livre e esclarecida) e a necessidade (desespero e, por vezes, ignorância) do paciente recorrer às técnicas de reprodução assistida. Deve o progresso das técnicas de reprodução assistida acompanhar o respeito pelos direitos do paciente.

Se não existir o cumprimento do dever de cuidado na prestação de informações aos beneficiários, incluindo o registo e preservação de informações médicas dos beneficiários, em breve assistiremos a um crescimento de ações por violação do consentimento informado. Com as vicissitudes processuais que a matéria de consentimento acarreta, nomeadamente, ao nível do ónus de prova (como vimos ainda está longe de ser consensual), meios de prova e da prova difícil. Os tribunais ainda não estão preparados para lidar com as questões de PMA, mas a realidade é que cada vez mais a reprodução assistida é um método de procriação (apesar do carácter subsidiário), cujas consequências jurídicas não podem ser ignoradas.

Bibliografia

- ANTUNES VARELA/BEZERRA, Miguel/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp.445 e ss.
- ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1.ª edição, Almedina, 1999, pp. 23 a 62.
- CALHEIROS, M. C., *Para uma teoria da prova*, Coleção Estudos Cejur, Coimbra Editora, pp. 101 a 114.
- CAPELO DE SOUSA, R., *Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 219.
- CARVALHO FERNANDES, L., *Teoria Geral Do Direito: Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª edição revista e atualizada, vol. I, Universidade Católica Editora, pp.132 e ss.
- CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil: Sumários Desenvolvidos para o uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, [S.I], Centelha, 1981, p.193.
- CASCÃO, R., "O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil", *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 33 a 35.
- CASTRO MENDES, J., *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, [S.I], Coleção Jurídica Portuguesa, 17, Edições Atica, 1961, p.741.
- COSTA E SILVA, P./ TRIGO DOS REIS, N., *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova* [Em linha], [S.I], Academia Edu, [s.d.], pp.1 a 28 [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova >.
- COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, [S.I], Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, [s.n.], Janeiro de 2014. Dissertação de Mestrado.
- DIAS, J. A., "Procriação Assistida e Responsabilidade Médica", *Stvdia Ivridica*, n.º 21, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 124 a 402.
- DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2004, pp. 104 a 124; 187 e ss.

- DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexos de causalidade*, [Em linha], [S.l.], [s.n.], 2008, pp. 1-33. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. [Consult.28.11.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.
- ESPERANÇA PINA, J.A., *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.^a edição, Lidel, 2003, pp. 112 e ss.
- FERNANDEZ, E., "A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Judicial Efetiva no Dilema Entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade)", *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, [s.d.], pp. 811 a 834.
- FIGUEIREDO DIAS, J./ SINDE MONTEIRO, "Responsabilidade Médica em Portugal", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, pp. 31; 42.
- FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, 1.^a edição, Almedina, 2000, pp.87 a 291.
- HÖRSTER, H., *A Parte Geral do Código Civil Português; Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2007, pp.308 ss.
- LEBRE DE FREITAS, J., *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2000, p. 186.
- LEBRE DE FREITAS, J., *A Falsidade no Direito Probatório*, 2.^a edição atualizada, Almedina, 2013.
- MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada (E Legislação Complementar)*, 1.^a edição, Coimbra Editora, Março de 2011.
- OLIVEIRA, G., "Beneficiários da Procriação Assistida", (Oliveira, G., coord.), *Temas de Direito da Medicina*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 1999, pp. 31 a 58.
- PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, 12.^a edição, Almedina, 2016, pp. 305 e 306; 314-326 349-376.
- PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, 1.^a edição, Almedina, 2015, pp. 188 a 223; 289 a 350
- PINHEIRO, J., *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.l.], [s.n.], [s.d.]. pp.1-2 [Consult. 20.12.2016]. Disponível em WWW: <URL: <http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente-assistida.html>>
- RAPOSO, V., *As wrong actions no início da vida "(wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* in "Revista do Dano Corporal" [Em linha], n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61 a 99. Consult. [02.12.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://digitalis.dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%cc%81cio%20da%20vida%20%28wrongful%20conception%2c%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life%29%20e%20a%20responsabilidade%20me%cc%81dica.pdf>>.
- RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.^a edição, Almedina, 2013, pp. 13 a 42; 216-218; 220-240.
- REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, 4.^a edição, vol.III, Coimbra Editora, 1985, p. 248.
- ROBERTO, L., "Dos aspetos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional", *Lex Medicinæ*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 105 e 106.
- ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, 2.^a edição, Almedina, 2005, pp.46-77, 93.
- TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, 1.^a edição, Lex, Lisboa, 1995, p.195.
- VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2008, pp.326 a 341.

VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, 1.ª edição, Coimbra Editora, pp. 197 a 276; 353-404; 432-433.

TEIXEIRA PEDRO, R., *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 176.

Jurisprudência

Acórdão do STJ, de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, relator Mário Mendes, [Em linha], [Consult. 06.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b7baaf723e3e99480257e6700362e31?OpenDocument>>.

Acórdão do TRL, de 26.06.2008, processo n.º 4450/2008-2, relator Ezaguy Martins. [Em linha], [Consult. 06.02.2017]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0152d1c6f4c89efd802571e30039b4b9?OpenDocument>>.

Acórdão do STJ, de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1, relator Pires da Rosa. [Em linha], [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>>

Outros Documentos

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Modelos de consentimento informado* [Em linha] [Consult. 06.02.2017]. Disponível em <URL: http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx>.